

DEUXIÈME PARTIE

LE DE INVENTIONE AU CROISEMENT DES SAVOIRS

IL DE INVENTIONE AL CROCEVIA DEI SAPERI

DE INVENTIONE AT THE CROSSROADS OF KNOWLEDGE

DARIO MANTOVANI

LA JURISPRUDENCE ROMAINE DES DÉBUTS DU I^{ER} SIECLE AV. J.-C.
AU MIROIR DU *DE INVENTIONE*

1. *Introduction : un sujet, deux perspectives*

Où est la jurisprudence et où sont les juristes dans le *De inuentione* ? Cette question peut être abordée sous deux angles distincts. D'un côté, on peut lire le manuel sur l'argumentation rhétorique du jeune Cicéron en adoptant une perspective que l'on pourrait qualifier de « documentaire », pour se demander quelles traces de la pensée des juristes et plus largement des institutions juridiques romaines cette œuvre nous a conservées. Perspective utile, certes, car les sources juridiques remontant à cette époque sont rares. Le manuel de Cicéron entrouvre ainsi une petite fenêtre sur un monde presque hors de notre vue.

Mais il y a aussi une deuxième possibilité de lecture, que l'on pourrait nommer « fonctionnelle », plus indirecte et sans doute plus complexe : quels rapports entre jurisprudence et rhétorique peuvent être dégagés du *De inuentione* ? Quels en sont les rôles respectifs du point de vue du jeune Cicéron ?

Dans mon intervention, je tâcherai de répondre aux deux questions, même si cela sera de façon synthétique. D'ailleurs, la présente étude poursuit et intègre des recherches antérieures, auxquelles il peut être fait référence sur certains points qui ne seront pas développés ici¹. Quant à la bibliographie, elle est immense si l'on considère les études qui ont abordé d'une manière ou d'une autre le rapport de Cicéron au droit : on se limitera ici à l'essentiel, à propos de points spécifiques². Deux études, celles de Jill Harries et de Jennifer Hilder, doivent pourtant être signalés d'emblée, car elles ont approché le sujet en lien direct avec le *De*

¹ Mantovani 2024a, en part. 275-282, et 2024b. Les citations étant par conséquent minimales, le fait qu'un ouvrage ne soit pas mentionné dans la bibliographie ne signifie pas qu'il n'a pas été pris en considération et encore moins un jugement négatif.

² Un précieux aperçu historiographique (et bibliographique) de la relation entre le droit et la rhétorique en général, en particulier du point de vue des juristes, est proposé par Babusiaux 2023.



*inuentione*³ ; les points de contact et les différences entre nos démarches respectives résulteront implicitement de mon exposé.

2. L'apprentissage juridique de Cicéron

Où est donc la jurisprudence et où sont les juristes dans le *De inuentione* ? Procédons par cercles concentriques, en commençant par ce qui se trouve hors du texte. Quand il écrit son manuel, *puer et adulescentulus* au milieu des années 80⁴, Cicéron est en train de suivre un apprentissage juridique aux côtés des deux principaux juristes de l'époque. Le premier est Quintus Mucius Scaevola l'Augure, consul en 117, à qui le père de Cicéron – probablement par l'entremise de Lucius Licinius Crassus⁵ – l'a confié dès qu'il a revêtu la toge virile, soit en l'an 90⁶. L'Augure, né vers 170, aurait alors environ quatre-vingts ans. Cicéron – qui en fera ensuite l'un des personnages du *De oratore* – évoquera à plusieurs reprises la vieillesse et la mauvaise santé de Scaevola, mais aussi sa force morale et sa bienveillance (*suauitas*)⁷. Le vieux juriste se levait très tôt le matin, tous les jours, pour se mettre à la disposition des clients venant le consulter⁸.

C'est ainsi, en assistant assidûment aux discussions et aux consultations de Scaevola l'Augure et en tirant parti de ses efforts pédago-

³ Harries 2006, en part. 92-115 ; Hilder 2016. Bien que ne traitant pas du *De inuentione*, il convient de signaler également, pour l'ampleur avec laquelle elle examine le rapport entre le droit et l'art oratoire chez Cicéron, l'étude de Talamanca 2009 : précisément l'absence de prise en compte du *De inuentione* conduit pourtant ce grand savant à tracer une évolution de la pensée de Cicéron non entièrement acceptable, notamment à propos de la rédaction d'un *ars iuris* (cf. *infra*, § 4.3).

⁴ Sauf indication contraire, toutes les dates sont av. J.-C.

⁵ Cf. van der Blom 2010, 30. Crassus meurt en 91 ; il s'était formé auprès de Q. Mucius l'Augure (Cic. *de orat.* 1, 234).

⁶ Toge virile : 17 mars 90 (Guérin 2022, 18). La rencontre avec Scaevola a lieu alors que la famille s'installe à Rome (van der Blom 2010, 30), au milieu des années 90 (Guérin 2022, 18). Sur les années d'apprentissage de Cicéron et le contexte intellectuel, voir Narducci 2009, 26-40.

⁷ *Suauitas* : Cic. *de orat.* 1, 234. Sa compétence juridique allait de pair avec son intelligence sociale et son ouverture culturelle (Cic. *Brut.* 102, *iuris ciuilis intellegentia atque omni prudentiae genere praestitit* ; 212, *de [...]* Q. Scaeuolam augure, qui peritissimus iuris idemque percomis est habitus).

⁸ Cic. *Phil.* 8, 31, *ego, patres conscripti, Q. Scaeuolam augurem memoria teneo bello Marsico, cum esset summa senectute et perdita ualetudine, cotidie simul atque luceret facere omnibus conueniendi potestatem sui : nec eum quisquam illo bello uidit in lecto, senexque et debilis primus ueniebat in curiam.*

giques, que Cicéron a appris le droit privé romain (*ut quoad possem et liceret [...] a senis latere numquam discederem*)⁹. Cette fréquentation a dû durer environ trois ans, car l'Augure meurt en 87. Cicéron se tourne alors vers le plus grand juriste vivant, Quintus Mucius Scaevola le Pontife, consul en 95. Scaevola le Pontife était beaucoup plus jeune que son homonyme l'Augure ; il avait environ 55 ans, mais il était destiné à s'éteindre prématurément, en 82, tué par les partisans de Marius. Pendant plus ou moins cinq ans, Cicéron l'a écouté tout aussi attentivement, captant les secrets du métier lorsque le Pontife répondait à ses clients¹⁰. Trois décennies plus tard, en tant que gouverneur de Cilicie, Cicéron se souviendra encore de l'édit asiatique du Pontife et l'adoptera en tant que modèle pour son propre édit provincial¹¹. Et si, comme Jean-Louis Ferrary l'a montré de manière magistrale¹², plusieurs réserves nuancent les éloges cicéroniens de Scaevola le Pontife, c'est précisément parce qu'elles portent sur son travail de juriste qu'elles montrent que Cicéron a développé une maturité précoce et une indépendance de jugement en matière de droit : on y reviendra à la fin de notre exposé (§ 5).

Pour autant que nous le sachions, les deux Scaevola furent les seuls maîtres de Cicéron pour la jurisprudence : mais quels maîtres ! Sans oublier que Cicéron avait appris par cœur les Douze tables dès ses premières années d'école (*leg. 2, 52*) et qu'il dut y revenir plus en détail dans

⁹ Cic. *Lael. 1, ego autem a patre ita eram deductus ad Scaeuolam sumpta uirili toga, ut quoad possem et liceret, a senis latere numquam discederem ; itaque multa ab eo prudenter disputata, multa etiam breuiter et commode dicta memoriae mandabam fierique studebam eius prudentia doctior ; leg. 1, 13, nam a primo tempore aetatis iuri studere te memini, quom ipse etiam ad Scaeuolam uentitarem, neque umquam mihi uisus es ita te ad dicendum dedisse, ut ius ciuile contemneres.*

¹⁰ Cic. *Brut. 306, ego autem iuris ciuilibus studio multum operae dabam Q. Scaeuolae P. f., qui quamquam nemini <se> ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat ; leg. 2, 49, haec nos a Scaeuola didicimus non ita descripta ab antiquis ; cf. off. 3, 70.* La façon dont Cicéron décrit respectivement les méthodes de Scaevola l'Augure (notamment en Cic. *Lael. 1*) et du Pontife (*Brut. 306*) implique deux attitudes différentes. L'Augure pratiquait une véritable pédagogie, qui incluait à la fois la discussion (*prudenter disputata*) et la transmission à travers des formules aisément mémorisables (*breuiter et commode dicta*). Le Pontife, en revanche (l'opposition est significative), ne se prêtait pas à l'enseignement (*ad docendum*), mais permettait à certains d'assister aux réponses qu'il donnait à ses clients, d'où l'auditeur devait tirer ses leçons. Si le passage du jeune Cicéron d'un maître à l'autre est dû à la mort de l'Augure, les différents systèmes d'apprentissage correspondent également, pourrait-on dire, à deux étapes d'une formation progressive, d'abord d'introduction, ensuite de perfectionnement.

¹¹ Cic. *Att. 6, 1, 15.*

¹² Ferrary 2018.

la suite de sa formation, grâce aux explications linguistiques et anti-
quaires de Lucius Aelius Stilo (*Brut.* 205-207 ; mort en 74)¹³.

Il est donc presque étonnant d'entendre parfois encore poser la ques-
tion de savoir si Cicéron avait ou non une bonne connaissance du droit
romain. Il est évident que oui. Par ailleurs, ses discours en témoignent,
notamment ceux portant sur le droit privé, comme le *Pro Caecina* et le
Pro Quinctio ; même chose quant à son projet, demeuré inachevé, d'écrire
un manuel juridique (*ius civile ad artem redigere*)¹⁴. Cicéron dira même
nourrir le rêve de se consacrer dans sa vieillesse au conseil juridique, en
ayant sans doute à l'esprit la figure révéérée de Scaevola l'Augure¹⁵.
L'avis de Quintilien est d'ailleurs plus que suffisant pour clore le dos-
sier : Cicéron, dit-il, était bien doté de la connaissance du droit, *non desti-
tutus scientia iuris*¹⁶. Et pourquoi, après tout, ne pas faire confiance à Ci-
céron lui-même, quand il disait « n'avoir jamais été attaché à l'éloquence
au point de négliger l'étude du droit civil » ?¹⁷

Au moment de la rédaction du *De inuentione*, Cicéron connaissait
donc bien les contenus du droit romain et la façon dont la pensée des ju-
ristes fonctionnait. Cela implique aussi que, grâce au *De inuentione*,
l'opportunité nous est offerte de comprendre de l'intérieur la manière
dont une personne compétente dans les deux domaines, celui de la rhé-
torique et celui de la jurisprudence, concevait leurs interactions.

3. *Le De inuentione en tant que document*

En procédant par cercles concentriques, on parvient maintenant au ma-
nuel lui-même. Comme indiqué, deux lignes de lecture en sont possibles.
Commençons par exploiter le *De inuentione* en tant que document. Par
souci de concision, je me bornerai à dresser une liste des institutions ju-

¹³ Il rencontra en Asie, en 78, P. Rutilius Rufus, avec lequel il aborda des sujets juri-
diques : Cic. *Brut.* 85.

¹⁴ Le projet (sur lequel voir aussi *infra*, § 5) est évoqué par Cic. *de orat.* 1, 190 et Aulu
Gell. 1, 22, 7. Cf., avec plusieurs opinions en commun et quelques points de vue différents
et aussi pour d'autres références bibliographiques, Mantovani 2024a, en part. 275-282 ;
Barbati, 2024, en part. 198 n. 2 et 250-259.

¹⁵ Cic. *leg.* 1, 10-11.

¹⁶ Quint. 12, 3, 10, *M. Tullius non modo inter agendum numquam est destitutus scientia
iuris, sed etiam componere aliqua de eo coeperat, ut appareat posse oratorem non discendo
tantum iuri uacare sed etiam docendo.*

¹⁷ Cic. *leg.* 1, 13, *neque umquam mihi uisus es ita te ad dicendum dedisse, ut ius civile
contemneres* (le locuteur est Atticus).

ridiques romaines qui y sont précisément mentionnées. Elles sont présentées ci-dessous, ordonnées par matière :

Procès	<p>Distinction procès criminel / procès privé (1, 7)</p> <p>Serment des juges (1, 48 ; 1, 70)</p> <p>Valeur de précédent de la décision judiciaire (1, 82-83)</p> <p>Autorité de la chose jugée (1, 102)</p> <p>Distinction des phases <i>in iure</i> et <i>apud iudicem</i> dans la procédure formulaire (2, 57-58)</p> <p><i>Plus petere</i> (demande excessive) qui cause la perte de son procès au demandeur (2, 57)</p> <p>Utilisation des <i>exceptiones</i> (2, 59)</p> <p><i>Lex iudiciaria</i> de Caepio (1, 92)</p>
Sources	<p>Primauté de la <i>lex publica</i> (1, 68-70 ; 1, 99-100 ; 2, 65 et 68 ; 2, 160 et 162)</p> <p>Rôle de l'édit du préteur comme source d'un nombre important d'institutions (2, 67)</p>
Droit criminel	<p>Cour criminelle (2, 60, <i>quaestio inter sicarios</i>)</p> <p>Peine du <i>culleus</i> contre le parricide (2, 149)</p>
Droit privé	<p>Formulaire de l'action pour injures (2, 59, <i>actio iniuriarum</i>)</p> <p>Identification des injures graves (2, 60, <i>iniuriae atroces</i>)</p> <p>Modes d'acquisition de la propriété <i>inter uiuos et mortis causa</i> (1, 84-85)</p> <p>Définition du dol comme vice de la volonté (2, 61)</p> <p>Disposition des Douze tables en matière testamentaire (2, 148)</p> <p>Substitution pupillaire dans le testament (2, 62 ; 2, 122)</p> <p>Succession légitime selon la loi des Douze tables (2, 62 ; 2, 148)</p> <p>Déchéance du <i>furiosus</i> selon les Douze tables (2, 148).</p> <p>Legs <i>per damnationem</i> (2, 116-117 et 120)</p>

Cet inventaire témoigne d'une parfaite maîtrise par le jeune Cicéron de la terminologie et des contenus du droit. Davantage d'importance est accordée, on l'aura remarqué, au droit privé qu'au droit criminel, même si, en ce qui concerne ce dernier, Cicéron se penche aussi sur quelques

exemples qui relèvent du droit grec (ou, pour mieux dire, qui relèvent d'exercices rhétoriques de matrice grecque), qui n'ont donc pas été inclus dans le tableau ci-dessus. Ce constat n'est pas anodin : pour Cicéron le droit privé de Rome possédait évidemment une spécificité majeure, tandis que le droit criminel pouvait être abordé aussi par des exemples déjà façonnés par les déclamateurs grecs¹⁸.

À noter en outre que les lois publiques, en particulier les Douze tables, sont très souvent évoquées dans le manuel en tant que source du droit par excellence, même du droit privé. Cependant, on s'aperçoit que le jeune Cicéron vit à une époque où la procédure formulaire a déjà largement pris le pas sur les *legis actiones* et où l'édit du préteur est devenu une source centrale, presque plus importante que les Douze tables elles-mêmes. On pense souvent que cette montée en puissance de l'édit a eu lieu à l'époque du *De legibus*¹⁹, mais celle-ci était visiblement déjà effective lorsque Cicéron écrivit le *De inuentione*. À plusieurs niveaux, le manuel de Cicéron constitue donc un document précieux sur l'évolution assez précoce du système juridique. Pour faire simple, le droit privé qui jalonne les pages du *De inuentione*, tout compte fait, rassemble beaucoup au droit des juristes classiques.

4. *Le De inuentione et le rôle des juristes.*

4.1. *L'auctoritas des juristes mise en cause : une stratégie en deux phases*

Adoptons maintenant la deuxième perspective de lecture, la plus subtile et épineuse. Quel rôle le *De inuentione* accorde-t-il aux juristes et quel rapport établit-il entre ceux-ci et les orateurs, entre la jurisprudence

¹⁸ Cf. *infra* § 5, à propos de l'utilisation d'un procès célèbre qui s'était déroulé à Rome au début du I^{er} siècle – la *causa Curiana* – comme point de départ pour façonner des problèmes de droit privé à discuter sans doute dans les écoles de rhétorique (Cic. *inu.* 2, 62-64).

¹⁹ Cic. *leg.* 1, 17, *non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?* L'adverbe temporel *nunc* (en lien avec *superiores*) ne coïncide pas nécessairement de manière précise avec le moment (d'ailleurs inconnu) où le dialogue est censé avoir lieu, ni avec l'an 52, date probable de sa rédaction. Sur le dépassement de la centralité des Douze tables, voir l'examen approfondi de Barbati 2024, 187-259 : par ailleurs, selon cet auteur, *inu.* 2, 67 témoignerait du fait que, plus ou moins à partir de 130/120 av. J.-C., l'édit avait commencé à « tradurre per iscritto principi consuetudinari del *ius civile* estranei alla *lex* », interprétation qui ôte aux préteurs le rôle de protagonistes de la formation du *ius* approuvé par la *consuetudo* – par la répétition des contenus de l'édit d'année en année (idée pourtant exprimée à mon avis par *edicere consuerunt*) –, pour leur accorder celui du simple enregistrement de principes préexistants.

et la rhétorique ? Pour répondre, il faut certes examiner des passages spécifiques du *De inuentione*, mais aussi garder à l'esprit le système de pensée que l'ouvrage incorpore. Un manuel est toujours un système, d'autant plus lorsqu'il a pour objet une technique aussi organique et compacte que la rhétorique.

De ce point de vue, par exemple, l'éloge que Cicéron brosse, dans le prologue, de la fonction civilisatrice du droit n'est pas un lieu commun inerte : il s'agit d'une idée structurante, prête à être mobilisée et mise en œuvre dans des discours.

Quelques brèves considérations suffiront à éclairer ce dernier propos. Rappelons que dès le premier prologue du manuel, Cicéron exprime la haute estime dans laquelle il tient le droit en tant que facteur de cohésion sociale. Dans l'histoire naturelle de la civilisation qui y est brossée, le droit est considéré comme étant une invention positive. Cette appréciation favorable est loin d'être évidente : dans d'autres théories stadiales de l'humanité élaborées dans l'antiquité, par exemple chez Ovide (*met.* 1, 89-93), la naissance du droit marque en revanche une régression.

À l'origine, nous raconte Cicéron, les hommes erraient dispersés, comme des bêtes sauvages (*inu.* 1, 2, *fuit quoddam tempus, cum in agris homines passim bestiarum modo uagabantur*) et le plus fort s'imposait au détriment des autres (*nec ratione animi quicquam, sed pleraque uiribus corporis administrabant*). Il n'y avait pas de religion, pas de devoirs sociaux, le mariage était inconnu, la descendance incertaine, personne n'avait conscience de l'utilité d'un *ius* égal pour tous. Jusqu'à ce qu'un individu doué d'énergie et de sagesse puisse éveiller la meilleure partie de l'homme, celle qui le pousse à la sociabilité, convaincant les humains de s'unir en communauté et de se doter d'un *ius* qui garantisse que chacun dispose de ce qui lui revient, sans crainte d'abus. Cette transition n'aurait pas pu s'accomplir – explique Cicéron dans son prologue visant à justifier l'utilité de la rhétorique – sans l'usage persuasif de la parole, car ce n'est pas la sagesse seule, mais un discours fort et attrayant qui a pu convaincre les plus forts de renoncer à leur suprématie et aux avantages qu'elle leur procurait.

Nous pouvons nous arrêter là, sans besoin d'entrer davantage dans les détails du prologue²⁰. Ce que Cicéron nous propose ici est un mythe, mais comme tout mythe de ce genre, d'autant plus dans les mains d'un rhéteur,

²⁰ Voir, dans ce même volume, l'article de S. Mollea.

il n'est pas creux ni sans effet. Si l'on garde à l'esprit la nomogenèse ici brossée, on peut notamment mieux saisir l'idée récurrente chez Cicéron, qui considère le droit comme le lien fondamental de la société et le dispositif crucial pour l'attribution à chacun de ce qui lui revient. C'est, pour ne citer qu'un contexte bien connu, l'idée qui sous-tend l'éloge du droit dans le discours *Pro Caecina* (70-77a). Or, dans ce procès, l'éloge du droit n'est pas une simple parure : il sert une stratégie précise, qui vise à fonder le recours de Cicéron à une interprétation de l'édit du préteur qui en valorise l'esprit par rapport à la lettre, dans l'intérêt de son client du moment, Caecina²¹.

C'est la raison pour laquelle, en interprétant le *De inuentione*, il faut garder à l'esprit que, *a priori*, tout se tient.

De la conception générale du droit que Cicéron met en avant dans son manuel, venons-en au sujet spécifique de notre analyse, le rôle accordé aux juristes. Ils sont mentionnés explicitement deux fois dans le *De inuentione*. Les deux références attestent de leur importance dans la vie quotidienne du droit, mais aussi d'un rapport dialectique, pour ne pas dire agnostique, avec les orateurs.

Les deux références surviennent à propos de la *constitutio generalis*, l'état de qualité, notamment à propos de l'espèce que Cicéron appelle, sans doute de manière peu appropriée, *negotialis*. Il s'agit de l'état de la cause « qui a lieu quand la détermination du droit à appliquer constitue le cœur même de la controverse » (*in ipso negotio iuris ciuilis habet implicatam controuersiam*)²². Cicéron précise en outre que la *constitutio negotialis* est « celle où l'on recherche ce qui est conforme au droit d'après la coutume de la cité et l'équité : on considère que, chez nous, ce sont les juristes qui s'en occupent » (*negotialis, in qua, quid iuris ex ciuili more et aequitate sit, consideratur ; cui diligentiae praeesse apud nos iure consulti existimantur*)²³.

²¹ L'adversaire de Caecina, Ébutius, affirmait que, dans le cas en litige, les conditions requises par l'*interdictum unde ui armata* n'étaient pas remplies, notamment (mais pas seulement) parce qu'il avait bien empêché Caecina de parvenir au terrain contesté, mais il ne l'avait pas expulsé du fonds (le texte de l'interdit parlait en revanche de *deicere*, non de *prohibere*).

²² *Inu.* 2, 62. L'inscription de la *constitutio negotialis* dans la *constitutio generalis* (ou *qualitatis*), à côté de la *constitutio iuridicialis*, déjà présente chez Hermagoras, fut ensuite largement abandonnée (cf. Quint. 3, 6, 58-59) : cf. Ward 1969. Marius Victorinus (*Expl. in Cic. Rhet.* 2, 223, éd. Ippolito, 218) dira, en commentant ce passage cicéronien, que *negotialis [...] non habet ius certum, sed quaerit de eo iure quid esse debeat in negotio praesenti* ; par conséquent, *in negotiali qualitate ius efficitur sententia iudicis*, tandis que lorsque l'état de cause est celui de la *constitutio iuridicialis absoluta*, alors *quod positum ius et notum est ab oratore sumitur*.

²³ *Inu.* 1, 14.

Examinons ce dernier propos. En disant que le *ius* dérive du *mos* de la cité et de l'équité, Cicéron résume bien les deux composantes fondamentales du droit, le droit positif (*ciuilis mos*) et le droit qu'on peut tirer de l'équité (*aequitas*), qui, loin d'être antagonistes, devraient toujours tendre à converger²⁴.

Apud nos implique d'ailleurs une comparaison avec la Grèce, qui sous-entend une différence abyssale, que Cicéron développera ensuite dans le *De oratore* : les *pragmatikoi* grecs étaient des gens de peu, s'offrant au service des orateurs pour une rétribution minimale (*infimi homines mercedula adducti ministros se praebent in iudiciis oratoribus*) ; à Rome, en revanche, les juristes appartenaient au plus haut rang social (*in nostra ciuitate contra amplissimus quisque et clarissimus uir*)²⁵. Si, dans la fiction chronologique du *De oratore*, référence est faite ici à la figure de Sextus Aelius Paetus, comment ne pas penser, dans l'expérience vécue de Cicéron, aux deux Scaevola ?

Pour revenir au passage du *De inuentione* (1, 14), jusqu'ici tout semble donc indiquer l'importance du rôle accordé par Cicéron aux juristes, dont le statut à Rome est à la mesure de la valeur du droit lui-même. Mais le verbe *existimantur* (qui n'est pas traduit dans la belle édition de la Collection des Universités de France due à Guy Achard) n'est pas sans importance. Par ce mot, Cicéron semble prendre de la distance, comme pour dire que cette opinion générale, selon laquelle « l'on considère que, chez nous, ce sont les juristes qui s'en occupent » n'était peut-être pas tout à fait fondée. Il ne s'agissait justement que d'une opinion : d'autres que les juristes auraient pu avoir également leur mot à dire sur le droit. Sous-entendu : les orateurs. Et après tout, avoir souligné (dans *inu.* 1, 14) que le droit résulte de deux composantes, ce qui est pratiqué dans la cité, mais aussi l'équité, n'est-ce pas déjà une façon d'insinuer que la rhétorique est, elle aussi, cruciale pour faire coïncider ces deux composantes ?²⁶

²⁴ *Ciuilis mos* pour définir le droit en vigueur (cf. Victorin. *expl. in Cic. Rhet.* 1, 11, qui traduit opportunément par *statutum ius*), est une expression isolée. Cf. Cic. *part.* 100. Sur l'*aequitas* en relation au *ius* positif, cf. Mantovani 2017.

²⁵ Cic. *de orat.* 1, 198. La situation est inversée pour les *scribae* (Nep. *Eumen.* 1, 5) : *Itaque eum habuit ad manum scribae loco, quod multo apud Graios honorificentius est quam apud Romanos. Namque apud nos, re uera sicut sunt, mercennarii scribae existimantur ; at apud illos <e> contrario nemo ad id officium admittitur nisi honesto loco, et fide et industria cognita, quod necesse est omnium consiliorum eum esse participem.* Cf. David 2019 ; Hartmann 2020.

²⁶ Cf. Quint. 12, 3, 7.

Il n'est pas nécessaire d'aller bien loin pour trouver des éléments confirmant ce que la petite faille ouverte par le verbe *existimantur* laisse entrevoir. En effet, quel objectif Cicéron poursuivrait-il en présentant dans son manuel les éléments constitutifs du *ius*, c'est à dire les lieux d'où tirer le droit (*ius ex quibus rebus constet, inu. 2, 65*), si les juristes avaient vraiment le monopole absolu de la détermination du droit applicable en chaque circonstance ? À quoi bon donner aux orateurs des préceptes, voire une grille tout entière des éléments du droit, fondée sur la tripartition *natura, consuetudo, lex* ?²⁷

La structure de cette grille des lieux du droit a été éclairée ces dernières années par Jean-Louis Ferrary et Charles Guérin ; j'y suis revenu moi aussi²⁸. Il n'est donc pas nécessaire d'entrer dans son contenu ici. Pour notre propos, sa présence dans le *De inuentione* suffit à elle seule à montrer que, selon le jeune Cicéron, il faut que l'orateur argumente lui-même le point de droit dans le cadre du procès²⁹. Mais ce constat ne fait que rendre encore plus aigüe la question de fond : quel rapport ce rôle attribué aux orateurs présuppose-t-il entre ces derniers et les juristes ?

C'est Cicéron lui-même qui le précise. Toujours dans le cadre de la *constitutio negotialis*, après avoir présenté justement la grille des lieux spécifiques où puiser les règles juridiques applicables au cas, Cicéron passe aux lieux communs. Il remarque, à ce propos, qu'« on ne peut pas proposer des lieux qui conviennent à tous les sujets ; mais probablement dans la plupart des procès, il faudra défendre ou attaquer l'autorité des jurisconsultes » (*certi qui in omnes incidant loci praescribi non possunt ; in plerisque fortasse ab auctoritate iuris consultorum et contra auctoritatem dici oportebit*)³⁰.

Ce propos implique d'abord que, au moment où le *De inuentione* fut rédigé, les orateurs étaient confrontés « dans la plupart des procès » à des avis émis par des juristes (ce que Cicéron confirmera dans le discours *Pro Caecina*)³¹. En d'autres termes, ce passage témoigne d'abord du poids

²⁷ Le *De inuentione* présente cette grille deux fois presque à l'identique, d'abord à propos de la *constitutio negotialis*, ensuite du discours délibératif, en lien notamment, cette fois-ci, avec la notion de justice.

²⁸ Ferrary 2007 ; Guérin 2023 ; Mantovani 2024b.

²⁹ Sans déléguer cette tâche aux juristes. « En sondant toutes ces parties du droit, on devra les regarder attentivement et en tirer » la plus adapté à l'affaire (*inu. 2, 68, his ergo ex partibus iuris, quod cuique aut ex ipsa re aut ex simili aut maiore minoreue nasci uidebitur, attendere atque elicere pertemptando unam quamque iuris partem oportebit*).

³⁰ *Inu. 2, 68.*

³¹ Cic. *Caec. 65, te dicere iuris consultorum auctoritati obtemperari non oportere. Quod ego tametsi non nunc primum neque in hac causa solum audio* (à remarquer le pluriel *iuris*

des juristes dans la vie quotidienne du droit. Cela dit, que signifie exactement ce propos cicéronien ?

La préposition *ab* signifie ici « en faveur de », comme toujours dans la corrélation *ab / contra*³² – par exemple, dans *rhet. Her. 2, 9 : communes loci sunt : abs testibus contra testes*. Il n’y a pas de doute à ce sujet. Mais il faut faire davantage attention à la traduction. Souvent, le passage a été compris comme si Cicéron disait que, dans le procès, il faudrait parler à la faveur ou contre l’autorité d’un juriste donné³³. C’est une interprétation fallacieuse³⁴. Cicéron affirme qu’un orateur devra attaquer ou, au contraire, défendre la confiance à faire « aux juristes » en général, comme groupe. Notamment, celui des deux orateurs auquel l’avis d’un juriste déplaisait, pour le discréditer, contestait en général l’autorité des juristes dans leur ensemble. D’où, précisément, le fait qu’un orateur pourra utiliser, pour cette attaque contre la catégorie, des lieux communs. C’est justement le même type de discussion que les rhéteurs suggéraient à propos d’autres moyens de preuve (*rhet. Her. 2, 9*) :

Communes loci sunt cum accusatoris tum defensoris : abs testibus, contra testes ; abs quaestionibus, contra quaestiones ; ab argumentis, contra argumenta ; ab rumoribus, contra rumores³⁵.

Chacun des avocats pouvait recourir aux lieux communs qui portaient sur la confiance à faire (ou à dénier) en général aux témoins, à la torture, aux preuves, à la rumeur publique³⁶. Il vaut de même pour la confiance à accorder ou pas aux juristes.

consultorum, qui confirme notre interprétation du passage du *De inuentione*). De même, *Caec. 67*.

³² *S.u. A, ab, abs, ThL* (1900), I, 22, l. 41-69 (éd. Lommatzsch). Cf. entre autres Cic. *inu. 1, 4, a mendacio contra uerum stare ; Cluent. 93, non modo dicendi ab reo, sed ne surgendi quidem potestas erat*.

³³ Le passage a été interprété ainsi par Hilder 2016, 170 : « Here he (Cicero) says that it is a commonplace in arguing this kind of case to speak either for or against the authority of a jurist (*ab auctoritate iuris consultorum et contra auctoritatem*) ».

³⁴ Bien que cela puisse effectivement arriver : cf. *infra* § 5.

³⁵ « Les lieux communs à l’accusateur et au défenseur sont les suivants : en faveur des témoins, contre les témoins ; en faveur de la torture, contre la torture ; en faveur des déductions, contre les déductions ; en faveur des rumeurs, contre les rumeurs ».

³⁶ Dans la *Rhetorica ad Herennium*, la portée générale de la discussion est évidente, sauf pour les *testes*, où le plan de la crédibilité (ou de la non-crédibilité) des témoins en général s’entrecroise avec celui de la fiabilité personnelle du témoin en question. Sur les différentes manières de mettre à l’épreuve la valeur du témoignage et des témoins, voir Guérin 2015, en part. 303-382.

Une application parfaite de ce précepte concernant le *topos* de l'autorité des juristes est offerte une quinzaine d'années plus tard, en 68, par le même Cicéron, dans le discours *Pro Caecina*. Si le traité pédagogique *De inuentione* ne fait qu'évoquer le lieu commun en théorie, le plaidoyer illustre comment il était concrètement exploité. D'abord, on apprend que ce sont les orateurs dont les clients ont été mis en difficulté par l'interprétation littérale d'une loi ou par l'application stricte d'une règle jurisprudentielle (et qui croient avoir l'équité de leur côté) qui s'en prennent d'habitude aux juristes (Cic. *Caec.* 65) :

Maxime mirum uidebatur, te dicere iuris consultorum auctoritati obtemperari non oportere. Quod ego tametsi non nunc primum neque in hac causa solum audio, tamen admodum mirabar abs te quam ob rem diceretur. Nam ceteri tum ad istam orationem decurrunt cum se in causa putant habere aequum et bonum quod defendant³⁷.

Dans des cas pareils, les orateurs s'évertuent à dénigrer la crédibilité des juristes en général, en les accusant d'être les porteurs d'une interprétation formaliste, au fond inéquitable, et en s'offrant une opportunité délicate pour les ridiculiser. À son tour, l'orateur adversaire, qui prône une interprétation *ex litteris* ou en tout cas perçue comme plus stricte et formaliste, s'empresse de venir au soutien des juristes et de leur autorité (notamment, si cette interprétation est appuyée par ces derniers).

C'est l'arrière-plan de ce qui se passe dans le *Pro Caecina*. Cicéron y renverse pourtant la situation, faisant valoir que, dans le cas en discussion, ce sont plutôt les juristes – au moins celui qu'il avait consulté, Gaius Aquilius (Cic. *Caec.* 77) – qui refusent une interprétation formaliste et littérale de l'interdit *de ui hominibus armatis*, c'est-à-dire du remède prétorien dirigé contre celui qui, par la violence perpétrée au moyen d'hommes armés, a chassé quelqu'un d'un terrain³⁸. Les juristes (ou, au moins, un juriste de poids comme Aquilius) étaient, en l'occurrence, les champions de l'équité. Paradoxalement, son adversaire se trouvait donc à reprocher aux juristes de ne pas suivre aveuglement la

³⁷ « La chose la plus étonnante de votre défense est que nous ne devrions pas nous remettre à l'autorité des juristes. Ce n'est pas la première fois que je l'entends dire, et je ne l'ai pas non plus entendu seulement dans ce cas, mais je ne comprends absolument pas pourquoi vous le dites. La plupart des gens se lancent dans ce genre d'argumentation lorsqu'ils estiment qu'ils ont dans leur cas une thèse juste et équitable à défendre ».

³⁸ Qu'il soit permis de renvoyer à Mantovani 2024c, en part. 194-211.

lettre (Cic. *Caec.* 66, *in ista defensione accusas eos qui consuluntur, quod aequitatis censeant rationem, non uerbi haberi oportere*)³⁹.

Il n'est pas nécessaire de suivre le long développement que connaît ce thème dans le *Pro Caecina*⁴⁰ ; il nous suffit de conclure que, du point de vue d'un orateur, l'*auctoritas* des juristes n'était pas une qualité acquise une fois pour toutes, figée, mais une valeur qui pouvait être remise en question par la partie défavorisée par la réponse des juristes⁴¹.

D'ailleurs, ce même Cicéron, cinq ans après le *Pro Caecina*, n'hésitera pas, dans le *Pro Murena*, à se servir de nouveau du même lieu commun qu'il avait employé pour encenser les juristes, mais cette fois-ci pour les rabaisser et les ridiculiser. On interprète trop souvent le *Pro Caecina* et le *Pro Murena* comme s'il s'agissait de documents historiques et non de discours, comme s'ils témoignaient de l'évolution de la pensée cicéronienne à propos des juristes, sans remarquer qu'ils ne font que développer les deux côtés d'un même lieu commun déjà théorisé dans le *De inuentione* – parler en faveur ou contre l'*auctoritas iuris consultorum* – en fonction chaque fois de l'intérêt des clients⁴².

À ce propos une précision toutefois s'impose, sans laquelle on risquerait de perdre de vue un point essentiel pour comprendre la relation entre juristes et orateurs. Au-delà de la critique des juristes en tant que groupe, et des lieux communs pour en rabaisser l'autorité, quand il s'agissait pour les orateurs de critiquer spécifiquement le contenu des opinions des juristes (lorsqu'elles étaient défavorables à leurs clients) leur marge de manœuvre était fort variable. Elle dépendait du degré plus ou moins élevé de consensus sur les règles de droit à appliquer dans le cas en litige.

C'est Cicéron lui-même qui, plus tard, dans le *De oratore*, clarifie ce point, à travers de la figure dialogique d'Antoine (qui joue le rôle d'un orateur très réservé quant à la nécessité de connaître le droit). Antoine distingue les cas où la règle de droit à appliquer ne fait aucun doute (par exemple parce qu'elle découle d'une loi) de ceux où il existe un désac-

³⁹ « En présentant une pareille défense, vas-tu reprocher aux jurisconsultes d'estimer qu'il faut avoir égard à l'esprit du droit et non pas à la lettre ? ». La stratégie adoptée par Cicéron est bien décrite par Quint. 7, 6, 4, *fieri tamen potest, ut ex aliis legibus exempla ducamus, per quae appareat semper stari scripto non posse, ut Cicero pro Caecina fecit.*

⁴⁰ La meilleure discussion est celle de Frier 1985, 130-138, 184-196 ; je suis cependant plus réservé sur la valeur à attribuer à ce plaidoyer comme témoignage d'une phase de transition de la jurisprudence romaine.

⁴¹ Il s'agit du propos développé dans Mantovani 2024b.

⁴² Il est évident que certaines positions étaient plus faciles à défendre que d'autres. C'est ce que montre, à propos de l'interprétation littérale, Cic. *Caec.* 64.

cord entre les juristes⁴³. Dans les cas du premier genre, où *de iure dubium esse non possit* – que Cicéron / Antoine qualifie ensuite encore plus clairement de *ius non controuersum* et qui constitue à son avis la partie « assurément la plus étendue » du système juridique – l’orateur doit même s’abstenir de porter le litige devant les tribunaux : il n’y avait aucune marge de manœuvre. C’est lorsqu’il y a des désaccords d’opinion entre les juristes qu’il y a la place pour l’orateur de faire prévaloir l’opinion la plus favorable à son client, avec les armes de la rhétorique.

Pour résumer : aux prises avec un avis d’un juriste qui ne lui convenait pas, notamment s’il s’agissait d’une question sur laquelle il n’y avait pas de consensus parmi les experts, un orateur devait être prêt à porter une attaque sur deux fronts : en général, il pouvait contester par des lieux communs que les juristes ont une autorité absolue ; il lui fallait ensuite de soumettre à critique l’avis spécifique émis pour le cas en litige, en utilisant les préceptes offerts par la grille des lieux d’où tirer le *ius* et de toutes les ressources de l’éloquence.

4.2. *L’auctoritas des juristes mise en cause : la causa Curiana comme modèle pour le jeune Cicéron*

La relation dialectique entre rhétorique et jurisprudence – que nous avons vu se dégager, à un niveau théorique, du *De inuentione* – avait trouvé une manifestation retentissante dans le procès qui, juste quelques années auparavant (*paulo ante quam nos in forum uenimus*, Cic. *Caec.* 53), en 94 ou 93, avait opposé Lucius Licinius Crassus à Quintus Mucius Scaevola le Pontife, c’est-à-dire les deux maîtres – l’orateur et le juriste – de Cicéron⁴⁴. Un procès sur lequel le *De inuentione* revient, sans le citer nommément, à deux reprises, avec une insistance qui en dit beaucoup sur l’influence que cette « cause cé-

⁴³ Cic. *de orat.* 1, 241-242, où l’on distingue d’un côté *quae causae sunt eius modi, ut de earum iure dubium esse non possit*, de l’autre *in eo autem iure quod ambigitur inter peritissimos*. Dans *Caec.* 68-69, Cicéron distinguait déjà entre *ius* tout court (qui correspond au *ius* sur lequel il n’y a pas de doute dans le *De oratore*) et *ius uarium* sur lequel les avis des juristes divergeaient. Sur ces passages, et les qualité et quantité des controverses entre juristes à l’âge républicain, voir Bona 2003, en part. 943-964 ; Talamanca 2009, en part. 54-57.

⁴⁴ Dans une bibliographie très riche, voir Vaughn 1985 ; Negri 2009 ; Tellegen-Couperus-Tellegen 2016 (dont l’idée que les juristes n’allaient pas en quête de la *uoluntas testatoris* dans l’interprétation des testaments est pourtant difficile à accepter) Pour la datation, cf. Alexander 1990, 48-49, n. 93.

lèbre » avait exercé sur les idées du jeune Cicéron⁴⁵. Le différend, bien connu, portait sur l'interprétation d'un testament par lequel un certain Marcus Coponius avait institué comme héritier le fils qu'il attendait de son épouse, en prévoyant l'institution d'un autre héritier « substitut », Manius Curius, au cas où ce fils, après avoir hérité, mourrait avant d'avoir atteint la puberté. Le fils de Coponius, cependant, n'était jamais né. La question se posait de savoir si le substitut prévu par le testament héritait (comme le voulait Crassus) ou si en revanche s'ouvrait la succession sans testament, réglée par la loi des Douze tables, dont aurait bénéficié l'agnat homonyme Marcus Coponius (dont le patron était Scaevola). En gros, la question était de savoir si ce que l'on appelle la substitution « pupillaire » prenait néanmoins effet lorsque le pupille n'était pas né⁴⁶. Selon Scaevola, ce n'était pas le cas ; selon Crassus, en revanche, naître et mourir avant la puberté et ne pas naître du tout sont des événements équivalents, du point de vue de la volonté du testateur : par conséquent, la condition prévue dans le testament pour donner lieu à la substitution devait être considérée comme remplie. Le débat s'inscrivait dans la controverse *de scripto et de sententia*⁴⁷.

Chacun des deux avocats avait apporté dans ce procès des arguments tirés du droit, mais en les insérant dans une argumentation rhétorique, afin de convaincre les juges *centumviri* que la meilleure solution du litige était celle qu'il proposait. Cicéron le remarquera explicitement, dans le *Pro Caecina* (69) : « Crassus lui-même, plaidant devant les centumvirs, ne parlait point contre les jurisconsultes, mais il faisait voir que l'opinion soutenue par Scaevola n'était pas conforme au droit ;

⁴⁵ *Inu.* 2, 122 (avec une référence précise au texte de la clause du testament d'où venait le problème ; le même texte, avec quelques variantes, est attribué explicitement au testament de Curius dans *de orat.* 2, 141 ; *Brut.* 195 ; cf. *top.* 44) ; *inu.* 2, 62 (où la *causa Curiana* demeure le point de départ, mais Cicéron s'en sert pour présenter un cas différent, presque comme si le procès était devenu le point d'appui pour des exercices déclamatoires : voir *infra* § 5).

⁴⁶ Quant au parcours pour arriver à ce but, la remarque de Negri 2009, 168 est tout à fait pertinente : qualifier l'interprétation de la clause du testament de Coponius comme une substitution « pupillaire » ou comme une substitution « vulgaire » tacite (du type qu'on employait – hors du cas du pupille – pour désigner un autre héritier pour le cas où celui qui avait été institué en première ligne ne pourrait ou ne voudrait pas succéder) ou comme une formule contenant les deux ou enfin comme une conversion de la substitution « pupillaire » en substitution « vulgaire », c'est appliquer des conceptions dogmatiques qui sont en elles-mêmes plausibles, mais, au moins en partie, indépendantes des sources.

⁴⁷ C'est le diagnostic de Cic. *inu.* 2, 122.

et pour le prouver, il ne se contentait pas d'apporter des arguments, il s'appuyait de l'autorité de Quintus Mucius, son beau-père, et de plusieurs hommes fort experts »⁴⁸.

Il convient d'ailleurs de préciser – en reprenant un point que nous avons déjà abordé plus haut, et qui revient ici avec toute son importance – quel était le terrain sur lequel portait la controverse entre Crassus et Scaevola, afin de mieux comprendre le rapport entre l'avis (et le rôle) des juristes et la tâche des orateurs.

Selon Cicéron, la *causa Curiana* portait sur une question controversée entre les juristes⁴⁹ : circonstance qui, comme nous venons de le voir, ouvrait une marge de manœuvre pour les orateurs. Mais le sujet du procès compte également. Le fait est que, plutôt que de porter sur une question de droit, à savoir sur une règle relative au testament ou à la succession *ab intestato* (règles sur lesquelles les deux intervenants étaient d'accord), la *causa Curiana* concernait l'interprétation de la volonté du testateur Coponius, c'est-à-dire l'interprétation d'un acte privé⁵⁰. La marge de manœuvre des orateurs était, dans un cas de ce genre, encore plus large⁵¹.

Par conséquent, les différents *auctoritates* et *exempla* introduits par Crassus et Scaevola ne concernaient ni la règle juridique à appliquer ni directement le point litigieux, c'est-à-dire la validité d'une clause du

⁴⁸ *Ipse Crassus non ita causam apud C. uiros egit, ut contra iuris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud quod Scaeuola defendebat non esse iuris, et in eam rem non solum rationis adferret, sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur.*

⁴⁹ *De orat.* 1, 242-243 ; cela peut signifier que des juristes avaient été consultés (mis à part Scaevola) et qu'ils avaient émis des avis différents.

⁵⁰ Bien que certaines expressions de Cicéron suggèrent une controverse portant sur des règles de droit (p.es. : *Cic. Caec.* 69, *non esse iuris*), il précise ensuite qu'il ne s'agit pas de cela, mais de manières d'interpréter le testament, ce qui clarifie encore le fait qu'il s'agissait d'une controverse sur laquelle les orateurs sont typiquement aussi compétents que les juristes (*Cic. de orat.* 1, 244, *nempe eius omnis oratio uersata est in eo, ut scriptum plurimum ualere oportere defenderet, at in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eius modi causis alias scriptum, alias aequitatem defendere docentur*). Cela dit, il ne faut pas perdre de vue que, dans un tel cas, l'interprétation de la volonté du testateur impliquait également de définir quelle teneur de la clause testamentaire était apte à produire une substitution valable. Ce qui, dans un certain sens, signifie également définir le régime juridique de la substitution.

⁵¹ *Quint.* 7, 6, 1 remarque que la plupart des controverses entre les juristes portent sur la question de la lettre et de l'esprit (*Scripti et uoluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controuersi iuris hinc pendet*) : toutefois, dans le contexte, il pense à l'interprétation d'une norme juridique, non d'un acte privé. Ailleurs, Quintilien considère ce genre de questions (et celles portant sur l'équité : voir *infra*, dans ce même §) du ressort de la philosophie, notamment de la logique et de la morale (*Quint.* 12, 2, 19, *quid ? non quaestio iuris omnis aut uerborum proprietate aut aequi disputatione aut uoluntatis coniectura continetur ? quorum pars ad rationalem, pars ad moralem tractatum redundat*).

même teneur dans des circonstances identiques (il est très peu probable que le même cas discuté dans la *causa Curiana* se soit produit auparavant dans les mêmes termes : cela n'est d'ailleurs jamais mentionné dans les sources). En revanche, devant un cas nouveau, les arguments apportés par les deux orateurs servaient – par analogie – à démontrer quelle était la meilleure façon d'interpréter la volonté du testateur (en général et, par conséquent, dans le cas de Coponius)⁵².

Cette stratégie est par ailleurs expressément attribuée à Crassus par Cicéron (*de orat.* 1, 242) : « avec une foule d'exemples tirés des lois, des sénatus-consultes, des habitudes de la vie, du langage ordinaire, tu (*scil.* Crassus) montrais, d'une manière pénétrante, malicieuse et enjouée tout ensemble, qu'à vouloir se conformer à la lettre d'un texte, sans examiner l'intention réelle, on aboutissait à des conséquences absurdes »⁵³.

Il faut d'ailleurs souligner que Crassus et Scaevola avaient également l'un et l'autre pour objectif d'interpréter le testament au plus près de la volonté du testateur : seuls les moyens différaient. Scaevola, en particulier, soutenait que ce n'est qu'en donnant aux mots leur sens le plus propre et le plus littéral que l'on pouvait être sûr de saisir fidèlement la volonté du testateur, alors que, en s'écartant de la lettre, c'est-à-dire des mots que le testateur avait lui-même choisis, on finissait par lui attribuer arbitrairement une volonté qu'il n'avait pas eue.

Par conséquent, il serait absurde d'affirmer que Cicéron se plaçait du côté de l'interprétation de Crassus, contre celle de Scaevola. Il reconnaissait seulement que, des deux, Crassus avait été le plus efficace à faire valoir les arguments de son client.

Il ne semble pas exagéré de soutenir que la *causa Curiana* est le modèle qui a été formalisé dans le *De inuentione* et ensuite mis en œuvre dans la *Pro Caecina*⁵⁴. Les orateurs, en tant qu'avocats, doivent se tenir dans le cadre du droit, ce qui leur enlève parfois presque toute marge de manœuvre. En revanche, lorsque le cadre est moins défini, parce que les juristes sont en désaccord sur une règle de droit ou qu'il s'agit

⁵² En ce sens, la stratégie serait similaire à celle de Cicéron dans l'exkursus *extra causam* du *Pro Caecina*, à savoir démontrer (comme le fit en son temps Crassus) le caractère insoutenable (même pour les juristes) d'une interprétation littérale : à ceci-près que dans le *Pro Caecina*, le texte dont l'interprétation était en débat était celui d'un *interdictum* du préteur, non d'un acte privé.

⁵³ *Cumque multa conligeres et ex legibus et ex senatus consultis et ex uita ac sermone communi non modo acute, sed etiam ridicule et facete, ubi si uerba, non rem, sequeremur, confici nihil posset.*

⁵⁴ Voir note précédente.

d'interpréter un acte privé, et que les juges sont eux aussi face à un horizon de décision plus ouvert, l'habileté des orateurs à trouver des arguments persuasifs peut se déployer avec efficacité. Dans ce cadre, ils mobilisent également le lieu commun déjà évoqué dans le *De inuentione* et, selon les circonstances, s'expriment tour à tour en faveur ou contre l'autorité des juristes (*ab auctoritate iuris consultorum et contra auctoritatem*). Il va sans dire que parler contre l'autorité des juristes en tant que dépositaires du monopole de l'interprétation revenait, symétriquement, à rehausser la légitimité des orateurs à entrer dans la discussion.

Au terme d'un parcours qui s'est maintenu à l'intérieur du *De inuentione*, et qui a même cherché à remonter à son modèle (la *causa Curiana*), il ne semble pas déplacé de faire un saut en avant de deux siècles, jusqu'à Quintilien⁵⁵. Le rhéteur (Quint. 12, 3, 6-7), de fait, thématise de façon très claire et de la même façon le rapport entre orateurs et juristes (et s'appuie certainement beaucoup sur Cicéron, en particulier sur le *De oratore*, qui en est presque le sous-texte) :

Omne ius, quod est certum, aut scripto aut moribus constat, dubium aequitatis regula examinandum est. Quae scripta sunt aut posita in more ciuitatis nullam habent difficultatem – cognitionis sunt enim, non inuentionis : at quae consultorum responsis explicantur aut in uerborum interpretatione sunt posita aut in recti prauique discrimine. Vim cuiusque uocis intellegere aut commune prudentium est aut proprium oratoris, aequitas optimo cuique notissima⁵⁶.

Quintilien distingue donc le *ius certum* d'un droit dont l'explication repose sur les avis des juristes. Le droit de la première catégorie n'ouvre pas de place au doute : il est écrit (on peut penser au droit législatif) ou en tout cas depuis longtemps accepté (*positum in more ciuitatis*). Ce « droit certain » constitue donc la matière d'un pur apprentissage, c'est-à-dire que les orateurs peuvent seulement se renseigner par la lecture des textes normatifs et des livres des juristes, sans véritable marge de manœuvre. Il

⁵⁵ Cf. également *supra* n. 51.

⁵⁶ « Tout point de droit certain dépend soit d'un texte écrit, soit de la coutume ; les points douteux doivent être examinés à l'aune de l'équité. Ce qui est écrit ou fondé sur la coutume de la cité ne pose aucun problème. Ces choses relèvent de l'apprentissage, pas de l'invention. En revanche, les points qui demandent à être expliqués par les réponses des juristes concernent soit l'interprétation des mots, soit la distinction entre le bien et le mal. Or, comprendre le sens de chaque mot est commun aux hommes raisonnables ou en tout cas propre à l'orateur ; l'équité est parfaitement familière à tous les hommes de bien ».

en va autrement lorsqu'il s'agit de questions où il n'y a pas de normes explicites (par exemple, une loi), ni un consensus désormais solide, mais sur lesquelles on s'adresse aux juristes pour connaître leur opinion (c'est ainsi que j'entends l'expression *quae consultorum responsis explicantur*), qui peut donc varier d'un juriste à l'autre et en tout cas ne pas avoir un poids définitif. Dans ce cas, résume Quintilien, les questions peuvent être de deux types, soit qu'elles concernent l'interprétation des textes (publics ou privés, notamment lois, contrats et testaments), soit qu'elles impliquent des choix entre des intérêts contradictoires, qui doivent être résolus par l'application du critère de l'équité. Dans les deux cas, les orateurs, selon Quintilien, ne sont pas plus mal lotis que les juristes pour exprimer leurs opinions ou pour attaquer l'opinion des juristes quand elle ne convient pas aux intérêts de leur client.

4.3. Convaincre le préteur

Si telle est la dialectique entre la jurisprudence et la rhétorique esquissée par le *De inuentione*, et qui est restée par la suite le paradigme dominant, venons-en maintenant à un cas précis qui pourra mieux l'illustrer, toujours à l'aune du manuel du jeune Cicéron. Il est d'autant plus intéressant qu'il s'inscrit dans une description remarquablement précise du fonctionnement de la procédure formulaire (ce qui confirme la valeur du *De inuentione* également en tant que document de droit romain, selon la première des deux perspectives de lecture proposées ici : *supra* § 2).

Comme on le sait, la procédure formulaire s'articulait en deux étapes, la phase *in iure* devant le préteur, suivie par le débat devant le juge. Le trait-d'union entre les deux phases était la formule qui contenait les instructions pour le juge et qui était accordée par le préteur, à la suite d'un dialogue entre le demandeur et le défendeur qui constituait le cœur de la phase *in iure*. Ce débat portait notamment sur l'insertion d'exceptions, qui modifiaient la formule de base affichée dans l'édit que le demandeur avait choisi d'exercer contre le défendeur. Comme les mots de la formule guidaient le juge vers sa décision, il s'ensuit que les parties contribuaient, sous le contrôle du préteur, à déterminer le critère juridique lui-même d'après lequel le litige serait tranché. Cicéron arrivera jusqu'à thématiser cette interaction entre les parties (*part.* 99) : *etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio* (« même avant le procès, un débat a souvent lieu pour établir la formule du procès elle-même »). Cette définition cicéronienne joue d'abord sur le fait qu'un dé-

bat entre les parties précède la deuxième phase *apud iudicem*, alors qu'on s'attendrait que toute discussion ait lieu dans le *iudicium* lui-même, non avant ; ensuite, elle s'appuie sur la signification double de *iudicium*, qui désigne à la fois le procès et la formule.

Se manifeste là l'un des aspects les plus caractéristiques du droit romain, à savoir le fait que le procès (formulaire) était le lieu non seulement de l'application du droit, mais aussi le lieu où l'on établissait au préalable les règles à suivre, en façonnant, perfectionnant et parfois corrigeant les règles en vigueur : on produisait donc du droit par le biais du procès. L'importance de cette phase n'avait pas échappé au jeune Cicéron : dans la phase *in iure* « toute la formule des jugements privés est établie »⁵⁷.

Du point de vue rhétorique, le débat portant sur la formule était abordé selon l'état de cause de la *translatio*, c'est-à-dire du « transfert » (ou « exception déclinatoire »). Dans son manuel, Cicéron en rapporte une illustration assez développée (*inu.* 2, 59-60)⁵⁸:

Exemplum autem translationis in causa positum nobis sit huiusmodi : cum ad uim faciendam quidam armati uenissent, armati contra praesto fuerunt et cuidam equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum praecidit. Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum ; postulat is, qui cum agitur, a praetore exceptionem : EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAE IUDICIUM FIAT.

Hic is, qui agit, iudicium purum postulat ; ille, qui cum agitur, exceptionem addi ait oportere. Quaestio est : excipiendum sit an non.

Ratio : « non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri ». Infirmatio rationis : « eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari ». Iudicatio : « atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea iudicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum sit, praeiudicetur ? ».

Proposons maintenant un exemple de moyens déclinatoires qui dépend des circonstances du cas. Des hommes en armes étaient venus pour commettre des actes de violence, mais d'autres, également armés, étaient prêts à s'opposer à eux. Un certain chevalier romain, alors qu'il résistait, eut la main coupée par le glaive de l'un des assaillants. Celui qui a eu la main coupée intente une action pour injures. Le défendeur réclame du préteur l'exception suivante : « À condition que (le

⁵⁷ Cic. *inu.* 2, 58, *omnis conceptio priuatorum iudiciorum constituitur*. Ces mots préfigurent ceux (mentionnés plus haut) qu'il utilise quelques quarante ans plus tard dans les *Partitiones oratoriae*.

⁵⁸ Mantovani 2003, en part. 114-130. La perspective adoptée ici est un peu différente, mais l'interprétation du texte demeure la même ; je renvoie donc à cet article pour une discussion critique de la bibliographie et pour plus de détails.

jugement présent) ne soit pas susceptible d'entraîner un jugement anticipé, au détriment du défendeur, sur une affaire comportant une peine capitale ».

Le demandeur requiert alors (au préteur) qu'une formule « pure » soit livrée, c'est à dire sans exceptions ; le défendeur dit qu'il faut ajouter l'exception.

Le point à débattre consiste à savoir s'il faut ou non insérer cette exception dans la formule. La justification étant : « Il ne faut pas, dans un procès (privé) devant les récupérateurs, juger de façon anticipée d'un crime appartenant à la compétence des tribunaux sur les assassins ». La réfutation de la justification : « Les injures sont d'un tel genre qu'il est indigne de ne pas les juger dès que possible ». Le point à juger est de savoir « si l'atrocité des injures constitue un motif suffisant pour que, lors du procès concernant ces faits, on porte un jugement anticipé sur un acte plus grave pour lequel une procédure spécifique est prévue »⁵⁹.

Un chevalier Romain, qui résistait par les armes à l'assaut porté par d'autres hommes en armes, en a la main tranchée par un glaive. Il intente l'*actio iniuriarum*. Il demande une formule ordinaire, sans modifications, c'est à dire – techniquement – *pura*. Au contraire, l'assaillant défendeur demande au préteur d'y insérer une *exceptio*, dont la teneur est fidèlement rapportée par Cicéron : « À condition que (le jugement présent) ne soit pas susceptible d'entraîner un jugement anticipé, au détriment du défendeur, sur une affaire comportant une peine capitale ». La question qu'il revient au préteur de décider est la suivante : cette *exceptio* doit-elle être concédée ou non ?

Rappelons l'arrière-plan juridique. Le délit d'injures relevait du droit privé ; le responsable était puni par une somme d'argent, en proportion de la gravité des injures. Le port d'une arme dans l'intention de tuer était en revanche sanctionné par un procès criminel public et entraînait la peine capitale⁶⁰. Le problème naît du fait que couper la main avec un glaive peut relever à la fois du délit privé d'injures et du crime public de port d'arme dans l'intention de tuer.

Pour réduire la question à ses termes essentiels : le système prévoit deux cas de figure (injures ; port d'arme en vue d'un meurtre) qui, sans coïncider totalement quant aux faits qui les constituent, ont de nombreux points en commun (mais elles débouchent sur des sanctions et des procédures différentes). Concrètement, l'évènement décrit par Cicéron relève à la fois des deux cas de figure.

⁵⁹ La traduction ici proposée se détache sur des points non secondaires de celle de la Collection des Universités de France.

⁶⁰ Sur la question de savoir quelle était la loi en vigueur au moment où Cicéron écrit le *De inuentione*, qui ne pouvait pas être la *lex Cornelia*, voir Mantovani 2003, 119 n. 193.

Cette situation pose deux problèmes distincts. Le premier est de savoir si le cumul des peines et des procédures, c'est-à-dire en droit privé et en droit public, est autorisé. Bien que Cicéron ne le dise pas explicitement, la réponse est implicite et claire : le cumul était autorisé. Cela étant, la vraie question est de savoir quel doit être le rapport chronologique entre les deux procès : l'ordre de déroulement est-il indifférent (d'abord le procès privé puis le procès public ou vice versa, selon le choix effectué par le demandeur et l'accusateur) ou existe-t-il des raisons qui font qu'il est préférable que l'un soit tenu avant l'autre ? C'est de cela qu'il s'agit dans le cas décrit par Cicéron. En l'occurrence, le chevalier blessé avait agi d'abord avec l'action privée d'injures ; le défendeur s'y oppose, préférant que le procès public ait lieu d'abord et que le procès privé, éventuellement, le suive. Il s'agit d'un cas particulier de la configuration qu'aujourd'hui on appelle « connexité »⁶¹.

Décider du procès à tenir en premier ou en second peut dépendre, à Rome comme aujourd'hui selon la Cour de cassation, de nombreuses raisons différentes. Le cas de connexité discuté par Cicéron montre que les Romains avaient le souci d'éviter qu'une sentence émise dans un procès (pour délit) puisse donner lieu à un jugement anticipé concernant un crime plus grave que d'autres juges, à l'avenir, pourraient être amené à juger. Ce « jugement anticipé » il l'appellent *praeiudicium*, en l'occurrence, *praeiudicium de capite rei*, portant sur le *caput* (la vie ou l'existence civile) du prévenu. Il s'agissait donc d'éviter qu'un jugement concernant les mêmes faits – dans l'exemple cicéronien, la sentence des récupérateurs dans le cadre de l'action d'injures exercée en première – ne devienne un précédent conditionnant pour les juges successifs. Étant donné que les conséquences du procès criminel étaient plus graves – la mort – que celles de l'*actio iniuriarum* (sanction pécuniaire) il s'agissait de garantir à l'accusé de pouvoir commencer le procès criminel dans une position, précisément, libre de préjugés, sans ombre au tableau. Il fallait éviter tout conditionnement pour ainsi dire psychologique exercé sur les jurés amenés ensuite à exprimer leur verdict.

⁶¹ C. pr. civ., art. 101 : « Il y a connexité lorsqu'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions, un lien tel qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble ». La Cour de cassation dit que les juges du fond apprécient souverainement l'existence des circonstances propres à établir la connexité (Civ. 1^{ère}, 19 avril 1983). Dans le cas proposé par le *De inuentione*, les deux procès n'étaient pas liés dans le sens que la décision de l'un rendait opportun que la question traitée dans l'autre soit résolue au préalable. Il s'agissait d'un même fait qui relevait de deux cas de figure différents.

L'absence de « préjugés », de jugements préconçus, est en effet indispensable pour garantir un procès équitable, comme l'explique Cicéron le *Pro Cluentio* (6) :

A uobis iudices, antequam de ipsa causa dicere incipio, haec postulo : primum id quod aequissimum est, ut ne quid huc praeiudicati adferatis (etenim non modo auctoritatem sed etiam nomen iudicum amitteremus, nisi hic ex ipsis causis iudicabimus, ac si ad causas iudicia iam facta domo deferemus).

Juges, avant d'aborder l'affaire même, je vous présente ces requêtes : la première, – il n'y en a pas de plus légitime –, c'est de ne pas apporter ici de jugement préconçu. Car nous laisserons échapper non seulement notre autorité, mais jusqu'à notre titre de juges, si nous ne décidons ici sur les faits mêmes des causes et si nous venons de chez nous pour trancher les procès, avec des arrêts tout faits⁶².

La fonction de l'*exceptio* était donc d'empêcher qu'une condamnation dans le procès civil fût prononcée sur le fondement de faits qui, avec une qualification différente, auraient pu faire l'objet d'un futur procès capital. Le remède était de faire en sorte, grâce à l'exception, que le procès « majeur » puisse avoir lieu avant l'autre. Mais, chacun le sait, le procès est le lieu des conflits d'intérêts, donc l'insertion de l'*exceptio* dans la formule était elle-même.

Il convient donc maintenant de considérer la motivation explicite par laquelle, selon Cicéron, le demandeur, la victime de la blessure, s'opposait au dessaisissement que provoquerait l'*exceptio* demandée par le défendeur et prétendait ainsi intenter immédiatement l'action en injures.

L'*infirmatio rationis* adoptée par le demandeur, qui avait vu sa main amputée, est que les *iniuriae* étaient d'une gravité telle que cela rendrait indigne le fait que le jugement ne soit pas rendu le plus tôt possible. En effet, on sait que la procédure devant les récupérateurs était plus rapide qu'un procès criminel (*eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari*). Quant à la raison d'une telle hâte, elle est liée justement à l'atrocité des *iniuriae*. Une même dépendance entre *atrocitas* de la *causa* et célérité de la procédure ressort de plusieurs autres textes et spécialement du *Pro Caelio* (1) :

Si quis, iudices, forte nunc adsit ignarus legum, iudiciorum, consuetudinis nostrae, miretur profecto quae sit tanta atrocitas huiusce

⁶² Trad. P. Boyancé (CUF, Paris 1953, 62-63).

causae, quod diebus festis ludisque publicis, omnibus forensibus negotiis intermissis, unum hoc iudicium exerceatur, nec dubitet quin tanti facinoris reus arguatur ut eo neglecto ciuitas stare non possit.

S'il arrivait, juges, qu'un étranger fût ici par hasard aujourd'hui sans connaître nos lois, notre procédure, nos usages, il se demanderait, j'en suis sûr, avec étonnement ce qu'il y a de si affreux dans la cause présente, pour qu'en des jours de fête et de jeux publics, toutes affaires cessantes au forum, ce procès soit le seul à avoir lieu, et il ne douterait pas que le prévenu est accusé d'un forfait si grave qu'à le négliger, la stabilité de l'État serait compromise⁶³.

C'est pourquoi, afin de conserver l'entière signification de cette *ratio* rhétorique explicite, il est nécessaire de retenir que l'*equus Romanus*, victime d'*iniuriae* si atroces, invoque le principe selon lequel plus le délit est grave, plus le procès doit être prompt. Si cela semble inspiré en partie par un intérêt public à la répression rapide des délits particulièrement déstabilisants, il correspond aussi à un intérêt personnel de la victime : choisissant un procès rapide devant les récupérateurs, le chevalier n'aura pas eu à se morfondre dans l'attente de la vengeance et aura pu jouir de la relation bien connue entre la vitesse de la réaction et le plus complet soulagement. Plus l'offense est grave, plus elle demande une réponse rapide.

De la rencontre des deux *rationes* opposées naît la *iudicatio*. Le préteur devra apprécier si la gravité des injures, et l'intérêt corrélatif d'une répression rapide, sont tels qu'ils justifient qu'en se prononçant sur les injures dans le procès privé, on prononce un « jugement anticipé » (qui risque d'entraîner un « préjugé ») sur un crime plus grave dont le défendeur pourrait ensuite être accusé dans le cadre d'un procès public (*atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea iudicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum sit, praeiudicetur ?*).

En somme, il est demandé au préteur d'apprécier comparativement, d'un part, l'intérêt du défendeur, dans un procès civil récupératoire portant sur des *iniuriae*, à ne pas être « jugé par anticipation » pour un *maleficio* plus grave, qui fait l'objet d'une *quaestio inter sicarios*, et, de l'autre part, l'intérêt du demandeur à obtenir un jugement le plus tôt possible (sans oublier l'intérêt public d'une sanction rapide des actes illécites). On comprend donc que la relation entre les jugements connexes n'était pas établie en principe par une norme. Elle dépendait de

⁶³ Trad. J. Cousin (CUF, Paris 1962, 86).

l'appréciation du préteur, qui pouvait accorder de l'importance à des particularités différentielles du cas : et cette appréciation du préteur était évidemment influencée par les arguments avancés par les parties en litige, c'est-à-dire par leurs avocats.

C'est ici que la grille des lieux de droit dressée dans le *De inuentione* prend tout son sens ; d'ailleurs, c'est Cicéron lui-même qui le dit (*inu.* 2, 60-61) :

In omni autem causa ab utroque quaeri oportebit, a quo et per quos et quo modo et quo tempore aut agi aut iudicari aut quid statui de ea re conueniat. Id ex partibus iuris, de quibus post dicendum est, sumi oportebit.

Au vu de l'ensemble des circonstances, chacune des deux parties en litige devra examiner sur la demande de qui, par quels juges, de quelle forme et à quel moment l'action doit être intentée et le jugement prononcé, et ce qu'il faut décider sur cette question. Cela, il faudra le tirer des éléments du droit, dont nous allons parler plus loin.

Dans ce passage, Cicéron, après avoir présenté la *translatio* – le « transfert » (ou « exception déclinatoire ») – à travers l'exemple du chevalier mutilé, revient sur la *translatio* elle-même en général, et explique que les orateurs, pour l'aborder, doivent puiser leurs arguments dans la grille du *ius*, qu'il présentera sous peu (*inu.* 2, 65-68), dans le cadre de la *constitutio negotialis*.

Cicéron, après avoir ainsi précisé la méthode à suivre, ne revient pas sur l'épisode du chevalier blessé. Il ne détaille pas quelle fut la décision finale du préteur (d'ailleurs, nous ne savons pas si ce cas s'est réellement produit), et à juste titre, car Cicéron, dans son manuel, ne propose pas de solutions, mais déploie toute la palette des possibles. On ne sait même pas quels arguments les orateurs du demandeur et du défendeur auraient tirés de la grille du *ius* pour convaincre le préteur de – respectivement – refuser ou accorder l'insertion de l'*exceptio* dans la formule de l'*actio iniuriarum* (et, par conséquent, déterminer si l'action pour injures pouvait ou pas se célébrer avant le procès criminel). Nous ne pouvons que spéculer. Si nous nous accordons cette liberté, c'est dans le but de montrer comment la topique du *ius* a dû fonctionner.

L'avocat du défendeur, demandant l'insertion de l'*exceptio*, peut sans aucun doute s'appuyer sur l'édit du préteur, l'un des lieux prévus dans la grille dressée par Cicéron (*inu.* 2, 67 : *quae praetores edicere consuerunt*). La règle de la priorité du procès criminel par rapport au procès privé était affichée dans l'édit du préteur : le titre XIII, 52 (selon

la reconstitution de O. Lenel) s'intitulait *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*⁶⁴ et parmi ces « *causae* » se trouvaient celles entraînant une peine capitale.

A son tour, l'avocat qui parle dans l'intérêt de la victime de la mutilation pourrait choisir, dans la grille rhétorique des éléments constitutifs du *ius*, le principe de vengeance, la *uindicatio*, qui nous incite « à écarter de nous et de ceux qui doivent nous tenir à cœur la violence et l'outrage, soit en nous défendant soit en rendant la pareille et à punir les fautes »)⁶⁵.

En outre, le fait que Cicéron mentionne le détail apparemment superflu que la victime des *iniuriae* était un chevalier Romain pourrait aussi avoir de l'importance. Réagir, se venger était, pour un chevalier aussi lourdement blessé, encore plus impérieux que pour un homme du commun. Ici aussi, un autre principe du *ius naturae* inclus dans la grille rhétorique aurait pu être invoqué, celui qui est présenté par Cicéron sous le nom d'*obseruantia*, c'est-à-dire « le respect, ce qui nous porte à montrer de la vénération et des égards envers ceux qui l'emportent sur nous par l'âge, la sagesse, le rang ou quelque dignité »⁶⁶.

Ce ne sont que des hypothèses. Ce qui est important, c'est que cet exemple nous montre clairement que les orateurs étaient appelés à mener devant le préteur, dans la phase *in iure*, une discussion qui portait sur des règles juridiques, et qui n'était pas le monopole absolu des juristes : elle couvrait un terrain comprenant à la fois des éléments techniques du droit (par exemple l'édit du préteur) et des principes plus généraux, qui étaient enseignés dans les écoles de rhétorique.

⁶⁴ Lenel 1927, 140-144 : il considère comme ouverte la question de savoir si l'*exceptio* « *extra quam in reum capitis praeiudicium* » mentionnée chez Cicéron est passée dans l'édit d'Hadrien, ou si la priorité des procès capitaux, à l'époque des juristes du Digeste, a toujours fait l'objet d'un décret du préteur. O. Lenel souligne pourtant que cette priorité, dans un cas comme dans l'autre, constituait un principe du droit prétorien. Ce qui n'exclut pas – il faut ajouter – que les parties en litige (notamment, le demandeur) avaient toujours une marge de manœuvre pour convaincre le préteur que, au vu des circonstances particulières de l'affaire, il était plus avisé de renoncer à cette priorité. De ce point de vue, la question discutée par Cicéron dans le *De inuentione* aurait pu se reproduire aussi au II^e ou au III^e siècles après J.C.

⁶⁵ Cic. *inu.* 2, 66, *uindicationem, per quam uim et contumeliam defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis et nostris qui nobis cari esse debent, et per quam peccata punimur.*

⁶⁶ Cic. *inu.* 2, 66, *obseruantiam, per quam aetate aut sapientia aut honore aut aliqua dignitate antecedentes ueremur et colimus.*

5. Épilogue

Nous arrivons ainsi au terme de notre lecture du *De inuentione*, qui est allé à la recherche des juristes et des rapports entre rhétorique et jurisprudence qui s'y dessinaient. Quelques réflexions générales peuvent être mises en avant.

Le jeune Cicéron accorde aux orateurs un rôle très actif et presque créateur dans la résolution des litiges, qu'il s'agisse de déterminer la règle à appliquer, s'il n'y avait pas d'unanimité parmi les juristes ou quand le différend portait sur l'interprétation d'un texte (privé ou même public). Une première question pourrait alors se poser : l'ampleur du rôle accordé aux orateurs est-il dû au fait que la littérature juridique romaine, dans les années 80, était encore peu développée ? Ce serait une explication peu satisfaisante. On a vu que la relation entre juristes et orateurs est envisagée de la même manière par Quintilien, en plein essor du droit classique⁶⁷.

Le rôle accordé à la rhétorique (par Cicéron et Quintilien) ne dépend donc pas d'une contingence historique, mais d'une raison qu'on pourrait qualifier de structurelle. Le droit a pour objet la résolution d'un conflit d'intérêts, et les conflits de ce genre ont leur lieu d'éclosion et de dénouement dans le procès. Les règles du droit font elles-mêmes l'objet d'un désaccord, qui porte sur leur identification et leur interprétation⁶⁸. Elles sont à la fois le moyen de résoudre un litige et un enjeu du litige. Il est donc inévitable que les orateurs, acteurs majeurs de cet affrontement, participent pleinement à cette opération qui vise à la détermination du droit, en fonction des vues de leurs clients respectifs. Les grilles rhétoriques des lieux d'où il faut tirer le droit servent à cela, de même que les lieux communs qui contestent ou exaltent l'autorité des juristes en général, selon les circonstances.

Cette première réflexion en amène une seconde. On pourrait en effet avoir l'impression que les orateurs travaillent de la même manière que

⁶⁷ Quint. 12, 3, 6 ; voir *supra* § 4.2. Certes, la quantité de *iura controversés* a dû être plus faible, étant donné qu'elle a beaucoup augmenté par rapport au nombre progressivement plus ample des juristes actifs et notamment avec l'essor des deux *sectae*, celle des Sabiniens et celle des Proculiens. La quantité plus faible de *iura controuersa* à l'époque républicaine laissait moins de marge de manœuvre aux orateurs. Mais, pour rester là encore sur des considérations quantitatives et sans doute trop abstraites, une production littéraire plus réduite et un nombre moins important de juristes à l'époque de Cicéron signifiaient qu'il y avait un répertoire moins développé d'affaires déjà résolues, ce qui, en revanche, pouvait élargir la liberté de mouvement des orateurs.

⁶⁸ Il faut insister sur le fait que parfois le différend ne concerne pas tant la règle que l'interprétation d'un texte (d'une loi ou d'un acte privé).

les juristes, à ceci près, que pour les orateurs le droit n'est qu'un élément de leur argumentation et que leur boussole est l'intérêt de leur client. Or, sur le plan strictement technique, existe-t-il une différence dans la manière dont les orateurs et les juristes abordent ce travail de détermination du droit ? Je pense que oui. Pour en faire le constat, revenons sur les deux passages du *De inuentione* où Cicéron s'attarde sur un cas de succession impliquant un pupille. Dans l'un des deux contextes, Cicéron reprend à la lettre, bien que sans le dire, les enjeux de la *causa Curiana* qui – nous l'avons vu – avait opposé vers 92, en tant qu'avocats, ses deux maîtres Lucius Licinius Crassus et Quintus Mucius Scaevola le Pontife. Nous avons remarqué que ce procès semble avoir donné au jeune Cicéron un modèle pour définir les rapports entre la jurisprudence et la rhétorique. Il faut maintenant ajouter que Cicéron reprend ce même cas ailleurs dans son manuel, en y apportant quelques variantes⁶⁹. Cette reprise montre d'abord, à mon sens, que à l'époque on pratiquait déjà, dans les écoles de rhétorique, des exercices déclamatoires inspirés par des procès réels ou même qui prenaient comme point de départ des points de *ius controversum* : il s'agit d'une pratique bien attestée à l'époque de Quintilien, mais qui remonte évidemment beaucoup plus haut, et atteste d'un autre point de vue les liens étroits existants entre jurisprudence et rhétorique⁷⁰.

Venons au fond de l'affaire. Un père avait institué son fils mineur comme héritier et avait également désigné des substituts au cas où il mourrait avant d'atteindre la puberté (les mineurs ne pouvant pas faire testament). Le pupille hérite de son père et meurt avant d'atteindre la puberté⁷¹. Il s'agit ici de savoir si le père peut désigner un substitut pour son fils pupille uniquement pour les biens que le père lui-même lui a laissés ou également pour les biens que le fils pupille a pu acquérir autrement que par la succession paternelle. Le litige oppose évidemment les héritiers substitués, institués par le père dans son testament, et les successeurs ab intestat du fils. Ces derniers considèrent que le père peut

⁶⁹ Cic. *inu.* 2, 62-64. Il s'agit d'un cas qui relève du statut de *causa negotialis* (cf. *supra* § 3) : *negotialis est, quae in ipso negotio iuris ciuilibis habet implicatam controuersiam*. Il est à noter que cette discussion a lieu après celle sur la *translatio*, sur laquelle nous nous sommes arrêtés ci-dessous (§ 4.3), et précède immédiatement la grille des lieux où l'on doit puiser le *ius* (2, 65-68) : c'est la confirmation, d'une part, du lien qui se noue entre ces exemples et, d'autre part, du fait qu'un orateur pouvait se trouver confronté à des problèmes de droit dans de nombreux débats, selon plusieurs *status causae*.

⁷⁰ Par exemple, Ps. Quint. *decl.* 13 s'inspire du conflit d'opinions entre juristes rapporté par Ulpien dans *coll.* 12, 7, 10.

⁷¹ Contrairement à la *causa Curiana*, où le pupille n'était même pas né.

disposer seulement des biens qu'il transmet à son fils. Par conséquent, c'est à eux que reviendraient les biens acquis par le pupille indépendamment de la succession de son père⁷².

Ce qui me paraît crucial est que, en traitant cette question par le jeu de la *ratio*, de l'*infirmatio rationis* et de la *iudicatio*, Cicéron en vient à isoler le point controversé et à lui donner une généralité remarquable : la question est de savoir si, dans un tel cas, on peut considérer que le patrimoine du pupille est unique ou double (et subsidiairement, s'il est unique, s'il est admissible qu'un seul patrimoine fasse l'objet d'une succession testamentaire et d'une succession *ab intestato*). Ce n'est pas la solution en tant que telle qui nous intéresse. Le point saillant est que dans les *Institutes* de Gaius on retrouve cette même façon de mettre au jour et de résumer le nœud du problème⁷³ : *unum est testamentum duarum hereditatum*, « il s'agit d'un seul testament qui porte sur deux héritages différents ».

Or, les *Institutes* de Gaius représentent le premier manuel de droit rédigé dans l'antiquité romaine selon le modèle des *technai* grecques et hellénistiques. Par rapport à ce qu'on lit dans les textes des juristes, il est assez rare de trouver ce genre de formalisation, qui révèle la recherche explicite d'un principe. Elle n'était pas tout à fait absente, mais elle restait souvent cachée, implicite. Dans l'approche rhétorique de Cicéron, en revanche, elle est mise en avant, elle devient le centre du discours⁷⁴.

Il ne s'agit pas d'une différence négligeable : c'est le signe d'une conviction profonde de Cicéron. Son approche au cas de la substitution pupillaire

⁷² La question ne se posait pas à l'époque classique, en ce sens que les substitués héritaient de la totalité du patrimoine du pupille, c'est-à-dire la partie reçue du père et celle acquise autrement. Il est difficile de dire si le texte de Cicéron reflète un régime différent de la substitution pupillaire, encore en cours de définition (comme on le croit généralement), ou s'il s'agit d'un désaccord entre juristes, voire d'une sorte d'exercice rhétorique qui n'implique pas de doute réel sur la portée juridique de la substitution pupillaire (ce qui, à mon sens, n'est pas à exclure). Il faut toujours se rappeler que le *De inuentione* est un manuel de rhétorique et non un texte juridique. Pour le dire plus concrètement : Cicéron pourrait simplement montrer quels arguments un orateur, plaidant pour les héritiers légitimes, aurait pu tâcher d'opposer au régime normal de la substitution pupillaire (en vigueur à son époque tout comme à l'époque des juristes classiques).

⁷³ Gai. *inst.* 2, 180 (une autre possibilité, plus audacieuse, est de considérer qu'il s'agit de *duo quodammodo* [...] *testamenta*).

⁷⁴ Pour le dire autrement et introduire une perspective historique : l'attitude d'inspiration rhétorique de Cicéron, encline à l'abstraction, a certainement pénétré aussi dans la pensée juridique, mais elle est particulièrement prononcée dans un manuel, comme les *Institutiones* de Gaius, où l'apport de la rhétorique est plus proéminent que dans d'autres œuvres de la jurisprudence.

évoque irrésistiblement le projet qu'il énoncera quelques trente ans plus tard dans le *De oratore*, lorsqu'il se plaint – c'est justement Crassus qui parle, dans la fiction du dialogue – que les juristes, dans leurs livres, n'ont pas dégagé de principes généraux ; c'est justement une critique de l'œuvre de Scaevola le Pontife, encore trop liée au cas concret, sans suffisamment d'abstraction⁷⁵. Il faudrait plutôt – poursuit Crassus –, à l'aide de l'*ars quaedam extrinsecus adhibita* (Cic. *de orat.* 1, 188), formuler un nombre restreint de principes d'où découleraient les solutions des cas spécifiques⁷⁶. Pendant longtemps, les juristes peineront à suivre cette voie (Gaius, dans une certaine mesure, constitue l'exception, précisément parce que son manuel exploite les outils de la rhétorique)⁷⁷. Nous touchons donc ici un point saillant : si les orateurs sont souvent confrontés aux mêmes problèmes que les juristes (comme nous avons essayé de le montrer au cours des pages précédentes), on peut ici déceler une différence quant à leur manière, sinon de résoudre, du moins de manier et de catégoriser ces problèmes.

Mais une autre considération se présente, qui concerne Cicéron lui-même et la maturité précoce de sa réflexion sur le droit. Lorsque on lit dans le *De inuentione* ce passage qui, en posant la question de savoir si le patrimoine du pupille est unitaire ou double, saisit le cœur de l'affaire et le réduit à ses termes les plus abstraits (tout comme le fera Gaius beaucoup plus tard), un constat s'impose au lecteur : le germe du projet exposé dans le *De oratore* était déjà bien présent dans l'esprit du jeune Cicéron.

⁷⁵ Cf. *supra* n. 6.

⁷⁶ Sur ce projet, cf. la bibliographie mentionnée *supra* n. 14.

⁷⁷ Cf. *supra* n. 74.

Bibliographie

- Alexander 1990: M. C. Alexander, *Trials in the Late Roman Republic. 149 B.C. to 50 B.C.*, Toronto (Ont.) 1990.
- Babusiaux 2023: U. Babusiaux, *Rhetorik als Argumentationstheorie der römischen Juristen. Die antike Rhetorik im Spiegel der juristischen Romanistik*, dans M. Wagner-Egelhaaf, S. Arnold, M. Schnetter, G. Heger (éds.) *Rhetoriken zwischen Recht und Literatur. Literatur und Recht*, IX, Berlin-Heidelberg, 49-71.
- Barbati 2024: S. Barbati, *Studi sul pensiero giuridico dei Tres Qui fundaverunt Ius Civile. I. Prolegomena*, Torino 2024.
- Bona 2003: F. Bona, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, dans F. Bona, *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova 2003, 919-964,
- David 2019: J.-M. David, *Au service de l'honneur. Les appariteurs de magistrats romains*, Paris 2019.
- Ferrary 2007: J.-L. Ferrary, *Le droit naturel dans les exposés sur les parties du droit des traités de rhétoriques*, dans D. Mantovani, A. Schiavone (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 75-94.
- Ferrary 2018: J.-L. Ferrary, *Una vita nel cuore della Repubblica. Saggio di biografia politica*, dans J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi (eds.), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018, 3-28.
- Frier 1985: B. W. Frier, *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's Pro Caecina*, Princeton (NJ) 1985.
- Guérin 2015: Ch. Guérin, *La Voix de la vérité. Témoin et témoignage dans les tribunaux romains du I^{er} siècle avant J.-C.*, Paris 2015.
- Guérin 2022: Ch. Guérin, *Cicéron. Un philosophe en politique*, Paris 2022.
- Guérin 2023: Ch. Guérin, *L'aequitas dans la rhétorique cicéronienne : émergence, stabilisation et expansion d'une catégorie argumentative*, dans D. Mantovani (dir.), *L'équité hors du droit*, Paris 2023, 67-94.
- Harries 2006: J. Harries, *Cicero and the Jurists. From Citizens' Law to the Lawful State*, London 2006.
- Hartmann 2020: B. Hartmann, *The Scribes of Rome. A Cultural and Social History of the Scribae*, Cambridge 2020.
- Hilder 2016: J. Hilder, *Jurors, Jurists and Advocates: Law in the Rhetorica ad Herennium and De inventione*, in P. du Plessis, (ed.), *Cicero's Law: Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, 166-186.
- Lenel 1927: O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³.

- Mantovani 2003: D. Mantovani, Praetoris partes. *La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, dans M. G. di Renzo Villata (éd.), *Il diritto fra scoperta e creazione*, Napoli 2003, 33-152.
- Mantovani 2017: D. Mantovani, L'aequitas Romana: una nozione in cerca di equilibrio, «AntPhilos» 11, 2017, 27-55.
- Mantovani 2024a: D. Mantovani, Cicerone storico del diritto, désormais dans D. Mantovani, *Pensiero e forme letterarie dei giuristi romani*, I, Roma 2024, 213-284.
- Mantovani 2024b: D. Mantovani, L'auctoritas des juristes romains mise en cause. *Esquisse d'une théorie rhétorique*, désormais dans D. Mantovani, *Pensiero e forme letterarie dei giuristi romani*, I, Roma 2024, 85-140.
- Mantovani 2024c: D. Mantovani, Gli esordi del genere letterario ad edictum, désormais dans D. Mantovani, *Pensiero e forme letterarie dei giuristi romani*, vol. I, Roma 2024, 141-212.
- Narducci 2009: E. Narducci, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma-Bari 2009.
- Negri 2009: G. Negri, Cicerone come fonte di cognizione del diritto privato romano. *L'esempio della causa Curiana: appunti per una ricerca*, «Ciceroniana» N. S. 13, 2009, 165-183.
- Talamanca 2009: M. Talamanca, *L'oratore, il giurista, il diritto nel De oratore di Cicerone*, «Ciceroniana» n.s. 13, 2009, 29-100.
- Tellegen-Couperus-Tellegen 2016: O. Tellegen-Couperus, J. W. Tellegen, *Reading a Dead Man's Mind: Hellenistic Philosophy, Rhetoric and Roman Law* dans P. J. du Plessis (éd.), *Cicero's Law: Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, 26-49.
- van der Blom 2010: H. van der Blom, *Cicero's Role Models. The Political Strategy of a Newcomer*, Oxford-New York 2010.
- Steinhauer 2009: F. Steinhauer, *Die rechtlich-rhetorischen Grenzen I. Beispiele von Max Kaser, Fritz Schulz und Uwe Wesel*, «Ancilla Iuris» (anci.ch) 2009, 53-98.
- Vaughn 1985: J. W. Vaughn, *Law and Rhetoric in the causa Curiana*, «ClAnt» 4, 1985, 208-222.
- Ward 1969: J. Ward, *The Constitutio Negotialis in Antique Latin Rhetorical Theory*, «Prudentia» 1, 1969, 28-48.