

ETUDES

# LES TEMOINS DE LA LITIS CONTESTATIO

par

H. LEVY - BRUHL

Professeur à la Faculté de droit de Paris

Aucun texte ne nous signale l'existence de témoins dans la *litis contestatio* à l'époque classique, mais il ne paraît pas douteux qu'elle n'en ait comporté, au moins à ses débuts. Son nom même paraît le prouver, et la chose est confirmée par Festus, dans un texte bien connu :

“Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod, ordinato iudicio, utraque pars dicere solet “Testes Estote”<sup>1</sup>.

Il est exclu de penser que cette donnée soit due au seul zèle étymologique de Festus. Elle doit répondre à la réalité. Si donc nous admettons que la *l.c.* la plus ancienne se soit faite en présence de témoins, la question se pose de savoir quels sont ces témoins et quelle est leur fonction.

Trois réponses sont théoriquement possibles. Ce sont, ou des témoins judiciaires, ceux qui viendront déposer au procès pour faire la preuve des affirmations des plaideurs, ou les personnes présentes aux abords du tribunal, ou enfin des témoins spécialement requis pour cet acte juridique, comme le sont, par exemple, ceux de la mancipation, bref des témoins que l'on peut appeler, en forçant un peu le sens de l'épithète, “instrumentaires”<sup>2</sup>.

---

1) Festus, V° Contestari litem, dans Fontes de Bruns<sup>7</sup>, T. II, p. 5.

2) Une quatrième solution est suggérée par M. Biscardi, La *litis contestatio* nella procedura per legis actiones, in Studi Arangio-Ruiz, T. III, p. 468. Faisant état d'un rapprochement de la *Legis Actio* avec la *clarigatio* du droit fétial, il estime vraisemblable que la double invo-

La première hypothèse doit être, à mon avis, rejetée d'emblée. Un appel adressé par chaque plaideur à ceux qui doivent déposer en sa faveur au cours du procès n'est peut-être pas sans utilité pratique. Il est un peu analogue à l'appel que fait, en matière militaire, le gradé pour s'assurer de la présence de ses hommes. Mais il est bien évident qu'un acte de cette nature n'a aucun rapport avec la *l.c.* de l'époque historique. Celle-ci a un caractère et des effets tout à fait différents, et l'on ne voit pas comment elle aurait pu naître de cette humble pratique. On ne voit pas non plus pourquoi on aurait donné à un appel de ce genre une telle solennité. Il n'est donc pas possible d'adopter cette première opinion, qui, du reste, ne semble pas avoir jamais été soutenue.

Les romanistes, dans leur ensemble<sup>3</sup>, admettent sans discussion, la seconde, à savoir que les témoins de la *l.c.* ne sont autres que le public présent à l'audience. Cette manière de voir ne me paraît pas davantage admissible.

Il semble, en premier lieu, difficile de penser qu'un acte judiciaire aussi important que la *l.c.*, à laquelle sont attachés d'aussi graves intérêts, dépende du hasard de la présence ou de l'absence de personnes qualifiées autour de tribunal au moment où s'accomplit l'opération. Sans doute, à Rome, le public était friand de ce genre de distractions, mais l'on peut admettre que pour les pro-

---

cation aux témoins ait pu être originairement adressée aux Dieux. Je ne crois pas qu'une telle hypothèse puisse être retenue. Sans doute tout serment comporte un appel au témoignage divin, mais la réciproque n'est pas vraie: tout témoignage, même à l'époque la plus ancienne, n'est pas nécessairement lié au serment. En outre, parmi les Actions de la Loi, seul le Sacramentum, et seulement sous sa forme archaïque, comporte nécessairement un serment. Les autres Actions de la Loi qui sont proprement des procès. (*Judicis Postulatio*, *Condictio*) sont des procédures laïcisées. Or rien ne nous dit que la *l.c.* ait été utilisée dans le seul Sacramentum. Le contraire est plus probable. Du reste M. Biscardi lui-même estime que lorsque le procès comporte deux phases, c'est-à-dire dès une époque assez ancienne, l'appel perd son caractère religieux, et l'auteur se range parmi les partisans de la théorie communément enseignée. Pour lui, la *l.c.* s'adresse alors aux personnes présentes *in jure*.

3) Cf., par exemple, Monier, Manuel<sup>6</sup>, p. 163; Arangio-Ruiz, *Istituzioni*<sup>11</sup>, p. 112.

cès banals, s'élevant entre personnes peu connues et portant sur des intérêts minimes, le spectacle offrait peu d'attraits. Dès lors s'il n'y avait personne, ou seulement des esclaves ou des vagabonds sans domicile fixe, aux abords du tribunal, peut-on supposer que la *l.c.* ne pouvait se faire? Poser la question, c'est y répondre: les témoins de la *l.c.* ne peuvent être des témoins de rencontre.

Sans doute le droit romain connaît-il au moins une situation où l'on a recours à des témoins occasionnels. Elle est fort ancienne, et figure déjà dans la loi des XII Tables. C'est l'"*endoplorato*" du *furtum manifestum*<sup>4</sup>. La victime d'un *furtum* qui surprend le coupable en flagrant délit, si le vol est commis de nuit ou à matin armée, peut tuer impunément le coupable, mais à condition d'avoir au préalable poussé des cris pour ameuter les voisins. Il ne peut être question ici, c'est évident, ni de témoins judiciaires proprement dits, ni de personnes convoquées par avance à cet effet, encore qu'à certains égards, on puisse les ranger dans l'une ou l'autre de ces catégories. Rien n'empêche, en effet, qu'ils déposent ultérieurement en justice, et, par ailleurs, on peut estimer que le cri rituel est un mode de convocation d'une nature particulière. En réalité, nul ne contestera qu'il ne s'agisse de témoins d'un caractère très spécial, dont la présence ou l'absence dépend du seul hasard.

En est-il de même des témoins de l'*in jus vocatio*? Ici, il est permis d'hésiter. On sait que le demandeur, au cas où le défendeur, qu'il veut amener au tribunal, résiste et se défend, doit faire appel à des témoins — *antestamino* dit la loi des XII Tables — avant d'avoir recours à la force. Quels sont ces témoins? Deux réponses sont possibles dans le silence des textes. On peut supposer que le plaideur, prévoyant la mauvaise volonté de son adversaire, s'est fait accompagner d'amis ou de parents qu'il prendra éventuellement à témoin avant de procéder à un acte de violence. Cette théorie trouverait un appui dans le rapprochement avec le droit grec, où, dans l'institution correspondante, l'*ἀπαγόγη*, figurent obligatoirement deux témoins de la citation en justice, désignés

4) Arangio-Ruiz, La répression du vol flagrant... in *Al Quanoun wal Iglisad*, 1932, p. 1.).

sous le nom de κλητῆρες<sup>5</sup>. Evidemment ils sont partie de la structure même de l'acte judiciaire, et sont, en conséquence, des témoins requis d'avance. Mais ce qui est vrai à Athènes ne l'est pas nécessairement à Rome, et l'on peut aussi supposer, sans invraisemblance, que l'"antestamino" se pratique sur les personnes présentes au lieu de l'appréhension, ou que l'on va chercher chez elles. Toutefois la première solution me paraît, comme à M. Pringsheim<sup>6</sup>, la plus probable.

S'il en est ainsi, le cas de *furtum* serait le seul attesté à Rome — en dehors, naturellement des témoins probatoires — où l'on ait recours à des témoins de rencontre, qui dépendent du seul hasard. Dans cette occurrence, on se trouve dans une situation imprévue et urgente, où les règles normales ne peuvent s'appliquer. Au contraire, la *l.c.* est un rouage essentiel du procès, et ses éléments constitutifs ne sauraient dépendre de circonstances fortuites. Les témoins, qui font partie de la structure même de l'institution, et qui lui ont donné son nom, appartiennent donc à cette troisième catégorie que nous avons distinguée, et que l'on peut appeler les témoins instrumentaires, ou, en latin, les *testes rogati*.

Ces témoins, dont l'emploi est très fréquent à Rome, sont non seulement requis par les parties, mais ils ont contracté envers elles une sorte d'obligation<sup>7</sup>. On songe en premier lieu, chacun le comprendra, aux témoins de la mancipation, ou, d'une façon plus générale, à ceux de l'acte *per aes et libram*. Qu'il s'agisse de témoins requis, c'est ce que semble prouver le mot "adhibiti" que l'on trouve dans Gaius. C'est aussi prouvé par les conditions de capacité qui sont exigées d'eux: "cives Romani puberes". En outre, il est infiniment probable qu'ils assumaient la responsabilité de porter témoignage à l'intéressé. La loi des XII Tables (8. 22), s'exprime, en effet dans ces termes: "Qui se sierit testari libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur improbus intestabilisque esto."

5) U. E. Paoli, La "In ius Vocatio" dans les comédies de Plaute, in Studi Senesi, I. LXIII. p. 283 - 304.

6) Fr. Pringsheim, Le témoignage dans le Grèce et la Rome archaïque, in Revue internationale des Droits de l'Antiquité, T. VI, p. 169.

7) H. Lévy-Bruhl, Le témoignage instrumentaire en droit romain, Thèse de droit, Paris 1910.

Comment interpréter le mot "sierit", sinon comme l'expression d'un consentement engendrant une obligation pour celui qui le donne? Cette obligation est, du reste, munie de sanction, puisque le témoin qui la viole encourt l'intestabilité, peine redoutable à l'époque ancienne. Il paraît probable que cette disposition du code décemviral, si elle s'appliquait aux témoins de l'acte libral, s'étendait aux autres témoins exigés pour la validité des actes juridiques, par exemple aux témoins de la *confarreatio* ou de la *cretio*.

On est conduit à penser que dans la *l.c.* les témoins mentionnés par Festus appartiennent, eux aussi, à cette catégorie. Sans doute rien ne dit expressément que chaque plaideur se rendait au tribunal accompagné de témoins, mais l'argument à *silentio* est bien fragile. Sans le *Pro Murena*, saurions-nous que dans la *consertio manuum* chaque plaideur était accompagné de ses *superstites*, c'est-à-dire de ses témoins? Les textes juridiques nous le laissent ignorer. La pratique du témoignage était si répandue à Rome qu'il convient de présumer la présence de témoins à tout acte juridique important, même si elle n'est pas attestée<sup>8</sup>. Dès lors, il y a tout lieu de croire que les *testes* auxquels font appel les plaideurs dans la *l.c.* sont ceux que chacun d'eux a amenés (*utraque pars*, dit Festus). Mais sur quoi portent-ils témoignage? Quelle est, au juste, leur fonction?

On pourrait être tenté de penser que les parties font appel à leurs témoins pour attester solennellement la régularité des actes accomplis au cours de la phase du procès qui se déroule devant le magistrat. Ce n'est pas impossible, mais l'utilité de cet appel n'apparaît pas clairement. Puisque les rites et les paroles se sont produits en public, toute irrégularité aurait été immédiatement remarquée et réprimée. De plus, un acte de ce genre serait sans

---

8) On s'accorde à reconnaître une scène de *manus injectio* sur le sarcophage étrusque de Corneto, conservé aujourd'hui au Musée archéologique de Florence, et reproduit notamment dans le 7ème Tome du *Corpus des Antike Sarkophag Relief*, de Carl Robert. Or, sur ce bas-relief, sont représentés cinq personnages qui sont probablement des témoins, alors qu'il n'est pas question de témoins pour la *manus injectio* dans les textes juridiques, et que, au surplus, la scène se passe devant un magistrat.

rapport avec la fonction qui sera plus tard celle de la *l.c.* classique. Or, s'il arrive que sous le même nom se succèdent des institutions profondément différentes — je n'en donnerai pour exemple que le testament — il est beaucoup plus fréquent, cependant, que l'élément fondamental d'une institution se retrouve, plus ou moins modifié, dans chacune de ses modalités successives. Il n'est pas douteux que la fonction essentielle de la *l.c.* formulaire ne consiste dans la rédaction d'un texte à présenter au juge, et dans lequel ce dernier trouvera les éléments de son investigation et de sa décision finale. Si l'on part de cette donnée, on sera amené à voir dans la *l.c.* préébutienne un acte du même type. L'appel de chacun des plaideurs à ses propres témoins — qui, encore une fois, ne sont pas des témoins judiciaires, mais des témoins instrumentaires — aurait pour objet de renforcer l'affirmation solennelle émanant de lui, et qu'il oppose à celle de son adversaire. En d'autres termes la phase *in jure* consisterait essentiellement, à cette époque comme plus tard, dans la confrontation des prétentions contraires des deux parties, mais corroborée alors par l'assentiment de leurs témoins.

S'il en est bien ainsi, il est un rapprochement qui se présente invinciblement à l'esprit: celui des cojureurs. Les cojureurs sont bien connus en droit germanique, mais ils existent dans bien d'autres sociétés. Ce sont, on le sait, des personnes qui viennent en justice porter assistance au plaideur, demandeur ou défendeur, pour donner plus de poids à sa déclaration. Cette assistance se fait normalement sous la forme d'un serment, d'où le nom de *cojurator* qui est donné à ces individus par les textes, par exemple par la loi salique. Rien n'indique que ces cojureurs soient au courant des faits ou des droits allégués par leur partie. Ce ne sont, à aucun degré, des témoins *de visu* ou *de auditu*. S'ils viennent au tribunal, c'est qu'ils s'y sentent tenus par les liens de solidarité qui existent entre eux et le plaideur. C'est dire qu'au moins à l'époque ancienne, les cojureurs sont des parents, des membres du même groupe social que le plaideur. Le serment qu'ils prêtent n'a donc nullement pour objet d'établir la vérité du fait ou droit allégué: c'est l'affirmation de leur solidarité qui se manifeste ainsi, comme, dans d'autres circonstances, dans ce qu'on appelle la "guerre privée" elle se manifesterait par la participation à une lutte armée.

Cette intervention des cojureurs est un véritable mode de preuve, en ce sens que, si elle ne se produit pas, si, par exemple, l'accusé de vol ne peut réunir, en droit salien, les 12 témoins qui sont réclamés de lui pour se disculper, il est automatiquement condamné, eût-il, par ailleurs, les meilleurs arguments à faire valoir en faveur de son innocence. Il faut sans doute chercher la portée considérable ainsi accordée à la cojuration, d'une part à l'intensité de la croyance religieuse qui donne au serment son prestige, d'autre part dans le crédit social de l'accusé, manifesté par l'intervention en sa faveur de membres de son groupe.

Les témoins de la l.c., s'ils sont vraiment, comme cela est vraisemblable, des *testes rogati*, et non des témoins de rencontre, ressemblent à certains égards aux cojureurs, surtout si nous nous plaçons à une époque très ancienne, à un moment où le procès romain ne pouvait se faire que suivant les formes de l'Action de la Loi la plus archaïque, le Sacramentum. On dira peut-être que le Sacramentum, tel qu'il nous est décrit assez minutieusement par Gaius, ne comporte pas de témoins (instrumentaires). Mais, quelle que soit la précision de cet auteur, il ne nous donne pas une description complète de la procédure. C'est ainsi qu'en matière de Sacramentum *in rem*, si la chose contestée est un fonds de terre, l'exposé de Gaius doit être complété par un passage du *Pro Murena* de Cicéron<sup>9</sup>, qui, lui, mentionne la présence de témoins auxquels il donne le nom de *superstites*. Or ces témoins sont bien des *testes rogati*, amenés par chacun des plaideurs, puisque le texte porte, dans la formule sacramentelle: "Suis utrisque superstilibus praesentibus, inite viam."

Sans doute ne convient-il pas d'exagérer ce rapprochement entre les témoins de la Lc. et les cojureurs. Il y a entre eux des différences substantielles. C'est ainsi que les cojureurs prêtent serment, tandis qu'il ne nous est rien dit de pareil pour les *testes* ou *superstites* dont nous nous occupons. De même et surtout les cojureurs sont, nous l'avons dit, de véritables modes de preuve, puisque leur intervention ou leur absence détermine quasi-automatiquement la sentence du juge. Aussi bien ne sont-ils le plus souvent

9) Cicéron, *Pro Murena*, 12, 25, s.



requis qu'en faveur du défendeur ou de l'accusé. Ici nous sommes en présence de témoins qui doivent accompagner les deux parties. Il est fort possible que celle d'entre elles qui n'a pas réussi à s'en procurer perde son procès, comme c'était le cas de celui qui "minime errasset" dans l'accomplissement des rites de la *Legis Actio*, mais on ne peut dire que c'est là un mode de preuve qu'en donnant à ce mot preuve un sens très large. La preuve véritable sera fournie par les *sacramenta* qui mettront fin au litige selon qu'il seront proclamés *justa* ou *injusta*. Le rôle des témoins de la *l.c.* sera avant tout fonctionnel et social, c'est-à-dire qu'il consistera à donner une plus grande solennité aux déclarations antithétiques des deux plaideurs. Il sera accessoirement probatoire, dans la mesure où il est susceptible de produire un effet décisif sur l'esprit de l'adversaire ou celui du juge.

A quel moment de la procédure convient-il de placer cet appel aux témoins? Festus nous fournit à cet égard une indication précieuse, en dépit de son obscurité. Il nous dit, en effet, que cette prise à témoin se fait "ordinato iudicio". Il est très difficile de savoir avec précision ce qu'il entend par là, mais une chose paraît certaine, c'est que cet appel n'a pas lieu tout au début du procès. Il faut que celui-ci ait été engagé, et il ne peut l'être sans que les deux plaideurs aient formulé leurs allégations. Si nous continuons à raisonner sur l'hypothèse d'un *Sacramentum*, on en déduira que l'appel n'a pas lieu au moment où chaque plaideur, pour la première fois affirme son droit ou dénie celui de son adversaire, car le *iudicium* n'est pas encore *ordinatum*, mais à la suite du dialogue, dialogue qui, on le sait, est plus long et plus compliqué dans le *Sacramentum in rem*, réduit, au contraire à une affirmation et à une négation dans le *Sacramentum in personam*. Il y a tout lieu de penser que c'est alors, et avant la provocation au *sacramentum* proprement dit qu'avait lieu cet appel au témoignage que constitue la *l.c.* Cela est d'autant plus probable que la provocation au *sacramentum* peut-être assimilée dans le procès romain le plus ancien, à ce que sera plus tard l'instance *apud iudicem*. - il serait hors de propos de m'appesantir sur ce point. S'il en est bien ainsi, la *l.c.* se trouverait localisée au même moment du procès où nous le trouverons plus tard. Elle serait alors, comme sous la procédure formulaire, la charnière entre la phase où le procès s'organise

(*judicium ordinatum*) et celle où l'autorité judiciaire s'efforce de le trancher.

Essayons de nous représenter d'une manière concrète la façon dont s'effectue l'opération. Après l'échange des formules rituelles, les plaideurs, à tour de rôle, procèdent à la l.c. Le demandeur prend le premier la parole, et, s'adressant à ses témoins, leur dit "Testes estote". Remarquons que cet appel au témoignage se fait dans une formule un peu différente de celle qui nous est rapportée pour la *mancipatio familiae*, où le testateur dit: "Testimonium mihi perhibetote". Cette différence paraît négligeable. Une question plus importante, mais à laquelle nous ne pouvons malheureusement pas répondre avec certitude est celle de savoir ce que font alors les témoins. Leur témoignage se borne-t-il à leur seule présence? Je serais plutôt enclin à penser, pour ma part, qu'ils répondaient verbalement à l'appel qui leur était ainsi adressé. Comme on l'a souvent remarqué, la parole joue un rôle considérable dans le droit romain, et surtout dans le droit romain archaïque. Si l'on admet que les témoins prenaient la parole, il est vraisemblable qu'ils disaient: "Testes sumus", en conformité de la règle de *congruentia* qui s'est conservée très longtemps dans la stipulation, et qui consiste à se servir pour la réponse du même verbe dont il a été fait usage pour la question. Il va de soi que ce ne sont là que des hypothèses.

En définitive, les témoins de la l.c. semblent avoir été des amis ou des parents requis par les plaideurs pour étayer par leur parole, ou tout au moins par leur présence, non pas sans doute la véracité de l'allégation produite par leur partie, mais la sincérité, la crédibilité de celle-ci. Leur existence s'explique en fonction d'une structure ancienne du procès où ce qui en fait l'objet ce n'est pas la crédibilité de celle-ci. Leur existence s'explique en fonction d'une dit qu'il convient de lui attribuer. Aussi n'est-il pas surprenant qu'en dépit du conservatisme très prononcé du droit romain, ces témoins aient cessé d'exister quand s'est imposée une conception nouvelle du procès dans laquelle la personnalité du plaideur ne joue plus qu'un rôle négligeable, et où l'investigation du juge porte sur la réalité du droit contesté. Les allégations des plaideurs valent désormais par elles-mêmes, et n'ont plus besoin d'être étayées mais démontrées. L'utilité des témoins à cet acte judiciaire cessa d'être

comprise. Tandis que les témoins instrumentaires demeuraient jusqu'au bout nécessaires pour la mancipation et le testament, et ont continué, en fait, à intervenir, ceux de la *l.c.* ont disparu de bonne heure, et n'ont laissé de traces que dans le nom même de l'institution, dans une définition de Festus et dans un passage du *Pro Murena*. Ces éléments suffisent-ils à justifier la reconstitution que j'ai tentée? C'est à vous, mes chers confrères, d'en juger.

---