

# L'AUCTORITAS PRUDENTIUM, AU TRAVERS DE LA LITTÉRATURE CICÉRONIENNE

« *Primum dignitas in tam tenui scientia non potest esse (...) <sup>1</sup>* »

« (...) *sin peritis non putat esse obtemperandum, non homines laedit, sed leges ac jura labefactat. <sup>2</sup>* »

Ces deux extraits liminaires visent à provoquer une certaine perplexité chez le lecteur. Cicéron, dans deux plaidoyers différents, le *Pro Murena* et le *Pro Caecina* paraît exprimer sur la science juridique et ses auteurs une opinion extrêmement critique, en lui refusant toute *dignitas*, toute influence, tout prestige et par ailleurs, rendre indispensable au respect et à la conservation des lois, l'expression de l'opinion des prudents (les *periti*) et leur prise en considération. L'explication de positions aussi opposées passe nécessairement par la prise de conscience des évolutions qui ont jalonné la pensée de Cicéron au sujet de la jurisprudence, ainsi que des circonstances dans lesquelles furent prononcées ces paroles. Dans le premier passage, Cicéron insiste sur la crise que connaît la jurisprudence de son temps, ce qui laisse sous-entendre que ce ne fut pas toujours le cas ; dans le second extrait, plaidant en faveur de Caecina, il fonde son système de défense sur les opinions de quelques jurisconsultes nommément désignés et le fait que la défense allègue l'inutilité de l'examen de leurs opinions provoque chez Cicéron ce réflexe d'étendre au prestige des lois l'atteinte faite aux opinions des prudents. Ainsi, ces deux extraits nous mènent à formuler la remarque suivante : Cicéron accorde une importance fondamentale aux prudents et à la science qu'ils développent dans la vie juridique de Rome, à la fin de la République. Leur

---

1. *Pro Murena*, 11, 25 « *D'abord, il ne peut y avoir de dignité dans une science aussi chétive (...)*. »

2. *Pro Caecina*, 25, 70 « *S'il pense au contraire qu'il ne faut pas se soumettre aux jurisconsultes, il n'atteint pas les hommes mais il fait chanceler les lois et le droit.* »

importance et leur compétence se traduisent et se mesurent par leur *auctoritas*. L'*auctoritas prudentium, peritorum, consultorum* seront fréquemment invoquées par Cicéron dans ses plaidoyers comme dans ses œuvres théoriques. De même, cette expression se retrouvera au 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s. ap. J.-C., dans les écrits de plusieurs auteurs, dont les opinions sont rapportées au *Digeste*, tels Papinien, Pomponius ou Gaius. Ils considèrent, pour la période de l'Empire que les opinions de certains prudents sont mises au rang des sources du droit (« *Le droit civil est ce qui provient des lois, des plebiscites (...), de l'autorité des prudents*<sup>3</sup>. ») Gaius précise que « *les responsa des prudents sont les avis et les opinions de ceux à qui il est permis d'établir des règles de droit*<sup>4</sup>. » Papinien et Gaius donnent un descriptif des sources du droit pour la période de l'Empire, alors qu'est intervenu (quoique des discussions<sup>5</sup> subsistent encore) le *jus publice respondendi*, accordé par l'empereur à certains jurisconsultes depuis Auguste. D'une part, Auguste, durant son principat, entretient avec certains jurisconsultes des rapports personnels, notamment par le biais de la consultation de certains d'entre eux, tels Labéon, Trebatius et Cascellius ; d'autre part, le pouvoir impérial tend à faire passer sous son autorité l'activité des jurisconsultes. Pour l'époque républicaine qui nous intéresse ici, Pomponius, dans l'*Enchiridium*, ce manuel d'histoire des sources du droit romain rapporté au *Digeste*, expose que dès la République, la loi a nécessité une interprétation qui a été laissée aux jurisconsultes. Le jurisconsulte républicain est supposé établir la correspondance entre la loi, la *lex* et la solution par l'intermédiaire de son interprétation propre. Puis, Pomponius énumère quelques dizaines de jurisconsultes depuis le 3<sup>e</sup> s. av. J.-C., dont, pour le 2<sup>e</sup> et le 1<sup>er</sup> s. av. J.-C., Lucius Crassus et Quintus Mucius Scaevola, et proches de Cicéron, Aquilius Gallus et Servius Sulpicius. Le lien avec la littérature cicéronienne peut aisément être fait car chacun de ces noms figurent également dans ses œuvres et leur est fréquemment associée l'expression d'une *auctoritas*, ce pouvoir de convaincre, d'emporter l'adhésion de manière unanime. L'*auctoritas* est une notion complexe et diverse dans ses causes et dans ses effets. Ainsi, plusieurs interrogations permettent d'en témoigner : l'*auctoritas* naît-elle des qualités propres d'un individu ou de l'exercice d'une fonction ? Cette-même

3. *Digeste*, I, 1, 7 « *jus autem civile est, quod ex legibus plebis scitis, (...) auctoritate prudentium venit.* »

4. Gaius, *Inst.* I, 7 « *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum qui permissum est jura condere* »

5. André Magdelain, *Jus respondendi*, RHD, 28, 1950 ; Frantz Wieacker, *Respondere ex auctoritate principis*, Satara Feenstra, 1985

personne « fait-elle autorité » de manière irrésistible ou a-t-elle de l'autorité ? Afin de conserver l'originalité des apparitions de l'*auctoritas* du prudent dans la littérature cicéronienne, nous avancerons par touches successives, en cherchant tout d'abord à mettre en lumière les éléments caractéristiques de cette *auctoritas*, puis nous procéderons à une synthèse de ces éléments afin de déceler la conception propre à Cicéron du rôle de la jurisprudence et son adaptation au contexte d'effervescence de la science juridique à la fin de la République.

### L'*auctoritas prudentium*, « l'apanage » de quelques-uns

L'étude des éléments caractéristiques de l'*auctoritas* du prudent débutera par l'examen du contenu de l'activité de jurisconsulte. Cicéron, dans le dialogue du *De Oratore*, donne de cette profession la définition suivante : « *Me demanderait-on qui mérite le titre de jurisconsulte, je répondrais : c'est celui qui, instruit des lois et des coutumes (...) est expert pour donner des consultations et pour guider les parties dans leur procès et pour indiquer aux justiciables les formules d'actions adaptées* <sup>6</sup>. » Cicéron, tout au long de son œuvre, ajoutera à ces éléments sommaires afin d'élever, de rehausser (*augere*) certains parmi tous les jurisconsultes et de leur reconnaître une *auctoritas*.

Le jurisconsulte se définit à la lecture de cet extrait par trois fonctions : *respondere*, *cavere* et *agere*. Celles-ci sont traditionnellement regroupées en deux activités essentielles <sup>7</sup>. D'une part, le jurisconsulte produit des *responsa*, ce qui correspond à la coordination du *respondere* et du *cavere*. Ainsi, à une question posée, le jurisconsulte apporte une réponse, rarement motivée, adaptée aux possibilités d'actions dont disposent les parties. Pour ce faire, il isole l'élément juridique des faits relatés par la partie qui s'adresse à lui et y apporte une solution. D'autre part, le jurisconsulte assure une assistance juridique (*agere*) aux parties et également à l'avocat pendant le procès. Cette dernière fonction se développe dès le 2<sup>e</sup> s. av. J.-C. avec l'introduction et le développement de la procédure formulaire, très technique et maîtrisée par les jurisconsultes qui deviennent les points de passage incontournables tant préalablement au procès que durant celui-ci.

6. *De Oratore*, I, 48, 212 « *Sin autem quaeretur quisnam juris consultus vere nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis ejus, (...) et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset, (...)* »

7. Carlo Augusto Cannata, *Histoire de la jurisprudence européenne*, I, *La jurisprudence romaine*, pp. 41 et ss., G. Giappichelli Ed., Torino, 1989

Cependant, Cicéron exprime à plusieurs reprises l'insuffisance de l'exercice de cette seule activité pour auréoler le juriconsulte de l'*auctoritas*. Dans sa correspondance, il recommande lui-même à un proche un praticien qu'il qualifie de juriconsulte mais à qui il reproche toutefois de ne guère veiller aux intérêts de ses clients (« *Je te recommande vivement L. Valerius, juriconsulte mais je te le recommande même s'il n'est pas très fort en droit ; car je veux veiller sur lui mieux que lui-même n'a coutume de le faire pour les autres*<sup>8</sup>. ») Par un jeu de mots sur le terme *cavere*, il signifie avec un certain humour l'incompétence de L. Valerius. Dans le meilleur des cas, les juriconsultes qui excellent dans leur profession se distinguent des autres par la qualité de leur *usus*, de leur expérience pratique. C'est par exemple la caractéristique d'un célèbre juriconsulte tel Quintus Mucius Scaevola : « *Parfaitement, Brutus, dis-je, pour moi, c'est une grande pratique du droit civil que je trouve chez Scaevola, comme chez beaucoup d'autres (...)*<sup>9</sup>. » Cependant, Cicéron ne reconnaît pas à Quintus Mucius l'*auctoritas* qui aurait pu résulter du *magnus usus* dont celui-ci fait preuve. L'*auctoritas* ne tient donc pas, dans la conception cicéronienne, à l'exercice, aussi efficace soit-il, des trois fonctions dégagées à partir de la définition du *De Oratore*.

Cicéron fait reposer l'activité de juriconsulte sur la maîtrise d'une connaissance théorique, la *scientia juris civilis*. Cette connaissance plus ou moins avérée garantira la compétence du juriconsulte et à plus forte raison, la qualité de son *usus*. Son objet est la connaissance des *leges*, des *legis actiones* (progressivement délaissée à cause de leur formalisme au profit des formules), des actions, des interdits et des exceptions du prêteur ou encore de la coutume. Cependant, Cicéron émet des critiques sur cette science, critiques dont le paroxysme réside, en termes de virulence, dans certains passages du *Pro Murena*. Par ailleurs, certaines de ses œuvres théoriques, ainsi le *De Officiis*, font également mention de la crise que traverse la jurisprudence à la fin de la République. L'illustre orateur dénonce successivement l'inconsistance<sup>10</sup> de cette science ainsi que la perte du crédit qui se rattachait à elle et qui se répercute sur l'activité en découlant<sup>11</sup>. Ces attaques de la jurisprudence et des juriconsultes sont, d'après ces

8. *Ad fam.*, III, 1, 3 « *L. Valerium jureconsultum valde tibi commendo, sed ita etiam, si non est jureconsultus, melius enim ei cavere volo quam ipse aliis solet.* »

9. *Brutus*, 41, 152 « *Sic enim, inquam, Brute, existimo juris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse (...)* »

10. *Pro Murena*, 11, 25 « *Primum dignitas in tam tenui scientia non potest esse ; res enim sunt parvae (...)* »

11. *De Officiis*, 2, 65 « *quam quidem ante hanc confusionem temporum in possessione sua principes retinuerunt, nunc, ut honores, ut omnes dignitatis gradus, sic huius scientiae splendor deletus est, (...).* »

passages, circonstanciels : Cicéron constate, d'une part, la dégénérescence de la jurisprudence par rapport à la situation d'autorité dont elle jouissait aux siècles antérieurs et expose, d'autre part, les causes de cette crise, sur lesquelles nous reviendrons par la suite. Si la virulence de l'attaque contenue dans le *Pro Murena* n'est pas une constante de Cicéron, il demeure que ce dernier montrera toujours, au travers de son œuvre, l'insuffisance de la connaissance théorique seule pour consacrer l'autorité d'un prudent.

La reconnaissance de l'*auktoritas* est absente de la seule pratique de la profession de juriconsulte. Elle l'est également de l'apprentissage et de la maîtrise du *jus civile*. L'*auktoritas* intervient de manière beaucoup plus éclairante dans un débat récurrent depuis les Grecs (notamment chez Aristote), de premier plan chez Cicéron et qui ne s'éteindra pas avec la fin de la République<sup>12</sup> puisque Pline<sup>13</sup> y fait allusion à l'époque de Trajan. Il s'agit de la controverse opposant les tenants de l'interprétation de la lettre ou de l'intention de la norme au sens large.

Le juriconsulte, et à sa suite, l'avocat peuvent déduire la solution au problème posé d'une interprétation littérale de la norme, de la formule ou de l'acte privé (un testament, par exemple). Cicéron s'oppose fermement au caractère systématique d'une telle interprétation. Il ne remet cependant pas en cause la légalité<sup>14</sup> : en l'absence d'équivoque, d'incertitude ou de contrariété (hypothèses de *jus controversum*), la loi ou l'action au service de la loi s'impose au magistrat. En revanche, il estime que l'interprétation littérale, si elle devient systématique, aboutira nécessairement à la concentration de l'interprétation entre les mains de quelques juriconsultes. Ceux-ci ont été et seront alors reconnus pour l'étendue de leur connaissance théorique du *jus*, de leur *scientia*. Si pareille situation se produisait, Cicéron énonce que ces juriconsultes recueilleraient alors une *potentia* et non l'*auktoritas*. La *potentia* serait cette situation de puissance indiscutable, de capacité d'ordonner de quelques prudents, découlant de la situation de monopole de la connaissance théorique du *jus civile* dans laquelle ils se trouveraient. En somme, quelques juriconsultes maîtriseraient l'accès à la justice par la connaissance exclusive de cette

12. Bernard Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Sirey, 1968

13. Pline le Jeune, *Lettres*, IV, 9 et 10

14. *Pro Cluentio*, 52, 146, à propos des *leges* : « *hoc enim vinculum est hujus dignitatis qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis ; mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus.* »

science. Ce serait une garantie absolue de succès dans leurs prétentions pour les parties qui s'adresseraient à ces jurisconsultes. C'est ce qui était le cas, pour Cicéron, avant que ne soit rendu accessible au peuple romain l'ensemble des actions de la loi (« *Pouvait-on ou non intenter une action de la loi, peu de gens le savaient autrefois. (...) Une grande puissance s'attachait alors aux interprètes de la loi*<sup>15</sup>. ») Hypothétiquement, c'est ce qui aurait été le cas si Quintus Mucius Scaevola avait vu son interprétation littérale consacrée dans une cause relative à l'interprétation des dispositions d'un testament (« *Quelle puissance prendrait Scaevola si personne n'osait plus désormais faire un testament sans prendre son avis*<sup>16</sup> ? ») De surcroît, une dérives peut naître au sein des jurisconsultes privilégiant cette interprétation : Cicéron qualifie de chicaneurs (*calumniatores*) ceux qui concentrent leur argumentation sur la seule lettre de la loi, de la formule ou de l'acte, tous objets de l'*interpretatio* des prudents. L'écueil réside dans le refus systématique de la prise en considération des opinions des jurisconsultes, surtout s'ils prônent une interprétation de l'intention de la norme ou de l'acte en cause ainsi que Cicéron le dénonce dans le *Pro Caecina* (« *C'est le fait d'un chicaneur que de suivre la lettre*<sup>17</sup> (...) » puis, « *Mais ce qui m'a paru le plus surprenant dans toute ta défense, c'est que tu prétends qu'il ne convient pas de se soumettre à l'autorité des jurisconsultes*<sup>18</sup>. ») Le travers du chicaneur est, de plus, mis en avant dans la *Rhétorique à Herennius*, antérieure à l'œuvre de Cicéron : « *Pour défendre l'intention, nous parlerons ainsi : (...) Puis nous appellerons chicaneurs ceux qui se font un devoir de s'en tenir à la lettre et au mot et qui négligent l'intention.*<sup>19</sup> »

Nous avons pu observer que l'interprétation littérale n'a pas la faveur de Cicéron. Celui-ci exprime nettement sa préférence, dans le cadre du *jus controversum*, pour une interprétation de la volonté, de l'intention de la loi, de l'auteur de l'acte privé (la « *voluntas scriptoris* »). C'est alors que nous situons, d'une part, le passage de la connaissance théorique (la *scientia*) à l'*ars* et d'autre part, l'attribution préférentielle à certains jurisconsultes d'une autorité supérieure, l'*auctoritas* cicéronienne.

15. *Pro Murena*, 10, 25 « *Posset agi lege necne pauci quondam sciebant (...). Erant in magna potentia qui consulebantur.* »

16. *Brutus*, 53, 198 « *quantam sibi potentiam Scaevola assumeret si nemo auderet testamentum facere postea nisi de illius sententia* »

17. *Pro Caecina*, 23, 65 « (...) *scriptum sequi calumniatoris esse (...).* »

18. *Ibid.*, 23, 65 « *Atque illud in tota defensione tua mihi maxime mirum videbatur, te dicere juris consultorum auctoritati obtemperari non oportere.* »

19. *De ratione dicendi ad C. Herennium*, 2, 14 « *Ab sententia sic dicemus (...). Deinde dicemus calumniatoris esse officium verba et litteras sequi, neglegere voluntatem.* »

C'est en cela qu'un prudent comme Servius Sulpicius, dans l'opinion de Cicéron, vient dépasser Q. Mucius Scaevola (« *Parfaitement Brutus, pour moi, c'est une grande pratique du droit civil que je trouve chez Scaevola, comme chez beaucoup d'autres, au lieu que c'est un art qu'il y a chez Sulpicius et chez lui seul. Cet art, il n'y serait pas arrivé par la connaissance théorique seule du droit*<sup>20</sup>. ») Servius Sulpicius apparaît, dans la plupart des œuvres de Cicéron, comme le jurisconsulte par excellence, auréolé de l'*auctoritas*. Plusieurs passages en témoignent : le *De legibus* (« *Admettons que ce soit – et c'est en effet – une tâche importante qui a été assurée naguère par beaucoup de personnalités illustres et qui l'est aujourd'hui par un maître unique, jouissant d'une « auctoritas » aussi élevée que sa connaissance*<sup>21</sup> »), le *Brutus* (« *Mais il eut une autre ambition (que d'être orateur), qu'il a d'ailleurs réalisée, celle de dépasser de beaucoup non seulement ses contemporains, mais encore tous ses prédécesseurs, d'être ainsi le « princeps », le prince des jurisconsultes*<sup>22</sup> ») ou encore le *De Officiis*<sup>23</sup> où il est implicitement fait référence à Servius Sulpicius. Nous reviendrons plus loin sur cet emploi singulier des termes *princeps* et *auctoritas*, lorsqu'il s'agira de déterminer les effets de l'*auctoritas* cicéronienne dans l'exercice de la profession de jurisconsulte avant et durant le procès, ce afin d'éviter toute confusion entre l'*auctoritas* du prudent et l'*auctoritas principis*. Toutefois, nous pouvons remarquer dès à présent que cette *auctoritas* semble être d'intensité, de rayonnement variables : Servius Sulpicius est chez Cicéron le *princeps*, le premier, mais l'orateur attribue cette autorité également à d'autres jurisconsultes. Le rapport entre *ars* et reconnaissance de l'*auctoritas* est à ce point fondamental chez Cicéron qu'il convient d'observer de quelle manière va s'opérer ce perfectionnement de l'activité constituée en *ars*. Cicéron prône l'ouverture de la technique du prudent, reposant sur une connaissance théorique, à des influences extérieures utiles. Nous relèverons dans cette étude l'importance de deux disciplines : la philosophie, permettant l'introduction de notions nouvelles et la dialectique, impliquant un effort de définition et de catégorisation.

Dans les plaidoyers et les ouvrages théoriques de Cicéron, à l'interprétation littérale s'oppose une interprétation de la volonté. La

20. *Brutus*, 41, 152 « *Sic enim, inquam, Brute, existimo juris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno, quod numquam effecisset ipsius juris scientia.* »

21. *De legibus*, I, 5, 7 « *Sit ista res magna, sicut est, quae quondam a multis claris viris, nunc ab uno summa auctoritate et scientia sustinetur.* »

22. *Brutus*, 41, 151 « (...) *sed fortasse maluit, id quod est adeptus longe omnium non ejusdem modo aetatis, sed eorum etiam qui fuissent in jure civil esse princeps.* »

23. *De Officiis*, 2, 65 « (...) *sic huius scientiae splendor deletus est, idque eo indignius, quod eo tempore hoc contigit, cum is esset, qui omnes superiores, quibus honore par esset, scientia facile vicisset.* »

question du mode opératoire de sa réalisation se pose immédiatement. Elle est fréquemment guidée par l'*aequitas*, érigée en principe interprétatif de la norme. Il semble que l'*aequitas* vienne, chez Cicéron, se confondre progressivement, tout au long de son œuvre, avec la notion juridique d'*aequum et bonum* employée dans la *condemnatio* de formules d'actions *in aequum et bonum conceptae* (par exemple, l'action *rei uxoriae*, l'action *negotiorum gestorum*...). Cette *aequitas* est introduite, insufflée dans le droit, par certains jurisconsultes (« *C'est ainsi que, pour toutes les actions dans la formule desquelles figure la clause « aequius melius », et surtout dans l'action rei uxoriae, les jurisconsultes doivent être bien préparés. Ce sont eux qui nous ont défini le dol, la bonne foi, ce qui est favorable et équitable (...)* »<sup>24</sup>.) Cette capacité à user de l'équité ne se retrouve pas chez tous les jurisconsultes et cela accentue la distinction opérée entre ceux qui sont ou non pourvus de l'*auctoritas*. Ainsi, Cicéron adresse à une grande part des jurisconsultes un reproche dans le *Pro Murena* : « *Dans finalement tout le droit civil, ils ont abandonné l'équité pour s'en tenir à la lettre même (...)* »<sup>25</sup>. » A l'inverse, il valorise les prudents qui démontrent ce sens de l'équité. C'est tout d'abord le cas de Servius Sulpicius qui « *ramenait toujours à la souplesse et à l'équité les dispositions qu'il tirait des lois et du droit civil, et* » qui « *cherchait moins à dresser des formules qu'à éviter des procès* »<sup>26</sup>. » Nous remarquons ici que l'esprit d'équité est associé pour ce jurisconsulte à une autre qualité : la *facilitas* (la bienveillance, la souplesse) qui s'oppose à la rigidité des tenants de l'interprétation littérale. L'*aequitas* se retrouve également dans les interventions du jurisconsulte Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron, notamment lors du plaidoyer en faveur de Caecina (un homme « *qui n'a jamais séparé de l'équité le raisonnement fondé sur le droit civil* »<sup>27</sup>.) »

Cicéron insiste également sur la nécessité d'introduire la dialectique dans l'interprétation des prudents afin de constituer la jurisprudence en *ars*. Poursuivant l'examen de l'énumération des qualités propres aux jurisconsultes auxquels Cicéron a clairement reconnu l'*auctoritas*, nous mesurons qu'ils se distinguent également des autres par la méthode du raisonnement juridique, de la *ratio juris* et plus généralement de la manière dont ils appréhendent le droit. Ainsi,

24. *Topica*, 17, 66 « *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus (...) est additum (...) imprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est « aequius melius », parati eis esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum (...) tradiderunt.* »

25. *Pro Murena*, 12, 27 « *In omni denique jure civile aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt.* »

26. *Philippica*, 9, 10-11 « *Ita ea quae proficiebantur a legibus et ab jure civili, semper ad facilitatem aequitatemque referebat neque instituere litium actiones malebat quam controversias tollere.* »

27. *Pro Caecina*, 27, 78 « (...) *qui juris civilis rationem numquam ab aequitate sejunxerit, (...)* »

pour Servius Sulpicius, Cicéron dit « *cet art, il n'y serait pas parvenu par la connaissance théorique, la jurisprudence seule, il le doit à une autre science, qui lui avait appris à diviser un tout en ses diverses parties, à dégager par une définition une idée cachée, à éclaircir par une interprétation un sens obscur, à voir les équivoques puis à les résoudre (...)* »<sup>28</sup>. » Cette méthode peut être immédiatement rapprochée de celle utilisée par Crassus (« *dans l'art d'interpréter les textes, de définir les termes, de développer au moyen de l'équité, Crassus était d'une fécondité sans égale* »<sup>29</sup>). Cicéron précise son projet dans le *Brutus*, à propos de Servius Sulpicius : « *cette science (la dialectique) qui est la plus importante de toutes, il l'a appliquée, comme une lumière, aux questions de droit qui, jusqu'à lui, soit dans les consultations (c'est-à-dire dans l'exercice du *respondere* au sens large), soit dans les procès (dans l'*agere*) étaient traitées sans méthode logique. – C'est à la dialectique que tu fais allusion, dit *Brutus** »<sup>30</sup>. »

Si nous considérons en Cicéron le philosophe qu'il fût aussi, l'introduction de la dialectique constitue une véritable innovation : outre la méthodique classification en genres et espèces ainsi que le souci de définition, l'effort constructif du philosophe implique la création de correspondances entre l'ensemble des catégories dégagées (en genres et espèces) et des règles les régissant. C'est ce qui est, en somme, absent du droit prétorien qui ne consacre pas des droits mais sanctionne des situations au moyen d'actions. La finalité de l'effort constructif du philosophe serait de parvenir à un ensemble harmonieux et clos. En ce sens, Aulu-Gelle prête à Cicéron au moins l'intention, peut-être la rédaction d'un traité intitulé « *de jure civili in artem redigendo* », ou encore « (du fait de réduire le droit civil) *de la réduction du droit civil à un système dialectique* ». Les jurisconsultes se gardèrent bien d'appliquer à toutes les institutions juridiques cette méthode.

## L'*authoritas* cicéronienne du prudent, au cœur de l'évolution du droit

Le procès est le lieu où l'opinion du jurisconsulte peut être amenée à connaître la consécration à travers un cas d'espèce et au moyen de la sentence. Cicéron, avocat, s'en remet, dans plusieurs causes, aux

28. *Brutus*, 41, 152 « *quod nunquam effecisset ipsius juris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, (...)* »

29. *Ibid.*, 39, 144 « *sic in interpretando, in definiendo, in explicanda aequitate nihil erat Crasso copiosius.* »

30. *Ibid.*, 41, 153 « *Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. – Dialecticam mihi videris dicere, inquit.* »

opinions des jurisconsultes dont il souligne, en faveur de la cause qu'il défend, l'*auctoritas*. Or, lorsque Cicéron loue les qualités éminentes et la notoriété des prudents pour fournir une assise à leurs opinions, il vise également à les insérer dans une vision dynamique du droit et propre à la « révolution scientifique » qui anime les deux derniers siècles de la République.

Du fait de l'importance du procès à Rome, l'activité des jurisconsultes ne s'exerce pas dans la théorie pure. Les *responsa* des prudents apportent des réponses à des problèmes pratiques. C'est poser, en partie, la question de l'effet de l'*auctoritas* de certains prudents. Le procès devient le lieu de divulgation des opinions puis le lieu de leur consécration par le biais de la sentence, en raison de leur conformité au *jus*. C'est, en somme, ce qu'énonce Cicéron : « *Car ceux qui prétendent que les jurisconsultes sont parfois d'un avis contraire au droit, ne doivent pas dire que c'est aux jurisconsultes mais bien à certains hommes inintelligents à qui il ne faut pas donner son adhésion* <sup>31</sup>. » Par conséquent, la contrariété d'une opinion au *jus* entraîne la déconsidération du jurisconsulte et *a fortiori*, l'éloigne de toute possibilité de reconnaissance d'*auctoritas*. Ainsi, il continuera de donner son opinion mais celle-ci ne pèsera pas au profit de celui qui l'invoque. Puis, Cicéron de préciser « *et l'on ne peut compter comme véritable jurisconsulte celui qui est d'avis qu'une opinion que l'on ne peut pas sanctionner par un jugement est conforme au droit* <sup>32</sup>. » L'illustre orateur aborde alors cette question de la conformité de l'opinion du prudent au *jus* sous un autre angle : la conformité de l'opinion au *jus* est finalisée lors du procès, par le biais du jugement.

Au vu de ce que nous avons pu relever précédemment de qualités du prudent louées par Cicéron, nous pouvons nous interroger sur le cas du jurisconsulte invoquant l'*aequitas* pour appuyer son opinion. L'*aequitas* cicéronienne est, dans son origine, intimement liée à l'équité aristotélicienne <sup>33</sup>, que le philosophe grec définit comme « *le juste pris indépendamment de la loi écrite* <sup>34</sup> », c'est-à-dire une expression nouvelle (puisque non prévue par la loi écrite) et avantageuse du juste qui, lui, est et demeure rigoureusement légal. Dans l'œuvre de Cicéron, en dépit de certains flottements, on peut s'accorder à dire que,

31. *Pro Caecina*, 24, 68 « *Nam hoc qui disputant, si id dicunt non recte aliquid statuere eos qui consultantur, non hoc debent dicere jurisconsultis sed hominibus stultis obtemperari non oportere* »

32. *Ibid.*, « (...) *nec ut quisquam juris numeretur peritus qui id statuat esse jus quod non oporteat judicari.* »

33. Georges Ciulei, *L'équité chez Cicéron*, pp. 20 et ss., *Eléments de la philosophie grecque dans la conception cicéronienne de l'équité*, Adolf M. Hakkert Ed., Amsterdam, 1972

34. Aristote, *Rbétorique*, I, 13, 12

d'une part, le *jus* inclut l'*aequitas* ou que celle-ci est un principe de référence en matière d'interprétation, en pleine conformité avec le *jus*. D'autre part, l'*aequitas* ne peut être employée en termes d'opposition au *jus* que lorsque le *jus* est entendu dans son sens technique, de *jus ex lege*.

L'introduction de la philosophie ou de la dialectique dans l'*ars* du prudent doit également être visible au niveau du procès. La cause, ainsi que les plaidoyers des avocats, peuvent devenir, notamment lorsqu'il est question de *jus controversum*, le terrain d'affrontement des opinions de juriconsultes. L'*auctoritas* permet alors la consécration d'une solution plutôt qu'une autre. Il s'agit d'illustrer cette étape au moyen de deux exemples caractéristiques de la littérature cicéronienne : la *causa curiana* et le procès contre Ebutius (rapporté dans le *Pro Caecina*).

Cicéron revient à de nombreuses reprises<sup>35</sup>, dans son œuvre, sur la *causa curiana*, comme représentative de cette lutte entre interprétation littérale et interprétation de la volonté. La première était défendue par Quintus Mucius Scaevola, la seconde par Lucius Licinius Crassus. Une difficulté d'interprétation avait surgi au sujet des dispositions d'un testament. Le testateur avait institué héritier, croyant son épouse enceinte, son fils à naître et dans le cas où ce fils mourrait avant le terme de la tutelle, le testateur substituait à son fils le tuteur. Il s'agissait d'un cas de substitution courante au profit du tuteur, procédé fréquemment utilisé à Rome. L'enfant ne vint jamais au monde et l'agnat le plus proche (le *proximus agnatus*), conseillé par Scaevola, disputa la succession au tuteur M. Curius, héritier désigné par la substitution qui jouait en sa faveur. Scaevola, qui plaidait contre M. Curius, considérait que l'interprétation littérale du testament devait entraîner l'éviction du tuteur et l'ouverture de la succession *ab intestat*, bénéficiant alors à l'agnat le plus proche. Crassus s'opposa à pareille interprétation en plaquant en faveur d'une interprétation extensive de la volonté du testateur, en raison de la rédaction incomplète des dispositions du testament (pour Crassus, la volonté du défunt s'est seulement trouvée obscurcie par l'erreur sur l'état de grossesse de son épouse.) L'interprétation extensive que Crassus souhaite voir consacrée repose, chez Cicéron, sur l'*aequitas* : ce principe explique qu'il est impératif de s'attacher au-delà de l'expression des conditions réalisées ou non (le fait pour un enfant de ne pas naître ou de mourir avant la

35. Bernard Perrin, *La substitution pupillaire à l'époque de Cicéron*, pp. 335-376, pp. 518-542, RHD, 1949

puberté) à la volonté du testateur qui était d'instituer héritier en second M. Curius. A l'issue du procès, Crassus l'emporta. Devant les centumvirs, la *voluntas* l'emporte sur la lettre, dans cette lutte d'*auctoritates*<sup>36</sup> qu'implique un procès de *jus controversum*, où le droit est incertain. Il en résulte que Crassus participe à la confrontation nécessaire des opinions de jurisconsultes (à la différence d'un *calumniator*), invoquant pour lui-même l'opinion de Scaevola l'Augure et d'autres *peritissimi*. Nous pouvons également remarquer que dans le cas d'un point de droit incertain, le juge semble disposer d'une liberté d'appréciation réduite dans le sens où Cicéron semble impliquer que son rôle consiste à trancher en faveur de la thèse soutenue par les prudents les plus influents et les plus convaincants.

La seconde cause, le *Pro Caecina*, mit en scène Caecina et Ebutius qui se disputaient la propriété d'un terrain issu de la succession de l'épouse de Caecina. Ce terrain avait été acheté par Ebutius en prête-nom avec des fonds de l'épouse décédée de Caecina. Les deux hommes se fixèrent l'accomplissement des formalités préparatoires nécessaires à l'ouverture d'une action pour déterminer le propriétaire du terrain : celles-ci consistaient en une simulation de la dépossession du terrain de l'un par l'autre au moyen de la force. Caecina rejoignit Ebutius sur le terrain pour procéder aux formalités expliquées précédemment de la *deductio quae moribus fit*. Mais alors qu'il essayait d'approcher du lieu, des hommes d'Ebutius l'effrayèrent et le mirent en fuite. Caecina réagit et obtint du prêteur l'interdit possessoire *unde vi armata* qui porte sans exception restitution du bien d'où le plaignant a été expulsé par la force. S'il existe une certaine ressemblance entre la *causa curiana* et le procès d'Ebutius, elle réside essentiellement en ce que Pison, l'avocat d'Ebutius, se fonde sur une interprétation littérale de l'interdit pour que les juges en refusent l'application à son client. L'interdit obtenu par Caecina concerne, en substance, le cas d'une expulsion d'un lieu par la force, la *dejectio*. L'effort de la défense va se concentrer sur l'inapplicabilité à Ebutius de cet interdit. Pison considère et affirme que son client a empêché (*prohibere* donc *prohibitio*) Caecina d'accéder au terrain et pas même par la force (Caecina s'est enfui de lui-même, effrayé, sans avoir subi le moindre dommage corporel.) Une telle défense va donner à Cicéron l'occasion de reprendre le système de Crassus, dans un pendant de la *causa curiana* que nous qualifierons d'appauvri. Appauvri car la *causa curiana* oppo-

36. *Pro Caecina*, 24, 69 : « Etenim ipse Crassus non ita causam apud C. viros egit ut contra juris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud quod Scaevola defendebat non esse juris, et in eam rem non solum rationes adferret, sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur. »

sait deux illustres romains, orateur et jurisconsulte expérimentés, Crassus et Scaevola, tous deux souhaitant voir consacrer leur interprétation. Pour ce faire, ainsi que nous l'avons mis en avant, Cicéron rapporte qu'ils eurent recours aux opinions de plusieurs prudents afin de constituer le soutien de leurs prétentions respectives. En revanche, le procès de Caecina et d'Ebutius met aux prises leurs avocats, Cicéron et Pison, dont le premier dit de l'argumentation du second qu'elle est digne de celle d'un chicaneur. En effet, Pison pousse son interprétation littérale jusqu'à dénigrer toute *auctoritas*<sup>37</sup> au jurisconsulte Aquilius Gallus, le garant de la défense de Cicéron. C'est le propre du chicaneur, du *calumniator*. Cicéron, par conséquent, va pouvoir, d'une part, faire l'éloge du prudent Aquilius Gallus et donner des éléments caractéristiques de son *auctoritas* (des qualités personnelles, une science étendue, un sens constant de l'équité) et d'autre part, affirmer la supériorité de l'interprétation de la volonté par l'*aequitas*, sur l'interprétation de la lettre (« *il (Ebutius) essaie de se défendre par un mot, non par l'équité (...), nous avons pour nous l'autorité des jurisconsultes les plus éclairés (...). Puisqu'il en est ainsi, décidez quel jugement vous engagez à rendre sur l'équité, les principes que nous avons établis et sur le droit la raison de l'interdit*<sup>38</sup>. »)

Ces deux exemples ont permis d'observer l'invocation de l'*auctoritas prudentium* dans la pratique judiciaire, surtout dans les cas de *jus controversum*. Sans quitter le terrain du procès, il semble nécessaire de procéder à une synthèse de l'ensemble des caractéristiques (diffuses dans l'œuvre cicéronienne) du prudent à qui est reconnue par Cicéron l'*auctoritas*. A cet effet, un parallèle peut être établi avec un passage des *Topiques* dans lequel Cicéron s'attache à l'étude des causes qui viennent servir, sur le terrain judiciaire, le témoignage d'*auctoritas*, de force persuasive. Le témoignage est entendu dans ce passage au sens large (« *nous appelons ici témoignage tout ce qui est emprunté à quelque circonstance extérieure pour fonder la conviction (...), en effet, la conviction se fonde sur l'auctoritas.*<sup>39</sup> ») Il est dès lors tentant d'élargir le champ d'application du témoignage, au-delà des preuves qui sont rapportées lors du procès. Cet élargissement permettrait d'y associer les opinions des jurisconsultes. Ceci serait d'autant plus tentant qu'appelé au soutien d'une

37. *ibid.*, 27, 77 « (...) *cujus auctoritati dictum est ab illa causa concedi nimum non oportere.* »

38. *Pro Caecina*, 36, 104 « (...) *verbo se, non aequitate defendere conetur, (...) auctoritatem sapientissimorum hominum facere nobiscum, (...) cum haec ita sint, statuite quid (...) nostra decisio de aequitate, quid ratio interdicti de jure admoveat ut judicetis.* »

39. *Topica*, 19, 73 « *Testimonium autem nunc dicimus omne quod ab aliqua re externa sumitur ad faciendam fidem (...) ad fidem enim faciendam auctoritas quaeritur.* »

prétention, le jurisconsulte est fréquemment appelé « *auctor causae* », « *auctor defensionis* » de même que le témoin produit par une défense lui apporte un soutien. En somme, tous participent à renforcer une prétention. Dans la définition tirée des *Topiques*, l'*auctoritas* d'un témoignage découle de la *natura* ou de circonstances particulières, le *tempus*. Pour la première, la *natura*, s'y rattache tout d'abord la *virtus*, puis la *gravitas*, la *continentia*, la *prudentia*, la *sapientia* et d'autres, toutes louées chez Servius Sulpicius, même dans le *Pro Murena* où l'adversaire de Murena n'est autre que l'illustre jurisconsulte Servius Sulpicius. Pour les secondes (le *tempus*), Cicéron considère que ce sont des circonstances individuelles et par conséquent, variables : ce peuvent être la richesse, le talent, la beauté ou encore, la maîtrise d'un *ars* ou une expérience pratique, l'*usus*. Ces deux derniers moyens d'emporter la conviction doivent retenir notre attention puisque l'*ars* était le qualificatif au niveau duquel Servius Sulpicius avait réussi à élever la jurisprudence, quand Q. Mucius Scaevola n'en maîtrisait parfaitement que l'*usus*.

Le portrait du jurisconsulte rehaussé de l'*auctoritas* est à présent à grands traits brossé. Cependant, il est impératif de nous représenter le cadre dans lequel Cicéron cherche à faire évoluer certains jurisconsultes dont il a, de manière tellement précise, défini et déterminé les éléments de l'activité permettant la reconnaissance de l'*auctoritas*.

L'activité des prudents sous la République se définit avant tout par sa liberté. C'est ce qui ressort des écrits de Cicéron et c'est ce que Pomponius rappellera à l'époque impériale dans l'*Enchiridium*<sup>40</sup> : la renommée d'un prudent et les consultations qu'il pouvait donner dépendaient de la confiance qu'il inspirait aux justiciables et se mesurait au zèle à l'application dont il faisait preuve dans son activité. S'originant comme nous l'avons mis en avant dans les nombreuses qualités de certains jurisconsultes, l'*auctoritas* du prudent ne tient pas, pour Cicéron, à l'exercice d'une profession mais à l'individu. Ainsi, le prudent demeure un citoyen privé, un *privatus*. L'*auctoritas* que lui reconnaît Cicéron ne s'insère pas dans un cadre institutionnel défini comme c'est le cas pour l'*auctoritas patrum*, l'*auctoritas* des sénateurs. Le constat vaut également pour ses effets : en droit public, les mentions de l'*auctoritas senatus*, plus rarement de l'*auctoritas praetoris* appartiennent à la sphère de la direction ; en droit privé, l'*auctoritas tutoris* venant couvrir les actes passés par un incapable s'apparente également au

40. *Digeste*, 1, 2, 2, 49 « *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant ; (...)* »

domaine de l'ordre, du *jubere*. Notions juridiquement définies et délimitées, ces formes d'*auctoritas* ne correspondent pas exactement à celle que Cicéron reconnaît aux prudents. Chez Cicéron, l'*auctoritas* constitue davantage un pouvoir moral, une autorité persuasive résultant de l'accumulation des qualités et provoquant l'adhésion unanime des juges ou de l'opinion publique. Elle s'apparenterait davantage à l'*auctoritas* du *princeps* républicain, du premier des citoyens, auquel est réservée la faculté de proposer pour l'ensemble de la Cité. C'est vraisemblablement en ce sens qu'il faut comprendre l'allusion relevée précédemment à l'association de la notion d'*auctoritas* avec la personne de Servius Sulpicius, qualifié simultanément de *princeps consultorum*. On peut parler d'une influence certaine des prudents : on a vu qu'ils étaient à l'origine du développement de la procédure formulaire et chez Cicéron, certains d'entre eux peuvent permettre l'évolution du droit ou du moins, éviter sa dénaturation et sa sclérose. De plus, les prudents pouvaient même faire et firent progresser le droit si, et seulement s'ils exerçaient une magistrature telle que la préture ou le consulat. Cependant, il semble difficile de ne pas admettre à l'*auctoritas*, telle que Cicéron la conçoit, une force obligatoire résultant non pas de la *potentia* mais de la combinaison des qualités propres à un prudent tel que Servius Sulpicius, fondant leur compétence supérieure. Ainsi, il semble évident que présentée par Cicéron, la *causa curiana* ne laissait guère au juge la faculté de se créer une opinion propre devant la multiplication des autorités produites par Crassus. De même, dans le *Pro Caecina*, Cicéron conteste et dénonce le dénigrement de l'*auctoritas prudentium* par son adversaire, Pison. Il va même jusqu'à étendre cette atteinte au prestige des lois et s'alarme du danger encouru (« *S'en prendre aux interprètes du droit, en les accusant d'incompétence, c'est rabaisser les personnes et non le droit civil, mais soutenir qu'il ne faut pas déférer à l'opinion des jurisconsultes, ce n'est pas porter atteinte aux personnes, c'est ébranler les lois et le droit* <sup>41</sup>. ») Par ailleurs, Cicéron insiste à plusieurs reprises sur les causes de déclin de l'activité juridique et *a fortiori*, du déclin de la jurisprudence de son temps. Il met notamment en avant la vulgarisation de cette science, phénomène auquel A. Magdelain rattache l'introduction massive de l'ordre équestre <sup>42</sup> dans la profession de jurisconsulte, le développement excessif du *jus controversum* ou encore la baisse de l'activité créatrice, retranchée derrière

41. *Pro Caecina*, 25, 70 « *qui autem interpretes juris vituperat, si imperitos juris esse dicit, de hominibus, non de jure detrahit sin peritis non putat esse obtemperandum, non homines laedit, sed leges ac jura labefactat.* »

42. André Magdelain, *Jus respondendi*, p. 129, note 6, RHD, 28, 1950

l'interprétation de la lettre de la loi. La conséquence est, nous l'avons vu, la négation de l'opinion des prudents, jugée trop capiteuse.

Deux œuvres de Cicéron permettent de rendre compte des évolutions qu'a connu sa pensée sur la place de l'*auctoritas prudentium* au sein des sources du droit et sur le rôle des prudents à la fin de la République<sup>43</sup>. Le *De Inventione*, œuvre de jeunesse (84 av. J.-C.) et les *Topiques* (composées en 44 av. J.-C.) offrent toutes deux une définition du *jus civile* et des éléments le composant. La première œuvre ne mentionne pas l'*auctoritas prudentium* comme composante du *jus civile*. En revanche, dans le second ouvrage, Cicéron énonce « *si quelqu'un veut dire ce qu'est le droit civil, il consiste dans les lois, les sénatus-consultes, la chose jugée, l'autorité des prudents, l'édit des magistrats, le mos et l'aequitas.* » Parallèlement aux difficultés spécifiques à la jurisprudence durant le dernier siècle de la République que nous avons évoquées précédemment, il faut relever que de profondes mutations ont marqué le droit romain (ainsi, l'introduction de la procédure formulaire et le délaissement progressif des anciennes actions de la loi.) Or Cicéron ne paraît pas être en mesure de dissocier l'état évolutif du droit d'une science juridique créatrice et vivante. Les prudents sont la pierre angulaire de l'activité créatrice et le projet de Cicéron vise à moins à sauvegarder le *jus civile* (qui n'est pas véritablement en péril) qu'à restaurer l'influence de la jurisprudence en la remodelant selon des caractéristiques proches de sa pensée ou de sa faveur pour la noblesse. Ainsi, de même que Gaius mettra au rang des sources du droit l'*auctoritas* des prudents sous l'Empire, alors que leur activité sera attirée « dans l'orbite impériale<sup>44</sup> », Cicéron, une année avant sa mort mettra au rang des sources du droit dans les *Topiques*, l'*auctoritas prudentium* pour laquelle il avait projeté un rétablissement du prestige en dénonçant les travers de son époque. Il est certain que Cicéron avait remarqué, comme les princes le feront plus tard, l'importance de l'influence des prudents sur la progression du droit. Là où son discours, son projet, sa volonté d'orienter, voire d'instrumentaliser, en tout cas, de protéger cet *ars* en le réservant à quelques prudents compétents, n'eurent pas, de son vivant, le résultat escompté, Octave Auguste et ses successeurs réussirent à opérer le choix des jurisconsultes compétents en les gratifiant d'un *beneficium*, le *jus respondendi*.

En dépit de la diversité des ouvrages (plaidoyers ou traités), de la variété des objets examinés par Cicéron (description de la dialectique

43. Emilio Costa, *Cicerone giureconsulto*, p. 39, L'erma di Bretschneider, Rome, 1964

44. André MAGDELAÏN, *Jus respondendi*, p. 105, RHD, 28, 1950

ou résolution d'un problème juridique), toute évocation des prudents et de leur *auctoritas* dans son œuvre concourt à l'expression et à la présentation d'un projet pour la jurisprudence. De plus, ce projet est indissociable du contexte d'intense activité des jurisconsultes depuis le 2<sup>e</sup> s. av. J.-C. Cicéron apporte, dans ce cadre, sa pierre au renouvellement de la méthode interprétative. Nous avons vu qu'il loue la *facilitas*, la souplesse de certains prudents, en opposition avec la rigidité des tenants de l'interprétation littérale de la loi. Cicéron, praticien, avocat, exprime, parfois de manière dramatique mais jamais de façon dogmatique, ses inquiétudes sur cet état du droit. Mais Cicéron, penseur, philosophe, semble proposer d'une part, la restauration du crédit des prudents et d'autre part, la poursuite de la révolution scientifique du droit, sous la conduite de quelques prudents qui réunissent les qualités attendues. C'est une conception très personnelle du droit vivant, de l'interprétation du droit par les prudents que Cicéron offre à son temps. Droit vivant, auquel Cicéron prête une voix pour qu'il s'insurge contre la sclérose du droit civil, pour clore sur ce long débat de l'interprétation selon la lettre ou selon la volonté : « *le droit proclame que ce n'est pas seulement le meurtre qui constitue la violence mais l'intention* <sup>45</sup>. » C'est un dernier trait contre les chicaneurs et surtout, un véritable ordre de mission pour les prudents investis de l'*auctoritas* que de faire triompher une science ouverte aux influences annexes au profit de son propre développement.

Hadrien CHINO

---

45. *Pro Caecina*, 27, 76 « *juris si haec vox est, esse vim non in caede solum sed etiam in animo* »