



Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<https://www.forhistiur.net>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Stephan Dusil (Tübingen)

Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina (Zürich)

Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)

Prof. Dr. Martin Schermaier (Bonn)

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)

Prof. Dr. Andreas Thier M.A. (Zürich)

21. 09. 2021

© 2021 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<https://forhistiur.net/2021-09-navarra/>

ISSN 1860-5605

Marialuisa Navarra*

La marque du condamné. *Arnould Bonneville de Marsangy et le droit romain.*

Abstract

The essay examines the use of Roman legal texts, regarding the mark imprinted on the body of the condemned ones, by Arnould Bonneville de Marsangy, high magistrate and eminent French criminalist of the nineteenth century, author of the first modern treatise on recidivism. The analysis leads to the conclusion that the function, primary and exclusive, of ascertaining the recidivism that Boneville attributes to the mark has no source-based evidence to support it.

Abstract

L'essai examine l'usage des textes juridiques romains, relatifs à la marque imprimée sur le corps des condamnés, que fait Arnould Bonneville de Marsangy, haut magistrat et éminent criminaliste français du XIX^e siècle, auteur du premier traité moderne sur la récidive. L'analyse conduit à la conclusion que la fonction, première et exclusive, de constatation de la récidive que Boneville attribue à la marque n'est pas confirmée par les sources.

1. – Arnould Bonneville de Marsangy, né à Mons en 1802 et décédé à Paris en 1894, a été salué par certains comme un précurseur de la criminologie moderne¹. Non seulement ce haut magistrat a exercé une forte influence sur la législation pénale française de la seconde moitié du XIX^e siècle, mais encore, sur le plan scientifique, il peut être considéré comme l'auteur du premier traité moderne sur la récidive. 1

Son ouvrage, publié à Paris en 1841 dans une version encore incomplète, parut trois ans plus tard, en 1844, dans une version aboutie, sous le titre éloquent « *De la récidive ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction à la loi pénale* ». 2

Après l'introduction de la notion générale de récidive (articles 56 à 58) dans le Code pénal de 1810, le débat s'était enflammé, tant sur le plan politique que sur le plan scientifique, entre les partisans de l'abolition de l'institution, minoritaires, et ceux de son maintien. Parmi ces derniers, on comptait Bonneville, pénétré de l'idée que la peine devait être personnalisée, en d'autres termes que le châtement devait être tout à la fois proportionné à la gravité objective de la faute pénale commise et adapté à la personnalité du délinquant, laquelle était révélée par son passé pénal². Un passé qui pèse négativement dans le cas du « récidiviste », terme vraisemblablement forgé par Bonneville lui-même³. 3

* Professeur ordinaire de droit romain - Université de Pérouse (Italie). Je remercie vivement Madame Huguette Jones, Professeur ordinaire émérite de l'Université libre de Bruxelles, pour sa relecture linguistique attentive de la présente contribution.

¹ Voir A. NORMANDEAU, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894). Un précurseur de la criminologie moderne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (1967/1) 385 ss., paru ensuite sous le titre *Pioneers in Criminology : Arnould Bonneville de Marsangy, 1802-1894*, in *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 60/1 (1969) 28 ss. ; S. RUOPOLI-CAYET, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894). Un précurseur de la science criminelle moderne*, Paris 2002. Notices biographiques in C. ELEK, *Le casier judiciaire*, Paris 1988, 13 s.

² Sur le principe de l'individualisation de la peine dans l'œuvre de Bonneville et son influence sur la criminologie moderne, voir A. NORMANDEAU, *Pioneers in Criminology* cit., 31., ainsi que S. RUOPOLI-CAYET, *Arnould Bonneville* cit., 445 ss.

³ Voir à ce propos SIMON A. COLE, *Suspect identities. A history of fingerprinting and criminal identification*, Cambridge Mass. 2001, 15. Cette hypothèse trouve sans doute une confirmation dans le « *Dictionnaire historique de la langue*

L'objectif déclaré de notre auteur est d'enrayer le phénomène de la récidive pour sauvegarder la sécurité publique⁴. Bonneville considère comme indispensable que le juge puisse disposer des précédents pénaux du délinquant⁵, afin de pouvoir, compte tenu du délit commis et de la personnalité de son auteur, augmenter la peine, ou, au contraire, l'alléger. 4

Dans l'introduction de son étude, Bonneville insiste particulièrement sur ce point. Et l'explication en est simple : en 1832, avait été réintroduite l'interdiction d'apposer une marque au fer rouge sur le corps des condamnés. Le code pénal de 1791, imprégné de la philosophie du siècle des Lumières et, par conséquent, en rupture complète avec le système pénal de l'Ancien Régime, avait supprimé la marque au fer de ses dispositions. Napoléon l'avait cependant réintroduite dans son Code pénal de 1810⁶. Son abrogation définitive en 1832 pose donc la question des moyens d'identification judiciaire des délinquants. La solution sera le casier judiciaire que, précisément, Bonneville concevra et proposera en 1848, et qui sera institutionnalisé deux ans plus tard en France⁷, devenant au demeurant un modèle pour les ordonnancements juridiques des États européens modernes. 5

Dans le traité « *De la récidive* », l'idée du casier n'est pas encore aboutie, mais on y trouve déjà certains éléments de son organisation future, idée née, comme nous l'avons souligné, de la nécessité de trouver un moyen alternatif à la marque au fer, désormais abolie, pour en assumer la même fonction. 6

2. – Dans l'édition de 1844, Bonneville a ajouté la troisième et dernière partie de son traité, définie par lui-même comme la plus importante de son œuvre. Là, au premier chapitre, l'éminent magistrat et criminaliste dédie un long *excursus* historique à la répression de la récidive en droit romain⁸, qui représente un exemple étonnant de l'usage des textes juridiques romains auxquels Bonneville lie la nécessité pérenne de disposer d'un moyen efficace de constatation de la récidive. 7

C'est de cet aspect particulier de son œuvre que la présente contribution entend traiter. 8

L'intérêt de cet *excursus* est évident et double. En premier lieu, il montre le poids, trop souvent sous-estimé, de la tradition romanistique en matière pénale, et, dès lors, pas seulement en matière civile, comme il est patent. Ensuite, il offre l'occasion de réexaminer les sources romaines relatives à 9

française », Le Robert, Paris 1998, 3112, qui date de 1845 le premier usage du terme en tant que nom (et 1847 en tant qu'adjectif), soit exactement un an après la publication de la monographie complète de Bonneville.

4 Sur le principe de la sécurité publique chez Bonneville, voir A. NORMANDEAU, *Pioneers in Criminology* cit., 28 ss.

5 Bonneville identifie la méconnaissance du passé pénal de l'inculpé et l'abus des circonstances atténuantes comme les principales causes de l'augmentation du nombre de récidivistes. Voir à ce propos M.-Y. CREPIN, *La perpétuité ou le désespoir du coupable*, in *Le temps et le droit*. Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit. Nice 2000, Textes rassemblés par M. Ortolani et O. Vernier, Nice 2002, 126.

6 Voir les articles 7, 20, 56, 165, 280. Pour les lignes essentielles des développements législatifs relatifs à la marque au fer en France, avant et après le code napoléonien de 1810, voir A. LAINGUI, *Il diritto penale della rivoluzione francese e dell'impero*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, studi coordinati da S. Vinciguerra, Padova 1993, 43 e 50 s. ; M.-H. RENAUT, *Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de consuetudo delinquendi au concept de dangerousité*, in *Rev. Sc. Crim.* (2000) 321 s.

7 Sur la naissance du casier judiciaire et les motifs de son invention, on lira plus particulièrement C. ELEK, *Le casier* cit., 14 ss. ; J.C. FARCY, *Le casier judiciaire au XIX^e siècle*, in *Bulletin du Centre d'histoire de la France contemporaine* 11 (1990) 5 ss.

8 Sur la récidive en droit romain, voir M. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2015.

la marque infligée aux condamnés, en les confrontant à la lecture qu'en fait Bonneville, qui apparaît comme fortement conditionnée par les questions débattues à son époque.

Les conclusions sur les textes romains auxquelles parvient le magistrat dépendent de manière évidente de son intention déclarée de « faire ressortir et ... revivre le système romain de constatation, de recherche et de répression de la récidive »⁹.

Bien que précisant qu'il n'entend pas le terme « système » selon l'« acception ordinaire », c'est-à-dire comme « un agencement complet parfaitement méthodique de dispositions combinées », notre auteur est néanmoins persuadé que « la législation romaine nous fournit une série de dispositions tellement concordantes entre elles et si évidemment conçues dans un même esprit de sévérité, qu'on doit leur attribuer la force et l'autorité d'un véritable système répressif »¹⁰.

En pareil système, les titulaires du pouvoir juridictionnel – « les magistrats » – ne pouvaient pas ne pas disposer de « quelques procédés judiciaires ou administratifs » permettant de découvrir si le coupable avait déjà été condamné au préalable et, le cas échéant, de constater la situation de récidive, de nature à influencer sur la fixation de la peine.

Bonneville identifie les moyens utilisés à cet effet dans la Rome antique, à savoir la mutilation et la marque imprimée sur le front du condamné, du moins jusqu'à ce que l'empereur Constantin, converti à la foi chrétienne, en ordonne l'apposition sur les mains et les jambes¹¹. Interprétant le transfert de la marque du visage à des parties du corps plus discrètes, le grand magistrat conclut qu'après le rescrit constantinien, puisque la marque au fer n'était plus visible immédiatement, ou du moins qu'elle pouvait être aisément dissimulée aux yeux du public, « elle n'eut plus évidemment d'autre objet que de constater, par un signe matériel ineffaçable, l'état de récidive des condamnés »¹².

Interprétation correcte ou altérée?

3. – Nous ne manquons pas de témoignages relatifs au marquage des condamnés dans la Rome antique, même s'ils ne sont pas très nombreux, ni tous péremptoires quant à la matérialité de la marque sur le corps du coupable¹³.

⁹ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De la récidive ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction à la loi pénale*, Paris 1844, 153.

¹⁰ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *op. cit.*, 154.

¹¹ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *op. cit.*, 175.

¹² A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *op. cit.*, 179.

¹³ Le point de savoir si, à Rome, la marque était réalisée au moyen d'un fer rouge ou consistait plutôt en un tatouage est une autre question sur laquelle les historiens de l'antiquité se sont penchés récemment, mais que nous n'aborderons pas ici. Les romanistes, en général, se sont bornés à mentionner la marque tout court. Voir, par exemple, C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, diretta dal prof. E. Pessina, 1, Milano 1905 (repris in éd. fac-sim., Roma 1976), 153 ; F. SALERNO, « *Minime in ... facie scribatur* » : *Constantine and the damnati ad metalla*, in *Esclavage antique et discriminations socio-culturelles. Actes du XXVIII^e Colloque international du groupement international de recherche sur l'esclavage antique*, Mytilène, 5-7 décembre 2003, Bern 2005, 328 (repris en italien in *Aspetti della 'marginalità' sul finire di un mondo*, Napoli 2009, 54). Mais Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 950 (= *Le droit pénal romain*, trad. de J. Duquesne, 3, Paris 1907, 294) retenait que les *damnati in metallum* étaient marqués au fer rouge. Dans le même sens, voir V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, 344.

Des doutes sur ce dernier point sont suscités par un célèbre passage de Cicéron, extrait du *Pro Roscio Amerino*, rapportant la pratique du *vehementer adfigere*, sur le front – *ad caput* – des coupables de *calumniā*, d'une lettre, peut-être la lettre 'K', pour en signaler la mauvaise réputation. 16

Cic. *pro Roscio Am.* 20.57 : Sin autem sic agetis ut arguatis aliquem patrem occidisse neque dicere possitis aut qua re aut quo modo, ac tantum modo sine suspicione latrabitis, crura quidem vobis nemo suffringet, sed, si ego hos bene novi, litteram illam cui vos usque eo inimici estis ut etiam Kal. omnis oderitis ita vehementer ad caput adfigent ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis. 17

La doctrine plus récente tend à attribuer à cette expression une signification métaphorique¹⁴, que nous pouvons tenir pour vraisemblable quand bien même elle n'est pas établie. 18

Par contre, il est plausible qu'un passage de Suétone traite bien d'une marque physique. 19

Suet. *Cal.* 27.3 : Multos honesti ordinis deformatos prius stigmatum notis ad metalla et munitiones viarum aut ad bestias condemnavit aut bestiarum more quadripedes cavea coercuit aut medios serra dissecuit, nec omnes gravibus ex causis, verum male de munere suo opinatos, vel quod numquam per genium suum deierassent. 20

Le contexte dans lequel l'historien évoque les *stigmata*, riche en cruautés prenant des formes variées (parmi lesquelles la découpe à la scie par le milieu du corps du coupable) ne laisse planer aucun doute sur la matérialité de la marque¹⁵ infligée à des personnes *honesti ordinis*, condamnées *ad metalla* ou aux travaux forcés pour la construction de routes (donc *in opus publicum*) ou encore *ad bestias*. 21

L'événement rapporté dans le passage tiré du *De vita Caesarum* présente cependant un caractère épisodique et exceptionnel. 22

L'imposition de peines particulièrement dégradantes à des personnes qui appartiennent aux classes les plus élevées de la société était en effet, à dire vrai, insolite, pour ne pas dire qu'elle constituait une authentique mesure arbitraire¹⁶, imputable à la politique occasionnelle, despotique et antisénatoriale, initiée par Caligula peu après la grave maladie qui l'avait frappé en octobre 37 de notre ère. 23

La question qui se pose est de savoir si la marque constitue, elle aussi, une anomalie. 24

¹⁴ En ce sens, par exemple, D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999, 48 ss. ; ID., *L'accusa nel sistema processuale delle quaestiones perpetuae tra funzione civica, dimensione premiale e disciplina sanzionatoria*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino 2016, 25 ss., auquel nous renvoyons pour une synthèse des opinions doctrinales (p. 22 ss.). De même O.F. ROBINSON, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, Oxon-New York 2007, 89 s. Cf. Y. RIVIERE, *Recherche et identification des esclaves fugitifs dans l'empire romain*, in *L'information et la mer dans le monde antique*, éd. J. Andreau - C. Virlovet, CEFR 297, Roma 2002, 14 (étude reprise ensuite in *Le cachot et les fers. Détention et coercition à Rome*, Paris 2004).

¹⁵ Le terme même de *stigma*, en réalité un mot d'origine grecque, a, dans la langue latine, une valeur matérielle et, seulement au sens figuré, signifie « marque d'infamie », concept mieux exprimé par le terme « *nota* » qui a, du moins dans le vocabulaire juridique, une valeur abstraite. Voir E. POTTIER, sv. « *nota* », in *DS*, 4.1, 105. Voir aussi A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1985⁴, sv. « *stigma* », 648.

¹⁶ C'est à des mesures arbitraires que pensait Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 952 nt. 2 (= *Le droit pénal romain* cit., 296 nt. 1), au contraire de F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, 2, *La variazione della pena pro qualitate personarum*, Bari 1954 (repris in *Scritti vari di diritto romano*, 3, *Diritto penale*, Bari 1987, 477 s., 478 ntt. 1 e 2), qui a soutenu qu'il s'agissait en l'espèce pour Caligula d'infliger des peines insolites, mais respectueuses des limites de la légalité. Pour sa part, F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 4.1, Napoli 1974, 544 nt. 83, ne partage pas l'opinion de DE ROBERTIS et observe au contraire que « sembra proprio che le più gravi pene non si applicassero agli appartenenti all'honestus ordo ».

Assurément, Caligula l'infligea à des membres de la *nobilitas*, mais nous n'avons pas la preuve du fait, qu'à cette époque, des personnes de condition sociale inférieure, éventuellement condamnées *ad metalla*, ou aux autres peines rapportées par Suétone, aient été, en règle, châtiées par cette marque. Il est difficile d'imaginer qu'elles en étaient exemptées, mais, si l'épisode rapporté par Suétone atteste la cruauté de Caligula, il ne démontre pas pour autant le lien nécessaire entre le marquage et certaines pénalités. 25

Il convient de relever que le marquage infligé aux condamnés aux travaux forcés dans les mines traduit de manière cohérente la forte charge répressive que, dès ses origines, pareille peine a détenue dans le système de la *cognitio extra ordinem* à laquelle elle appartenait. 26

Et des considérations analogues peuvent être formulées en ce qui concerne la peine *ad bestias*, à propos de laquelle le marquage n'est mentionné dans aucun autre texte, comme d'ailleurs pour la peine *in opus publicum*. Il va de soi, en effet, que, de tout temps, le marquage a constitué un signe étroitement lié à des systèmes répressifs inspirés de la fonction intimidatrice de la peine, qui, à côté de toutes les autres, se révèle dans l'expérience romaine, et en particulier dans le système de la *cognitio*¹⁷. 27

Malheureusement, pour les siècles suivants du Principat, les sources sont avares en témoignages. 28

Ainsi, le philosophe Flavius Archippus, dont l'histoire nous est rapportée par une lettre de Pline à Trajan (*ep.* 10.58), n'a sans doute pas été marqué. *Fractis vinculis*, il s'est évadé de la prison dans laquelle il était détenu¹⁸, évitant ainsi la peine du *metallum* à laquelle il avait été condamné pour faux. Après sa condamnation, durant de nombreuses années, il a mené une vie sociale parfaitement normale et, intégré dans la communauté, il fut gratifié de plusieurs honneurs (*beneficia* impériaux, *decretum* honorifique de Pruse, sa ville natale) et il fut même repris sur la liste des *indices* du tribunal du gouverneur provincial. Il est évident qu'il aurait été impossible à Archippus de dissimuler sa condition de *damnatus* s'il avait été marqué de manière visible. Mais notre philosophe s'évada avant d'être envoyé à la mine – cela me paraît une reconstruction plausible de l'événement¹⁹ – et ce fait pourrait expliquer la raison pour laquelle il aurait évité le signe infamant si, au moment de sa condamnation, intervenue sous le règne de Domitien, celui-ci était vraiment en usage. En d'autres 29

¹⁷ Sur la conception dissuasive de la peine et sa cohabitation avec l'idée de peine rétributive dans la *cognitio extra ordinem* à l'époque du Principat, voir B. SANTALUCIA, *Metu coerendos esse homines putaverunt. Osservazioni sulla funzione della pena nell'età del Principato*, in *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, éd. par E. Chevreau - D. Kremer - A. Laquerrière-Lacroix, Paris 2012, 745 ss. [également in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, a cura di A. Calore e A. Sciumé, Milano 2013, 15 ss.]. Sur les fonctions de la peine dans les textes juridiques romains, voir A. WACKE, *Die Zwecke von Busse und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen*, in *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2004 [repris in *Unius poena - metus multorum. Abhandlungen zum römischen Strafrecht*, Napoli 2008, 195 ss., ainsi que la littérature antérieure p. 258 ss.].

¹⁸ C'est l'évasion de prison que paraît également supposer C. KOKKINIA, *The Philosopher and the Emperor's Words: Trajan, Flavius Archippus and Dio Chrysostom*, in *Historia. Zeitschrift für Alte Geschichte* 53 (2004), 491 ss. (en part. p. 493 et nt. 12) ; E. GERMINO, *Una vicenda giudiziaria nel carteggio tra Plinio e Traiano: Plin. Epist. 10.58-60*, in *SDHI* 76 (2010) 9 et nt. 2, émet l'hypothèse d'« una violenta o rocambolesca fuga » d'Archippus « forse in qualche misura agevolata da chi era addetto alla custodia dei forzati ». Sur l'affaire, voir en dernier lieu G. COPPOLA BISAZZA, *Traiano, l'affermarsi del principio del favor rei e il suo consolidarsi anche in campo privatistico*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 12, 2019, 20 ss ; F. FASOLINO, *L'evasione dalla condanna ai lavori forzati*, in *Index*, 47, 2019, 371 ss. [également in *Politiche e strumenti della repressione criminale in età imperiale*, Torino 2020, 221 ss.].

¹⁹ La lettre de Pline ne fournit pas de détails. Cependant, à s'en tenir au texte, avec la rupture des *vincula*, Archippus *enasisset* la peine qui, peut-être, ne compte même pas pour un jour.

termes, le cas d'Archippus, en définitive, n'apporte pas d'éléments décisifs, du moins pour l'époque flavienne, pour établir si les condamnés *in metallum* se voyaient infliger un marquage.

D'autres témoignages se rapportent au milieu du III^e siècle de notre ère mais, par ailleurs, eux aussi ne sont pas pleinement probants. 30

Dans une lettre adressée à un groupe de martyrs chrétiens *in metallo constitutis*, Cyprien, en exil à Curubis, décrit les conditions de vie des condamnés aux travaux forcés dans les mines d'Afrique et mentionne, entre autres, qu'ils avaient *semitonsa capita*²⁰ : une pratique qui, par analogie avec les témoignages de Pétrone et Apulée relatifs aux esclaves²¹, a sans doute été conçue pour rendre visible la marque imprimée sur le front des condamnés à la peine du *metallum*. Néanmoins, dans les sources, on ne trouve aucune mention explicite d'un pareil signe. 31

Un autre texte, cité plusieurs fois dans la littérature, appartient au biographe du même Cyprien, Pontius. Ce dernier, à l'occasion du report à une date ultérieure du martyr de l'évêque de Carthage, évoque une *secunda inscriptio* qui, peut-être, pourrait correspondre à la marque des condamnés, suivant en cela le signe inhérent au baptême²². Mais il s'agit là d'une pure hypothèse. 32

Quant aux sources juridiques, au contraire, pour l'époque classique, elles restent muettes. Comment interpréter ce silence ? 33

A mon avis, le fait que les textes juridiques au sens étroit, pour l'époque du Principat, ne se préoccupent pas de la marque imposée aux condamnés ne suffit pas à établir qu'elle n'était pas pratiquée. Peut-être est-il imprudent de supposer qu'à partir de Caligula, elle fut communément utilisée²³. En revanche, il est possible que son usage ne fut pas systématique, du moins jusqu'à ce qu'elle soit liée de manière durable aux peines impliquant la privation de liberté. En ce sens, on peut rappeler l'affirmation de Mommsen qui, de façon générale, situe « in der Spätzeit » son apparition « im Strafverfahren »²⁴. 34

Le fait est que le seul et unique texte juridique qui confirme l'usage de la marque pour certaines catégories de condamnés est une constitution de Constantin reprise au Code Théodosien : 35

CTh. 9.40.2. IMPERATOR CONSTANTINUS A. EUMELIO. Si quis in ludum fuerit vel in metallum pro criminum deprehensorum qualitate damnatus, minime in eius facie scribatur, dum et in manibus et in suris possit poena damnationis una scriptione comprehendi, quo facies, quae ad similitudinem pulchritudinis caelestis est figurata, 36

²⁰ Cypr., *ep.* 76.2.4. L'information se retrouve aussi dans la lettre 77.3.1.

²¹ Petr. *Sat.* 103.2 ; Apul. *Met.* 9.12.4.

²² Pont. *Vita Cypr.* 7.11. Pour l'interprétation présumée dans le texte, voir P. MONCEAUX, *Histoire littéraire de l'Afrique chrétienne depuis les origines jusqu'à l'invasion arabe*, 2, Saint Cyprien et son temps, Paris 1902 (rééd. an. Bruxelles 1966), 248. Dans un sens analogue, en supposant un tatouage, voir M. GUSTAFSON, *Inscripta in fronte. Penal Tattooing in Late Antiquity*, in *Classical Antiquity* 16 (1997) 81. L'allusion à la marque destinée aux condamnés aux travaux forcés dans les mines a été également identifiée par Ch. LECRIVAIN, sv. « *Stigma* », in *DS*, 4.2, 1510 et, plus récemment, par L. DE SALVO, *Marchio e marchiati nell'impero cristiano*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 18, Roma 2012, 265 s.

²³ En ce sens, au contraire, par exemple, voir Y. RIVIERE, *Recherche cit.*, 139 ; F. SALERNO, « *Minime in ... facie scribatur* » cit., 328 (= *Aspetti cit.*, 54). Mais voir P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, 132 nt. 4.

²⁴ Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht cit.*, 495 nt. 3 (= *Le droit pénal romain 2 cit.*, 185 nt. 2).

minime maculetur. D. XII KAL. APRIL. CAVILLUNO CONSTANTINO A. IIII ET LICINIO IIII CONSS.

Constantin n'interdit pas la marque en tant que telle, mais seulement son impression sur le visage du condamné *in ludum* ou *in metallum*²⁵. 37

Il est évident que la prohibition présuppose une pratique courante dans le diocèse d'Afrique. Mais, que cette pratique puisse remonter sans solution de continuité jusqu'à Caligula, dans l'état de nos sources, ne me paraît pas certain. Les témoignages de Cyprien et de son biographe Pontius, en revanche, quand bien même ils ne constituent pas des preuves irréfutables, sont plus proches dans le temps et dans l'espace. 38

4. – Dès lors, même après Constantin, le *damnatus* aux jeux de gladiateurs ou aux travaux forcés dans les mines continuera à être marqué : pas sur le visage, mais sur les mains ou sur les jambes. Pour les condamnés à d'autres types de peine, nous ne disposons d'aucun témoignage dans les sources, à l'exception de celui relevé chez Suétone et dont, nous l'avons souligné, on ne peut tirer aucune conclusion générale. 39

Ce qui ne suscite aucune surprise : la *damnatio in ludum* et la *damnatio in metallum* constituent toutes deux des peines graves dans la hiérarchie des peines de la *cognitio* en même temps qu'une cause de servitude. Les *stigmata* scellent, pour ainsi dire, le passage de la personne à la condition de *servus poenae* et signalent son assujettissement au pouvoir punitif impérial impliquant la servitude²⁶. Porter la marque, pour un homme libre qui s'est vu infliger certaines condamnations, signifie, en définitive, être traité comme un esclave ou, mieux encore – à Rome, tous les esclaves ne portaient pas une marque –, comme un esclave châtié, par exemple car fugitivus ou pour avoir commis d'autres transgressions²⁷. Et pour le coupable qui était déjà esclave, porter la marque suite à une condamnation revenait à porter sur soi un signe tangible de la nouvelle cause d'esclavage, comportant une aggravation de la condition. Par exemple, l'intéressé ne pouvait plus nourrir l'espoir d'un affranchissement éventuel par son dominus. 40

5. – Mais quel était donc le but poursuivi par ce marquage du condamné ? Peut-on imaginer, comme l'avait supposé Bonneville, que la fin première de la marque était de faire connaître au juge les précédents pénaux du coupable dans le cas d'une récidive ? 41

Il n'y a aucun doute sur le fait que la marque laissait une trace indélébile sur le corps du condamné, qui pouvait le rendre facilement identifiable en révélant son passé. 42

²⁵ Dans la version de la constitution conservée dans la Code de Justinien (CI. 9.47.17), la mention de la *damnatio in ludum* est supprimée. L'altération doit vraisemblablement être reliée à l'interdiction d'infliger une condamnation aux jeux de gladiature introduite par le même empereur en 325 par la constitution CTh. 15.12.1 (= CI. 11.44.1).

²⁶ La conséquence en est la transformation du corps de l'homme libre, sur lequel ils sont apposés, en un corps-objet. Sur l'absence de marque comme ligne de démarcation entre « les corps sujets (les hommes libres et, parmi eux, les citoyens) et les corps objets (les esclaves) », voir P. CORDIER, *Remarques sur les inscriptions corporelles dans le monde romain : du signe d'identification (notitia) à la marque d'identité*, in *Pallas* 65 (2004) 190.

²⁷ Voir, A. HUG, sv. « Στιγματῖς », in *PW*, 3 A.2, Stuttgart 1929, 2520. La marque pour les esclaves dans un contexte punitif est largement attestée dans les sources littéraires, pour lesquelles on renvoie à C.P. JONES, *Stigma: Tattooing and Branding in Greco-Roman Antiquity*, in *JRS* 77 (1987) 147 s. On en trouve la preuve également dans les sources juridiques, par exemple in Gaius 1.13, où l'on peut lire que, par la *lex Aelia Sentia* (an 4 de notre ère), lorsque les esclaves *quibus stigmata inscripta sint* étaient affranchis, ils acquéraient la liberté mais devenaient seulement *peregrini dediticii*, et pas citoyens romains. Cf. Tit. Ulp. 1.11.

Mais les sources romaines, tant littéraires que techniques au sens étroit, n'offrent aucun rapport entre l'éventuel signe distinctif de la peine et la situation de récidive, ni avant Constantin, ni après lui, comme cependant le voudrait Bonneville, qui, d'ailleurs, en toute honnêteté, admet que les historiens et les juristes romains n'ont malheureusement laissé « aucun renseignement » à ce propos²⁸. 43

A mon avis, le but d'un pareil marquage ne peut être ramené, du moins de manière directe et exclusive, à la constatation de la récidive, même si, concrètement, la marque prouvait le *status* de condamné. Les raisons qui me conduisent à écarter l'interprétation de Bonneville sont multiples. 44

L'éminent magistrat ne paraît pas tenir compte de cette réalité que la possibilité de récidiver devenait fort mince, tant pour un condamné aux combats de gladiateurs, destiné à aller au-devant de la mort endéans un laps de temps dont la durée dépendait de la survivance aux combats, que pour un condamné aux travaux forcés dans la mine qui, pour sa part, même s'il n'était pas exposé à la perte immédiate de la vie, devait expier sa peine dans des conditions si pénibles et dangereuses qu'elles le conduisaient progressivement, en un laps de temps indéfini mais bref, à la fin de son existence. 45

On peut aussi ajouter, à propos de la *damnatio ad metalla*, définie par Callistrate *coercitio proxima mortis* (D. 48.19.28 *pr.*-1), qu'il s'agissait d'une peine perpétuelle de laquelle le condamné pouvait se libérer uniquement par un acte de clémence (*indulgentia* ou *restitutio*), ou encore dont l'exécution, du moins à partir d'Antonin le Pieux, pouvait cesser de manière anticipée grâce à une *dimissio* décrétée par le *praeses* de la province dans laquelle était située la mine²⁹. 46

Les sources ne permettent pas de déterminer l'ampleur du phénomène d'octroi de ces mesures. Des rémissions générales de peine pour des catégories entières de condamnés sont attestées pour le Principat³⁰. Mais la seule *indulgentia* de *damnati ad metalla*, expressément définie comme *generalis*, dans les sources juridiques, est, pour cette période, attestée sous le règne d'Alexandre Sévère³¹. En outre, il est difficile d'imaginer d'amples concessions individuelles de grâce, alors qu'en ce qui concerne la *dimissio*, un rescrit d'Antonin le Pieux prévoyait que cette dernière pourrait seulement être concédée au *damnatus* qui, pour raison de santé ou d'âge avancé, était devenu inapte au travail dans la mine, pour autant qu'il ait accompli au moins dix ans de sa peine et qu'il ait des *cognati* ou *adfines* qui, 47

²⁸ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De la récidive* cit., 175.

²⁹ Sur la perpétuité de la *damnatio ad metalla* voir Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 949 (= *Le droit pénal romain* 3 cit., 293) et, plus actuel, F. SALERNO, « *Ad metalla* ». *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, 48 ss., auquel je renvoie pareillement pour ce qui concerne la typologie des dispositions de libération des condamnés à pareille peine (pp. 54 ; 107 s.).

³⁰ Pour les témoignages dans les sources littéraires et juridiques de dispositions ayant la valeur d'une remise de peine, exprimées de manières diverses, voir E. CUQU, sv. « *Indulgentia* », in *DS*, 3.1, 481 ; O. ROBINSON, *Amnesty and pardon : rule and practice in Roman Law*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, a cura di I. Piro, Atti della 51^a sessione della SIHDA, Crotona – Messina 16-20 settembre 1997, Soveria Mannelli 1999, 79 ss. Cf. L. SOLIDORO, *Strategie deflattive nell'esperienza giuridica romana: la 'decarcerizzazione'*, in *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, a cura di Giacomo D'Angelo - Monica De Simone - Mario Varvaro, Torino 2019, 269 ss. Sur la terminologie des actes de clémence, après W. WALDSTEIN, *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht. Abolitio – Indulgentia – Venia*, Innsbruck 1964, voir G. CRIFÒ, *Lessico del perdono nel diritto romano*, in *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, LI *Settimana di studio Trento*, 21-24 ottobre 2008, a cura di K. Härter - C. Nubola, Bologna 2011, 71 ss.

³¹ Voir CI. 9.51.4. Pour les autres témoignages d'*indulgentia* en faveur de *damnati ad metalla*, mais non qualifiés de *generalis* cette fois, voir F. SALERNO, « *Ad metalla* » cit., 54 ntt. 251 e 252.

selon toute probabilité, pourraient en prendre soin et le surveiller³². Les conditions nécessaires pour obtenir la *dimissio* limitaient donc de manière significative le nombre de *servi poenae* qui, par l'effet d'une décision du gouverneur de province, auraient pu bénéficier de la liberté. En d'autres termes, des *dammati ad metalla* qui, à divers titres, retournèrent de manière légitime à la vie sociale normale, certes il y en eut, mais il est vraisemblable que les cas de ce genre restèrent peu nombreux et qu'ils concernèrent avant tout des individus dont le risque de récidive était faible, tels ceux *dimissi* par le *praeses*, parce que vieux et malades.

Les condamnés *in ludum* pouvaient également retrouver, en toute légitimité, le statut d'homme libre grâce à une décision de *dimissio* prise par des proconsuls ou des légats, indépendamment du fait qu'ils pouvaient faire l'objet d'une mesure impériale de clémence. 48

Ceci peut se déduire d'une fameuse lettre de Pline adressée à Trajan (*ep.* 10.31). Dans cette lettre, le gouverneur de Bythinie soumet à l'empereur le cas tout à fait singulier d'hommes *in opus dammati vel in ludum similiaque his genera poenarum* qui, dans de nombreuses cités de la province, et plus spécialement à Nicomédie et à Nicée, exerçaient, moyennant indemnité, l'*officium* et le *ministerium* de *servi publici*. Au cours de l'enquête les concernant, les *decreta* de leur condamnation avaient été produits, mais pas les *monumenta* qui auraient pu établir la libération légitime des intéressés. Certains parmi eux soutenaient cependant qu'ils avaient été *dimissi* sur le fondement de leur supplique (*deprecantes*) *iussu proconsulum legatorumve*. Pline ne pose pas la question pour le motif que ces personnes étaient dangereuses. Le problème, à ses yeux, est que des condamnés, qui n'ont pas effectué la peine qui leur avait été infligée, exerçaient des fonctions publiques. Et, parmi eux, on comptait, pour la plupart (*plerisque*), des personnes âgées *frugaliter modesteque viventes*³³: des personnes inoffensives que l'on pourrait difficilement suspecter de commettre un nouveau crime. 49

Tout ceci permet de penser que, à part quelques situations particulières, la récidive des condamnés à des peines qui, dans l'échelle des sanctions, arrivent deuxièmes après celles privatives de la vie, devait être un phénomène limité. 50

Ce n'est pas un hasard si la casuistique résultant de l'ensemble des textes inhérent au traitement punitif des récidivistes à Rome traite, de manière marginale, des *dammati in metallum* ou *in ludum* qui commettent un nouveau délit après leur première condamnation. 51

Quelques cas sont d'interprétation difficile quant au point de savoir s'ils concernent véritablement des cas de récidive³⁴. Par contre, le cas d'espèce examiné au D. 48.19.10.1 se réfère à des condamnés 52

³² Cf. Mod. D. 48.19.22. Sur la nature de la *dimissio*, voir en particulier U. ZILLETTI, *In tema di servitus poenae (Note di diritto penale tardoclassico)*, in *SDHI* 34 (1968) 103 s. et la littérature ultérieure citée in F. SALERNO, « *Ad metalla* » cit., 107 s. Le motif humanitaire est ici tout à fait marginal, voir L. SOLIDORO, *Depenalizzazione e altre strategie deflattive nell'esperienza giuridica romana, in Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*. Atti dell'incontro di studi (Pisa, 22 marzo 2019), a cura di G. De Francesco - A. Gargani - E. Marzaduri - D. Notaro, Torino 2019, 40.

³³ Pour les personnes âgées *ante annos decem dammati*, Trajan prévoit un traitement plus clément, consistant à l'assignation *in ea ministeria, quae non longe a poena sint*. Au contraire, les condamnés *intra hos proximos annos* qui n'ont pas été libérés *idoneo auctore* doivent *poenae suae reddi*. Voir Pline, *ep.* 10.32.2.

³⁴ D. 48.19.28.10 prévoit la peine de la *dammatio in metallum* pour les cas les moins graves de vol à main armée, mais édicte la peine de mort pour les *grassatores praedae causa* qui auraient commis plusieurs fois le même délit. Cependant il ne semble pas qu'il s'agisse d'une authentique hypothèse de récidive, qui présuppose des sentences antérieures de condamnation, mais plutôt d'une simple reproduction ultérieure du même comportement

aux travaux forcés dans la mine qui commettent un nouveau délit entre le moment suivant le prononcé de la sentence et leur transfert dans la mine. En admettant qu'à l'époque de Macron, à qui le fragment doit être attribué, la marque pour les *damnati in metallum* ait été en usage, on peut légitimement se poser la question de savoir si, dans la circonstance précise évoquée par le texte, ils auraient vraiment pu porter sur le corps le signe infamant de la peine.

Il est raisonnable, à nos yeux, de supposer qu'ils l'auraient évitée. Vraisemblablement, en effet, la marque était imprimée avant l'envoi à l'école de gladiature ou à la mine³⁵. On peut le déduire, au moins pour l'époque antique tardive – mais il n'existe aucun motif de supposer une pratique différente pour la fin du Principat – d'un passage de Théodoret de Cyr³⁶ qui permet de fixer ainsi de manière incontestable le moment auquel on procédait au marquage sur le corps du condamné *in metallum*.

Au contraire, c'est dans le cas de l'évasion du lieu assigné à l'exécution de la peine – la corruption de ceux qui auraient dû jouer le rôle de gardien facilitait le phénomène – qu'en réalité les *damnati*, libres dans les faits, auraient pu récidiver. Mais le *damnatus ad metalla* en fuite, s'il était capturé, aurait été puni de mort³⁷, indépendamment des éventuels actes criminels qu'il aurait perpétrés durant sa fugue : le *stigma* imprimé sur le corps devenait donc plus utile pour l'identifier que pour constater son état de récidive. Et la même considération peut être émise à propos des *damnati* qui s'étaient enfuis du *ludus*.

D'autres situations, mais qui, de la même manière, débouchaient sur la soustraction volontaire à l'exécution de la peine, étaient, au total, plus fréquentes que l'on pourrait s'imaginer. Les témoignages de Pline examinés plus haut parlent d'eux-mêmes en ce sens.

Plusieurs siècles plus tard, l'empereur Honorius, dans une constitution édictée à Ravenne vers 400-405 (C.Th. 9.38.10) prend en considération l'hypothèse de ceux qui, transgressant les obligations découlant de la condamnation, *ad locum poenae destinatum contra iudicium sententias ire noluerunt*, en les excluant de l'amnistie prévue pour les coupables *omnium criminum* condamnés *ad metalla*, ou à la *deportatio*, ou encore à la *relegatio*. Nous sommes à une époque, le Bas-Empire, où la concession d'amnisties générales à l'occasion de la fête de Pâques était devenue coutumière et, alors, mais seulement alors, on aurait réuni les conditions pour que le nombre de *damnati ad metalla* rendus à la liberté devienne plus important. Le signe infamant, désormais appliqué sur les membres au lieu du visage, servait au coupable à se souvenir de la faute commise, mais il ne faisait pas obstacle à

criminel. De la même manière pour le cas des *atroces abactores* considéré in PS. 5.18.2. Sur ces deux textes, voir M. NAVARRA, *La recidiva* cit., 91 ss. et 99 ss. Au surplus, la *damnatio in metallum* apparaît dans les sources comme peine infligée aux récidivistes.

³⁵ Les sources juridiques ne fournissent aucun détail. Il s'agit donc d'une conjecture déjà formulée par M. GUSTAFSON, *Inscripta in fronte* cit., 87.

³⁶ Voir THEOD., *H.E.* 4.22.27-28. Le cas rapporté concerne un diacre de Damas, évêque à Rome, condamné aux travaux forcés dans les mines de *Phaeno* en Palestine, qui fut marqué au front, puis embarqué sur un navire pour être transféré au lieu d'exécution de sa peine. L'histoire se passe durant le règne de Valens, après donc que Constantin a interdit de marquer *in facie* les *damnati ad metalla*.

³⁷ Voir Call. D. 50.13.5.3. La peine reste indéterminée, encore que qualifiée en termes de gravité majeure, ce qui laisse entendre la peine de mort, in Ulp. D. 48.19.8.6.

sa réinsertion dans la société, en adéquation avec la finalité de l'amendement qui était à la base de l'*indulgentia*.

6. – Dans l'expérience juridique romaine, la marque est une sanction afflictive qui touche la personne dans son intégrité physique, la transformant, comme il a été affirmé, en « the living testimony of the state's repressive force »³⁸. Un moyen infamant qui expose le coupable à la honte publique et répond à une logique dissuasive.

Son emploi est adapté à la poursuite d'une pluralité de fins pratiques : pas seulement celle relevée communément par la doctrine d'identifier le *damnatus* pour en éviter la fugue³⁹, mais aussi – élément qui ne me paraît avoir été mis en évidence jusqu'à ce jour – celle de faciliter la distinction, à l'intérieur de l'école de gladiature (*ludi* publics ou privés)⁴⁰ ou du *metallum*, de ceux qui étaient destinés au combat dans l'arène ou au travail dans la mine par voie de conséquence à une condamnation impliquant l'esclavage.

Damnati in ludum et *damnati in metallum* présentent, sur le plan juridique formel, ce point commun d'être tous soumis à la condition des *servi poenae*. Concrètement, ils sont tous contraints au travail forcé. Bien que la *damnatio in ludum* constituât la principale source de recrutement des gladiateurs⁴¹ et que la *damnatio in metallum*, au moins dans certains districts, fournît une bonne partie des mineurs⁴², la gladiature et le travail dans les mines n'étaient pas l'apanage des condamnés à une peine publique⁴³.

³⁸ F. SALERNO, « *Minime in facie ... scribatur* », in *Esclavage antique* cit., 329 (repris in *Aspetti* cit., 56).

³⁹ Voir, entre autres, A. HUG, sv. « Στιγματίας » cit., 2521 ; C. DUPONT, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les peines*, Lille 1955, 32 ; et, plus récemment, L. DE SALVO, *Marchio* cit., 262 s. A la même logique appartiennent la marque des esclaves *fugitivi*, largement attestée dans les sources, ainsi que les *stigmata* apposés, du moins à la période impériale tardive, sur les bras des *tirones* et des *fabricenses* (CTh. 10.22.4), à propos desquels voir N. CHARBONNEL, *La condition des ouvriers dans les ateliers impériaux aux IV^e et V^e siècles*, in F. BURDEAU - N. CHARBONNEL - M. HUMBERT, *Aspects de l'Empire romain*, Paris 1964, 83.

⁴⁰ Voir Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 954 (= *Le droit pénal romain* 3 cit., 298) ; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione* cit., 154.

⁴¹ Voir F. SALERNO, *Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent*, in Φιλία, *Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F.M. d'Ippolito, 4, Napoli 2008, 2424 et la bibliographie qui y est citée à la note 11 (ainsi que in *Aspetti della 'marginalità'* cit., 37 e nt.12 ; et in *Société, économie, administration dans le Code Théodosien*, eds. S. Crogiez-Pétréquin - P. Jaillette, Villeneuve d'Ascq 2012, 467 e nt. 11).

⁴² La présence de *damnati* est attestée dans les mines africaines et de Palestine, respectivement par la correspondance de Cyprien (voir *supra*, nt. 21) et l'*Historia Ecclesiastica* de Théodoret (voir *supra*, nt. 37).

⁴³ En réalité, outre les prisonniers de guerre, la gladiature était pratiquée également par des professionnels, libres ou esclaves, qui recevaient une compensation pour leur activité. Nous le tenons, tant d'un célèbre passage des Institutes de Gaius traitant de la *locatio-conductio* (Gai 3.146), que du *SC. de sumptibus ludorum gladiatorum minuendi* de 176-178 de notre ère (FIRA, I², n. 49, ll. 45 ss.) qui rapporte que les gladiateurs touchaient un *praecipuum mercedis* différencié selon leur *status* de *liber* ou de *servus*. La popularité et l'espérance de gains considérables poussaient, malgré l'infamie, des hommes libres, la plupart de condition humble, mais quelquefois même *nobiles* (plus particulièrement de jeunes hommes obérés de dettes), à s'engager et à s'exhiber au combat par le biais d'une *locatio-conductio operarum* ou l'*auctoramentum* (pour la distinction, voir Coll. 4.3.2 et Coll. 9.2.2). Voir G. VILLE, *La gladiature en Occident des origines à la mort de Domitien*, Rome 1981, *passim*, et plus spécialement 246 ss. ; 255 ss. ; 334 ss. En ce qui concerne le travail dans les mines, l'activité extractive par le travail des condamnés constitue seulement l'un des modes, parmi d'autres, d'exploitation des mines impériales, mais ce mode tendra au fil du temps à devenir le principal (à ce propos, voir M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, tr. di G. Sanna, Firenze 1976, 391 ss.). On dispose de renseignements certains sur l'emploi de travailleurs libres (voir J. MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Aix en Provence 1964, 163, pour les mines d'orde de Dacie, et C. DOMERGUE, *Les Mines de la péninsule Ibérique dans l'Antiquité romaine*, Rome 1990, 342, pour le district ibérique). Sur les divers *status* des travailleurs dans les mines, voir plus spécialement F. SALERNO, « *Ad metalla* » cit., 111 ss. ; 129 ss. ; *Aspetti della marginalità sul finire di un mondo. Breve nota su « metallici », « metallarii » e « damnati ad metalla »*, in *Aspetti della 'marginalità'* cit., 79 ss., et, en particulier 82 s.

La promiscuité entre travailleurs de *status* différent existait bel et bien : à côté de celui qui purgeait une condamnation (*servi poenae*) pouvait travailler un esclave, voire un homme de condition libre⁴⁴. Dans les mines, se trouvaient, outre des *damnati in metallum*, des condamnés *in opus metalli*, dont la condition était moins grave⁴⁵, et des condamnés *in ministerium metallicorum* chargés de travaux accessoires⁴⁶. Parmi ces derniers, selon un fragment d'Ulpien repris au Digeste (D. 48.19.8.8), les femmes condamnées *in perpetuum* sont considérées *quasi servae poenae*, au contraire des femmes condamnées *ad tempus* qui conservent la citoyenneté : on peut donc légitimement supposer qu'elles n'étaient pas marquées. Un autre élément de discrimination entre les travailleurs dans les mines pouvait ensuite découler de l'accès à des services qui, attestés par la *lex metalli Vipascensis*, existaient peut-être aussi ailleurs⁴⁷. Les chrétiens condamnés durant la persécution de Valérien à purger une peine de *metallum* en Afrique, selon Cyprien, ne pouvaient en bénéficier, avec une incidence certaine sur la qualité de leur vie⁴⁸.

Pouvoir distinguer avec une marque les personnes, les travailleurs, selon leur condition, satisfaisait donc tant le besoin d'ordre juridique que la nécessité d'une bonne organisation. 60

7. – C'est, par conséquent, uniquement de manière indirecte et marginale que la marque servit à constater et à empêcher la récidive et, de toute façon, elle fut utilisée, non point pour tous les délinquants, mais seulement pour les condamnés à des peines assimilées à la peine de mort, à savoir pour la commission de crimes particulièrement graves. 61

En réalité, la marque est certaine pour les condamnés *in ludum* ou *in metallum* qui avaient cependant très peu de possibilités de récidiver, du moins jusqu'au Bas-Empire, lorsque les *damnati* commencèrent à bénéficier d'amnisties générales. En effet, dès cette époque, le système répressif tend à abandonner la peine variable de la *cognitio extra ordinem* de l'époque classique ; par conséquent, l'apposition d'un signe distinctif ne sera plus utile pour aggraver la peine en cas d'éventuel nouveau 62

⁴⁴ Dans les écoles professionnelles impériales auxquelles, en règle, les *damnati in ludum* étaient rattachés, des gladiateurs de *status* divers pouvaient se retrouver, spécialement à Rome. A ce propos, voir principalement Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 954 (= *Le droit pénal romain* 3 cit., 298) ; G. VILLE, *La gladiature* cit., 233 e 287. De la même manière, dans les *ludi* privés gérés par des *lanisti* pouvaient se retrouver côte à côte des *damnati in ludum* et des hommes de conditions diverses, parmi lesquels les *auctorati*. Sur la coexistence dans les mines de *damnati* et autres personnes de condition servile ou libre, voir F. SALERNO, « *Ad metalla* » cit., 131. Les indications, comme le relève V. NERI, *I marginali nell'occidente tardo antico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana*, Bari 1998, 491, sont malheureusement rares.

⁴⁵ Les différences entre *damnatio in metallum* et *in opus metalli*, qui pourraient dépendre de leur origine différente, sont précisées in Ulp. D. 48.19.8.6. Cf. aussi Call. D. 50.13.5.3. A ce propos, voir Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 951 (= *Le droit pénal romain* 3 cit., 294) ; U. ZILLETTI, *In tema di servitus poenae* cit., 51 ; F. SALERNO, « *Ad metalla* » cit., 43 ss., avec synthèse des positions doctrinales. Mais le fait que, malgré ces différences, la condamnation *in opus metalli* génèrait également la *servitus poenae*, résulte de divers passages de jurisconsultes de l'époque des Sévères, parmi lesquels Marc. D. 48.19.17 pr. et Ulp. D. 48.19.8.4.

⁴⁶ Voir B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale romano*, Milano 1998², 250 s.

⁴⁷ Sur la *lex*, qui date du II^e siècle de notre ère et nous documente sur l'existence, dans les mines de Vipasca, de *balinea*, *sutrini*, *tonstrini*, *tabernae fulloniarum*, voir C. DOMERGUE, *La Mine antique d'Aljustrel (Portugal) et les tables de bronze de Vipasca*, Paris 1983. Pour la description de la réglementation des services en question, voir I. LANA, *La condizione dei minatori nelle miniere secondo Plinio il Vecchio e altri autori antichi*, in *Mem. dell'Acc. di Sc. di Torino*, Torino 1985, 169 (repris in *Sapere Lavoro e Potere in Roma antica*, Napoli 1990, 494) selon lequel « è logico pensare che simili servizi esistessero anche nelle zone delle miniere africane » dont parle Cyprien (v. nt. suivante). Mais il est possible, comme l'affirme F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, 2, Firenze 1979, 318, que « questo più umano regime non fosse generalizzato ».

⁴⁸ Voir Cyprien, *ep.* 76.2.4 : [...] *squalent sine balneis membra situ et sorde deformia* [...].

crime commis, mais servira plutôt à exclure le coupable de la concession d'actes de clémence souveraine⁴⁹.

Pour les petits délinquants, châtiés de manière moins sévère et, pour ce motif, plus enclins à récidiver, les titulaires de la fonction juridictionnelle n'auront pas pu compter sur l'existence d'une marque : il n'en existe aucune trace dans les sources⁵⁰.

Les considérations qui précèdent me paraissent de nature à démontrer l'interprétation de la marque comme moyen technique destiné à organiser le « système » répressif romain, interprétation à laquelle Bonneville parvient à travers une lecture des textes qui en généralise le contenu et attribue au signe infamant de la peine une fonction première et exclusive de constatation de la récidive, alors que, comme nous l'avons vu, cette fonction est privée de confirmations historiques.

Pour renvoyer au titre de l'un des célèbres essais de Michel Foucault, dans lequel, à plusieurs reprises, l'auteur a mis en évidence la dimension de supplice de la marque au XVIII^e siècle, peu avant la Révolution française⁵¹, nous pourrions plutôt conclure, de façon synthétique, que la marque infligée aux condamnés dans la Rome antique servit à punir, surveiller et enfin organiser⁵².

⁴⁹ Voir CTh. 9.38.6 (a. 381).

⁵⁰ En ce qui les concerne, l'unique moyen dont disposait le juge pour connaître leurs antécédents étaient les registres (*matrices*) tenus, au Principat, auprès de l'*officium* du *praefectus urbi* à Rome et du *praeses* en province, registres dans lesquels étaient notées les identités des personnes dangereuses pour la sécurité publique et qui, partant, demandaient une surveillance particulière. Sur l'influence du passé du délinquant dans la fixation de la peine, voir A.D. MANFREDINI, De ante acta vita, in *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, a cura di L. Desanti - P. Ferretti - A.D. Manfredini, Milano 2009, 269 ss. ; M. NAVARRA, *La recidiva* cit., 123 ss. ; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell'anteacta vita nell'esperienza processuale romana*, in *AUPA*, 60, 2017, 117 ss.

⁵¹ Nous songeons à son ouvrage *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975.

⁵² Le lecteur désireux d'approfondir sous un autre angle la thématique développée dans la présente contribution, lira avec profit mon étude intitulée *Dal marchio al casellario giudiziario. L'uso del diritto romano in Arnould Bonneville de Marsangy*, in *SDHI* 82 (2016) 451 ss.