



Article scientifique

Article

1992

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## De Niebuhr à Mommsen: remarques sur la genèse du "Droit public"

---

Giovannini, Adalberto

### How to cite

GIOVANNINI, Adalberto. De Niebuhr à Mommsen: remarques sur la genèse du 'Droit public'. In: Cahiers du Centre G. Glotz, 1992, vol. 3, p. 167–176.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:88565>

## De Niebuhr à Mommsen : Remarques sur la genèse du "*Droit public*"\*

Adalberto Giovannini  
Université de Genève

Dans une étude remarquable sur Théodore Mommsen et son œuvre, Alfred Heuss consacre au *Droit public* quelques pages d'un très grand intérêt<sup>1</sup>. Il décrit comment, dès sa jeunesse, le savant allemand a entrepris de construire un système de la constitution romaine analogue à ce que les historiens du droit romain avaient fait dans leur domaine. Il cite une phrase écrite par Mommsen alors qu'il n'avait encore que 28 ans : "Das System ist seine eigene Wahrheit"<sup>2</sup>. Le *Droit public* est la réalisation à l'âge de la maturité de cet énoncé ; c'est une fresque monumentale élaborée sur un canevas rigoureux que Mommsen avait déjà mis au point au temps de sa jeunesse et auquel il est resté fidèle toute sa vie.

Ce système de base, que l'on retrouve pour l'essentiel dans le *Droit pénal*, est simple et paraît d'une cohérence et d'une logique inébranlables. Il a pour postulat fondamental l'indépendance et la suprématie de la magistrature sur toute autre instance ou autorité : "*L'imperium* implique l'Autarkie. La magistrature munie de *l'imperium* se transfère elle-même, se complète elle-même, pourvoit elle-même à sa représentation et nomme elle-même ses auxiliaires"<sup>3</sup>. Concrètement, selon Mommsen, *l'imperium* et les auspices se transmettent de roi à roi puis de magistrat à magistrat, indépendamment de toute autre instance ou autorité. Le rôle du peuple est secondaire et subordonné, aussi bien dans le domaine des élections que dans celui de la législation ; il consiste essentiellement à approuver ou à refuser la proposition que lui fait le magistrat. Le pouvoir du chef de l'État est, à l'origine, absolu aussi bien dans le domaine de la vie civile que dans la guerre ; il n'a, au départ, aucun compte à rendre à qui que ce soit. Cependant, avec l'institution de la République, ce pouvoir discrétionnaire sera limité par la *provocatio*, c'est-à-dire le droit pour le citoyen de faire appel au peuple contre la *coercitio* du magistrat. Ce droit de *provocatio* ne s'applique qu'à la ville de Rome et à un périmètre d'un mille autour de la capitale, espace que Mommsen qualifie

---

\* Je développe ici des observations que j'ai faites récemment à l'occasion d'un symposium sur la Rome archaïque tenu à Berlin en 1988 : A. Giovannini, "Magistratur und Volk : Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Staatsrechts", in : W. Eder, ed., *Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik*, Stuttgart 1990, p. 406-436, surtout p. 409-415.

<sup>1</sup> A. Heuss, *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*, Kiel 1956, p. 44-57.

<sup>2</sup> A. Heuss, *op. cit.*, p. 48.

<sup>3</sup> Traduction de Fr. Girard, Paris 1887-1894 ; repr. Paris 1984/5, t. I, p. 242. Tous mes renvois au *Droit public* se réfèrent à cette traduction.

d'*imperium domi* ; au delà, dans l'espace qu'il qualifie d'*imperium militiae*, le magistrat conserve les pouvoirs absolus qui avaient été ceux des rois. Dans cette perspective, l'histoire de la constitution romaine se ramène à une évolution des relations entre la magistrature et le peuple, ce dernier imposant progressivement, sous l'action de la plèbe et des tribuns, des restrictions à la magistrature.

Ce n'est pas mon propos de critiquer ici le système de Mommsen. J'ai exposé ailleurs pour quelles raisons il me paraissait faux et pourquoi il me semblait préférable de faire confiance aux sources antiques, qui font de la souveraineté du peuple et des auspices des *patres* les deux fondements de la constitution romaine, et ceci dès les origines<sup>4</sup>. J'ai aussi essayé de montrer que la limite de la *provocatio* au périmètre d'un mille, qui nous est connue uniquement par une phrase de Tite-Live (III, 20, 7), doit être interprétée dans son contexte, où seuls sont concernés des soldats assermentés et qui donc n'est valable que pour eux ; que pour les civils, la *provocatio* est un droit personnel dont ils peuvent se prévaloir en tous temps et en tous lieux<sup>5</sup>. Mais il m'a paru nécessaire d'aller au delà de la critique et d'essayer de comprendre la genèse de ce système. J'ai ainsi pu constater que, contrairement à ce qu'on croit trop souvent, Mommsen n'a pas créé ce système *ex nihilo*, qu'il n'a pas seulement subi l'influence des grands juristes de son temps<sup>6</sup>, mais qu'il a repris et développé des principes qu'il a empruntés à ses prédécesseurs. Mommsen lui-même n'a jamais caché son admiration pour Joachim Rubino, qui exerça sur lui une influence déterminante dès l'époque de ses études<sup>7</sup> ; il exprime par ailleurs, dans sa préface à la première édition du *Droit public*, son estime pour Wilhelm-Adolph Becker, dont il avait assumé de rééditer et de remanier le *Manuel des antiquités romaines*<sup>8</sup>. Cependant, tant Becker que Rubino sont tributaires de Niebuhr, le véritable fondateur de la recherche moderne en histoire romaine. C'est en définitive chez Niebuhr que j'ai trouvé les principes qui, par l'intermédiaire de Rubino et de Mommsen, déterminent aujourd'hui encore notre conception de la constitution romaine et de son histoire.

---

<sup>4</sup> *Art. cit.* (supra, n. \*).

<sup>5</sup> Cf. A. Giovannini, *Consulare imperium*, Bâle 1983, p. 7-30, surtout p. 19-26.

<sup>6</sup> Sur ces influences, voir notamment l'avant-propos de Claude Nicolet et la belle introduction de Yann Thomas *Mommsen et l'"Isolierung" du droit* à la réimpression du *Droit public*.

<sup>7</sup> Cf. A. Heuss, *op. cit.* (supra, n. 1), p. 23, 42 et surtout 50 et *Gedanken und Vermutung zur frühen römischen Regierungsgewalt*, *Nachr. Ak. Gött.* 10, 1982, p. 425 sq.

<sup>8</sup> *Handbuch der römischen Alterthümer*, Leipzig 1843-1846. Après la mort de Becker, l'ouvrage fut poursuivi et achevé par J. Marquardt. C'est ce dernier qui demanda à Mommsen de refaire le Becker.

## 1. Le système de Niebuhr

Bien qu'il dise porter un intérêt particulier aux institutions romaines<sup>9</sup>, Niebuhr n'en donne pas, dans son *Histoire romaine*, de description systématique. Son œuvre est une lecture critique de la tradition annalistique et c'est au hasard de cette lecture qu'il énonce ses idées sur ce sujet. Néanmoins, une lecture attentive de l'*Histoire romaine* révèle une conception bien définie et parfaitement cohérente de la constitution romaine et de son histoire. Pour Niebuhr<sup>10</sup>, le peuple romain (*populus*) était à l'origine composé de patriciens exclusivement, organisés en curies. La plèbe constituait une communauté distincte de celle du *populus* patricien et se divisait en tribus. Chacune de ces deux communautés avait son organisation propre, comices curiates et roi pour le *populus* patricien, comices tributes et tribuns pour la plèbe. Pour fusionner ces deux communautés, Servius Tullius créa, contre la volonté des patriciens, une nouvelle assemblée, les comices centuriates auxquels avaient accès aussi bien les patriciens que les plébéiens, sans toutefois supprimer les comices existants. Mais comme il est exclu, selon Niebuhr, que la plèbe ait pu participer activement à la vie politique du *populus* patricien, le rôle des comices centuriates a dû être, dès le début, totalement passif et se limiter à un droit de veto contre toute loi ou toute élection qui lui serait proposée<sup>11</sup>. La véritable souveraineté reste ainsi entre les mains des comices curiates patriciens ; ce sont eux qui, après la chute des Tarquins, confèrent l'*imperium* aux magistrats<sup>12</sup> ; ce sont eux encore qui sont habilités à leur demander des comptes à leur sortie de charge (II, p. 532).

Pour protéger les plébéiens contre l'arbitraire des magistrats patriciens qu'ils n'avaient pas élus et auxquels ils ne pouvaient pas demander de comptes à leur sortie de charge, le consul de 509 P. Valerius Publicola promulgua une loi leur accordant un droit de recours (*provocatio*). Le texte de Niebuhr, d'une importance capitale, mérite d'être cité in extenso (II, p. 315 sq.) : "La loi Valeria concéda aux plébéiens ce même droit, celui d'en appeler à la commune, c'est-à-dire à l'assemblée de leurs pairs ; je dis, à leur commune, car l'appel était porté devant les tribus plébéiennes, et non aux centuries : de la sorte le maintien de ce droit fut placé immédiatement sous la garantie des

<sup>9</sup> Voir, dans la traduction de M.P.A. de Golbéry, Paris 1830-1840, le t. III, p. 17 sq.

<sup>10</sup> Voir surtout t. II, p. 241 sq.

<sup>11</sup> II, p. 248 : "Les libertés de la commune (= la plèbe), comme faisant partie d'une branche du pouvoir souverain, se réduisaient à ce qu'aucune magistrature universelle, aucune loi ne lui fût imposée contre son gré. Il ne pouvait s'élever de son sein aucune motion, nul ne pouvait prendre la parole sur les propositions qu'on soumettait à sa décision".

<sup>12</sup> II, p. 315 : "Avec l'*imperium* les curies conféraient la faculté de punir de mort, de peines corporelles, de fers et d'amendes, la désobéissance au pouvoir souverain".

chefs des tribus. Le droit de *provocation* ne s'étendait pas au-delà d'un mille de distance de la ville (en note, Niebuhr renvoie au passage de Tite-Live que j'ai déjà évoqué [III, 20] : *neque enim provocationem esse longius ab urbe mille passuum* ; il renvoie également à un texte de Gaius [IV, 105] qui n'a rien à voir avec la *provocatio*) : là commençait l'*imperium* illimité, qui frappait les patriciens comme tout autre Quirite. Ce fut en vertu de son *imperium* que L. Papirius put exiger le sang de Q. Fabius". En quelques lignes, Niebuhr énonce deux principes qui ont orienté la recherche ultérieure de manière pour ainsi dire définitive, à savoir, d'une part, que la *lex Valeria de provocatione* avait pour but de protéger les plébéiens contre l'arbitraire des magistrats patriciens et, d'autre part, que cette loi ne protégeait les citoyens qu'en ville de Rome. Ailleurs (III, p. 247 sq.), Niebuhr fait de ce même périmètre de un mille, en renvoyant au même texte de Tite-Live, la limite du *ius auxilii* des tribuns, ce qui signifie que pour lui il n'y a pas de différence fondamentale entre le *ius provocationis* du citoyen et le *ius auxilii* des tribuns de la plèbe. C'est-à-dire que, d'une manière générale, les tribuns et les assemblées de la plèbe sont, pour les plébéiens, la seule protection contre l'arbitraire des magistrats patriciens et que cette protection s'arrête là où s'arrête le pouvoir des tribuns, à un mille de la capitale. En d'autres termes, le droit à la *provocatio* s'inscrit dans ce qu'on appelle la lutte des classes.

Néanmoins la *provocatio*, qui apporte une protection très relative aux plébéiens en tant qu'individus, n'enlève rien à la toute puissance des magistrats patriciens. La limitation de cette toute puissance sera le but principal de la lutte des plébéiens et de leurs représentants aux premiers temps de la République. Ce sera le but de la *rogatio Terentilla* de 462 : "remplacer le consulat par une autorité moins forte et en restreindre l'arbitraire" (III, p. 370 sq. ; cf. aussi p. 378 sq.). Ce résultat sera partiellement atteint par la législation des *Xviri*, qui donnera aux comices centuriates institués par Servius Tullius la juridiction criminelle jusqu'alors réservée aux curies (IV, p. 15 sq.). Mais, en fait, c'est surtout à partir de la *lex Hortensia* de 287 que le peuple restreindra de plus en plus le pouvoir du gouvernement (III, p. 310).

On le voit, Niebuhr a déjà énoncé en des termes très explicites les principes fondamentaux du système de Mommsen, à savoir :

- 1) l'indépendance de la magistrature vis-à-vis des comices ;
- 2) la limitation, à l'intérieur du périmètre de un mille, du pouvoir discrétionnaire des magistrats par la *provocatio* et le *ius auxilii* des tribuns ;
- 3) le pouvoir illimité des magistrats à l'extérieur de cette limite.

Mais, il faut le rappeler, Niebuhr énonce ces principes au hasard de sa lecture critique de la tradition annalistique ; il les énonce pour ainsi dire en passant, sans vraiment les expliquer ni en tirer les conséquences. Ce qu'il propose n'est pas à proprement parler un système, mais bien plutôt l'ébauche d'un système. Ce système, c'est Joachim Rubino, grand admirateur de Niebuhr, qui allait le créer quelques années plus tard.

## 2. Rubino

S'il n'y avait pas eu Mommsen, Rubino serait sans doute tombé dans un oubli total. Dans le domaine de l'histoire romaine, il n'a publié à ma connaissance que deux ouvrages, une étude parue en 1825 sur la puissance tribunicienne entre 80 et 70<sup>13</sup> et surtout le premier volume de son livre sur la constitution romaine *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*, publié à Cassel en 1839 (la seconde partie n'a jamais paru).

Comme Niebuhr, Rubino distingue le vrai *populus*, constitué uniquement de patriciens, de la plèbe révolutionnaire. Mais alors que pour Niebuhr les rois étaient élus par les curies et recevaient d'elles leur pouvoir, Rubino veut démontrer que la monarchie romaine était tout au contraire de droit divin et héréditaire, ce que Niebuhr contestait (II, p. 442 sq.), et qu'elle tenait donc d'elle-même sa propre légitimité. Pour justifier sa théorie, Rubino affirme que les auspices n'appartenaient pas aux patriciens, mais qu'ils étaient à l'origine détenus par les rois qui se les transmettaient de l'un à l'autre par l'intermédiaire de l'*interrex*, de même qu'à l'époque républicaine les magistrats les transmettaient directement à leurs successeurs (p. 62 sq.). L'interrègne républicain ne serait donc qu'une interruption temporaire d'une chaîne de transmission directe, de magistrat à magistrat, du pouvoir anciennement détenu par les rois de Rome. Pour Rubino, la monarchie est source de tout droit (p. 121) et n'a donc pas de compte à rendre aux citoyens (p. 127). Les rois ne sont pas élus par le peuple, mais par l'*interrex* avec l'approbation du peuple, des patriciens et des dieux (p. 345). De même, les magistrats républicains, héritiers du pouvoir absolu des rois (p. 127), désignent eux-mêmes leurs successeurs et leur transfèrent directement leur pouvoir, conformément à la formule *magistratus magistratum creat* (p. 15 sq.). La souveraineté populaire dont parlent les sources n'est donc qu'une transposition anachronique aux temps anciens des conceptions démocratiques de la République tardive (p. 107 sq.). Le peuple comme le Sénat sont subordonnés à la magistrature et n'ont qu'un rôle entièrement passif à jouer (p. 128 sq.). Les lois sont en réalité une promesse du peuple d'obéir aux autorités (p. 355) ; les élections ne sont rien d'autre qu'une approbation par les comices du choix fait par le magistrat (p. 348).

Par ailleurs, Rubino reprend, en des termes différents, le périmètre de un mille comme limite entre l'espace civil, soumis à la *provocatio*, et l'espace militaire, où l'*imperium* du magistrat est discrétionnaire et absolu. Ici encore, il est nécessaire de citer le texte de Rubino (p. 132) : "Für die Zeiten der Könige muss demnach zugegeben werden, dass ein durchgreifender Unterschied zwischen ihrem unbeschränkten militärischen und ihrem städtischen Imperium nicht stattgefunden haben kann. Dies drückt sich schon deutlich genug darin aus, dass ihre Likatoren bei dem Einzuge in die Stadt die Beile nicht aus den Fasces entfernten, was seit der *lex Valeria*, als die

---

<sup>13</sup> Elle est signalée par W.A. Becker dans son Manuel (supra, n. 8), t. II, 2, p. 273 n. 89.

Provocation innerhalb der Bannenmeile eine weite Ausdehnung erhalten hatte, das Symbol dieser Verschiedenheit wurde". ("Pour l'époque des rois il faut en conséquence admettre qu'il ne peut pas y avoir de différence essentielle entre leur imperium militaire illimité et leur imperium urbain. Ceci se manifeste suffisamment clairement dans le fait que les licteurs n'enlevaient pas les haches des faisceaux au moment de pénétrer dans la ville, ce qui, depuis que la *lex Valeria* avait conféré à la *provocatio* une grande extension à l'intérieur du périmètre de 1 mille, devint le symbole de cette différence"). C'est donc Rubino qui a fabriqué les notions d'*imperium* civil et d'*imperium* militaire qui devaient devenir ensuite, chez Mommsen, l'*imperium domi* et l'*imperium militiae*.

Il faut signaler que Becker, qui connaissait l'ouvrage de Rubino, ne partageait pas ses idées. Comme Niebuhr, qu'il admirait encore plus que Rubino, il croyait que les rois de Rome étaient élus par le peuple et que leur pouvoir émanait du peuple et retournait au peuple (II, 1, p. 295 sq.). Dans une longue note (II, 1, p. 295 n. 2), il résume la théorie de Rubino et conclut : "Bei aller Anerkennung der gründlichen Gelehrsamkeit und der überlegten Konsequenz, womit der Verf. diese Sätze durchzuführen gesucht hat, muss ich doch offen bekennen, dass sie allen Vorstellungen, welche ich aus den Quellen der römischen Verfassungsgeschichte geschöpft habe, gänzlich widersprechen, und dass wenigstens keiner ohne grosse Einschränkung zugegeben werden kann" ("Tout en reconnaissant l'érudition approfondie et la conséquence réfléchie avec lesquelles l'auteur a tenté de mettre en application ces principes, je dois pourtant avouer ouvertement qu'ils sont en totale contradiction avec les conceptions que j'ai tirées des sources sur l'histoire constitutionnelle romaine et que, dans tous les cas, aucun ne saurait être accepté sans de grandes réserves"). Pour Becker, la souveraineté populaire était un principe fondamental et immuable de la constitution romaine ; il ne pouvait y avoir de magistrat légal qui n'ait été élu par le peuple (II, 2, p. 11).

### 3. Mommsen

Mommsen a bien entendu lu l'*Histoire romaine* de Niebuhr dès le temps de ses études. Il a également connu très tôt l'ouvrage de Rubino, à qui il envoya en 1843 un exemplaire de sa thèse<sup>14</sup>. Ainsi que le rappelle Heuss dans l'étude que j'ai citée au début de mon article, Mommsen a fait siennes, dès cette époque, les théories de Rubino<sup>15</sup>. Lorsque Mommsen écrit que le système est sa propre vérité, c'est pour l'essentiel le système de Rubino qu'il entend. Comme Rubino, Mommsen admet d'emblée que "le roi est représenté comme antérieur à la ville et au peuple" (I, p. 1) et il accepte sa théorie de la transmission des auspices en le citant explicitement (I, p. 103) : "Cette

<sup>14</sup> Cf. L. Wickert, *Theodor Mommsen, Eine Biographie*, II, Frankfurt 1964, p. 268-270.

<sup>15</sup> Cf. supra, n. 7.

protection divine (= les auspices) passe comme un fidéicommiss, de main en main, des rois aux consuls et aux autres magistrats supérieurs". Il admet aussi que c'est le magistrat sortant qui désigne son successeur et que le rôle du peuple ne consiste en définitive qu'à approuver ou à désapprouver le choix du magistrat sortant ; pour lui le magistrat sortant transmet à son successeur aussi bien l'*imperium* que les auspices (I, p. 242 sq.). Il admet, comme Rubino et avant lui Niebuhr que le rôle de l'assemblée populaire est totalement passif (VI, 1, p. 346) et qu'une loi est essentiellement un engagement pris par le peuple envers le magistrat (VI, 1, p. 352). Enfin, il ne remet pas en cause le principe déjà énoncé par Niebuhr que le droit à la *provocatio* ne s'applique qu'en ville de Rome.

Mais Mommsen n'a pas été un disciple aveugle et inconditionnel de Niebuhr et de Rubino. Sa formation juridique d'une part, sa connaissance incomparable des sources antiques, auxquelles il attachait une importance primordiale, d'autre part, l'ont amené à corriger partiellement les systèmes de ses prédécesseurs. Dans une étude fondamentale et célèbre<sup>16</sup>, il critique le dualisme *populus* - plèbe de Niebuhr et montre, textes à l'appui, que le *populus Romanus* a été dès les origines constitué des patriciens et des plébéiens, c'est-à-dire, pour dire les choses autrement, que les plébéiens ont dès les origines fait partie du *populus Romanus* et que c'est à l'intérieur du *populus* qu'ils ont progressivement acquis leurs droits politiques. Pour Mommsen, les *comitia populi* ont dès le début représenté le peuple romain tout entier, plébéiens inclus (ce qui ne veut pas dire qu'ils y avaient accès aux temps les plus anciens) ; les souverains, puis les magistrats ont toujours été les chefs de l'État romain tout entier, plébéiens compris.

Par ailleurs, Mommsen a très sensiblement nuancé les conceptions absolutistes de Rubino. Se référant à Cicéron (*De leg. agr.* III, 4, 9 et *Ep. ad Br.* 1, 5, 4) et à Tite-Live (I, 32, 1 et VI, 41, 6), il dit clairement qu'en cas d'inter règne les auspices retournent à leurs détenteurs originels, les *patres* (I, p. 103) : "l'*interregnum* a pour effet de faire remonter les auspices à leur source qui n'a pas été troublée et est nécessairement pure : d'abord aux dépositaires de l'autorité qui sont toujours présents bien que leurs pouvoirs soient en règle suspendus, aux membres du Sénat patricien, ensuite à celui d'entre eux auquel l'élection ou la voie du sort attribue la direction du gouvernement, l'interroi". Il affirme tout aussi clairement, en se référant à Denys d'Halicarnasse (V, 19, 4) et à Cicéron (*De leg. agr.* II, 7, 17), qu'à l'époque républicaine le peuple est souverain et que le magistrat est, par définition, celui qui a reçu son mandat du peuple et que seul est magistrat celui qui a reçu son mandat directement du peuple (I, p. 7 sq. et VI, 1, p. 342). Ce disant il paraphrase Cicéron : "*omnis potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit*". Il sait enfin qu'à l'époque

<sup>16</sup> *Die patricischen und die plebejischen Sonderrechte in den Bürger - und den Rathversammlungen*, in : *Römische Forschungen* I, Berlin 1864, p. 129-284. Il s'oppose explicitement à Niebuhr (et à Schwegler) à la p. 169.

républicaine le magistrat devait accepter pour les élections tout candidat qualifié (II, p. 113 sq.).

Fondé sur un système apparemment simple et cohérent, inspiré de celui de Rubino, le *Droit public* est en réalité une œuvre paradoxale et contradictoire. Contradictoire parce que Mommsen, tout en énonçant les principes fondamentaux du système, donne en même temps les éléments, tirés des sources antiques, qui affirment le contraire. J'ai relevé ailleurs les plus importantes de ces contradictions<sup>17</sup>, qui donnent au lecteur le sentiment d'être confronté à des problèmes d'une complexité extrême et décourageante. Cette difficulté tient à ce que Mommsen lui-même s'est trouvé partagé entre le système de Rubino et les informations que lui donnaient les sources antiques. Il n'y a pas lieu de se demander ici pourquoi il n'a pas pu - ou n'a pas voulu - rejeter le système dans sa totalité.

#### 4. Une "autre" constitution romaine ?

Heuss, qui avait très bien compris que le *Droit public* avait littéralement figé la recherche dans un système à l'intérieur duquel aucun progrès n'était possible, en avait tiré la conclusion que pour progresser il aurait fallu avoir le courage de refaire en arrière le pas franchi par Mommsen et de reprendre la réflexion au point où Mommsen s'était séparé de Niebuhr<sup>18</sup>. Heuss a montré la voie en mettant en évidence les faiblesses du système de Rubino, ce que j'ai aussi essayé de faire dans une perspective différente<sup>19</sup>. Mais je crois qu'il faut remonter plus haut encore, au delà de l'œuvre de Niebuhr, c'est-à-dire aux sources antiques, et essayer de les relire et de les interpréter en faisant abstraction de tout système moderne quel qu'il soit.

A ce propos, je voudrais faire une suggestion qui pourrait ouvrir des perspectives intéressantes et que je compte développer dans une prochaine étude. On sait, mais on l'avait un peu oublié, que les Romains n'entreprenaient rien, ni dans la vie privée ni dans les affaires publiques, sans consulter les dieux par l'intermédiaire des auspices. Dans les affaires publiques, tant civiles que militaires, les auspices étaient détenus par les magistrats et eux seuls<sup>20</sup>. Ce sont les auspices qui permettaient aux magistrats de réunir les comices et le Sénat, de commander les armées et, d'une manière générale, de prendre toutes

<sup>17</sup> Cf. supra, n. \* et 5.

<sup>18</sup> *Op. cit.* (n. 1), p. 56.

<sup>19</sup> Heuss, *Gedanken und Vermutungen* (supra, n. 7), p. 425 sq. ; Giovannini, *Magistratur und Volk* (supra, n. \*), p. 415 sq.

<sup>20</sup> Sur l'importance des *auspicia publica*, longtemps négligés par les savants, voir en particulier A. Magdelain, *Recherches sur l'"imperium". La lex curiata et les auspices d'investiture*, Paris 1968, et J. Linderski, "The Augural Law", in : *ANRW II*, 16,3, Berlin/New York 1986, p. 2146-2312.

les décisions qui relevaient de leur compétence. Inversement, les auspices leur donnaient le pouvoir d'annuler ou d'empêcher une décision populaire qui leur paraissait injuste<sup>21</sup>. L'art augural, très compliqué, était l'apanage des augures, dont le rôle était tout aussi essentiel que celui des magistrats. Leur fonction était triple :

1) ils assistaient les magistrats dans la prise des auspices et l'interprétation des signes ;

2) ils avaient la compétence d'interrompre ou d'annuler une décision populaire en décrétant que les signes étaient défavorables, ainsi que le dit Cicéron dans le deuxième livre du *De legibus* (12, 31) ;

3) ils servaient d'experts lorsque, après coup, des doutes s'exprimaient sur la "validité augurale" d'une élection ou d'une loi. Les magistrats et les augures disposaient donc, grâce aux auspices, d'un véritable droit de veto dont la tradition annalistique nous fait connaître de nombreux exemples.

L'historien moderne qui se veut rationnel peut être tenté de voir dans la consultation des auspices et l'art augural des pratiques plus ou moins magiques d'un autre âge, utilisées par la classe dirigeante pour manipuler un peuple superstitieux et craintif. On s'étonne cependant que l'art augural ait pu être pris au sérieux pendant des siècles et n'ait jamais été contesté. On peut s'étonner que des politiciens ambitieux aient accepté sans broncher d'abdiquer du consulat simplement parce que, de l'avis des augures, ils avaient été *vitio creati*.

En réalité, les augures jouaient dans la vie politique un rôle fondamental qui n'a guère été mis en évidence jusqu'ici. Nous voyons en effet à diverses reprises les augures intervenir dans des questions qui, en langage moderne, relèvent du droit constitutionnel. Je n'en donnerai ici qu'un exemple particulièrement célèbre. En 49, César se trouva dans une situation très embarrassante du fait que les deux consuls étaient partis en Orient avec Pompée et qu'il ne savait comment s'y prendre pour se faire élire consul pour 48. Il tenta d'obtenir un sénatusconsulte et un décret des augures l'autorisant à faire tenir les comices électoraux par un préteur (Cic. *Att.* IX, 15, 2), ce qui remplit Cicéron d'indignation car, dit-il, il est écrit dans les livres auguraux que cela ne peut pas se faire (*Att.* IX, 9, 3 : *non esse ius*). C'est ce que dit aussi l'augure M. Valerius Messala dans le premier livre de son traité sur les auspices (Gell. XIII, 15, 4). Le passage de Messala cité par Aulu-Gelle montre que la compétence de convoquer et de présider les comices relevait du droit augural et qu'il appartenait aux augures de faire appliquer ce droit. En d'autres termes, les augures étaient ce qu'on appelle en langage moderne les gardiens de la constitution ou la cour constitutionnelle de la République. C'est ainsi que les définit Tite-Live à propos d'une intervention des augures tout à fait analogue à celle de 49 (XLI, 18, 16) : *periti religionum iurisque publici*. J'en conclus que, dans la règle, l'intervention des augures pour faire annuler

<sup>21</sup> Cf. Cic. *De leg.* III, 12, 27 : *Saepe enim populi impetum iniustum auspiciis di immortales represserunt.*

une élection ou une loi n'était pas due à une interprétation plus ou moins arbitraire des signes ou à une simple faute dans la procédure rituelle, mais qu'elle résultait d'une violation des lois ou des règles constitutionnelles. J'en conclus également que, contrairement à ce qu'on dit toujours, les Romains avaient une constitution écrite et que cette constitution était contenue dans les livres auguraux.