



HAL
open science

La distinction entre tombeaux de famille et tombeaux héréditaires en droit romain classique. in M. C. Drumea-A. Paturet-F. S. Ravitch (eds.), Proceedings of the 4th International Conference on Law and Social Order, New-York, Addleton Academic Publishers, 2014, p. 49-74

Arnaud Paturet

► **To cite this version:**

Arnaud Paturet. La distinction entre tombeaux de famille et tombeaux héréditaires en droit romain classique. in M. C. Drumea-A. Paturet-F. S. Ravitch (eds.), Proceedings of the 4th International Conference on Law and Social Order, New-York, Addleton Academic Publishers, 2014, p. 49-74. La distinction entre tombeaux de famille et tombeaux héréditaires en droit romain classique. I/ La position de Gaius in M. C. Drumea-A. Paturet-F. S. Ravitch (eds.), Proceedings of the 4th International Conference on Law and Social Order, New-York, Addleton Academic Publishers, 2014, p. 20-48., 2014. hal-04952688

HAL Id: hal-04952688

<https://hal.science/hal-04952688v1>

Submitted on 17 Feb 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La distinction entre tombeaux de famille et tombeaux héréditaires en droit romain classique. II/ Le témoignage d'Ulpien¹

La distinction entre tombeaux de famille et tombeaux héréditaires en droit romain classique. II/ Le témoignage d'Ulpien in M. C. Drumea-A. Paturet-F. S. Ravitch (eds.), *Proceedings of the 4th International Conference on Law and Social Order*, New-York, Addleton Academic Publishers, 2014, p. 49-74.

Arnaud Paturet
CNRS UMR 7074 CTAD/ENS Paris
Arnaud.Paturet@ens.fr

Abstract. The distinction between family tombs and hereditary graves evoked by the juristconsult Gaius (120-180 AD) finds another echo in Ulpian's works (≈170-223/224 AD²). If the text of Gaius remains quite clear, Ulpian's position is difficult to interpret and could provide a double definition of hereditary tomb when this model seems to be the only remaining due to its insertion regarding succession law. According to imperial constitutions, this orientation seems to be confirmed in epiclassic law. Moreover, on a religious point of view, it is the principle of *sacra* perpetuity which took precedence over the "purity" of family cult.

Key words : *roman law, tombs, sepulchra familiaria, sepulchra hereditaria, res religiosae, Ulpian*

Le droit funéraire romain se compose d'un ensemble de règles riches qui intègrent divers domaines juridiques. L'importance accordée à l'idéologie funéraire, à la *memoria* et à la *voluntas* des morts impliquait l'existence de règles successorales spécifiques portant sur les tombeaux. Les sources font état de deux catégories de tombes différentes : les sépulcres familiaux d'une part et héréditaires d'autre part, lesquels recélaient des régimes juridiques différents. Cette distinction a été formulée par Gaius au D. 11, 7, 5 et développée ensuite par le grand jurisconsulte romain Ulpien³ dont voici reproduite l'analyse :

¹ Ces pages constituent la deuxième partie d'une contribution intitulée *La distinction entre tombeaux de famille et tombeaux héréditaires en droit romain. I/ La position de Gaius*. Les ouvrages ou articles déjà cités au sein de cette dernière seront ici mentionnés sous forme abrégée afin de ne pas alourdir les notes à l'excès.

² Sur la date de la mort d'Ulpien en 223, cf. J. Modrzejewski-T. Zawadzki, *La date de la mort d'Ulpien et la préfecture du prétoire*, in *RHD*, 45, 1967, p.565-610, en particulier, p. 608-609 pour les conclusions de l'enquête et aussi p. 568-572 pour l'exposé des thèses qui font état de la mort du jurisconsulte en 228. En dernier lieu, sur cette question, voir F. Mercogliano, *A proposito della fine di Ulpiano*, in *Labeo*, 39, 1993, p. 400-407 ; S. Faro, *Sull' anno della morte di Ulpiano*, in *Index*, 30, 2002, p. 251-287 ; T. Honoré, *Ulpian, Pioneer of Human Rights*, 2ème éd., Oxford, 2002, p. 36 indique « Some time between October 223 and May/June 224 the praetorian troops mutinied, with Epagathus playing a leading role, and Ulpian was murdered. When attacked he fled to the palace but Alexander and Julia Mamaea were unable to protect him ».

³ Pour une approche de la vie et de l'œuvre de ce grand jurisconsulte qui fut l'auteur de près d'un tiers du Digeste, voir D. Liebs, *Domitius Ulpianus* in K. Sallman (éd.), *Nouvelle histoire de la littérature latine*, 4, *L'âge de la transition 117-284*, Paris, 2000, p. 198-212 et l'ouvrage indispensable de T. Honoré, *Ulpian... op. cit. supra*.

Ulpian lib. 25 ed. D. 11, 7, 6⁴ : *Vel quod paterfamilias iure hereditario adquisiit, sed in utroque heredibus quidem [ceterisque successoribus qualescumque fuerint] licet sepeliri et mortuum inferre, etiam si ex minima parte heredes ex testamento vel ab intesto sint, [licet non consentiant alii]. Liberis autem cujuscumque sexus, vel gradus etiam filiis familias, et emancipatis idem ius concessum est, sive extiterint heredes sive se abstineant. Exhereditatis autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios praeter suam posteritatem inferre licet. Liberti autem nec sepeliri nec alios inferre poterunt, nisi heredes extiterint patrono, quamvis quidam inscripserint monumentum sibi libertisque suis fecisse : et ita Papinianus respondit et saepissime idem constitutum est.*

Ce passage d'Ulpian est assez caractéristique de son œuvre immense au sujet de l'Edit du préteur (81 *libri*) et présente une analyse approfondie typique, riche d'informations⁵, en terminant comme assez souvent par la citation d'un grand maître (ici Papinien) de la littérature juridique⁶. La décision s'intègre dans une volonté générale de conformité avec la morale sociale et avec le respect de la *voluntas* du fondateur du tombeau. Il faudrait donc croire que la relative confusion du texte pourrait résulter de l'adaptation d'une classification rigoureuse à des circonstances de fait particulières pour aboutir à un consensus. E. Albertario⁷ ainsi que F. de Visscher⁸ retiennent comme interpolés les passages *ceterisque successoribus*

⁴ Dans les textes rapportés, les parties entre crochets correspondent aux parties supposées interpolées par E. Albertario, *Sepulchra...op. cit.*, p. 1-27. Sur D. 11, 7, 6, voir G. Galeno, *Su una iscrizione funeraria ostiense*, in *Labeo*, 27, 1981, p. 33-36 ; sur cette inscription M. Cébeillac-Gervasoni, *Un exécration affranchi dans une inscription d'Ostie*, in *Studi E. Manni*, 2, Rome, 1980, p. 451-461 ; F. De Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 62, 75-76 ; 93 note 2, 95 note 3, 124, 136 note 14 et 303 note ; F. Fabbrini, *Res divini...op. cit.*, p. 556.

⁵ Pour une étude de ce texte concernant le *ius sepulchri* ou le *ius mortuum inferendi*, bornons-nous à renvoyer à S. Lazzarini, « *sepulchrum familiare* »...*op. cit.*, p. 217-237, p. 219-221. Nous n'aborderons ici ces notions que de manière superficielle car elles ne concernent pas directement et précisément la distinction de nos types de tombeau.

⁶ D. Liebs, in K. Sallman (éd.), *Nouvelle histoire...op. cit.*, p. 198-212, surtout p. 201.

⁷ E. Albertario, *Sepulchra...* in *Studi...op. cit.*, 2, p. 1-27. L'hypothèse reprend l'idée de L. Mitteis, *Römische Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1, Leipzig 1908, p. 102-103 note 22.

⁸ F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 93-94. Pour l'auteur, qui demeure convaincu que la distinction de Gaius s'est maintenue de manière rigoureuse dans le droit classique, les interpolations se manifestent en deux sens : « d'une part, elles ouvrent les tombeaux de famille à tous les héritiers comme tels, testamentaires et *ab intestat*, indépendamment de tout lien de parenté. D'autre part, les descendants agnatiques et même les enfants émancipés (*liberi*) auront droit au tombeau héréditaire à condition d'avoir été appelés à la succession, même s'ils ne l'ont pas acquise ou on fait usage du *ius abstinendi*. Sauf déclaration expresse du fondateur, des considérations d'humanité ont fait accorder cette faculté aux enfants exhérédés eux-mêmes, faveur qui s'étend à leurs descendants du premier degré ». Sur ces interpolations, voir aussi M. de Dominicis, *op. cit.*, p. 198-200. Il faut aussi souligner que E. Albertario et F. De Visscher n'arrivent pas aux mêmes conclusions en interprétant le texte interpolé. Albertario croit que le texte concerne uniquement une tombe familiale. F. de Visscher indique au contraire, que le fragment d'Ulpian vise un sépulcre héréditaire ; cf. p. 95 note 3 « selon Albertario les passages entre crochets seraient interpolés (cf. texte), la présence de la clause *sibi libertisque* caractéristique des tombeaux de famille, sur des tombeaux héréditaires, n'ayant pu être envisagée que par la suite de la confusion des deux régimes dans le droit de Justinien...Mais cette confusion aurait bien plutôt dû justifier l'efficacité de la clause. Si elle est tenue pour nulle, c'est précisément à raison de la contradiction dans laquelle la dévolution du tombeau aux affranchis comme tels se trouve avec le caractère héréditaire de celui-ci ». L'auteur poursuit en donnant des exemples épigraphiques de telles combinaisons. De même le D. 10, 3, 6, 6 Ulpian lib. 19 *Ed*, ferait, d'après F. de Visscher, *op. cit.*, p. 125, référence à un tombeau héréditaire (l'auteur critique donc encore Albertario au regard de ce texte). Même si l'introduction de cette notion dans un fragment qui traite du *condominium* surprend, ce passage ne doit pas être soupçonné d'interpolation. Voici le texte de ce fragment qui concerne l'ensevelissement dans un *locum communem* : *Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit, videndum est ? Sane, jus quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit : locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant*

qualescumque fuerint et licet non consentiant alii. D'autres interpolations ont aussi été mises en évidence par G. Longo, mais elles concernent seulement la séquence *ceterisque successoribus qualescumque fuerint*⁹. Les thèses interpolationnistes semblent curieusement avoir encore la force d'un dogme dans la doctrine moderne représentée par A. Palma¹⁰, mais elles ne doivent pas exclure une tentative d'explication du texte considéré dans son ensemble. Il convient de rappeler l'orientation générale de la doctrine romanistique qui, à l'inverse de la tradition interpolationniste (et de ses excès) représentée dans les années 1930 par des savants comme L. Mitteis, E. Levy et E. Rabel, se montre plus attentive depuis la fin du siècle dernier aux évolutions économiques, juridiques et sociales de la société romaine de l'époque classique¹¹. W. M. Gordon s'est attaché à montrer que le droit romain avait fait l'objet de lentes mutations encadrées par une tradition historique et idéologique particulièrement présente¹². Ainsi, les contradictions ou les confusions dans les textes sont assez souvent le reflet de la richesse d'un droit classique en perpétuelle évolution.

La première observation au sujet de ce fragment concerne son objet véritable. Si le texte de Gaius concernait de manière très vraisemblable la fondation originelle d'un sépulcre, rien ne permet dans l'exposé d'Ulprien d'envisager cette situation. Il s'agit ici de la transmission de « droits » sur un tombeau déjà fondé et dont on ne sait pas véritablement, d'après les données du texte, le statut originel. D'ailleurs O. Lenel, dans sa reconstruction du fragment, envisage les deux hypothèses : à savoir qu'Ulprien aurait pu considérer que le tombeau héréditaire est celui qui est fondé pour le fondateur et ses héritiers (ainsi que l'exprimait Gaius). Il peut être aussi celui que le *paterfamilias* a reçu par droits héréditaires¹³. Et cela fait dire à A. Palma qu'il n'est pas impossible que l'exposé d'Ulprien vise, en fait, deux catégories différentes de sépulcres héréditaires : celui qui est fondé en tant que tel et celui dont on acquiert les droits par succession¹⁴. En combinant les textes de Gaius et d'Ulprien, F. de Visscher propose une définition double des tombeaux héréditaires : c'est celui qui est fondé pour soi-même et pour ses héritiers ou dont les droits sont acquis par succession¹⁵. Mais cette double définition se révèle assez ambiguë si l'on considère la volonté initiale du fondateur. En outre, la possibilité « d'acquérir » un tombeau par succession est sans doute assez marginale, comme le montre la rareté des formules épigraphiques qui prévoient expressément la dévolution héréditaire d'un

in factum agendum. Cf. G. Longo, *Sul diritto sepolcrale romano* in *Iura*, 14, 1964, p. 148-149, qui considère comme interpolée la partie *Et sane...competit*.

⁹ G. Longo, *L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano* in *BIDR*, 14, 1902, p. 150-65.

¹⁰ Cf. A. Palma, *op. cit.*, p. 5 ; S. Lazzarini, *Sepulchrum...op. cit.*, p. 219.

¹¹ Cf. les observations stimulantes de O. Berhrends, *La nuova traduzione tedesca dei Digestani e la critica interpolazionistica* in *Index*, 25, 1997, p. 13-69. Il s'agit là de la version écrite d'une conférence faite à Naples pour la présentation de la « traduzione dei Digesta ». Cette intervention s'intitulait *Sul metodo dei compilatori di conciliare le controversie della giurisprudenza del principato, con esempi presi dalla retentio, dalla Lex Aquilia e dall'errore nella compravendita*.

¹² W. H. Gordon, *Legal Tradition with Particular Reference to Roman Law*, in N. MacCormick-P. Birks (éd.), *The Legal Mind. Essays for T. Honoré*, Oxford, 1986, p. 279-291. L'auteur indique que l'évolution du droit romain est due à la « good fortune » et non à des choix délibérés. En somme, le système juridique romain contenait intrinsèquement les ressources nécessaires à une lente évolution. D'une manière générale, l'histoire juridique montre la nécessité de faire coexister, dans un système de droits sain et équilibré, à la fois la tradition et la possibilité de changements.

¹³ O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, Leipzig, 1889 (rééd. Rome 2000) col. 569, propose l'ajout suivant au début de D. 11, 7, 6 pr [*Hereditarium sepulchrum dicitur, quod quis sibi heredibusque suis constituit] vel quod pater...* L'emploi du terme *sepulchrum* par Lenel souligne qu'il est très probable que le texte ne vise pas un simple *monumentum* mais véritablement une sépulture religieusement fondée qui contient des corps, en somme une *res religiosa* du point de vue du droit.

¹⁴ A. Palma, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵ F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 133.

tombeau¹⁶. Cette possible acquisition d'un tombeau par succession, envisagée comme un mode normal et général d'obtention du *ius sepulchri*, fait échapper la destination du tombeau à la volonté du fondateur (telle qu'elle est formulée chez Gaius) qui entend, lors de la fondation, désigner uniquement ses propres héritiers (ou les membres de la *familia* dans un tombeau familial), en tant que bénéficiaires, et non inclure la tombe dans la dévolution héréditaire. Il convient de préciser que la lecture de ce texte met en évidence une différence fondamentale entre le tombeau familial et le tombeau héréditaire. Si la qualité de *familiaris* est transmissible, celle d'héritier ne l'est pas si bien que le caractère patrimonial de l'*hereditas* est en très nette contradiction avec la volonté du fondateur telle qu'elle apparaît dans les clauses sur les tombeaux. En effet, puisque la tombe intègre l'héritage testamentaire ou *ab intestat*, l'héritier peut librement en disposer dans la limite de la destination funéraire du sépulcre fixée par le droit civil. Le fait que le tombeau puisse être l'objet d'un acte de disposition relatif à son usage sépulcral n'entrave en rien sa nature de *res divini iuris* et de *res religiosae* hors commerce.

La difficulté du début du texte réside dans l'interprétation de la séquence *sed in utroque*¹⁷. Il est difficile de dire si l'exposé d'Ulpian qui suit l'opinion de Gaius au D. 11, 7, 5 se réfère, à la fois aux sépultures familiales et héréditaires - en supposant une continuation grammaticale logique avec le texte précédent - ou si, en tenant compte de la reconstruction de Lenel, il faut comprendre une distinction entre les deux types de tombeaux héréditaires dont il a été fait état ci-dessus. A. Palma est favorable à la seconde hypothèse qui est sûrement la plus logique¹⁸. La première mettrait en évidence une confusion et une maladresse assez inadmissible de la part des compilateurs car ces derniers ont sûrement envisagé une continuité entre D. 11, 7, 5 et D. 11, 7, 6. Mais le doute est toujours permis, car il n'est jamais question du tombeau familial dans D. 11, 7, 6 et ce paramètre pourrait laisser croire qu'il faut considérer ce dernier texte indépendamment de la distinction opérée par Gaius. Toutes les précisions données par le jurisconsulte sévérien concernent, non la nature du sépulcre lui-même, mais la dévolution d'un tombeau acquis par droits héréditaires.

A ce sujet, les dispositions sont nombreuses. Tous les héritiers ont droit à être ensevelis dans le tombeau et ce même s'ils ont refusé l'héritage ou s'ils ont reçu une portion modique de la succession. Cette disposition s'étend à la succession *ab intestat* et le droit de sépulture est ouvert aux *liberi* du fondateur, qu'ils aient ou non accepté la succession. Cette dernière donnée pourrait contredire le fait que le droit d'être enseveli puisse être associé à la dévolution d'une masse de biens et puisse donc constituer un élément patrimonial. En même temps, il faut dire que ce droit n'est pas personnel et qu'il est possible d'en disposer à sa guise, comme de tout autre élément patrimonial de l'*hereditas*. L'opinion qui a été longtemps soutenue était que le *ius sepulchri*, c'est-à-dire le droit d'être enseveli dans le *sepulchrum*, était une *res extra nostrum patrimonium extra bona*¹⁹, mais cette conception n'est admissible que pour les sépultures familiales et elle demeure discutable concernant les sépultures héréditaires. D'ailleurs, ce droit se réfère ici, d'après Ulpian, à un tombeau que le

¹⁶ Cf. par exemple V. Arangio-Ruiz, *FIRA*, III, p. 250 note 2 à propos de *CIL*, VI, 20327 ; F. de Visser, *Le droit...op. cit.*, p. 133-134.

¹⁷ Sur ce problème, voir V. Scialoja, *op. cit.*, p. 173.

¹⁸ A. Palma, *op. cit.*, p. 5.

¹⁹ C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2, Milan, 1949, p. 231-232. Voir aussi M. de Dominicis, *Le « ius sepulchri »...op. cit.*, p. 219-222. Selon l'auteur, les *iura sepulchrorum* étaient exclus de l'*hereditas* pendant la période républicaine et une partie du Haut-Empire. C'est donc plus tard qu'ils feront partie des éléments patrimoniaux de l'*hereditas* (l'auteur se base en particulier sur *CIL*, V, 15840). Cette conception est excessive car la possibilité, pour un étranger, d'être chargé des *sacra* existe à l'époque républicaine. On peut légitimement croire que cet héritier bénéficiait du *ius sepulchri*, corrélativement à la charge des *sacra familiaria*. La question qui se pose pour cette époque est d'évaluer le caractère patrimonial ou extra-patrimonial de ce droit.

paterfamilias iure hereditario adquisit. Cette orientation est confirmée par les inscriptions qui portent *hoc monumentum heredem sequitur*. Le problème est que ce droit porte sur un tombeau qui est par essence une *res extra patrimonium* néanmoins l'inaliénabilité n'est que relative et limitée à la fonction sépulcrale de la *res religiosa*. Ainsi l'héritier du *ius sepulchri* peut céder ce droit, composante de l'*hereditas*, à qui bon lui semble, puisqu'il en est le titulaire. Il faut aussi considérer que celle-ci ne se composait pas uniquement d'éléments patrimoniaux. Il convient de mentionner en ce sens que les *sacra familiaria* suivaient en principe la dévolution des biens légués. Il faudrait donc rattacher en certains cas le *ius sepulchri* aux *sacra privata* et non au patrimoine au sens propre de l'héritier²⁰.

En outre, en suivant l'exposé d'Ulpien, le droit de sépulture est aussi accordé à ceux qui sont déshérités²¹. Ce principe est récurrent et il se retrouve dans un autre *responsum* dans lequel le jurisconsulte sévérien indique que l'*heres* qui se trouve dépouillé d'une succession pour cause d'indignité conserve le bénéfice des *iura sepulchrorum* faisant partie de l'*hereditas*²². Cela peut se comprendre si l'on considère que la sépulture est un devoir envers l'humanité, une obligation morale protégée par le Préteur. Cela est encore plus vrai dans le cercle plus restreint de la famille ou de l'*hereditas*. Mais cette disposition n'est pas des moindres car elle aboutit à intégrer l'exhérédié qui ne peut être qu'un descendant comme le *filiusfamilia*. Ce dernier aura donc droit à une place dans le tombeau héréditaire, alors qu'il devrait en être exclu. Il convient de reconnaître dans cette idée l'affirmation de la fameuse volonté « consensuelle » d'Ulpien qui préférerait l'équité à certains résultats irrecevables nés de l'association de théories juridiques anciennes²³. Toutefois, cette mansuétude a des limites. Il

²⁰ F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 133 indique que le *ius sepulchri* n'est pas réductible à la notion stricte du *dominium* et donc dépourvu de valeur patrimoniale mais qu'il est pourtant rattaché à l'héritage *ab intestat* ou *testamentaire*. Le caractère « religieux » du tombeau nécessite de prévoir un acte spécial en cas de disposition à titre gratuit ou onéreux.

²¹ Les multiples possibilités énoncées dans ce texte rendent compte à la fois de la complexité du droit héréditaire romain, et aussi de la liberté de choix laissée au testateur pour assurer la transmission de son patrimoine. En vertu du mécanisme des transmissions à titre particulier par legs et fidéicommiss, le système romain permettait d'acquérir des fractions de patrimoine sans être tenu du passif de l'*hereditas*. Il faut déceler en ces subtilités des mesures qui rendent compte de la multitude de cas possibles, et qui prennent en compte de manière efficace la volonté du fondateur. Le régime des tombeaux de famille et des tombeaux héréditaires souligne aussi ces diverses possibilités. Le droit est véritablement au service de la volonté du fondateur du tombeau, et il consacre cette *voluntas* de protéger des intérêts privés ou familiaux.

²² Cf. Ulpien *lib. 68 Ed. D. 11, 7, 33 Si quis fuit heres, deinde hereditas ablata sit ei, quasi indigno, magis est, ut penes eum iura sepulchrorum remaneant*. Sur ce texte, voir F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 69 et 111 ; V. Scialoja, *Teoria...op. cit.*, p. 177 ; M. de Dominicis, *Ancora sul fragmentum Tuderinum*, in *RIDA*, 12, 1965, p. 257-278, p. 275 ; du même auteur *Il « ius sepulchri...op. cit.*, p. 201 ; M. Kaser, *zum römischen...op. cit.*, p. 68 et 71.

²³ Sur ce point, voir D. Liebs in K. Sallman (éd.), *Nouvelle histoire...op. cit.*, p. 212. Il faut bien comprendre que le droit des tombeaux contient des dérogations au *rigor iuris*, notamment sur le fondement de la *causa religionis* ou du *favor religionis* (l'expression est de D. Daube, *Utiliter Agere in Iura*, 11, 1960, p. 85) à cause de l'enjeu intrinsèque au domaine funéraire. C'est ainsi que le préteur condamne l'ensevelissement dans un lieu public seulement si on décèle une mauvaise foi de l'*inferens* d'après Ulpien. Si l'ensevelissement a lieu *sine dolo*, le contrevenant ne sera pas poursuivi. Cf. Ulpien, *lib.25 ed. D. 11, 7, 2, 5 Si in locum publicis usibus destinatus intulerit quis mortuum, praetor in eum iudicium dat, si dolo fecerit : et erit extra ordinem plectandus, modica tamen coercitione. Sed si sine dolo, absolvendus est*. Or il est bien connu que le droit pontifical interdisait déjà depuis fort longtemps, de choisir un lieu public comme lieu de sépulture : cf. Cicéron, *De leg. 2, 23 Sed ut in urbe sepeliri lex vetat, sic decretum a pontificum collegio non esse jus in loco publico fieri sepulchrum*. La règle n'est donc pas interprétée de manière très stricte en cas d'absence de manœuvre dolosive de l'*inferens*. En cas d'ensevelissement dans un *fundus* ou *locus* appartenant à autrui, un dénouement envisagé prendrait la forme d'une expropriation forcée à l'encontre du propriétaire, si l'*inferens* ne se résout pas à opérer de *translatio cadaveris*. Il est difficile de connaître en droit les motifs exacts de cette expropriation (sur l'expropriation pour utilité publique, l'ouvrage de référence est celui de M. Pennitz basé sur de très nombreuses sources juridiques et littéraires : *Der Enteignung Fall im römischen Recht der Republik und des Principatz. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, Wien, Köln, Weimar, Böhlhau, 1991 et le long c. r. de ce livre

faut noter que les affranchis - qui sont en général admis dans le tombeau familial - sont exclus de la tombe héréditaire s'ils n'ont pas la qualité d'héritier. Cependant, certains aménagements sont possibles puisque c'est la volonté du fondateur qui est reine ; rien n'empêche ce dernier de nommer des affranchis qui pourront bénéficier du tombeau d'après Papinien (D. 11, 7, 6 *in fine*). La clause typique en ce sens, est *monumentum sibi libertisque suis fecisse*. Cela se comprend fort bien car il n'était pas rare de donner à des affranchis une place dans un tombeau ou une part d'héritage afin qu'ils veillent pendant un temps au futur bon déroulement du culte funéraire. D'une manière générale, il était assez courant que les affranchis du fondateur soient préposés à l'entretien de la tombe et à l'exécution des *sacra* lorsque celui-ci n'avait pas de descendance²⁴.

Pour résumer, il ressortirait donc de ce texte que le régime du tombeau héréditaire énoncé par Gaius se dédouble chez Ulpien : si le tombeau héréditaire peut être acquis par succession et si l'on admet que la qualité d'héritier est superposable à celle de *familiaris*, il est envisageable

par L. Solidoro Maruotti, *L'antica disciplina dei casi di esproprio per pubblica utilità* in *Index*, 23, 1995, p. 522-532 ; voir aussi F. M. de Robertis, *Sulla espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano* in *Studi G. Zanobini*, Milan, 1962, p. 141-166 = *Scritti Varii di diritto romano*, 1, *Diritto privato*, Bari, 1987, p. 423-448 et les quelques références proposées par R. Sotty dans sa *Chronique des droits de l'Antiquité* in *RHD*, 78, 2000, p. 329). Il est possible que dans ces cas précis la *causa religionis* puisse rejoindre l'*utilitas* qui embrasse elle-même d'après M. Kaser, « *Ius publicum* » und « *Ius privatum* » in *ZSS*, R. A., 103, 1986, p. 1-101 (pour une étude minutieuse du concept d'*utilitas*, on consultera les parties 4 à 7 incluse de cette contribution, p. 1-48), les notions d'*aequitas*, d'objectivité ou équité et dans une certaine mesure de *ratio iuris*. Il est vrai que l'intérêt communautaire implique que les morts demeurent ensevelis et de manipuler le moins possible les dépouilles déjà mises en terre. Les normes, assez strictes, qui règlementent la *translatio cadaveris* vont d'ailleurs en ce sens. Voici le texte qui prescrit en certains cas notre fameuse expropriation : Gaius *lib. 19 ed. pro.* D. 11, 7, 7 *Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit, aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae tam herede competit, et perpetua est*. Il est important de mentionner que le propriétaire lésé par l'ensevelissement d'un tiers sur son fonds ne peut pas, de lui-même, et sans une autorisation du Prince ou des Pontifes, procéder à l'exhumation du corps d'après Ulpien qui cite Labeo ; cf. Ulpien *lib. 25 ed.*, D. 11, 7, 8 *Ossa quae ab alio illata sunt, vel corpus, an liceat domino loci effodere, vel eruere sine decreto pontificum, seu jussu principis quaestionis est? Et ait Labeo, expectandum vel permissum pontificale, seu jussionem principis: alioquin injuriarum fore actionem adversus eum qui ejecit*. Ces quelques éléments indiquent la possibilité de déroger parfois à la logique juridique quand des intérêts « supérieurs » existent ; c'est le cas ici de la religion des morts. Ce phénomène existe aussi dans d'autres domaines ; c'est l'exemple du *favor libertatis*. Cette orientation aboutit à l'interprétation moins rigoureuse de certains principes juridiques de manière à favoriser les *manumissiones* d'esclaves ; cf. sur ce thème, le livre de G. Impallomeni, *La manumissio mortis causa*, Padoue, 1963 et le travail de M. O. Rouveyrol, *L'affranchissement du servus communis par un socius investi d'un fideicommiss de liberté*, in *Identités, marginalités ou solidarités : droits et histoire des personnes. Actes des premières journées clermontoises d'histoire du droit*, (Clermont-Ferrand, 12-13 Juin 2005), Clermont Ferrand, 2005, p. 111-138. On trouve également une mise en valeur des principes religieux qui doivent primer sur certaines conditions rigoureuses du droit : c'est la possibilité pour le nu-propriétaire de rendre un lieu religieux sans le consentement de l'usufruitier. Cette option est aussi offerte à un *socius* qui peut faire un *locus religiosus* dans un *fundus* soumis au régime de la *communio*, sans le consentement des autres *socii*. Cela souligne la possibilité, pour un seul, de changer substantiellement la qualité de la chose, même en l'absence d'accord des autres copropriétaires. Sur ces questions voir un long texte de Papinien *lib. 7 Inst.* au D. 11, 7, 43. *Sunt personae quae quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferando utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis, si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat aut inferre velit : nam si intulerit, non faciet iustum sepulchrum, sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de iure domini quaeritur, aget eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult, nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum questionibus omitti solet : nam summam esse rationem, quae pro religione facit*. Sur ce dernier texte se reporter à l'analyse de D. Daube, *Utiliter...cit. supra*, in *Iura*, 1960, p. 69-148, en particulier p. 84-86 pour une discussion au sujet des thèses interpolationnistes. Ce texte a généré une très riche littérature (voir M. Kaser, « *Ius publicum* »...*op. cit.*, p. 52 et la note note 222. Le romaniste allemand analyse la possibilité, pour l'ayant droit in *solidum*, de bénéficier de l'interdit contre un *socius* qui veut empêcher l'ensevelissement d'un corps dans le fonds commun, comme la conséquence de l'*utilitas publica* reconnue à l'inhumation légale et morale d'un mort. Cette *utilitas* résulte du rapport étroit qui lie le droit funéraire au *ius sacrum* et au *ius pontificum*.

²⁴ F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 134.

d'« hériter » d'un tombeau familial et de disposer techniquement du *ius sepulchri*. Il est donc possible de céder ce droit à des *extranei*, ce qui aboutit à gommer la destination familiale du tombeau. Ce cas est assez extrême car il semblerait que Gaius décrive le cas du sépulcre héréditaire au regard d'une pluralité d'héritiers tandis qu'Ulpien évoquait la mainmise sur un tombeau héréditaire au bénéfice d'un héritier unique, lequel pouvait également être membre de la famille. D'autre part, l'exception énoncée par Ulpien qui donne le droit au descendant exhérédé d'être enseveli dans le tombeau héréditaire, est une dérogation des plus notables au régime juridique de ce type de sépulture et aboutit à la fusionner avec le modèle familial. De ce fragment, il faut donc retenir deux éléments fondamentaux : d'abord le dédoublement de la définition initiale posée par Gaius, et ensuite la possibilité offerte à un membre de la famille exhérédé d'intégrer un sépulcre héréditaire, alors qu'il devait en être logiquement exclu compte tenu de la nature de ce type de tombe.

* *

*

La première constitution impériale qui traite de la distinction entre sépulcres familiaux et héréditaires est attribuée à la chancellerie de Sévère Alexandre et date de l'année 223 ap. J. C., donc d'un moment légèrement postérieur à celui au cours duquel s'exprime Ulpien. 223 étant l'année où le jurisconsulte, alors préfet du prétoire, est assassiné²⁵. Voici le contenu de cette disposition :

CJ. 3, 44, 4 *Alexander A. Licinio* : *Si sepulchrum monumenti appellatione significas, scire debes iure dominii id nullum vindicare posse, sed [et, si familiare fuit], ius eius ad omnes heredes pertinere nec divisione ad unum heredem redigi potuisse profana tamen loca, quae circa id sunt, si semper vicinis aedificiis usui hominum destinatus cesserint, ejus sunt, cui illa, quorum partes esse visae sunt, ex divisione obtigerunt.* (a. 223)

Ce texte est important car il permet de considérer le problème, non du point de vue de l'argumentation d'un jurisconsulte, mais du point de vue de la solution retenue par la constitution impériale²⁶. En comparaison des décisions émanant des jurisconsultes, le rescrit²⁷ va à l'essentiel et se veut d'une certaine manière « décontextualisé » de la question qu'il veut traiter : la réponse est donnée en droit et c'est au juge de vérifier les faits comme de considérer que la solution proposée est conforme au cas d'espèce. Cette formulation impersonnelle tend à favoriser la portée générale de la norme énoncée par l'autorité impériale qui doit être étendue à tous les cas similaires²⁸. Le schéma du texte correspondrait à la

²⁵ Cette date de la mort d'Ulpien doit être retenue, plutôt que 228 ; cf. J. Modrzejewski-T. Zawadzki, *La date de la mort d'Ulpien et la préfecture du prétoire*, in *RHD*, 45, 1967, p.565-610, en particulier, p. 608-609 pour les conclusions de l'enquête et aussi p. 568-572 pour l'exposé des thèses qui font état de la mort du jurisconsulte en 228.

²⁶ Il était assez courant que l'empereur puisse statuer directement sur des cas où il pouvait être question d'un *locus religiosus*, cf. les remarques de J. P. Coriat, *Le Prince législateur*, Rome, 1997, p. 449 et la note 532. Cf. aussi CJ, 3, 44,5 (a. 225) ou encore 3, 44, 6 (a. 225). Il faut sans aucun doute croire que certaines de ces réponses impériales ne relèvent pas toujours de la qualité de *pontifex maximus*, en particulier lorsqu'il n'est pas question de caractériser le *locus religiosus* ou de se prononcer sur le détournement de la fonction sépulcrale d'un tombeau. D'une manière générale, la protection des tombeaux de famille n'est ni assurée par l'édit du préteur, ni par les rescrits impériaux.

²⁷ C'est ainsi que F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 203 qualifie la nature de la décision rendue. Il est clair qu'il s'agit ici de la réponse donnée par l'Empereur à un cas particulier.

²⁸ Sur la formulation des rescrits impériaux, il sera utile de se reporter à un exposé complet dans J. P. Coriat, *op. cit. supra*, p. 575-602. Sur les différents types de rescrits, cf. p. 77-94. Il ne semble pas évident ici de savoir si le rescrit est une *epistula* ou une *subscriptio*.

combinaison de la protase (description rapide du cas d'espèce ou de la question) introduite à trois reprises par *si*, à laquelle fait directement suite l'apodose, ou seconde partie, qui présente la solution juridique retenue pour le problème posé. Ainsi la construction formelle du texte ne permet pas vraiment de mettre en évidence l'interpolation soulignée par E. Albertario²⁹.

Il s'agit, sans aucun doute, dans ce texte, d'un *sepulchrum* envisagé comme *locus religiosus*³⁰ et cela est confirmé par l'incise *jure domini id nullum vindicare posse*, sinon la question de la possession du lieu ne se poserait pas. L'empereur rappelle donc que le *locus religiosus* est insusceptible d'appropriation ou de revendication à cause du statut des *res religiosas* qui déroge au droit commun des biens³¹. On ne peut entrer ici dans tous les détails de ce texte et il convient de laisser de côté la seconde partie où il est question des *loci profani* et de la possibilité de partage des *loci cohaerentes*. En effet, ces lieux adjacents aux sépultures suivent le régime juridique du fonds duquel ils relèvent et ils appartiennent à ceux qui héritent de ces fonds³². De même qu'au sein du texte étudié *supra*, il est difficile de connaître le statut originel du tombeau. Cette situation est de nature à provoquer un litige, puisque la volonté du fondateur met à mal la distinction classique si clairement énoncée plus tôt par Gaius. On voit donc bien ici les raisons qui ont entraîné la consultation impériale et la réponse par rescrit. L'enjeu particulier de celui-ci est précisément la séquence présumée interpolée *sed et si familiare fuit*. En admettant l'existence de cette précision en 223, cela correspond à confondre la qualité de *familiaris* et celle d'héritier. Ainsi, ce texte permettrait d'établir une évolution dans la distinction traditionnelle des sépulcres héréditaires et familiaux, en soulignant le début d'une confusion entre l'idée de *familia* et celle d'*hereditas* dans la jurisprudence tardosévérienne. Cette confusion ferait écho à l'opinion d'Ulpian étudiée plus haut qui exprime une solution contraire au *rigor iuris*, en considérant que la distinction opérée par Gaius soit utilisée comme modèle juridique référent.

L'analyse de ce texte permet d'aboutir à deux conclusions, selon qu'il faille ou non admettre l'interpolation mise en évidence par E. Albertario. Retenir l'intervention des compilateurs revient à accepter une distinction stricte des régimes des tombeaux familiaux et héréditaires dans la jurisprudence sévérienne qui viendrait réaffirmer la distinction opérée plus tôt par Gaius. En revanche, si le texte est considéré comme originel, il faut comprendre que l'époque sévérienne (en particulier les dernières années de la dynastie d'après la date du rescrit) constitue le début d'une époque où le régime juridique originel des tombeaux tend à se confondre, dans la mesure où l'*hereditas* fusionne progressivement avec la notion de *familia*. Cette confusion paraît consommée dans un texte légèrement plus tardif, d'époque épiclassique qui permettrait alors d'être favorable à la seconde conclusion énoncée ci-dessus.

CJ. 3, 44, 8 *Philippus . A. Iuliae : Ius familiarium sepulchrorum ad adfines seu proximos cognatos [non heredes constitutos] minime pertinent* (a. 244)³³.

²⁹ E. Albertario, *Sepulchra...op. cit.*, p. 1-27. L'interpolation concerne le passage *sed et si familiare fuit*. Il faut noter que cette dernière proposition est substantielle car elle change radicalement la portée du texte en excluant dans le rescrit toute référence au sépulcre familial. De plus, cette interpolation implique de nier que la qualité de *familiaris* puisse avoir été traitée de la même manière que celle d'héritier, pour l'accès aux tombes dites « familiales ». A l'appui de la thèse d'Albertario, on peut considérer que la précision apportée par la partie présumée interpolée serait étrangère au contexte textuel.

³⁰ En ce sens déjà V. Scialoja, *op. cit.*, p. 173.

³¹ Voir, parmi bien d'autres, Y. Thomas, *Corpus ossa aut cineres, la chose religieuse et le commerce in Micrologus*, 7, 1999, p. 74-75.

³² Le tombeau n'est, en vertu de son régime dérogatoire au droit commun des biens, pas réputé faire partie du fonds duquel il dépend. Il ne constitue pas non plus une partie accessoire de ce dernier. Cf. sur cette question F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 133.

³³ Sur ce texte E. Albertario, *Studi di diritto romano...op. cit.* p. 9 ; M. Kaser, *Zum...op. cit.*, p. 57-58

Dans cette constitution attribuée à Philippe l'Arabe³⁴, ancien préfet du prétoire de Gordien III, la confusion entre les deux types de sépultures est nettement marquée. L'association des deux concepts distingués par Gaius appliqués cette fois sur un même type de sépulcre est décelable. Il s'agit a priori d'un tombeau familial³⁵ religieusement fondé et qui contient déjà des corps comme pourrait l'indiquer de manière implicite l'expression *jus familiarum sepulchrorum* au début du texte. D'après cette disposition, le droit de sépulture ne pourrait pas appartenir aux alliés ou aux proches cognats qui n'ont pas été institués héritiers. Cette précision sous-entend une norme de portée générale particulièrement notable : l'institution d'héritier est une condition nécessaire pour justifier du *ius sepulchrorum familiarum*, ce qui équivaut à dire que la qualité d'héritier égale celle de *familiaris* et cela revient à nier la spécificité du tombeau familial telle que la comprenait Gaius au D. 11, 7, 5. Pour rendre sa cohérence au texte, E. Albertario propose de considérer comme interpolée l'incise *non heredes constitutos*³⁶, ce qui a l'avantage de l'inscrire dans la distinction du début de l'époque classique. L'interprétation qui en résulte est celle d'un caractère assez fermé du tombeau familial dans la mesure où en sont exclus l'*adfinis*³⁷ et le *cognatus*. En considérant cette interprétation possible, le fragment peut être entendu de trois différentes manières :

Hypothèse 1. Le texte concerne uniquement les tombeaux de famille. La mention de l'hérédité résulte de l'injection maladroite des compilateurs et rend compte d'une confusion qui existe uniquement à l'époque postclassique.

Hypothèse 2. L'accès au tombeau familial est ouvert aux membres de la famille et aux héritiers du fondateur quels qu'ils soient. Cette hypothèse se fonde sur une interprétation très extensive du texte et sur le fait que la mention des cognats et des alliés est spécifique au cas soumis à la chancellerie impériale. Ainsi comprise, la disposition va à l'encontre de la dévolution agnatique habituelle de la tombe familiale, en ouvrant l'accès aux titulaires de l'*hereditas*.

Hypothèse 3. L'ouverture d'un tombeau de famille est possible, uniquement pour l'*adfinis* et le *cognatus*, si ces derniers bénéficient de la qualité d'héritiers.

Dans cette troisième hypothèse, qui pourrait être la plus vraisemblable, le fait d'être héritier permet dans certains cas de faire partie de la famille. En effet, les *sepulchra familiaria* étaient à l'origine réservés au fondateur et à ses descendants en ligne agnatique³⁸, mais une condition hybride serait admissible : il faudrait être héritier en plus d'être lié à la *familia* en tant qu'allié ou cognat. Cette disposition souligne une fusion progressive des conditions d'accès au tombeau de famille, à mi chemin entre la qualité de *familiaris* et de celle d'*heres*.

Passons maintenant à l'examen d'un texte plus tardif.

³⁴ Sur cet empereur connu pour avoir conclu la paix avec Sapor I en 244 et pour avoir fondé la ville de Philippopolis, voir C. Prickartz, *Philippe l'Arabe (244-249), Civilis princeps*, in *AC*, 64, 1995, p. 129-153. Sur la période 235-285 envisagée en tant que crise de l'Empire romain, voir l'avant propos du livre de X. Lorient et D. Nony, *La crise de l'Empire romain, 235-285*, Paris, 1997, p. 7-8.

³⁵ En ce sens M. Kaser, *op. cit.*, p. 57.

³⁶ E. Albertario, *Sepulchra... op. cit.* p. 9, considère cela comme la plus grande des évidences (voir p. 9 note 1). Cette idée serait confirmée par le fait que l'expression *heredem constituere* « non è espressione usata per l'istituzione di erede : cioè, s'intende, nelle fonti classiche » si l'on suit l'idée de Karlowa.

³⁷ L'origine du mot latin désignant la parenté par alliance (l'*adfinitas* désigne au départ la mitoyenneté) renvoie directement à l'ancienne structure de la famille et du territoire. Cf. Festus, p. 10 L. *adfinis et agris vicini, sive consanguineite coniuncti*. Cette triple articulation est pour Y. Thomas, *Mariages endogamiques...op. cit.*, p. 379, « le témoignage d'une société segmentaire de clans autogames et sédentaires ». Sur le thème de la parenté voir aussi Ph. Moreau, *Adfinitas. La parenté par alliance dans la société romaine (1^{er} siècle av. J. C. II^e siècle ap. J. C.)* in J. Andreau-H. Bruhns (dir.), *Parentés et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine. Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986*, Rome-Paris, 1990 p. 3-26 ; M. Corbier, *Construire sa parenté à Rome*, in *RH.*, 283, 1990, p. 3-36 ; M. T. Raepsaet-Charlier, *La femme, la famille, la parenté à Rome : thèmes actuels de la recherche*, in *AC.*, 62, 1993, p. 247-253.

³⁸ F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 94.

CJ. 3, 44, 13 Diocl. Maxim. : *Ius sepulchri [tam] hereditarii [quam familiaris] ad extraneos etiam heredes, familiaris autem ad familiam, etiam si nullus ex ea heres sit, [non etiam ad alium quemquam qui non heres est] pertinere potest* (a. 294)³⁹.

Dans cette constitution des empereurs Dioclétien⁴⁰ et Maximien, le *ius sepulchri* est envisagé par rapport aux deux types de tombeaux : le sépulcre familial et le sépulcre héréditaire, et ce pour envisager un élargissement très net des personnes qui auront droit au *ius sepulchri* dans un tombeau familial. Dans les deux types de tombeaux (familial et héréditaire), sont admis les postulants à l'*hereditas*, et dans le tombeau de famille, sont admis les membres de cette dernière. Pour l'accès à celui-ci, quel que soit le lien de parenté avec le fondateur (les conditions sont ici moins contraignantes que dans CJ. 3, 44, 8 où il est seulement question des agnats et des cognats), l'*hereditas* est une qualité équivalente à la parenté. Le texte ne le précise pas mais il est assez probable que les membres de la famille puissent être exclus du tombeau héréditaire s'ils n'ont pas été appelés à l'hérédité. Si l'on ne tient pas compte de l'interpolation proposée par E. Albertario⁴¹, ce texte marque la fin d'un long processus qui voit son dénouement dans une attitude remettant en cause la distinction originelle posée par Gaius en matière de *sepulchra familiaria* et de *sepulchra hereditaria*. Dans la première catégorie, la famille et les *extranei* institués héritiers ont le *ius sepulchri* et dans la seconde, il est probable que ce droit soit réservé aux seuls héritiers.

* *

*

En considérant l'ensemble des textes où il est question du régime juridique des tombeaux héréditaires et familiaux, la doctrine est arrivée, parfois sans se livrer à un examen approfondi des sources, à des points de vue divergents voire opposés.

Ainsi pour T. Mommsen⁴², les possibilités d'accession au sépulcre héréditaire sont moins contraignantes que celles qui s'appliquent à la tombe familiale. Dans la première catégorie, on accepte ceux qui composent la famille et, dans la deuxième, sont réunis la famille ainsi que les héritiers étrangers. Et l'auteur de citer comme exemple le fameux tombeau des *Cornelii Scipiones*⁴³. L'hypothèse n'est pas dénuée de sens dans la mesure où ce sont les membres de la proche famille qui sont institués héritiers le plus souvent.

V. Scialoja inverse cette interprétation. Le romaniste est frappé par un paradoxe de taille : l'analyse approfondie de l'ensemble des sources ne permet pas d'établir une réelle distinction entre les deux types de sépulcres, et pourtant il ne lui paraît pas douteux que la distinction ait une importance pratique fondamentale dans le droit privé romain⁴⁴. L'usage social qui transparait dans les inscriptions irait effectivement en ce sens. Et de préciser que, sont admis dans les sépultures familiales, la famille et les héritiers *extranei* en suivant l'idée générale que

³⁹ Sur ce texte M. Kaser, *Zum...op. cit.*, p. 58-59.

⁴⁰ Sur le règne de cet empereur, voir les références proposées par J. P. Coriat, dans sa chronique *Monde romain : histoire-droit public-droit privé* in *RHD*, 67, 1989, p. 128.

⁴¹ E. Albertario, *Sepulcra...op. cit.*, p. 1-27. Pour une autre restitution du texte voir les corrections apportées par T. Mommsen dans l'édition de P. Krüger du CJ. Une remarque critique p. 148 note 10 autoriserait la reconstruction suivante *Ius sepulchri tam hereditarii quam familiaris ad extraneos etiam heredes, familiaris autem idem Graeci : heredes familiaris, [hereditarii] autem ad familiam...*

⁴² T. Mommsen, *Zum römischen Grabrecht...op. cit.*, p. 210-216.

⁴³ T. Mommsen, *op. cit. supra*, p. 211.

⁴⁴ V. Scialoja, *Teoria...op. cit.*, p. 175 « se c'è cosa certa si è la distinzione tra le due specie di sepolcri, distinzione che doveva avere una grande importanza pratica, dato che i giureconsulti se ne occupano così a lungo ».

la qualité d'*heres* amène à faire partie de la famille. Au sein du sépulcre héréditaire, sont seulement présents des héritiers (et accessoirement certains membres de la famille qui auraient la qualité d'héritiers nécessaires comme par exemple le *filius*), mais les autres composantes de la *familia* seraient exclues⁴⁵.

E. Albertario, qui reprend une hypothèse de L. Mitteis, a tenté de rendre une cohérence au double régime des tombeaux en mettant en évidence un certain nombre d'interpolations⁴⁶. L'interprétation des textes qui en découle conduit à rejeter toute possibilité d'évolution dans les conditions d'accès aux tombeaux. Celles-ci suivraient rigoureusement, et ce pendant toute l'époque classique, la règle imposée par le fondateur substantiellement reprise par Gaius. Les modifications apportées à ce double régime seraient donc essentiellement postclassiques et dateraient au moins du 4^{ème} siècle.

Les interpolations proposées par E. Albertario sont acceptées, de manière générale, par son maître P. Bonfante, qui indique que la fusion des deux types de sépulture (familiale et héréditaire) est due à l'action de Justinien⁴⁷. Très logiquement, la distinction posée par Gaius se serait maintenue tout au long de l'époque classique, l'auteur acceptant aussi la double définition du tombeau héréditaire donnée par Ulpien au D. 11, 7, 6⁴⁸.

Cette orientation interpolationniste est globalement suivie par M. de Dominicis⁴⁹, qui indique que le *ius sepulchri familiaris* appartient indistinctement à tous les membres de la famille entendue au sens romain, qu'ils soient ou non héritiers. Les sépulcres héréditaires sont réservés aux héritiers ou acquis *iure hereditario*. Le nouveau système mis en place par Justinien signera le glas du modèle typiquement romain de la tombe familiale quand la qualité d'héritier sera assimilée à la position de *familiaris*.

F. de Visscher⁵⁰ accepte toutes les interpolations proposées par E. Albertario, sans pour autant en arriver systématiquement aux mêmes conclusions, et il nie donc globalement toute modification classique de ce double régime sépulcral. L'exposé de l'auteur n'induit pas une différence significative entre *sepulcra familiaria* et *sepulchra hereditaria*. La nuance réside, pour l'essentiel, dans le fait que le fondateur peut vouloir exclure du tombeau les héritiers étrangers. En outre, suivant l'exposé du savant belge, cette distinction correspond à une forme « institutionnalisée » des multiples variantes sépulcrales offertes au fondateur, pour ouvrir ou non un tombeau aux personnes de son choix. En somme, le fondateur peut admettre qui bon lui semble dans le tombeau : parents, héritiers, amis ou encore affranchis.

A la même époque, F. Fabbrini indique que la sépulture familiale est plus ancienne que la sépulture héréditaire. Le tombeau héréditaire se développe surtout à l'époque impériale. La tutelle du tombeau familial n'est pas assurée par les règles du droit classique et le dernier des membres de la famille peut le léguer par testament à un étranger : ainsi la tombe familiale peut devenir un tombeau héréditaire. Cela rejoint l'idée d'Ulpien qui indiquait que le sépulcre héréditaire était susceptible d'être acquis par voie successorale⁵¹. Le romaniste ne se prononce

⁴⁵ V. Scialoja, *Teoria...op. cit.*, p. 175.

⁴⁶ E. Albertario, *Sepulchra...op. cit.*, p. 1-27, en particulier p. 8-11.

⁴⁷ P. Bonfante, *Corso...*, 6, *op. cit.*, p. 140-141, p. 140 « Il problema è stato chiarato ai nostri giorni, per opera del Mitteis e del mio discepolo Albertario ».

⁴⁸ Voici très brièvement les conclusions d'Albertario, *Sepulchra...op. cit.*, p. 26 « Sepolcri famigliari : quelli che *quis sibi familiaeque suae constituit* (e rientrano nella *familia* il coniuge, i *filiisfamilias*, i *liberti*). Sepolcri ereditari : quelli che *quis sibi heredibusque suis constituit* o che *iure hereditario adquisiit* ».

⁴⁹ M. de Dominicis, *Il « ius sepulchri » nel diritto...op. cit.* in, *Scritti Romanistici*, p. 199 (cette étude se trouve aussi dans la *RIDA*, 13,1966, p. 177-204). L'auteur se fonde aussi sur d'autres sources pour appuyer sa distinction : D. 37, 10, 11 et D. 29, 2, 20, 5.

⁵⁰ F. de Visscher, *Le droit des tombeaux romains*, p. 94-97, surtout p. 96.

⁵¹ F. Fabbrini, *res divini iuris...op. cit.*, p. 556. « i sepolcri ereditari si sviluppano soprattutto in età imperiale : molti destinavano per testamento un terreno ad una corporazione per la sepoltura dei membri di questa (così nacquero i cimiteri cristiani) o ad una colonia o ad un municipio, e comunque ad estranei ». Il semblerait plutôt que les tombes héréditaires existassent déjà à l'époque de la République comme il a été rappelé

pas sur la question des interpolations admises en général par l'école italienne au début du XX^{ème} siècle.

A travers plusieurs contributions, G. Longo s'est intéressé à la question. Dans un compte rendu très exhaustif de l'ouvrage de F. de Visscher⁵², il adhère, en grande partie, à la thèse exposée par le savant belge⁵³, même s'il considère que l'auteur remet en cause au moins en partie la portée de l'exégèse soutenue par Albertario, en indiquant que certaines interpolations mises en évidence par ce dernier n'ont pas de caractère substantiel⁵⁴. Enfin, dans un article de synthèse⁵⁵, G. Longo met en évidence que le régime des tombeaux est basé sur la volonté du fondateur qui choisit l'affectation du *sepulchrum*. Il est ainsi possible d'ouvrir les *sepulchra hereditaria* à un membre de la famille.

Vers le milieu des années 70, dans une étude novatrice, C. Bedushi est le premier à remettre en cause les thèses interpolationnistes de ses prédécesseurs⁵⁶. D'après lui, il n'existe aucun indice d'une quelconque réforme justinienne au sujet des deux types de sépulcres, bien que le droit de la famille et des successions ait été largement remanié à cette époque. La prétendue rupture avec l'époque postclassique est aussi contredite par la propension plutôt conservatrice de la chancellerie de Dioclétien⁵⁷. A son avis, la doctrine interpolationniste aurait aussi eu tort

plus haut. Dans le texte de Cicéron, *De leg.*, 2, 55, il est question de *gens* et non de *familia*. L'auteur indique, en se basant sur ce principe, que l'appartenance à la *gens* (*nomen gentilicium*) est une condition pour accéder au sépulcre familial. D'autre part, si l'on suit son exposé, le romaniste affirme « La destinazione di un sepolcro alla sola famiglia non era tutelata da sanzioni precise, e del resto poteva in seguito trasformarsi in sepolcro ereditario, ove l'unico familiare superstite lo lasciasse in testamento ad estranei ». Cette possibilité va complètement à l'encontre de la volonté du fondateur, car le tombeau de famille achève sa fonction avec l'intromission du dernier des descendants. Ce dernier possède un droit personnel sur le tombeau dont il ne peut pas disposer pour autrui dans la mesure où ce droit ne fait pas partie de l'*hereditas* (qu'il soit ou non extra patrimonial). D'un autre côté, le *ius civile* ne propose aucune sanction pour celui qui déroge à la volonté du fondateur dans la mesure où il n'est pas fait entrave à la fonction sépulcrale de la tombe. Une hypothèse vient immédiatement à l'esprit. Plutôt que de laisser s'éteindre les *sacra familiaria*, le dernier des membres de la famille peut, au mépris de la volonté du fondateur mais dans le but de faire perdurer le culte familial des morts, léguer une place dans le tombeau à un héritier. Ce dernier devra, en contrepartie, s'acquitter de la charge des *sacra*. Il convient aussi de noter que dans le domaine funéraire, certaines obligations résultant de fidéicommiss ont été acquittées car elles reposaient, non sur une sanction du droit, mais sur un engagement de nature morale et religieuse. Ces fidéicommiss « hybrides » peuvent être détectés en confrontant les sources juridiques aux sources littéraires. Voir sur cette question : O. E. Tellegen-Couperus-J. W. Tellegen, *Le caractère hybride du fideicommiss romain* in *Mélanges F. Sturm*, Liège, 1999, p. 453-476, en particulier les conclusions de cette étude, p. 475-476 qui mettent en évidence la double application de la *fides* romaine : d'une part, en tant que notion juridique (*bona fides*, respect de la parole donnée) et en tant précepte moral et religieux qui rejoint la *pietas* familiale. Sur la *fides*, voir la notice de A. Nicoletti in *NNDI*, 7, Turin, 1957, p. 293-294 (avec bibliographie).

⁵² G. Longo, *De Visscher F., Le droit des tombeaux romains* (Milano, Giuffrè, 1963) in *Iura*, 15, 1964, p. 342-352, en particulier p. 347-349.

⁵³ G. Longo, *op. cit.*, p. 347.

⁵⁴ Voir à ce sujet les remarques de l'auteur : G. Longo, *Sul diritto sepolcrale...op. cit.*, p. 146-148.

⁵⁵ G. Longo, *Le droit funéraire romain...op. cit.*, p. 637-638.

⁵⁶ C. Bedushi, *Hereditatis aditio*, 1, *op. cit.*, p. 97-103. L'auteur repousse l'idée d'une définition double du sépulcre héréditaire p. 105 : « è quindi molto più verosimile che Ulpiano alludesse realmente alla distinzione fra sepolcri familiari e sepolcri ereditari ». Selon ses dires, la distinction entre la tombe familiale et la tombe héréditaire revêt un caractère paradigmatique.

⁵⁷ Sur cette législation, les travaux faisant autorité sont ceux de M. Amellotti, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milan, 1960. Il est désormais connu que cet Empereur a fait de nombreuses réformes sur le plan économique, monétaire et fiscal. Sur ces points les contributions anglo-saxonnes sont pléthores : cf. par ex. C. H. V. Sutherland, *Denarius and Sestertius in Diocletian's Coinage Reform* in *JRS*, 51, 1961, p. 94-97 ; E. Karajovic, *Diocletian's Tax Policy (The Capitatio-Iugatio System)* in *Orbis Iuris Romani*, III, 1997, p. 19-30 ; F. Lot, *Nouvelles recherches sur l'impôt foncier et la capitatio personnelle sous le Bas-Empire*, Paris, 1955, p. 9-48 sur la réforme de l'impôt foncier ; J. C. Mann, *The Creation of Four Provinces in Britain by Diocletian in Britannia*, 29, 1998, p. 339-341. M. Amellotti, *op. cit. supra*, p. 51-84 a largement mis en évidence le caractère classique de la législation de Dioclétien en tant qu'élément positif de l'action politique, après avoir âprement discuté les thèses traditionnelles de Taubenschlag, d' Albertario ou

de trop s'appuyer sur la documentation épigraphique. Et sur ce point, les idées de l'auteur sont particulièrement audacieuses⁵⁸ : les clauses, dans les inscriptions témoigneraient de la crise de la dévolution familiale des sépulcres. Les interdictions d'introduire un corps non désiré dans un sépulcre, suivant son régime juridique, seraient inutiles si le droit protégeait efficacement l'accès au tombeau. Sur ce plan, les thèses de l'auteur sont un peu excessives. L'existence des mentions portant défense expresse d'aliéner ou d'introduire un corps étranger ne sont pas, de manière incontestable, le témoignage de l'inexistence d'une sanction du droit. L'*actio de sepulchro violato* trouve à jouer en bien des domaines, même s'il est vrai que le défunt fondateur doit beaucoup compter sur la bonne volonté du membre de la famille, lequel ne sera pas inquiété par le droit s'il enterre un étranger dans le sépulcre. Il semble évident de ne pas sous-estimer la nature fondamentalement morale et religieuse de l'engagement qui lie le vivant au défunt dans le cadre funéraire. Il faut souligner que les litiges concernant l'intromission d'un corps étranger dans un sépulcre sur lequel le défunt n'avait aucun droit sont excessivement rares dans le Digeste, en proportion de la multitude de tombes fondées à l'époque classique. Il faut donc raisonnablement croire que les dispositions voulues par le fondateur étaient globalement bien respectées. Si, parfois, elles ont pu être rompues, c'est sans doute pour des cas de force majeure. Lorsqu'il fallait maintenir les *sacra*, le dernier des membres de la famille pouvait en charger un héritier étranger qui pouvait, en échange, bénéficier d'une place dans le tombeau.

Les inscriptions sont surtout un prisme réducteur pour observer les précises précautions des Romains devant la mort et la méticulosité qu'ils avaient à organiser leur vie dans l'au-delà⁵⁹. Les mentions sur les inscriptions se sont rien de plus que le prolongement réduit des volontés et de la *potestas* des testateurs dans le domaine funéraire. Elles n'ont pas force de loi et les différences de formulation d'un sépulcre à l'autre mettent à mal la rigueur lexicale du droit. Les inscriptions ne relèvent pas non plus directement du « sakralrecht » comme le croit R. Düll⁶⁰, même s'il est possible que les défunts comptent parfois sur la crainte superstitieuse de leurs contemporains et sur la compétence pontificale pour faire respecter leurs volontés⁶¹.

encore de Schönbauer. L'auteur conclut aussi (p. 153-154) « le innovazioni diocleziani che l'analisi testè condota sul diritto di famiglia ha messo in rilievo non presentano carattere rivoluzionario, tale da sconvolgere la struttura degli istituti ».

⁵⁸ C. Beduschi *op. cit.*, p. 99-105.

⁵⁹ Voir, encore une fois, le testament du Lingon, cf. P. Sage, *Le testament...op. cit.*, p.19-22 qui contient de remarquables données sur les matériaux qui doivent être utilisés pour l'édifice funéraire ou sur les rations alimentaires à donner aux jardiniers qui doivent entretenir le jardin funéraire. On y trouvera également beaucoup de renseignements sur les rites funéraires (le Lingon veut être enterré avec son équipement de chasse et divers objets, cf. II, 23-28). On trouve aussi des précisions dans le codicille de Popilius Heracla gravé sur un monument funéraire du second siècle de notre ère. Après les traditionnelles initiales *D(is) M(anibus)*., P. Heracla charge ses héritiers de lui construire un *monumentum* au Vatican, près de celui d'Ulpius Narcissus. D'autres renseignements viennent ensuite sur le paiement de l'édifice ou encore la charge des sacrifices. Pour une analyse de ce précieux document, voir F. de Visscher, *A propos d'une inscription nouvellement découverte sous la basilique Saint- Pierre in AC*, 15, 1946, p. 121 sq. L'analyse est reprise, avec quelques nuances, dans *Le droit des tombeaux romains...op. cit.*, p. 300-309. Plus récemment, voir O. E. Tellegen Couperous-J. W. Tellegen, *Le caractère hybride du fidéicommiss romain in Mélanges F. Sturm*, 1, Lausanne-Liège, 1999, p. 451-476, l'analyse est pointue et discute abondamment tous les problèmes posés par le document à travers une analyse très scrupuleuse de la doctrine.

⁶⁰ R. Düll, *Studien zum römischen..op. cit.* 2, p. 166-177, en particulier p. 172-176 (III "Das Inscriptionsrecht als Sakralrecht").

⁶¹ Les textes qui fixent les compétences des Pontifes en la matière sont assez rares. Voir tout de même *CIL*, VI, 10284= *ILS Dessau*, 7947=*FIRA*, 3, n°82 c *Pelagiorum./ Hoc monumentum cum cohaerenti/ aerola et duabus in gamma porticibus./ superposito cubiculo solario, triclinio./ ne quis a nomine nostro alienare audeat./ neve in eo corpus extraneum inferri patiatur./ alioquin sit facultas cuiumque ex familia/ nostra adeundi per querellam pontifices/ c(larissimo) v(iros), quorum de ea re notio est./ et poenam hs L (sestertium quinquaginta) m(illium) n(ummum) arcae/ collegii eorum/ inferendorum exsequendi.* Pour la datation de l'inscription voir T. Mommsen, *RStR*, 2,1, 1887, p. 71 note 4. Le savant affirme, sans se justifier, que l'inscription daterait du IIIème

Comme l'a bien souligné A. Parrot, les malédictions ont connu un développement considérable dans l'épigraphie romaine⁶².

A. Palma s'est exprimé assez récemment sur la question dans un important article de synthèse⁶³. Il constate que les sources sont ambiguës et que cela est très vraisemblablement le fruit de la probable intervention des compilateurs qui se seraient, d'une manière générale, trop inspirés de la distinction opérée par Gaius. Leur intervention résulterait du caractère extra patrimonial du *ius sepulchri*, en connexion avec le culte familial. En somme, la distinction entre les deux types de sépulcres viendrait de l'époque justinienne où la famille est un organe domestique et non plus une structure agnatique. L'auteur souligne que l'exclusivité familiale d'une tombe est une qualité qui ne reçoit aucune garantie juridique. C'est alors au seul fondateur de prendre des dispositions pour assurer la destination particulière du tombeau. Les sépultures héréditaires sont, en revanche, plus protégées dans la mesure où elles relèvent de la norme du *ius civile* qui règle la transmission héréditaire⁶⁴. Les deux types de *sepulchra* pourraient être différenciées « sulla base del regime conseguente al diverso titolo di acquisto e non per oggettive condizioni giuridiche »⁶⁵.

* *
*

Une nouvelle lecture des sources autoriserait donc à remettre sérieusement en cause les conclusions de la doctrine, souvent considérées comme acquises, et selon laquelle la distinction juridique entre les tombeaux héréditaires et les tombeaux de famille s'est maintenue tout au long de l'époque classique.

L'étude minutieuse des textes permet de voir un peu plus clair sur l'évolution de la distinction qui, telle qu'elle apparaît dans les textes juridiques classiques, présente des évolutions. Elle est très marquée dans l'oeuvre de Gaius et cette séparation assez nette est sans doute très ancienne et donc antérieure au jurisconsulte. La manière dont elle est exprimée atteste que cette différenciation est assimilée par le droit qui permet, grâce à ses mécanismes de distinction entre la *familia* et l'*hereditas*, de déterminer clairement les conditions d'accès au tombeau. Du reste, le peu de précisions que nous avons pour cette époque ne permet pas d'évaluer les règles procédurales et les difficultés juridiques que pose cette dichotomie. Ce qui est sûr, c'est que les possibilités laissées au choix du fondateur pour la fondation du sépulcre correspondent à des extensions sociales de certaines notions juridiques. Les

s. Certains ont pensé que *Pelagiorum* au début du texte aurait pu faire référence à un *collegium* : voir G. B. de Rossi, *I collegii funeraticii famigliari e privati e le loro denominazioni*, in *Commentationes philologicae in honorem Theodori Mommseni*, Berlin, 1877, p. 705-711. Dans cette disposition, l'interdiction résulte de la *potestas* du ou des fondateur (il y a peu de mentions à ce sujet dans le texte) et la mention des Pontifes n'est que subsidiaire : il s'agit de l'autorité compétente que peut saisir un membre de la famille, en cas d'atteinte à la loi sépulcrale privée attachée au tombeau. Mais on voit assez vite les limites de cette compétence. Si aucun membre de la famille ne se plaint, les Pontifes ne peuvent intervenir, même si la volonté du fondateur n'est pas respectée. Il est donc tout à fait possible techniquement, d'après cette inscription, que le dernier membre de la *familia* lègue le tombeau à qui bon lui semble. La surveillance des Pontifes par rapport aux *leges privatae* qui concernent les tombeaux ne prend un sens que par rapport à des dispositions privées et non par rapport à une *lex publica* de nature religieuse. Il est par ailleurs assez curieux que l'amende soit versée dans la caisse du collège puisque le droit religieux n'est pas véritablement en cause lorsqu'un corps étranger est introduit dans la sépulture. En effet, il n'est pas porté atteinte à la fonction sépulcrale du tombeau. Il serait assez logique que l'amende profite à la famille qui est seule lésée par cette intromission. Suivant cette idée, il est possible que les Pontifes puissent reverser une partie de l'amende perçue à la *familia* ou au fondateur du tombeau en cas d'atteinte à la *lex privata* qui régit ce dernier.

⁶² A. Parrot, *Malédictions et violations de tombes*, Paris, 1939, p. 153-164.

⁶³ A. Palma, *Sepulcro...op.cit.*, p. 4-8.

⁶⁴ A. Palma, *op.cit.*, p. 6.

⁶⁵ A. Palma, *op.cit.*, p. 6.

formules, dans les inscriptions sépulcrales, exposent la pleine mesure de l'autonomie laissée au créateur du tombeau pour en ouvrir l'accès à qui bon lui semble. En somme, c'est le développement de la notion juridique de l'*hereditas*, associée à la volonté du fondateur, qui permet la fondation de la tombe héréditaire. La tombe de famille est plus typique de l'usage romain et dérivée du tombeau gentilice, cette forme de tombeau est donc antérieure au sépulcre héréditaire. C'est la forme qui a trouvé pendant longtemps la faveur des Romains. Elle qui sera complétée par le modèle héréditaire destiné à accueillir les héritiers externes à la famille, ceux à qui on veut offrir une dernière demeure et qui sont exclus par nature du tombeau familial. A l'époque sévérienne, cette distinction reprise par Ulpien semble acquise et connue, dans la mesure où le jurisconsulte s'attache à mettre en évidence certaines modalités d'accès à ces tombeaux et à trancher certains cas particuliers pouvant naître de l'usage social. Malgré les efforts du jurisconsulte, l'ancienne distinction de Gaius se retrouve de manière indistincte dans son exposé. La confusion résulte, très certainement de la superposition de la qualité d'héritier et de *familiaris* pour une même personne. Elle s'affirme aussi dans des constitutions impériales (CJ. 3, 44, 4) à la même époque. Au milieu du III^{ème} s., les conditions d'accès à la tombe familiale s'élargissent aux cognats et aux alliés qui sont déclarés héritiers. Cette confusion est confirmée et devient totale à la fin de l'époque classique : la qualité d'héritier est une condition suffisante pour avoir accès au tombeau de famille. A l'aube de l'époque postclassique, on est donc assez loin du fameux principe énoncé par Cicéron qui indiquait l'interdiction d'enterrer *extra sacra gentem*⁶⁶. Ainsi, au cours de l'époque classique, l'assimilation de la qualité d'héritier à celle de membre de la famille a permis d'ouvrir la tombe familiale à des personnes qui en étaient traditionnellement exclues. A long terme, cela aboutira à l'extinction d'une distinction juridique qui n'avait plus vraiment de sens.

Mais considérer l'évolution présente au sein des sources juridique est une chose, en donner les raisons en est une autre et les sources nous donnent bien peu d'indices pour expliquer cette évolution. Sauf ignorance grossière, on ne trouve pas véritablement d'explication d'ensemble précise dans les diverses analyses doctrinales, qu'elles se réclament ou non de l'école interpolationniste. On conviendra qu'il est très difficile - si l'on se place dans l'optique de cette école - de trouver un sens véritable à la confusion du régime de nos deux types de tombes à l'époque de Justinien. L'explication de la fusion progressive des régimes juridiques des tombeaux familiaux et héréditaires est délicate mais une hypothèse, qu'il faut sans doute bien se garder de considérer comme sûre, mérite d'être émise. Partons d'un postulat déjà formulé. La sépulture est un véritable support religieux privé et institué pour pérenniser un nom, une famille, une composante de la société romaine. Cette mise en œuvre dépend de deux éléments qui sont particulièrement liés : la *voluntas* du testateur et le nécessaire respect de la *religio* des morts qui inclut concrètement le maintien des *sacra* au sein d'un groupe social défini. A l'examen, la volonté du fondateur n'a d'autre enjeu véritable que de sélectionner pour l'accompagner dans le trépas ceux qu'il considère comme dignes pour rendre le culte de leur vivant et le transmettre dans les meilleures conditions possibles⁶⁷.

Ainsi, qu'il s'agisse de tombeau familial ou de son ancêtre le tombeau gentilice, il s'agit de garantir la pureté des *sacra* qui devaient rester dans le cercle de la famille⁶⁸ - principe que le *mos maiorum* tenait pour essentiel - et, avant cela, de la *gens*. L'exclusion de certains

⁶⁶ Le principe est rappelé par O. Robinson, *The Roman Law of Burial and Burial Grounds in The Irish Jurist*, 10, 1975, p. 175-186, p. 177-178.

⁶⁷ On doit ici apporter une précision : le *ius sepulcri* considéré ou non en tant que composante de l'*hereditas* représente de toute manière une partie infime de l'héritage et son enjeu financier est tout particulièrement négligeable.

⁶⁸ En ce sens, A. Palma, *op. cit.*, p. 6 et aussi U. Zilletti, *sacra...op. cit.*, p. 305.

étrangers correspond sans aucun doute à la volonté du fondateur de maintenir ce culte dans la famille, pour motifs religieux. C'est cette raison essentielle qui prime et qui conduit à exclure les étrangers du bénéfice de la tombe, car ceux-ci mettent en péril la pureté des *sacra familiaria*. Il ne s'agit pas, sauf cas exceptionnel, d'exclure arbitrairement telle ou telle personne. L'interdiction du tombeau à certains individus jugés indignes rejoint très certainement cette attitude : le fondateur de les considérerait pas capables de remplir de manière correcte les obligations religieuses dues aux défunts.

A partir de la norme pontificale *sacra cum pecunia* rapportée par Cicéron, les choses changent et les conditions sont favorables à l'essor du sépulcre héréditaire. Le fondateur va prévoir un tombeau pour lui et ses héritiers, avec la certitude que ceux-ci perpétueront le culte funéraire car ils en auront les moyens financiers.

Le fait de confondre nos deux types de sépulture était sans doute inéluctable, car elles poursuivent le même but : perpétuer, dans les meilleures conditions la religion funéraire privée d'un groupe social donné. Cette assimilation a été favorisée pour deux raisons. La première est la confusion de la qualité d'héritier et de *familiaris* pour une même personne. La seconde est la possibilité pratique, pour le dernier des membres de la famille, de « léguer » le tombeau familial à l'*heres*, afin que ce dernier perpétue le culte familial. Là encore, il s'agit d'instituer la continuité des *sacra* d'une manière ou d'une autre. Cela conduit à aller à l'encontre de la volonté initiale du fondateur mais cette possibilité se justifie aisément pour *causa religionis*. D'ailleurs, le *ius civile* ne s'est jamais donné les moyens de sanctionner de telles pratiques qui vont dans le sens de l'idéologie funéraire romaine. Le sépulcre familial devient alors héréditaire. Cette pratique est validée par Ulpien au D. 11, 7, 6, qui indique que le tombeau héréditaire est celui qui s'acquiert par succession. Il est hors de doute que la *causa religionis* puisse être une raison suffisante pour porter atteinte à la volonté initiale du fondateur. Il faut préciser qu'un *responsum* de Modestin⁶⁹ permet à l'héritier de déroger aux volontés du testateur, lorsque ce dernier désire être déposé dans la mer après son décès, plutôt que d'être enseveli suivant les rites ancestraux. Cette dérogation s'entend par rapport aux préceptes religieux et au devoir moral d'inhumer protégé par le Préteur.

Les confusions qui peuvent être relevées dans les sources juridiques résultent de l'usage social de maintenir à tout prix le culte funéraire et ce, même si cela aboutit à changer le régime juridique initial voulu par le fondateur du tombeau. A long terme, c'est logiquement le régime familial, caractéristique des habitudes des Romains et plus exigeant du point de vue des conditions d'accès, qui est sacrifié dans la fusion des deux types de tombeaux⁷⁰.

⁶⁹ Modestin, *lib. 8 res. D. 28, 7, 27 Quidam in suo testamento, heredem scripsit sub tali condicione, si reliquias ejus in mare abjiciat. Quaerebatur, cum heres institutus conditioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate? Modestinus responsit : Laudendus est magis, quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare, secundum ipsius voluntatem abjecit : sed memoriae humanae conditionis sepulturae tradidit. Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui tamen conditionem posuit, neque compos mentis esset. Igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi.* La fin du texte est particulièrement représentative des habitudes sociales. On connaît bien les problèmes posés par la sépulture des noyés qui ne pouvaient pas être déposés *sub terram* puisque qu'on ne pouvait pas disposer de leur corps. Le grand Pontife Q. M. Scaevola indiqua néanmoins que la famille n'encourait pas de punition *postmortem* car le noyé n'était pas, à proprement parler « sur le sol ». Cf. D. Porte, *Le prêtre à Rome*, Paris, 1995, p. 141-144, surtout p. 142. Si l'on considère les idées religieuses associées au noyé, et par extension à tout cadavre jeté à la mer, qui touchent par essence aux *insepulti*, on comprend parfaitement bien que Modestin s'interroge sur la santé mentale ou le bon sens d'un testateur dont les dernières volontés sont de voir sa dépouille jetée en mer.

⁷⁰ Cela est fort justement relevé par F. de Visscher, *Le droit...op. cit.*, p. 94 : « c'est le régime du tombeau de famille qui se trouve seul sacrifié, puisqu'au regard de celui-ci l'hérité représente un titre équivalent à la parenté, tandis que l'accès aux tombeaux héréditaires demeure pour les descendants en principe subordonné au fait d'avoir été appelés à l'hérité ».

Cette explication permet écarter de manière définitive les thèses interpolationnistes car les textes, si confus soient-ils, rendent compte indirectement d'une situation sociale dont la cohérence échappe à toute catégorisation juridique. Il ne serait pas inopportun de pousser le raisonnement plus loin : la distinction énoncée au II^{ème} siècle de notre ère par Gaius au D. 11, 7, 5 est claire, presque trop d'ailleurs, et rappelle par sa formulation les exposés de l'auteur aux *Institutes*⁷¹. Une vision aussi rigide et tranchée sur un problème aussi complexe laisse croire qu'il s'agit de l'extrait d'un texte plus complet que les compilateurs n'ont pas conservé, en voulant privilégier l'insertion dans la compilation de ce qui semblait être une norme claire et exploitable. Il ne serait alors pas exclu que la distinction aussi nettement énoncée par Gaius ne soit pas très représentative des institutions du Haut-Empire. La fusion des deux types de sépulcre pourrait avoir commencé assez tôt et peut-être avant le II^{ème} s. n. è.

Ainsi, il faudrait considérer que la construction juridique *familia-hereditas* n'avait pas les ressources nécessaires pour prendre en compte les subtilités du maintien indispensable des *sacra*. La *causa religionis*, qui permet en droit funéraire de déroger au *rigor iuris*, a inexorablement anéanti la distinction entre les sépulcres héréditaires et familiaux au cours de la période classique. Il est assez notable que les textes ne fassent jamais état de ce paramètre religieux et fondamental, mais cela ne doit pas étonner outre mesure. Dans un article de fond sur le droit funéraire, Y. Thomas⁷² indiquait avec une infinie clairvoyance, qu'« à Rome, le droit et les lois n'étaient en rien un mode d'expression de tels tabous (l'auteur fait référence en général aux préceptes sociaux et religieux concernant les morts). Ils étaient, au contraire, un instrument pour les déplacer, pour les transformer en technique de gestion patrimoniale. L'attention s'y concentrait plutôt sur les *res* de statut religieux, dans les limites desquelles la religion des morts avait été convertie en régime des biens ». Il est possible d'aller plus loin dans ce constat : bien plus que se distancier du religieux, le droit romain l'a parfois ignoré. Les juriconsultes ont construit des catégories juridiques de sépultures, à partir de concepts propres au droit, en ignorant l'enjeu social du tombeau, de nature infiniment religieuse. De nos deux formes de tombeaux, il ne restera dès lors plus que le sépulcre héréditaire, dont le régime juridique est mieux inséré dans le contexte normatif qui régleme la succession. D'un point de vue religieux, c'est donc le principe de la perpétuité des *sacra* qui primera sur celui de la « pureté » du culte familial.

Arnaud Paturet

⁷¹ Bornons-nous à renvoyer pour exemple aux premières dispositions du *commentarius secundus*, cf. Gaius, 2, 2-10.

⁷² Y. Thomas, *Corpus ossa...op. cit.*, p. 111 *in fine*-112.