2023 | LXXXIX



Studia et Documenta Historiae et Iuris

PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRIUSQUE IURIS
FACULTAS IURIS CIVILIS

LIBRERIA EDITRICE VATICANA

Lateran University Press
Pontificia Universitas Lateranensis

Studia et Documenta Historiae et Iuris

Pontificium Institutum Utriusque Iuris
Pontificiæ Universitatis Lateranensis
Facultas Iuris Civilis

Direttore:
Sua Em.za Rev.ma Card. A. De Donatis

Redattore:
Matteo Nacci

Segreteria di redazione:
Francesco Giammarresi

Pontificia Università Lateranense
Pontificium Institutum Utriusque Iuris
Facoltà di Diritto Civile
Piazza S. Giovanni in Laterano, 4 – 00120 Città del Vaticano
e-mail: redazionesdhi@pul.it

Abbonamenti / Subscriptions:
Libreria Editrice Vaticana
Dicastero per la Comunicazione
Via della Posta – 00120 Città del Vaticano
Tel. +39 06/69845768 – +39 06/69845450 – E-mail: riviste.lev@spc.va

Quote/Price:

Abbonamento/Subscription	210,00 € Italia/Italy	250,00€ Estero/Abroad
Annata arretrata/Back Issue	210,00 € (più spese di spedizione/Shipping fees apply)	

La rivista ha periodicità annuale. La richiesta di abbonamento alla rivista deve essere inoltrata annualmente. Nella domanda di sottoscrizione dell'abbonamento è necessario specificare sempre il nome della rivista, l'annata desiderata e gli estremi dell'abbonato (nome, cognome, indirizzo, nazione) per poter emettere la nota proforma. Ottenuto il "proforma della nota di addebito" è possibile procedere al pagamento. È obbligatorio indicare sulla causale del versamento il numero della nota proforma e la data d'emissione.

The magazine is published annually. All subscriptions must be renewed every year by submitting a request that includes the journal's name, the corresponding year, and the subscriber's details (name, surname, address, and state) in order to receive the "proforma invoice." Once obtained the "proforma invoice", the payment should be finalized in due time. As a payment reference, it is necessary to include the "proforma invoice" number and its issue date.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati presso l'Ufficio Abbonamenti entro 15 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo.
Issues not received by subscribers must be claimed through the Subscriptions Office no later than 15 days after receiving the following issue.

Per informazioni scrivere a: servizioeditoria@pul.va

© 2025 - ISBN: 978-88-465-1341-0
ISSN: 1026-9169
Lateran University Press - Pontificia Universitas Lateranensis ®
Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana
Città del Vaticano

STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE ET IURIS

FUNDAVERUNT ET DIREXERUNT
AEMILIUS ALBERTARIO ARCADIUS LARRAONA SALVATOR RICCOBONO
GABRIUS LOMBARDI IOANNES ALOISIUS FALCHI

DIRECTOR
Sua Em.za Rev.ma Card. A. De Donatis

REDACTOR
M. Nacci

A SECRETIS
F. Giammarresi

CONSILIUM REDACTIONIS

P.I. Carvajal (Cile) – E. Chevreau (Francia) – F. Fernández De Buján (Spagna) – L. De Giovanni (Italia)
I.A. García Netto (Argentina) – P. Giunti (Italia) – F. Longchamps De Bérier (Polonia) – M. Nacci (Italia)

COMITATUS SCIENTIFICUS

F. Amarelli (Napoli Federico II) – F.J. Andrés Santos (Valladolid) – F. Arcaria (Catania) – C. Baldus (Heidelberg) – M. Balestri Fumagalli (Milano) – E. Bianchi (Milano Cattolica) – C. Buzzacchi (Milano Bicocca) – G. Camodeca (Napoli L'Orientale) – J.-M. Carrié (Paris EHESS) – F.P. Casavola (Napoli Federico II) – C. Corbo (Napoli Federico II) – J.-P. Coriat (Paris II) – W. Dajczak (Poznań) – G. De Cristofaro (Napoli Federico II) – A. Fernández De Buján (Madrid UA) – G. Falcone (Palermo) – I. Fargnoli (Milano Statale) – L. Fascione (Roma Tre) – L. Franchini (Roma Europea) – E. Franciosi (Bologna) – S.A. Fusco (Macerata) – P. Garbarino (Piemonte Orientale) – L. Garofalo (Padova) – C. Giachi (Firenze) – F. Gnoli (Milano Statale) – P. Gröschler (Mainz) – E. Höbenreich (Graz) – R. Lambertini (Modena) – O. Licandro (Catania) – A. Lovato (Bari) – F. Lucrezi (Salerno) – L. Maganzani (Milano Cattolica) – V. Marotta (Pavia) – M. Miglietta (Trento) – M.L. Navarra (Perugia) – † A. Palma (Napoli Federico II) – F. Pergami (Milano Bocconi) – L. Polverini (Roma Tre) – S. Puliatti (Parma) – G. Purpura (Palermo) – R. Quadrato (Bari) – F. Reduzzi (Napoli Federico II) – E. Stolfi (Siena) – A. Torrent (Madrid URJC) – G. Valditara (Torino) – U. Vincenti (Padova) – L.P. Zannini (Torino)

Redactionem ephemeridis *Studia et Documenta Historiae et Iuris* quaecumque attinent, mittenda sunt ad officium ephemeridis: Piazza S. Giovanni in Laterano, 4 – 00120 Città del Vaticano.

Omnes libri qui accipientur in ephemeride nunciabuntur: quorum vero duplex exemplar pervenerit, exarabitur, quo fieri poterit, peculiaris recensio.

Omnes symbolae, quaecumque ab auctoribus ad hanc ephemeridem missae erunt, antequam prelo tradantur, subicientur aestimationi et iudicio duorum Peritorum (*Referees*), qui in primis deligentur in sinu Comitatus Scientifici, omissis sane nominibus ut Auctoris ita etiam Censorum (*double-blind peer review*).

Qua ratione procedetur ut decernatur, sitne proposita symbola: a) digna quae publici iuris fiat; b) digna quae in vulgus edatur paucis tamen immutatis adiectisve; c) haud digna quae evulgetur. Ubi Censores omnino inter se de iudicio ferendo dissentiant, symbola ad tertium mittetur Censorem.

INDEX

Studia

Riccardo Fercia, Ancora in tema di *suae rei emptio*: spunti per un'esegesi di D. 17.1.49 9

Aleksander Grebieniow, Antizipierte Erbschaftsteilung im klassischen römischen Recht (D. 10.2.20.3) 91

Francesca Rossi, "*Non ubicumque…permittitur ei occidere*": condizioni di luogo per il *ius occidendi ex lege iulia de adulteriis* 133

Daniela Buccomino, La prassi giuridica lombarda nel *Fasciculus Rerum Criminalium* e la prospettiva del giurista. Spunti sul reato di furto 161

Catrenze Minasola, Cesare, Pompeo e Crasso. *'Tres faciunt collegium' «rem publicam invadere»* (Liv. *per.* 103): sulla natura giuridica e gli effetti del I Triumvirato e l'*iniustum bellum Parthicum* 223

Simone Massidda, L'Ecloga di Leone III e il patrimonio familiare: il caso dei *peculia* e la ricerca dell'*aequitas* in Ecl. 16..... 277

Notae

Federico Fernández de Buján, Antonio Palma. Romanista e Giurista. Maestro, Professore ed umanista. Avvocato e Servitore pubblico. E pervadendo tutto... Affettuoso, gentile e generoso. Onesto, leale e persona per bene 309

Paolo Costa, La ricerca giusantichistica e l'esegesi neotestamentaria: bilanci, esempi e prospettive 359

Ilaria Marra, Interventi postclassici sulla trattazione della *fidvcia* nelle *Institvtiones* di Gaio e due note manoscritte del 1944-1945 di Mario Amelotti al Corso di diritto romano di Carlo Longo (1933) 427

Francesco Saverio Tavaglione, Inventer la punition. Quelques réflexions sur la fonction originelle de la *lex Aquilia* 449

Francesco Giammarresi, *Utrumque ius* e diritto romano..... 471

Chronica

Vittorio Ingrassia, La cultura giuridica dell'*utrumque ius*. Tavola rotonda in occasione del 250° anniversario dalla fondazione della Pontificia Università Lateranense (Pontificia Università Lateranense, 15 novembre 2023) 493

Recensiones Librorum

András Földi, Selected Studies on Roman Law and Comparative History of Private Law, Ludovika–Aurum, Budapest, 2023 (József Benke)..... 501

Antonio Saccoccio, Morte e rinascita del contratto reale. Storia contrastata di un'idea da Aloys Brinz a Gustav Boehmer, Coll. Atlante della cultura giuridica europea, Il Mulino, Bologna, 2022 (Gerkens Jean-François) 513

Paolo Santini, Gli statuti di Vinci del 1418, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 2023 (Matteo Mazzocca)..... 520

Sara Veronica Parini (cur.), Parole pericolose. Conflitto e bilanciamento tra libertà e limiti. Una prospettiva trasversale, Giappichelli, Torino, 2023 (Mattia Rizza) 529

Valerio Gigliotti, La diritta via. Itinerari giuridici e teologici danteschi, I, Coll. Biblioteca della «Rivista di storia e letteratura religiosa». Studi, vol. 36, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 2023 (Alberto Torini)..... 535

In memoriam

Mario Amelotti (Rossella Laurendi)..... 543

FRANCESCO SAVERIO TAVAGLIONE

INVENTER LA PUNITION. QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA FONCTION ORIGINELLE DE LA *LEX AQUILIA*

Summarium: 1. Introduction – 2. Illicéité et peine dans la *lex Aquilia* – 3. La responsabilité aquilienne au temps des *legis actiones* – 4. L'*actio poenalis legis Aquiliae* dans la procédure formulaire : l'invention de la punition ? – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

Parmi les nombreuses questions dont la responsabilité aquilienne fait l'objet, la nature pénale ou réipersécutoire de l'action fondée sur la *lex Aquilia* est l'une des plus étudiées par la doctrine moderne, qui a formulé des réponses variées à ce propos.

Concentrons-nous sur les contributions parues à partir de l'école pandectiste. Une importante partie de cette littérature estime que l'*actio legis Aquiliae* était punitive au moment de la promulgation du plébiscite qui lui a donné son nom. Dès lors, une évolution graduelle aurait eu lieu jusqu'à la consécration de l'*actio mixta legis Aquiliae*[1] dans les Insti-

[1] Le débat doctrinal à propos de la fonction punitive ou réparatrice de la responsabilité aquilienne est alimenté depuis plus de deux siècles. Dès lors, la bibliographie qui suit ne peut mentionner qu'une partie de la littérature ayant pour objet la nature pénale de la *lex Aquilia*. V. à ce propos F. C. Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, 37 ; K. L. Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 12 éd., Stuttgart, 1883, 607-618 ; J. Baron, *Pandekten*, Leipzig, 1879, 121-123 ; H. Dernburg, *Pandekten*, II, 2 éd., Berlin, 1889, 339-358 ; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II/1, Leipzig, 1901, 793-806 ; G. Rotondi, *Dalla "lex Aquilia,, all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1922, 465-578, spéc. 468-501 ; G. von Beseler, « Romanistische Studien », in *ZSS RA*, 47 (1927), 65 ; P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, 5-18 ; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 589-593 ; U. Brasiello, *Corso di di-*

tutes de Justinien[2]. D'après d'autres auteurs[3], l'action que la victime d'un *damnum iniuriā* pouvait intenter aurait rempli dès le début une fonction réparatrice, malgré le caractère *poenalis* que les fragments classiques lui attribuent à plusieurs reprises[4]. Plus précisément, le plébiscite proposé par le tribun Aquilius aurait visé moins à punir l'auteur du comportement

ritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno, Milano, 1957, 71-82 ; C. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Gli atti illeciti. Pena e risarcimento*, Catania, 1960, 35-36 ; F. H. Lawson, *Negligence in the Civil Law*, 3 éd., Oxford, 1968, 68-79 ; U. von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, 36-82 ; H. Ankum, *Actions by Which We Claim a Thing (res) and a Penalty (poena) in Classical Roman Law*, in *BIDR*, 85 (1982), 15-39 ; *Gaius, Theophilus and Tribonian and the Actiones Mixtae*, in P. Stein, A. D. E. Lewis (dir.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, 1983, 4-17 ; *El carácter jurídico de la actio legis Aquiliae en el derecho romano clásico*, in *Id.*, J. E. Spruit, *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, Napoli, 2007, 99-112 ; H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wien, 1987, 34-39 ; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town - Wetton – Johannesburg, 1990, 973-975 ; G. Rossetti, *Problemi e prospettive in tema di "struttura" e "funzione" delle azioni penali private*, in *BIDR*, 96-97 (1993-1994), 343-394, spéc. 364-367 ; *'Poena' e 'rei persecutio' nell'actio legis Aquiliae*, Napoli, 2013, *passim* ; G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, 2 éd., Torino, 2005, 55-60.

[2] Inst. 4.6.19 : « (…) *sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit* ».

[3] V. surtout G. Cardascia, *La portée primitive de la loi Aquilia*, in Aa. Vv., *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edimburgh - London, 1974, 53-75 ; B. Winiger, *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum iniuria datum*, Bâle - Francfort-sur-le-Main 1997, 33 ; F. M. De Robertis, *Damnum iniuria datum*, I, Bari, 2000, 88-90 ; *Damnum iniuria datum*, II, Bari, 2002, 161. Par rapport à cette théorie, il convient également de mentionner les auteurs qui, tout en admettant la nature *poenalis* du remède *ex lege Aquiliā*, en soulignent une finalité au moins partiellement réparatrice : v. à ce propos E. Levy, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, *passim* ; *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II/1, Berlin, 1918, 36-78 ; *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962, 20-26 ; M. Kaser, *'Quanti ea res est'. Studien zur Methode der Litisaestimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, 167 ; C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, 10 ; B. Sirks, *The delictual origin, penal nature and reipersecutory function of the actio damni iniuriae legis Aquiliae*, *RHD*, 77 (2009), 303-353.

[4] V., *ex plurimis*, D. 9.2.11.2 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.23.8 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; PS 1.13a.6.

illicite et préjudiciable qu'à rétablir le statu *quo ante* dans le rapport entre le responsable et la victime.

Le débat à cet égard dure depuis plus d'un siècle et la doctrine semble avoir atteint une sorte de stabilité entre les deux théories que nous venons de présenter. Dès lors, la majorité des contributions ayant pour objet l'évolution de la responsabilité aquilienne s'interrogent sur la fonction originelle de cet instrument – punition ou réparation – à partir des données tirées de Gaius et de la compilation de Justinien.

Pourtant, une récente étude de Wolfgang Ernst semble aller dans un sens différent[5]. Cet auteur adopte un point de vue peut-être peu connu pour faire la lumière sur une question tant fascinante qu'utile à notre compréhension de la responsabilité aquilienne. Plus précisément, son analyse commence par une reconstitution du contexte politique et sociologique dans lequel la *lex Aquilia* fut probablement promulguée. Conformément à la thèse de Ben Beinart[6], Ernst affirme que ce plébiscite fut le résultat d'un compromis entre le patriciat et la plèbe à la suite de la sécession du Janicule (287 av. J.-C.). L'auteur ne se borne pas à attester une coïncidence temporelle entre l'émeute plébéienne et l'adoption de la *lex Aquilia*, mais identifie un lien causal entre les deux événements.

Ce plébiscite aurait été « *part of the reconciliation of the two orders that ended this secessio*[7] ». Plus précisément, il aurait accordé un instrument procédural plus rapide et moins coûteux que la *legis actio sacramento*, pour que les personnes qui avaient subi certains dommages pendant les révoltes pussent obtenir une protection efficace, peu importe qu'elles fussent patriciennes ou plébéiennes. En outre, les citoyens les plus pauvres auraient pu éviter la charge de payer une somme d'argent à titre de *praes* pour déclencher la procédure *per sacramentum*[8].

Wolfgang Ernst analyse une pluralité d'éléments de la responsabilité aquilienne et ne manque pas d'étudier la question de la finalité punitive

[5] *The politics of the lex Aquilia. Reparation disputes in the battle of the orders: the quest for fair trials*, in *TvR*, 90 (2022), 1-38.

[6] B. Beinart, *De lege Aquilia*, in *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 10 (1946), 192-205 ; *Once More on the Origin of the Lex Aquilia*, in *Butterworths South African Law Review*, 70 (1956), 70-80.

[7] W. Ernst, *The politics*, 4.

[8] Gai. 4.13.

ou réparatrice de l'instrument procédural mis en place par le tribun Aquilius. L'auteur exclut que le premier but de la *lex Aquilia* fût la punition du responsable[9]. Au contraire, il affirme que le problème de la nature pénale ou réipersécutoire de l'*actio legis Aquiliae* fut posé à une époque ultérieure[10], au sein de la jurisprudence[11]. Les juristes auraient donc ressenti la nécessité d'attribuer à cette action une qualification sur la base de la fonction que celle-ci remplissait. Compte tenu de la nature pénale que plusieurs fragments de période classique reconnaissent à cette action[12], les chercheurs modernes auraient conclu à tort que la punition fut la première finalité qu'elle poursuivit.

La théorie de Wolfgang Ernst est novatrice et fascinante. Il faut lui reconnaître une remarquable cohérence logique et une grande rigueur scientifique : en effet, il démontre et justifie une conclusion déliée des sources jurisprudentielles à notre disposition – n'oublions pas que ces dernières furent rédigées après le III^e^ siècle av. J.-C.

Néanmoins, cette doctrine impose d'analyser le développement de la responsabilité aquilienne dans le laps de temps entre la promulgation du plébiscite et les premiers extraits dont nous disposons. En effet, ces derniers témoignent d'un premier degré d'évolution : à partir d'un instrument visant à accélérer la protection contre certains comportements dommageables[13], les juristes conçurent un *delictum* pourvu d'une action pénale[14]. À travers

[9] W. Ernst, *The politics*, 10.

[10] Cette théorie est conforme à celle de Th. Finkenauer, *Pönale Elemente der Lex Aquilia*, in R. Gamauf (Hrsg.), *Ausgleich oder Buße als Grundproblem des Schadenersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart. Symposium zum 80. Geburtstag von Herbert Hausmaninger*, Wien, 2017, 41.

[11] W. Ernst, *The politics*, 32.

[12] V. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.2, D. 9.2.23.8 ; Gai. 4.76 ; Gai. 4.112.

[13] Il s'agit de l'*occisio* d'esclaves ou *pecudes* dans le chapitre premier (Gai. 3.210 ; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.2.pr) et de l'*occisio* d'autres *res*, ainsi que des *ustio*, *fractio*, *ruptio* de tout bien dans le chapitre troisième (Gai. 3.217 ; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.5).

[14] Nous désignons ici par l'expression « action pénale » (*actio poenalis*) le remède susceptible de cumul avec les autres actions et dont les caractéristiques sont la solidarité cumulative, l'intransmissibilité passive et la noxalité. V. à ce propos Th. Finkenauer, *Pönale Elemente*, 36 : l'auteur renvoie de manière générale à la *Romanistik*. Les traits distinctifs traditionnellement associés aux actions pénales sont présentées, *ex plurimis*, par V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 7 éd., Napoli 1943, 365-368.

la présente contribution, nous comptons étudier la transition à partir d'un remède dont la fonction punitive ou réparatrice n'était pas précisée vers l'*actio poenalis legis Aquiliae* et à la responsabilité qui en dériva.

À cette fin, nous observerons tout d'abord le texte de la *lex Aquilia* tel qu'il a été reconstitué par la doctrine moderne, pour nous concentrer sur la distinction entre la notion d'illicéité et celle de punition : ici, nous pourrons vérifier la présence de chacun de ces deux concepts dans le plébiscite. Ensuite, nous nous tournerons vers le procès : la responsabilité aquilienne sous l'empire des *legis actiones* et de la procédure formulaire fera l'objet de deux subdivisions.

2. *Illicéité et peine dans la* lex Aquilia

Selon Wolfgang Ernst, la seule intention des rédacteurs de la *lex Aquilia* était « *that victims were compensated*[15] ». Autrement dit, l'objectif de ce plébiscite se situait en dehors des fonctions punitive et réparatrice : face aux dégâts provoqués par la sécession plébéienne, l'enjeu crucial était la mise en place d'un instrument plus rapide et accessible que les procédures en vigueur à l'époque.

En même temps, l'auteur nous met en garde contre le risque de considérer la *lex Aquilia* comme relevant du seul droit procédural. Ce faisant, nous appliquerions à un plébiscite du III^e^ siècle av. J.-C. des catégories modernes : c'est justement le cas de la distinction entre le droit matériel et les normes de procédure[16]. Selon Wolfgang Ernst, bien que la *lex Aquilia* vise à alléger le fardeau pesant sur la victime d'un dommage illicitement produit, elle ne saurait s'empêcher d'identifier les comportements et préjudices qui délimitent son champ d'application. Dès lors, l'observateur d'aujourd'hui reste tenté de qualifier la *lex Aquilia* soit de norme punitive, soit de clause de réparation du préjudice.

[15] W. Ernst, *The Politics*, 32.

[16] *Ivi*, 33: « *A clarification seems in order, addressing the taxonomical juxtaposition of substantive and procedural rules in private law. The lex Aquilia was, of course, not 'just' a civil procedure reform. The lex also defined the claims for which it prescribed new procedures. This was an integrated statutory project, tying together what we see as substantive law requirements with their procedural implementation* ».

Tout d'abord, il nous faut donc examiner les premier et troisième chapitres de la *lex Aquilia* tels qu'ils ont été reconstitués par la doctrine moderne, afin de confirmer l'absence d'éléments qui renvoient à la sphère de la punition ou à celle de la réparation. Nous exclurons donc le deuxième chapitre, sur lequel les fragments que nous connaissons ne s'attardèrent presque pas.

À titre d'exemple[17], considérons la reconstitution proposée par Carlo Augusto Cannata :

> « *Si quis servum servamve alienum alienamve vel pecudem alienam iniuria occiderit, quanti is homo vel ea pecus in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero damnas esto*[18] »
>
> « *Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*[19] ».

Ces deux chapitres, tout comme les fragments classiques qui citent la *lex Aquilia*, contiennent le vocable *iniuria*, ce qui prouve que tous les comportements appréhendés par le plébiscite sont qualifiés d'illicites[20]. D'ailleurs Ulpien, qui connaissait selon toute probabilité le texte original de la *lex Aquilia*[21], définit lui-même le terme *iniuria*, avant de l'associer à la *culpa*, comme étant la non-conformité *lato sensu* au droit[22].

[17] V. également, parmi les nombreuses reconstitutions proposées au fil du temps, A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Rechte*, Weimar, 1867, 15 ; C. G. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, 3 éd., Tubingae, 1876, 39-40 ; U. von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, 19 ; D. Pugsley, *Si quis alteri damnum faxit*, in *Americans are Aliens and other essays on Roman Law*, Exeter, 1989, 46, 50 ; M. H. Crawford *et alii*, *Roman Statutes*, II, London, 1996, 723-726.

[18] C. A. Cannata, *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in L. Vacca (Cur.), *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 22 ; *Sul testo della lex Aquilia e sulla sua portata originaria*, *ivi*, 160.

[19] *Il terzo capo della lex Aquilia*, *ivi*, 239.

[20] H. G. Heumann, E. Seckel, « *Iniuria* », in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1926, 269.

[21] V. en ce sens C. A. Cannata, *Sul testo originale*, 9. *Contra*, G. Cardascia, *La portée*, 62.

[22] Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.5.1 : « *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non que-*

Il en dérive que l'illicéité du comportement est dès le début un élément essentiel de la responsabilité aquilienne : l'obligation *ex lege Aquiliā* naît dans le chef du responsable en raison de l'*iniuria* du fait commis[23]. Ceci pourrait induire l'observateur à considérer que l'intention du tribun Aquilius était la punition du responsable plutôt que la réparation du dommage, conformément à la littérature citée plus haut[24] et contrairement à la théorie de Wolfgang Ernst. Toutefois, le fait de qualifier un comportement d'illicite ne signifie pas en soi qu'une punition doit être infligée à celui qui le commet. Pensons à la plupart des codes modernes : le choix d'obliger le responsable à ne payer que la réparation du dommage ne fait point obstacle à l'illicéité du comportement.

Également, si nous qualifiions la *litiscrescentia in duplum adversus infitiantem* prévue en cas d'*infitiatio* de preuve du caractère punitif des premier et troisième chapitres de la *lex Aquilia*, nous commettrions une erreur [25]. Ernst emploie cet élément pour démontrer que, grâce au plébiscite du tribun Aquilius, la victime d'un *damnum iniuriā* pouvait désormais intenter la *legis actio per manus iniectionem*, « *the archetypical case of an actio that per infitiationem in lite crescit*[26] ». Dès lors, cette litiscroissance remplit certes une fonction punitive ; néanmoins, le comportement sanctionné n'est pas l'acte dommageable, mais le déni frauduleux de responsabilité de la part du défendeur.

La circonstance que certains comportements soient qualifiés d'illicites par une norme donnée ne semble donc pas suffisante pour attribuer à cette norme une finalité se situant entre la punition et la réparation.

madmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius (…) ».

[23] Rappelons à ce propos l'expression *damnum iniuriā datum*, attribuée au juriste Alfenus (I sec. av. J.-C.) et considérée aujourd'hui comme un synonyme de la responsabilité aquilienne en général : Alf. 2 *dig.* D. 9.2.52.1: « (…) *non videtur damnum iniuria dedisse* (…) ».

[24] *Supra*, nt. 2.

[25] Gai. 4.9 ; PS. 1.19.1-2 ; Ulp. 15 *ad ed.* D. 5.3.20.4 ; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.2.1 ; I. 3.27.7 ; I. 4.6.19 ; I. 4.6.26. V. sur ce point G. Polara, *Gai. 4.9: alla radice del principio "adversus infitiantem in duplum agimus"*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, 195-280.

[26] W. Ernst, *The politics*, 8.

C'est bien le cas des premier et troisième chapitres de la *lex Aquilia* : d'une part, certaines conduites (*iniuriā occidere servum vel pecudem*, *i. urere*, *i. frangere*, *i. rumpere*) sont qualifiées d'illicites. D'autre part, la norme prévoit une sanction pécuniaire, c'est-à-dire une *poena* au sens de conséquence négative menacée par l'ordre juridique en cas de violation de la règle[27], sans que sa finalité punitive ou réparatrice soit précisée.

3. *La responsabilité aquilienne au temps des* legis actiones

Accepter l'hypothèse que nous venons de formuler signifierait faire avancer dans le temps toutes les références à la punition que la doctrine a longtemps associées au texte original de la *lex Aquilia*, pour les situer à une époque plus récente de l'histoire romaine.

Certes, il s'agit d'une opération ambitieuse. Néanmoins, bien que le texte initial du plébiscite n'aborde pas la nature punitive ou réparatrice de l'obligation pesant sur l'auteur du *damnum iniuriā*, la question est explicitement étudiée par les juristes classiques qui s'occupent de l'*actio legis Aquiliae*. Nous devrions dès lors conclure que l'action fut qualifiée de *poenalis* (ce qui implique la solidarité cumulative, l'intransmissibilité passive et la noxalité[28]) après son entrée en vigueur mais avant la rédaction des ouvrages jurisprudentiels dont nous étudions les extraits.

[27] H. G. Heumann, E. Seckel, « *Poena* », in *Handlexicon*, 436-436 : « *das für den Fall einer Normübertretung von der Rechtsordnung angedrohte Übel* ». V. également A. Ernout, A. Meillet, « *Poena* », in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, 4 éd., Paris, 2001, 518 : « compensation versée pour une faute ou pour un crime, rançon ».

[28] Quant à la solidarité cumulative, v. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.2 : « (…) *si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena* ». Par rapport à l'intransmissibilité passive, v. Gai. 4.112 : « (…) *est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec conpetere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae* (…) » ; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.23.8 : « *Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat: sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit* ». Sur la noxalité, v. Gai. 4.76 : « *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, uelut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia* (…) ». V. également *supra*, nt. 13.

Nous pouvons également observer que les réflexions à propos de la fonction punitive de la responsabilité aquilienne semblent ne concerner que la nature de l'action et le régime juridique qui en dérive : autrement dit, elles portent sur les règles du procès. Lorsque les *prudentes* analysent d'autres éléments du *damnum iniuriā*, la fonction du remède paraît être reléguée à l'arrière-plan. Le problème de l'*aestimatio damni* paraît emblématique à cet égard. Ici, l'opposition entre la punition et la réparation a été identifiée et reconstituée dans la doctrine moderne. En revanche, les sources romaines ne font aucune référence explicite à ces deux finalités, et se bornent à présenter l'antinomie entre le *pretium rei* et l'*id quod interest*[29]. En conclusion, la jurisprudence classique semble lier le problème de la fonction de la responsabilité aquilienne à la seule structure de l'*actio legis Aquiliae*.

Revenons maintenant à la théorie de Wolfgang Ernst. D'après l'auteur, le plébiscite visait à accorder notamment à la plèbe une procédure plus efficace contre les dommages subis pendant les émeutes. De même, ce n'est que dans le procès que les juristes manifestent le besoin d'attribuer à ces normes une fonction punitive ou réparatrice, afin de qualifier ou non le remède de *poenalis* et d'y rattacher les règles qui en découlent. Dès lors, l'analyse de la construction jurisprudentielle de la punition *ex lege Aquiliā* mérite que nous nous attardions sur la procédure que la victime d'un *damnum iniuriā* avait le droit de déclencher.

[29] V. notamment Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.21.2: « *Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio* ». À ce propos, v. M. Kaser, *'Quanti ea res est'. Studien zur Methode der Litisaestimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, *passim* ; D. Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln - Graz, 1962, *passim* ; S. Tafaro, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, *passim* ; G. Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, *passim* ; *In tema di stima del danno aquiliano*, *in Index*, 44 (2016), 197-216 ; C. A. Cannata, *In tema di "aestimatio rei" nell'azione aquiliana*, *in SDHI*, LVIII (1992), 386-412 ; *Il terzo capo della lex Aquilia*, in *BIDR*, 98-99 (1995-1996) = L. Vacca (Cur.), *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2011, 239-274, spéc. 268-272.

Si nous considérons que le plébiscite en question fut promulgué immédiatement après la sécession du Janicule[30], nous pouvons conclure que, lors de son entrée en vigueur, l'administration de la justice à Rome connaissait une phase de transition en raison de l'avancement progressif de la procédure formulaire au détriment des schémas rigides imposés par les *legis actiones*[31]. Selon Ernst, le premier chapitre de la *lex Aquilia* permettait à la victime d'un *damnum iniuriā* d'intenter immédiatement la *legis actio per manus iniectionem* pour la valeur prévue par le plébiscite même[32].

En revanche, selon d'autres auteurs, une *legis actio sacramento in personam* pouvait être intentée contre le responsable. Quelle que soit l'interprétation que nous acceptons, il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que la responsabilité en question vise à la punition ou à la réparation.

La *legis actio sacramento* est associée à la *lex Aquilia* par une ancienne doctrine[33] ; Wolfgang Ernst y fait référence par rapport au seul chapitre troisième du plébiscite[34]. La structure de cette action tournait autour de la *poena sacramenti*[35] infligée à la partie perdante. En d'autres termes, après les

[30] W. Ernst, *The politics*, 3-5 ; v. également *supra*.

[31] Sur la procédure *per legis actiones*, v. *ex plurimis* H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, *passim* ; G. Pugliese, *Il processo civile romano*, I, Roma, 1962, *passim* ; C. A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I. *Le legis actiones*, Torino, 1980, *passim* ; G. Nicosia, *Il processo privato romano*, II. *La regolamentazione decemvirale*, Catania, 1984, *passim* ; M. Talamanca, « Processo civile (dir. rom.) », in *EdD*, XXXVI, Milano, 1987, 1-79, spéc. 4-24 ; B. Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1993, *passim* ; M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023, 10-57 ; *Die Legisaktionen*, in U. Babusiaux - C. Baldus - W. Ernst - F.-S. Meissel - J. Platschek - Th. Rüfner, *Handbuch des Römischen Privatrechts*, I, Tübingen, 2023, 321-341.

[32] W. Ernst, *The politics*, 11.

[33] L'hypothèse selon laquelle une *legis actio sacramento in personam* aurait pu être intentée à l'égard du responsable aquilien est présentée, *ex aliis*, par E. Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig, 1874, 399 ; G. Broggini, *Iudex Arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln - Graz 1957, 152-159 ; W. Selb, *'Gewaltenteilung' im republikanischen Rom*, in E. Jayme *et alii* (Hrsg.), *Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1991, 117-126, spéc. 120.

[34] W. Ernst, *The politics*, 24-29.

[35] Selon B. Albanese (*Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, in A. Guarino – L. Labruna (Cur.), *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, 104-122, spéc. 106-107), la *poena sacramenti* est l'élément « *strutturale del procedimento* ».

serments des deux parties, le procès visait à condamner l'auteur du parjure plutôt qu'à trancher le litige. Comme l'affirme Bernardo Albanese, la peine affecte tout le mécanisme de la *legis actio per sacramentum*[36]. Toutefois, le comportement sanctionné ici est le parjure plutôt que l'acte illicite qui entraîne la demande en justice : le *sacramentum* semble absorber le comportement commis par le défendeur, et la condamnation ne pourra avoir pour objet que la *poena sacramenti*. Par conséquent, notre conclusion ne changerait pas si le texte de la *lex Aquilia* avait prévu une *actio sacramento in personam* : la fonction punitive ou réparatrice ne résulterait tout de même pas du plébiscite.

En revanche, Ernst se penche plus longuement sur la thèse selon laquelle la *lex Aquilia* aurait permis à la victime de se prévaloir de la *manus iniectio* contre le responsable[37]. Jadis susceptible d'être intentée à l'encontre du débiteur *iudicatus* et *confessus*[38] et étendue à d'autres cas particuliers[39], cette *legis actio* aurait été mise à la disposition de la victime d'un *damnum iniuriā* par le premier chapitre du plébiscite[40]. Cet instrument était d'une

[36] *Ibid.*

[37] V. en ce sens W. Ernst, *The politics*, 11-16. V. également F. L. Keller, *Der römische Civilprozess und die Actionen*, 6 éd., Leipzig, 1883, 100 ; O. Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, 117-122 ; *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 802-803 ; V. Arangio-Ruiz, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Rariora*, Roma, 1946, 197-230, spéc. 218-223 ; J. M. Kelly, *Further Reflections on the 'lex Aquilia'*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano, 1971, 235-241, spéc. 241 nt. 20 ; U. Manthe, *Geschichte des römischen Rechts*, 2 éd., München, 2003, 63 ; J.-F. Gerkens, *De l'origine criminelle des obligations*, in M. Born - F. Kéfer - A. Lemaître - G. Kellens (Dir.), *Une criminologie de la tradition à l'innovation : en hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, 2006, 131-138, spéc. 137-138 ; R. Cardilli, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 193-201.

[38] *FIRA* Tab. III.1-3.

[39] V. à cet égard Gai. 4.22: « *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt* (…) ».

[40] Cette hypothèse est étayée par une lecture alternative du palimpseste de Vérone. Selon celle-ci, Gaius citerait directement la *lex Aquilia* en guise d'exemple d'une loi qui met en place la *manus iniectio*. V. à ce propos Gai. 4.21 : « *Per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege [aliqua] <Aquilia> cautum est, velut iudicati lege XII tabularum* (…) ». Outre W. Ernst, *The politics*, 13, v. notamment M. Varvaro, *Gai. 4.21 e la presunta manus iniectio ex lege Aquilia*, in *AUPA*, 59

grande sévérité : pour contester une *manus iniectio*, le défendeur était tenu de faire intervenir un *vindex* et s'exposait au grave risque de la *litiscrescentia in duplum*[41]. Néanmoins, la structure de cette *legis actio* suggère que sa fonction était plutôt la rapidité que la punition ou la réparation. D'une part, l'action ne pouvait être contestée qu'après l'imposition de la main, et la défense était confiée à une tierce personne si le débiteur était *iudicatus* ou *confessus*. D'autre part, la *litiscrescentia* pendait, telle une épée de Damoclès, sur la tête du défendeur qui contestait la mesure : dès lors, ce dernier était sans doute dissuadé de tenter l'*infitiatio*.

Pourvu qu'elle ait existé, la *manus iniectio legis Aquiliae* s'apparentait à la *manus iniectio* à la disposition de la victime d'un *furtum manifestum*, qui fait l'objet de pareille divergence doctrinale[42]. Sans qu'il soit nécessaire de rentrer dans le vif du débat, concentrons-nous sur la fonction qu'un tel remède pouvait remplir. Dans le cas d'un vol flagrant ou de l'*occisio* d'un esclave ou d'un animal, nous pouvons présumer que l'ordre juridique entend éliminer au plus vite les conséquences du méfait, que ce soit par l'arrestation rapide du voleur ou par la remise presqu'im-

(2016), 335-347.

[41] Gai. 4.21: « (…) *Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat ; qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur* ».

[42] Parmi les auteurs qui affirment son existence, v. G. Broggini, *Iudex arbiterve*, 37 nt. 37 ; G. Nicosia, *Il processo*, II, 36, 164 ; R. La Rosa, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli, 1990, 58-110 ; C. Buzzacchi, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, 25 nt. 15 ; M. A. Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli, 2008, 10-11 nt. 10. Les point de départ de cette dernière sont Gai. 3.189 et *FIRA* Tab. VIII.14 (Gell. 11.18.8) : à propos de la *poena manifesti furti*, il est précisé dans les deux sources que le voleur libre était *verberatus* et *addictus*, ce qui pourrait faire référence à l'issue d'une *legis actio per manus iniectionem*. V. à ce dernier propos V. Arangio-Ruiz, *La répression*, 208-230 ; G. Broggini, *Iudex arbiterve*, 33-44. *Contra*, v. H. Lévy-Bruhl, *Nouvelles recherches sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, 148-149 ; M. Kaser, *‚Unmittelbare Vollstreckbarkeit' und Bürgenregreß*, in *ZSS RA*, 100 (1983), 80-135, spéc. 94 ; W. Selb, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der legis actio*, in D. Nörr - D. Simon (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, 391-448, spéc. 443 ; A. De Francesco, *Autodifesa privata e iniuria nelle XII Tavole*, in M. Humbert (Cur.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, 415-440, spéc. 428 nt. 33.

médiate d'une somme calquée sur la valeur de la chose. L'action *sacramento*, qui aurait inévitablement retardé la satisfaction du demandeur, n'était probablement utile dans aucun des deux cas.

Néanmoins, la présence de la *manus iniectio* au sein du texte original de la *lex Aquilia* ne semble pas non plus nous éclairer à propos de la fonction punitive ou réparatrice de la responsabilité aquilienne avant l'intervention des juristes. En effet, bien que nous puissions associer à la rapidité de cet instrument la notion anglaise de *compensation*[43], l'enjeu ne semble pas être le retour au statu *quo ante*, ce qui sera poursuivi par des mesures jurisprudentielles telles que l'*aestimatio* basée sur l'*id quod interest*[44]. Plutôt, il paraît qu'au moins le premier chapitre de la *lex Aquilia* cherche à rétablir rapidement une situation indispensable pour la survie du demandeur. Ceci était d'autant plus essentiel que, selon toute probabilité, les victimes étaient souvent de petits agriculteurs, qui n'auraient pas pu poursuivre leur activité après l'*occisio* d'un esclave ou d'une *pecus*. Comme l'affirme Wolfgang Ernst, « *the livestock covered by Chapter I must have been vital, particularly for smallholders*[45] ».

À ce propos, l'objet de cette action en exécution était la valeur la plus élevée du bien dans l'année passée. Bien que ceci puisse induire l'observateur à qualifier l'ancienne responsabilité aquilienne de punitive, Ernst l'exclut radicalement. En effet, la demande de *certa pecunia* étant nécessaire pour intenter une *manus iniectio*, la victime pouvait agir contre le responsable de son préjudice en présentant la preuve d'achat de cette *res* ou d'un bien similaire, datée de moins d'un an avant le fait dommageable[46]. Un autre auteur qui rejette l'hypothèse d'une fonction punitive originelle de la *lex Aquilia*, Guillaume Cardascia, explique cette majoration par la fluctuation saisonnière de la valeur des biens faisant l'objet du premier chapitre[47].

[43] W. Ernst, *The politics*, 14. L'*Oxford Dictionary of Law* (9 éd., Oxford, 2018, 138-139) définit la notion de *compensation* comme suit : « *Monetary payment to compensate for loss or damage* (…) ».

[44] Sur la notion d'*id quod interest* appliquée à l'obligation *ex lege Aquiliā*, v. la bibliographie citée *supra*, nt. 28.

[45] W. Ernst, *The politics*, 14.

[46] *Ivi*, 10.

[47] G. Cardascia, *La portée*, 63. V. aussi D. Daube, *On the Third Chapter of the Lex Aquilia*, *LQR*, 52 (1936), 253-268.

Ajoutons dans un souci de précision que le troisième chapitre de la *lex Aquilia* impose de considérer la valeur du bien endommagé dans les 30 jours les plus proches (*proximi*) de la production du préjudice. Ceci peut être interprété comme un alourdissement punitif de l'obligation pesant sur le responsable, pourvu que l'on rajoute au texte du troisième chapitre le vocable *plurimi* à l'instar du premier comme le firent Sabinus et ses élèves[48]. En revanche, Cardascia évoque la possibilité que la lésion du bien s'évolue dans les 30 jours qui suivent l'acte illicite dans les cas appréhendés par le troisième chapitre[49]. Ceci imposerait de ne pas calculer la valeur immédiate du préjudice au moment du comportement du responsable, mais de l'évaluer sur le laps de temps indiqué par le texte[50].

Compte tenu de ce qui précède, un contraste net semble se dessiner entre ce que plusieurs auteurs modernes qualifient de remède originel, où la nécessité d'identifier une fonction punitive ou réparatrice n'était pas ressentie, et l'*actio legis Aquiliae* à laquelle les *prudentes* font référence. Comme nous l'avons déjà rappelé, cette dernière est qualifiée à plusieurs reprises de *poenalis* par les juristes, qui lui associent les éléments typiques de cette catégorie d'actions.

[48] Gai. 3.218 : « *Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. Ac ne 'plurimi' quidem verbum adicitur ; et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, vel ad id, quo minoris fuit. Sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte 'plurimi' verbum adiectum esset ; nam legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset* ».

[49] Pour formuler sa conclusion à propos du troisième chapitre de la *lex Aquilia*, l'auteur considère que, dans le texte, le verbe *esse* est conjugué au futur de l'indicatif (*erit*), non pas au parfait (*fuit*) ou au plus-que-parfait (*fuerat*). Ceci indiquerait que les 30 jours à compter pour calculer le montant d'un dommage appréhendé par le troisième chapitre sont ceux qui suivent la production du dommage, non pas ceux qui la précèdent. Sur le débat doctrinal à propos de la période mentionnée au troisième *caput* de la *lex Aquilia*, dérivant de la lecture du fragment Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.5 dans la *Florentina*, v. notamment H. Ankum, *Quanti ea res erit in diebus XXX proximis. Dans le troisième chapitre de la lex Aquilia : un fantasme florentin*, in Aa. Vv., *Religion, société et politique*. Mélanges en hommage à Jacques Ellul, Paris, 1983, 171-183.

[50] V. également J. M. Kelly, *The Meaning of the Lex Aquilia*, *LQR*, 80 (1964), 73-88, spéc. 82.

4. *L'*actio poenalis legis Aquiliae *dans la procédure formulaire: l'invention de la punition?*

À bien y regarder, le simple fait qu'une *actio legis Aquiliae* existe et soit présentée par les *prudentes* peut étonner l'observateur. À partir des considérations formulées jusqu'à présent, nous pouvons supposer que le remède mis en place par le plébiscite, jadis basé sur la *manus iniectio* ou la *legis actio sacramento in personam*, fut supplanté par un nouveau système. L'*actio legis Aquiliae* entraînait désormais un procès visant à trancher le fond du litige et à condamner le responsable du *delictum* en question au paiement d'une peine calquée sur l'*aestimatio damni*.

Revenons à la transition vers la procédure *per formulas*. Certes, cette question mériterait un approfondissement impossible à atteindre dans les présentes pages. Cependant, nous pouvons affirmer que la naissance des *formulae* et l'expansion de leur champ d'application jusqu'aux litiges relevant du *ius civile*[51] entraînèrent une profonde évolution des remèdes

[51] Nous nous bornerons ici à ne citer que quelques exemples de la foisonnante littérature dont nous disposons à propos de cette question. V. à cet égard F. L. Keller, *Ueber Litis Contestation*, Zurich, 1827, *passim* ; M. Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in Aa. Vv., *Festschrift zum Doctor-Jubiläum des Herrn geheimen Rats und Professors Dr. Bernhard Windscheid am 22. Dez. 1888*, Leipzig, 1888, 53-87 ; E. Betti, *La creazione del diritto nella "iurisdictio,, del pretore romano*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, 65-129 ; *Sulla genesi storica del processo formulare (testimonianze e ipotesi)*, in P. Ciapessoni (Cur.), *Per il XIV centenario della codificazione giustinianea*, Pavia, 1934, 451-472 ; O. Carrelli, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, 47-119 ; A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 50-158 ; P. Birks, *From legis actio to formula*, in *Irish Jurist*, 4 (1969), 356-367 ; G. Scherillo, *La 'legis actio per iudicis arbitrive postulationem' e le origini del processo formulare*, in *IVRA*, 20 (1969), 5-48 ; *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem e processo formulare. Due testimonianze nel Digesto (D. 45, 3, 1, 83, 1 ; D. 19, 1, 38, 2)*, in W. G. Becker - L. Schnorr von Carolsfeld (Hrsg.), *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin, 1970, 307-319 ; C. S. Tomulescu, *Les origines de la procédure formulaire*, in *RIDA*, 20 (1973), 355-367 *;* I. Buti, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, 5-17 ; M. Talamanca, « Processo civile (dir. rom.) » 24-34 ; G. Nicosia, *Il processo privato romano. III. Nascita ed evoluzione della iurisdictio*, I, Catania, 2012, *passim* ; J. Platschek, *Formularprozess: Grundlagen*, in U. Babusiaux - C. Baldus - W. Ernst - F.-S. Meissel - J.

connus jusqu'alors. Les magistrats pourvus de *iurisdictio*, notamment le préteur urbain, s'emparèrent progressivement des instruments procéduraux jadis strictement encadrés dans les schémas des *legis actiones* et conçurent les mesures les plus appropriées pour protéger les intérêts qu'ils identifiaient au fur et à mesure[52].

Par rapport aux détails de cette évolution, toute affirmation nécessite le plus haut degré de prudence. Néanmoins, c'est probablement dans ce contexte que le besoin d'adapter la responsabilité aquilienne à la procédure formulaire fut ressenti. Si l'activité de *lege agere* était entièrement entre les mains des particuliers, la naissance de la *iurisdictio* entraîna une présence active du pouvoir public[53] dans les différends de droit privé, y compris ceux dérivant d'un préjudice aquilien.

Sur le plan de l'objet du litige, nous assistons à un basculement remarquable. Ni la *legis actio sacramento in personam* ni la *manus iniectio* ne s'occupaient directement du fond du litige[54] : dans la première, le juge était chargé de déceler le parjure ; dans la seconde, les prétentions respectives des parties n'étaient prises en compte qu'en cas d'opposition de la part du défendeur. Or, le jugement à l'issue d'une procédure formulaire portait sur la situation juridique litigieuse : désormais, le juge décidait à partir de la *formula* rédigée par le magistrat doté d'*imperium* et *iurisdictio*[55] et, comme écrit Gaius, ne pouvait condamner le défendeur qu'au paiement d'une somme d'argent[56] conforme à la demande.

Pour résumer, la procédure formulaire imposait une évaluation économique de la demande et une décision qui ne pouvait qu'absoudre le défendeur ou le condamner à payer ce montant. Appliquer ceci au litige

Platschek - Th. Rüfner, *Handbuch*, 342-349 ; M. Varvaro, *Lineamenti*, 67-76.

[52] V. à ce propos G. Nicosia, *Il processo*, III, 52, qui souligne que la *iurisdictio* « *si estrinsecava in pronunce aventi ad oggetto il procedimento* ».

[53] *Ivi*, 64.

[54] B. Albanese, « Illecito », 59.

[55] M. Varvaro, *Lineamenti*, 80, 181-189.

[56] Gai. 4.48 : « *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat* ».

entre la victime d'un *damnum iniuriā* et le responsable aquilien signifiait condamner ce dernier, au moins potentiellement, au paiement d'une somme plus élevée que le préjudice occasionné. Il s'agit de la *repetitio temporis* : si, au cours de l'année ou des 30 jours indiqués par la loi, la valeur du bien détérioré avait été supérieure, cette somme aurait été prise en compte au détriment du prix que la chose avait au moment du fait dommageable. Ceci produisait un effet vraisemblablement préventif à l'égard des citoyens : le risque de devoir remettre à la victime une somme plus élevée que le préjudice causé dissuadait les comportements illicites, qu'ils fussent intentionnels ou négligents.

La qualification de *poenalis* attribuée à la *lex Aquilia* dérive des questions qui se posèrent probablement lors de la rédaction des premières *formulae* appliquant ce plébiscite[57]. Quelle était la finalité poursuivie par la loi ? Le paiement imposé au responsable ne tendait-il qu'à la réparation du dommage, à la manière de l'expression *noxiam sarcire* que nous retrouvons dans les XII Tables[58], ou visait-il plutôt à dissuader les personnes de commettre certains actes par la menace d'une punition plus grave que le dommage subi par la victime ?

Certes, nous ne pouvons formuler que des hypothèses à propos des éléments qui furent pris en compte pour rédiger la *formula* de l'action aquilienne, permettant ainsi d'adapter le plébiscite à la nouvelle procédure. Néanmoins, il semble que l'illicéité du comportement dommageable et la dyscrasie potentielle entre la valeur du préjudice et la somme à remettre à la victime aient aiguillé les premiers préteurs investis de cette question vers la mise en place d'une *actio poenalis*.

Commençons par l'illicéité du comportement. Écrivant en pleine période classique, Gaius identifie quatre délits de *ius civile* capables de faire

[57] Bien que les sources ne fassent pas une référence expresse à cette question, nous pouvons supposer que ce problème fut posé en observant des phénomènes similaires dans d'autres matières. À propos de la naissance de la peine du quadruple pour le *furtum manifestum*, Gaius précise que l'édit du préteur remplaça par celle-ci la peine corporelle jadis prévue par la loi des XII Tables : Gai. 3.189. En même temps, ce magistrat maintint les peines du double pour le *furtum nec manifestum* (Gai. 3.190) et du triple pour les *furtum conceptum* et *furtum oblatum* (Gai. 3.191).

[58] FIRA Tab. VIII.10 ; Tab. VIII.14. V. également Fest. *s.v. Sarcito* : « *Sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato* ».

naître des obligations dans le chef de l'agent : outre le *furtum*, la *rapina* et l'*iniuria*, le *damnum iniuriā datum* est compris dans cette catégorie. D'ailleurs, comme nous l'avons rappelé plus haut, la *lex Aquilia* appréhende les faits qu'elle mentionne seulement s'ils sont accomplis *iniuriā*, c'est-à-dire *non iure* et *contra ius*[59]. Néanmoins, nous avons déjà précisé que l'illicéité de tel ou tel comportement ne suffit pas à qualifier sa conséquence juridique de punition. Dès lors, il semble que le risque de devoir payer à la victime une somme plus élevée que la valeur du dommage occasionné joua un rôle prépondérant dans le façonnement de l'*actio legis Aquiliae* formulaire.

Nous pouvons exclure que la réparation du dommage fut la première finalité que l'*actio legis Aquiliae* formulaire poursuivit. En effet, pour autant que la victime pût souvent tirer un gain économique en intentant l'action, l'intransmissibilité passive propre aux actions pénales romaines[60] constituait une importante limite, puisqu'elle empêchait, en cas de décès du responsable, de demander le paiement de l'obligation aquilienne à ses successeurs.

En choisissant d'assortir la *lex Aquilia* d'une action pénale, les premiers magistrats qui en rédigèrent les *formulae* visaient selon toute probabilité à punir les auteurs de ces méfaits. Sur cette base, les juristes qui s'occupèrent de ce plébiscite ne purent que constater qu'à leur époque l'*actio legis Aquiliae* était *poenalis* et que la finalité de cette dernière était également – au moins en principe – punitive.

En conclusion, si la plus ancienne procédure mise en place par la *lex Aquilia* ne laissait pas transparaître une finalité clairement punitive ou réparatrice, nous estimons que cette finalité devint explicite lors de la naissance de la procédure formulaire. L'illicéité des comportements appréhendés par le plébiscite aquilien et surtout le risque de devoir payer plus que la valeur du préjudice causé poussèrent les rédacteurs des premières *formulae* de

[59] V. *supra*, nt. 21.

[60] L'intransmissibilité passive est directement liée à la fonction punitive et correctionnelle par le juriste Paul : v. à ce propos Paul. 18 *ad Plaut.* D. 48.19.20 : « *Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. Cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit* ».

l'action aquilienne à la qualifier de *poenalis*. Dès lors, des éléments comme la solidarité cumulative, l'intransmissibilité passive e la noxalité devinrent des traits distinctifs de la procédure aquilienne : désormais, celle-ci débouchait sur une *obligatio ex delicto* proprement dite.

5. *Conclusion*

Dans ces pages, nous avons tenté de mettre en relation la théorie de Wolfgang Ernst à propos de la nature originelle de la *lex Aquilia*, qui en exclut la poursuite d'une finalité punitive ou réparatrice, et les extraits des juristes classiques d'après lesquels l'*actio* aquilienne est pénale.

La clef de lecture que nous avons identifiée est l'évolution de la procédure romaine, où les anciennes *legis actiones* furent supplantées par les instruments *per formulas* conçues au fur et à mesure par les magistrats dotés d'*imperium* et de *iurisdictio*. Si le plébiscite du tribun Aquilius fut approuvé peu après la sécession plébéienne du Janicule, sa fonction principale n'était pas la punition ou la réparation, puisque cette *lex* ne visait qu'à la rapidité du remède. En effet, la plèbe nécessitait un instrument capable de contourner la lenteur et le coût prohibitif des *legis actiones* existant jusqu'alors, afin de récupérer des biens indispensables pour la survie des plébéiens lorsqu'autrui les détériorait par un comportement illicite.

À ce propos, Ernst suppose que le premier remède employé pour agir contre le responsable aquilien fut la *manus iniectio* pour le premier chapitre de la loi et la *legis actio sacramento* pour le troisième. Aucune de ces deux procédures ne constitue un indice pour que l'observateur puisse qualifier la responsabilité aquilienne de cette période de punitive ou réparatrice. L'objet de l'obligation prévue par le plébiscite ne vient pas à l'aide non plus, puisque sa majoration par rapport à la valeur actuelle du préjudice est seulement potentielle. En outre, celle-ci peut être expliquée par la volonté de simplifier la preuve ou le calcul de la perte économique concrètement subie par la victime.

La fonction originelle de la *lex Aquilia* ne semble donc pas la punition ou la réparation, mais plutôt – au moins dans le cas du premier chapitre – la rapidité d'obtention de l'argent. D'ailleurs, ceci est confirmé par la *litiscrescentia in duplum adversus infitiantem*, qui dissuadait le défendeur de contester la prétention du demandeur.

Ce cadre fit l'objet d'une évolution majeure lors du remplacement des *legis actiones* par la procédure formulaire. Probablement, les premiers magistrats qui furent chargés de rédiger la *formula* de l'action aquilienne perçurent l'illicéité du comportement appréhendé et la dyscrasie potentielle entre le préjudice et l'obligation *ex lege Aquiliā* comme des preuves de la volonté de punir le responsable. L'action qu'ils mirent en place fut donc assortie des éléments typiques des *actiones poenales*, comme en témoignent les extraits jurisprudentiels qui s'occupent de cette question. Ce n'était que le début de l'évolution vers la qualification de *mixta* que les rédacteurs des Institutes de Justinien attribuent à l'*actio legis Aquiliae*.

Il nous paraît donc opportun de revenir sur le débat doctrinal présenté au début de ces pages, qui voit deux théories considérant l'une la punition, l'autre la réparation comme étant la fonction originelle de *lex Aquilia*. Probablement, il y a lieu de préciser la signification du vocable « originel ». Si nous entendons par celui-ci la finalité que la responsabilité aquilienne poursuivit au début de son interprétation jurisprudentielle, il nous convient de conclure qu'il s'agit de la punition du responsable. Dès lors, la réparation de la victime ne fut prise en compte qu'à une époque successive, comme en témoignent plusieurs éléments dont la structure de cette *actio* dans la compilation de Justinien. Si, en revanche, nous recherchons la fonction que la responsabilité aquilienne remplissait au moment de son entrée en vigueur, à la suite de l'approbation de la proposition d'Aquilius, nous sommes tenus de constater que les premières sources jurisprudentielles dont nous disposons à propos de ce plébiscite sont probablement plus récentes. Dès lors, les éléments à considérer pour tenter de reconstituer cette loi aussi cruciale pour l'histoire du droit sont inévitablement différents, et côtoient le droit, la sociologie et la politique.

Studia et Documenta Historiae et Iuris LXXXIX (2023) 449-469

Inventer la punition. Quelques réflexions sur la fonction originelle de la *lex Aquilia*

Francesco Saverio Tavaglione
Université de Liège — Università degli Studi di Firenze

Abstract: Cet article vise à analyser l'évolution entre la *lex Aquilia* originelle, qui ne semble pas remplir une fonction qualifiable de punitive ou réparatrice, et les premiers fragments jurisprudentiels à notre disposition en matière de responsabilité aquilienne, où une finalité punitive paraît prévaloir. À l'époque des *legis actiones*, le remède mis en place par la *lex Aquilia* aurait davantage visé la rapidité que la punition ou la réparation, afin de répondre aux exigences de la plèbe à la suite de la sécession du Janicule. Le choix entre la fonction punitive ou réparatrice serait ainsi devenu nécessaire lorsque la procédure formulaire fut mise en place. Celle-ci prévoyait des règles spécifiques pour les instruments punitifs (*actiones poenales*). Probablement, les premiers magistrats qui s'occupèrent de la *formula* de l'action aquilienne y virent une fonction punitive en raison de l'illicéité des comportements prévus et du déséquilibre entre la valeur du préjudice et celle de l'obligation. Ceci expliquerait l'*actio poenalis legis Aquiliae* telle que présentée dans les sources classiques.

Parole chiave: *lex Aquilia*; punition; réparation; procès.

Abstract: This contribution aims to analyse the transition from the original *lex Aquilia*, whose punitive or compensatory function is not clearly visible, to the first fragments by *iuris prudentes* known to us, in which punishment prevails over compensation. At the time of *legis actiones*, it seems that the Aquilian plebiscite provided for a swift remedy rather than a punitive or compensatory one, due to the needs of the plebs in the aftermath of the secession to the Janiculum. The choice between punishment and compensation may have become necessary with the rise of the formulary system providing for a specific legal regime for punitive actions (*actiones poenales*). Perhaps, the first magistrates who dealt with Aquilian *formula* inferred its punitive nature from the unlawfulness of the prohibited conduct and the discrepancy between the value of the damage and the amount owed by the perpetrator. This may explain why classical sources qualify the *actio legis Aquiliae* as *poenalis*.

Keywords: *lex Aquilia*; punishment; compensation; trial.