doivent être l'objet d'actions séparées et spéciales, et les intérêts ne sont dus que s'ils ont été stipulés. Passons maintenant aux *actions arbitraires*. Ces actions sont celles qui autorisent le juge à déterminer la satisfaction que le défendeur devra au demandeur et à absoudre le premier dans le cas où il aurait, en effet, donné la satisfaction prescrite. Ce fut particulièrement en vue des questions de propriété que les préteurs organisèrent l'action arbitraire. Nous avons dit que le système formulaire s'était développé successivement. D'abord il ne s'appliquait qu'aux obligations. Les procès sur les questions d'état, sur les propriétés ou autres *droits* réels, continuaient à être poursuivis selon les rites de la plus ancienne des actions de la loi, le *sacramentum*, et portés devant le collège des *centumvirs*. La procédure formulaire n'ayant pas son point de départ dans le *droit* civil, il ne pouvait être question pour le juge de reconnaître ni d'attribuer aucune propriété ni aucun de ses démembrements, aucun *droit* réel; la condamnation ne pouvait avoir pour objet, comme dans les actions de la loi, la chose demandée; mais tout se résolvait en une somme d'argent que la partie condamnée était obligée de payer. Telle fut probablement l'origine de ce principe remarquable qui caractérise le système formulaire, que toute condamnation y est pécuniaire. Mais les préteurs parvinrent, au moyen de détours, à appliquer la procédure formulaire aux actions réelles. Le juge ne condamne pas à restituer, au cas où il déclare fondée la réclamation, mais il condamne le défendeur à payer une certaine somme, s'il ne préfère restituer (*nisi restituat*). Exemple : s'il est prouvé que tel esclave ou que tel champ appartienne à Aulus Agerius selon le *droit* quiritaire, le juge condamne Negidius envers Aulus Agerius à toute somme que comportera l'affaire, s'il ne restitue pas : *Quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnat, nisi restituat*. Ainsi, par l'adjonction de ces mots : *s'il ne restitue pas*, le pouvoir de condamner confié aux juges est spécialement subordonné à cette circonstance, que le défendeur n'aura pas restitué. D'où, pour le juge, la mission particulière de décider, avant de condamner ou d'absoudre, si le défendeur est obligé ou non de restituer, et, en cas d'affirmative, d'ordonner cette restitution, cette satisfaction, soit immédiatement, soit dans tel délai par lui fixé. Cet ordre préalable du juge se nomme *jussus*, et son pouvoir *arbitrium*. De là la qualification d'*action arbitraire*. La condamnation était rédigée, dans la formule, d'une manière indéterminée : *quanti res erit*. Le montant en était fixé par conséquent par le juge, quelquefois selon sa propre appréciation, mais, dans la plupart des cas, d'après le serment déféré au demandeur lui-même sur l'indemnité qui pouvait lui être due. C'était là une punition de la résistance du défendeur. Du reste, comme cette restitution pouvait être élevée à un taux bien supérieur à la valeur de la chose réclamée, on était sûr par là de briser toute résistance chez le défendeur, et tout était terminé dès qu'il avait restitué. On voit, par ce qui vient d'être dit, que toutes les actions où il s'agissait de la propriété, en d'autres termes toutes les actions réelles étaient arbitraires. Cependant, les actions arbitraires avaient été étendues à des actions civiles *in personam*, dans lesquelles il y avait aussi une restitution ou exhibition à faire, et qui, à cet égard, offraient un certain rapport avec le *droit* de propriété. Ces actions étaient l'action *ad exhibendum*, par laquelle le détenteur de l'objet en litige était sommé de le représenter et qui était le préliminaire pour arriver à la *rei vindicatio*, et l'action *finium regundorum* (en règlement de limites), dans laquelle le juge pouvait avoir à donner aux parties le *jussus*, ou ordre préalable de faire les restitutions nécessaires, d'abattre des arbres ou des constructions, pour le rétablissement des limites. Les actions se divisent en *actions réelles* et en *actions personnelles*, et cette division correspond à deux espèces de *droits* les *droits réels* et les *droits personnels*. En effet, les *droits* peuvent porter directement sur la chose; ils sont alors absolus et subsistent à l'égard de tous, ce sont les *droits* réels (*jura ex re*). Tout le monde, en effet, doit respecter tout mon *droit* de propriété; car, du moment qu'il est établi, il l'est contre tous, et j'ai la faculté de me faire restituer ma chose par toute personne qui la détient. Au contraire, mon *droit* peut être seulement relatif à une ou plusieurs personnes qui se sont engagées envers moi; il est alors personnel. La division des actions en actions réelles et en actions impersonnelles tient à la nature des choses; elle est fondamentale et se trouve, sous une forme ou sous une autre, dans tous les systèmes de procédure. Dans l'action réelle, le demandeur revendique une chose comme étant sienne; c'est le *droit* absolu sur une chose (*jus in rem*) qu'il réclame, et il poursuit ce *droit* contre tout détenteur de cette chose, sans prétendre d'ailleurs que ce détenteur soit obligé personnellement envers lui; au contraire, dans l'action personnelle, il soutient que son adversaire est obligé personnellement à son égard. Les noms de *vindicatio* et de *condictio*, dérivés des actions de la loi, furent maintenus, le premier pour les actions *in rem*, et le second pour un certain nombre d'actions *in personam*. Mais les préteurs ne donnaient pas seulement des actions, ils agissaient aussi au moyen des *interdits*. L'interdit était un décret, un édit rendu, sur la demande d'une partie, par un préteur, ou, dans les provinces, par le proconsul, pour ordonner ou défendre quelque chose. *Aut jubebat*, dit Gaïus (*Comment.*, IV, 139), *aliquid fieri, aut fieri prohibebat*. Je défends de faire violence, *vim fieri veto; Exhibeas* (exhibe), *restituas* (restitue), telles étaient les paroles par lesquelles s'exprimait l'ordre du magistrat. Les interdits s'employaient dans tous les cas où l'intervention du magistrat était nécessaire pour pourvoir à certaines nécessités immédiates. Les circonstances qui donnaient lieu à l'interdit ont donc le plus grand rapport avec celles qui, dans notre système de procédure, font l'objet du *référé*. Ainsi l'interdit avait lieu dans les causes qui se rapportaient au *droit* divin ou religieux; par exemple, pour la protection des lieux sacrés, des tombeaux, des inhumations, et, dans les choses de *droit* public, pour l'usage de la mer et de ses rivages, des fleuves, des voies publiques, ainsi que pour leur conservation. Il s'employait aussi, quant aux intérêts privés (*rei familiaris causa*), dans les causes dont la nature est d'amener ordinairement entre les parties contractantes des rixes et des voies de fait, et qui appellent, par conséquent, l'intervention immédiate de l'autorité. A mesure que le *droit* s'est développé, la matière des interdits s'est organisée, et les cas dans lesquels un interdit devait être donné ont été déterminés. Celui qui avait besoin d'être protégé, appelait son adversaire *in jus* devant le magistrat et demandait l'interdit auquel il prétendait avoir *droit*. Le magistrat, après avoir examiné, non pas si les faits prétendus étaient vrais ou faux, mais si, dans l'hypothèse de ces faits, il y avait lieu ou non à interdit, accordait ou refusait l'interdit. Mais l'affaire n'était pas encore terminée; si les parties persistaient dans leur désaccord, il fallait recourir à une procédure judiciaire et demander le renvoi devant un juge chargé de vérifier les faits et de prononcer. Ce qui vient d'être dit montre la différence entre l'action et l'interdit : l'action était une mission donnée au juge de statuer sur le procès qui était né; l'interdit était une disposition impérative; l'interdit ne remplaçait pas l'action, au contraire, il lui donnait naissance et lui servait de base, si, malgré la prononciation de cet interdit, il y avait procès. Enfin, il y avait des cas où le magistrat, sans observer les règles de la procédure, statuait lui-même sur une affaire et la décidait par sa propre autorité, soit en matière civile, soit en matière criminelle; on donnait à cette manière de procéder le nom de *extraordinaria cognitio*, *extra ordinem cognoscere*. Le magistrat statuait lui-même chaque fois qu'il n'était pas nécessaire de recourir à un *judicium*, comme lorsqu'il ne s'agissait que d'actes de juridiction volontaire et gracieuse, par exemple, dans toutes les diverses applications de l'*in jure cessio*, ou bien lorsque les faits étaient avoués devant lui et qu'il ne restait plus qu'à déclarer le *droit*, ou encore lorsqu'il décidait qu'il n'y avait pas lieu d'accorder soit l'action, soit l'interdit. Le magistrat statuait encore extraordinairement lorsque cette faculté lui était attribuée formellement par des dispositions législatives spéciales; par exemple, dans les fidéi-commis. Il arrivait aussi au magistrat de prendre ce moyen pour suppléer aux lacunes du *droit* civil, ou pour obvier à la rigueur de ses principes. C'est ainsi qu'il procédait dans les cas où il ne pouvait pas y avoir de procès véritable, soit à cause des personnes, par exemple, s'il s'agissait de plaintes d'un esclave contre son maître, ou d'un fils contre son chef de famille, soit à cause de la matière qui ne donnait lieu à aucune action ni civile ni prétorienne, par exemple, s'il s'agissait d'aliments entre ascendants, descendants, patrons et affranchis; ou encore dans les cas de demande d'honoraires pour avocats, professeurs, nourrices, etc. Enfin le magistrat statuait par lui-même lorsqu'il s'agissait de l'exercice de son *imperium*, d'ordres à donner ou à faire exécuter au besoin par la force publique, par exemple, lorsqu'il ordonnait des restitutions *in integrum* et différents envois en possession *in integrum*. La restitution était le recours extraordinaire qui restait à une personne lorsque, par suite de la rigueur du *droit* civil, elle avait perdu un *droit* quelconque de propriété ou de créance. Elle pouvait obtenir du préteur, pour certaines considérations d'équité, son rétablissement dans ses *droits* perdus ou plus généralement dans la position qu'elle avait auparavant (*rei vel causæ redintegratio*). La restitution *in integrum* consistait à considérer comme non avenus les actes qui avaient eu lieu et les effets qu'ils avaient produits. Le préteur la prononçait de sa propre autorité, et après avoir pris connaissance des causes qui pouvaient la motiver (*causæ cognitio*); mais il n'admettait ce recours que lorsqu'il n'en existait aucun autre plus simple. Pour les mineurs de vingt-cinq ans, bien que leurs actes, même sans l'assistance d'aucun curateur, fussent valables selon le *droit* civil, la seule minorité pouvait être une cause de restitution, s'ils avaient été lésés. Pour les majeurs, les causes de restitution étaient notamment la violence, le dol, le changement d'état, l'erreur légitime et l'absence nécessaire, ou bien, pouvait dire encore le préteur : *Si qua alia mihi justa causa esse videbitur*. L'envoi en possession était une mesure au moyen de laquelle le préteur parvenait, soit à donner à une personne une sûreté pour la conservation de *droits* éventuels dignes d'être protégés (*rei servandæ causa*), soit, dans certains cas, à punir ou à briser la résistance opposée à ses décrets ou aux décisions des tribunaux (*contumaciæ coercendæ causa*). L'envoi en possession avait lieu pour les *droits* de créance, par exemple, lorsque la succession des débiteurs était vacante ou trop longtemps incertaine, ou lorsque le débiteur se cachait frauduleusement et n'était défendu par personne; il y avait encore envoi en possession pour les *droits* d'hérédité, *ventris nomine*, en faveur de l'enfant conçu et non encore né. Nous citerons aussi l'envoi en possession pour cause de dommage imminent, envoi qui n'avait lieu que pour l'édifice menaçant ruine. Du reste, la *missio in possessionem* ne faisait pas de l'envoyé un possesseur de *droit*. Elle ne lui attribuait que la garde et la surveillance des biens (*custodiam et observationem*). Elle constituait seulement à son profit une sorte de gage prétorien (*pignus prætorium*), protégé par un interdit spécial ou par une *actio in factum*.

— *Voies d'exécution forcée des jugements. Contrainte par corps. Vente de biens. Cession de biens. Saisie de gage*. Il nous reste maintenant, pour compléter notre exposé de la procédure formulaire, à faire connaître les *voies d'exécution forcée des jugements*. Il y avait d'abord la *contrainte par corps* (*duci jubere*). Les formalités de la *manus injectio* n'avaient plus lieu; mais le créancier, après le délai légal, obtenait du préteur, prononçant *extraordinairement*, un *duci jubere*, c'est-à-dire un ordre qui l'autorisait à emmener son débiteur et à le retenir chez lui, en le faisant travailler à son service jusqu'à l'acquittement de la dette, sans qu'il perdît pour cela son *ingénuité* et sans que ses enfants pussent être contraints à servir aussi pour sa dette. Mais le moyen d'exécution véritablement propre au système formulaire était la *missio in possessionem* du créancier ou des créanciers sur l'universalité des biens du débiteur, c'est-à-dire la *vente en masse* de ces biens. En ordonnant que le débiteur fût emmené, le préteur décrétait en même temps que tous ses biens seraient possédés par son créancier (*bona possideri*), et qu'il serait annoncé publiquement, par affiches écrites, que ces biens seraient vendus. La vente avait lieu au bout de soixante jours; elle était faite à celui qui offrait de payer aux créanciers le plus fort dividende. Le débiteur dont les biens étaient vendus était dépouillé de sa personne juridique, et, sous ce rapport, il subissait une sorte de diminution de tête (*capitis diminutio*), qui était infamante et détruisait son *existimatio*, c'est-à-dire son honneur, qui devait être intact pour la pleine aptitude aux *droits* civils, tant dans l'ordre public que dans l'ordre privé. Il ne faut pas confondre l'*emptio bonorum* avec la *sectio bonorum* ou vente en masse de biens pour cause publique. Cette dernière s'appliquait à la totalité des biens de celui qui, sur une accusation publique (*per publicum judicium*), avait été condamné pour crime (*damnatus et proscriptus*) à une peine entraînant attribution de ses biens au trésor public (*publicatio*). Le préteur envoyait les questeurs du trésor en possession de l'universalité des biens, et ceux-ci en faisaient publiquement la vente, sous le symbole quiritaire de la propriété civile, *sub hasta*. Vers la fin de la république, une loi *Julia*, probablement une des lois judiciaires de Jules César ou d'Auguste, donna au débiteur obéré un moyen d'échapper au double inconvénient de la contrainte par corps et de l'infamie attachée à la *bonorum emptio* forcée : ce fut de faire volontairement à ses créanciers *cession de biens* (*bonorum cessio*), c'est-à-dire abandon de l'universalité de ses biens. Enfin, les préteurs organisèrent quelque chose d'analogue à l'ancienne action de la loi *per pignoris captionem* (v. plus haut). Le magistrat lui-même, pour assurer l'exécution de la sentence, faisait faire par ses agents (*viatores*, *apparitores*, et, en général, *executores*) cette saisie de gage; dans ce cas, il ne s'agissait plus de l'universalité des biens, mais seulement de ceux que le magistrat jugeait suffisants pour acquitter la dette.

— *Voies de recours contre les jugements. Chose jugée. Litis contestatio. Actions légitimes. Défaut. Appel*. Du reste, ces voies d'exécution n'ont lieu et ne sont ordonnées par le préteur *extraordinairement*, que si l'existence de la sentence de condamnation n'est pas contestée; mais si le défendeur nie qu'il y ait eu sentence contre lui, ou s'il prétend s'en être libéré, il surgit alors une contestation qui ne peut plus être vidée que suivant la procédure ordinaire, avec dation d'un juge et d'une formule; c'est l'objet de l'*actio judicati*. Le défendeur qui voulait dénier l'existence de la sentence était obligé de donner la caution *judicatum solvi*. En outre, en punition de sa dénégation, s'il succombait, la formule portait l'ordre de le condamner au double. C'était là une voie de nullité contre la sentence; mais il en avait d'autres. Les voies de nullité de la sentence pouvaient venir de plusieurs sources : soit de l'état de l'une des parties incapable ou absente pour motif légitime; soit de l'incompétence du magistrat qui avait donné le juge et de l'incapacité du juge, ou encore de l'inobservation de la formule, de l'irrégularité des formes substantielles de la sentence. Ces voies de nullité étaient ouvertes au demandeur comme au défendeur; on les faisait valoir par l'exception de la chose jugée (*exceptio rei judicatæ*). C'était devant le préteur que cette exception était portée. Les préteurs furent ainsi amenés à déterminer les caractères et les effets de la *litis contestatio* et ceux de la sentence ou de la chose jugée (*rei judicatæ*), qui marquent toutes les deux les moments essentiels d'une procédure formulaire : la *litis contestatio* indique la fin de l'instance devant le magistrat; la sentence (*litis decisio*), la fin de l'instance devant le jury. Avant de dire quels effets leur étaient attribués par le préteur, nous devons faire connaître une dernière distinction des actions, qui tenait éminemment aux priviléges de la cité romaine. Nous avons vu que la procédure des actions de la loi était exclusivement quiritaire, et que les pérégrins n'en pouvaient jouir. Mais le système formulaire, en se développant, avait amené une fusion de procédure, et les pérégrins furent admis à une des actions *in jus* à l'aide d'une fiction. Il reste cependant une trace de l'antique séparation dans les distinctions des actions en *actions légitimes* (*legitima judicia*) et en *actions contenues dans le pouvoir des magistrats* (*imperio continentia*). Lorsque l'instance formulaire avait été organisée avec la réunion de ces trois circonstances : à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de la ville, devant l'*unus judex*, citoyen romain, et entre plaideurs également citoyens, l'action, par assimilation aux anciennes actions de la loi, était qualifiée de légitime (*legitimum judicium*). Lorsque, au contraire, l'une quelconque de ces trois conditions manquait, on disait de l'instance qu'elle était contenue dans le pouvoir, dans l'*imperium* du magistrat, et on l'appelait *judicium imperio continens*. Ainsi, toutes les instances dans les provinces, toutes les instances devant des récupérateurs, mais entre citoyens, étaient des *judicia imperio continentia*, comme aussi toutes celles dans lesquelles soit le juge, soit l'un des plaideurs était pérégrin. Le *legitimum judicium*, de même que l'action de la loi, n'avait pas de limites. Une fois organisées, et le juge donné aux parties, ces instances subsistaient jusqu'à ce que le juge eût rendu la sentence, n'importe dans quel temps. Ce fut seulement la loi *Julia judiciaria* qui leur assigna, pour être jugées, le terme de dix-huit mois, après lequel elles expiraient. Au contraire, le *judicium imperio continens* n'avait pas d'autre durée que celle du pouvoir du magistrat de qui il émanait (*tandiu valent quandiu is qui ea præcepit imperium habebit*). De telle sorte que si le magistrat venait à mourir ou quittait ses fonctions pour une cause quelconque, toutes les instances de cette nature qu'il avait organisées s'évanouissaient à l'instant, et tout était à recommencer pour les parties. Ceci posé, voyons quels sont les effets attachés et à la *litis contestatio* et à la *sentence*. Le premier effet attaché à la *litis contestatio* est une novation : l'obligation primitive est remplacée par une obligation nouvelle naissant *comme d'un contrat*; on contracte en justice comme on contracte quand on fait une stipulation (*nam sicut in stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi* (*Dig.*, XV, 1, 3, § 11), et par l'engagement qui naît de la *litis contestatio*, au moment où le procès est décidément engagé, les deux parties sont censées s'obliger devant le magistrat à suivre le jugement et à demander la future sentence. Aussi le demandeur ne pouvait-il plus se fonder sur l'obligation primitive pour agir une seconde fois contre le débiteur; mais cet effet ne pouvait exister que dans les jugements légitimes (*imperio continentia*). Dans les jugements non légitimes, et soutenus seulement par le pouvoir du magistrat, il n'y avait pas extinction du droit d'agir; mais le demandeur qui agissait une seconde fois était repoussé par l'exception de la chose déduite en jugement (*exceptio rei in judicium deductæ*). La raison en était que le pouvoir seul du magistrat qui déterminait le litige et donnait le juge ne pouvait détruire directement le lien d'une obligation civile. La *litis contestatio* avait aussi pour effet de rendre perpétuelles les actions purement annales créées par les préteurs. On donnait ainsi aux obligations prétoriennes une durée efficace, qui, sous ce rapport, les assimilait aux obligations civiles. Si les tribuns n'usaient pas, devant le magistrat, de leur droit d'intercession; s'ils n'arrêtaient pas les débats avant la *litis contestatio* qui terminait l'instance *in jure*, l'action devenait perpétuelle, d'annuelle qu'elle était, et l'instance ne subissait que les déchéances ou prescriptions ordinaires. Enfin la *litis contestatio* déterminait le procès. Elle marquait la limite dans laquelle le juge était obligé de maintenir la sentence, et, en même temps, elle restreignait le *droit* du demandeur qui, pour la même cause, aurait pu avoir plusieurs actions : son choix une fois fait, celui-ci ne pouvait plus prendre une autre voie. C'est de là qu'est venue la règle : *Electa una via, non datur recursus ad alteram*. Enfin la *litis contestatio* liait définitivement la cause entre les parties et rendait possible la sentence définitive, malgré l'absence, ou, comme nous disons, le *défaut* de l'une des parties. Si, au jour

marqué, ordinairement le troisième (*dies comperendinus*), les parties ne comparaissaient pas devant le juge nommé par la formule, il y avait *défaut*, mais le procès n'en suivait pas moins son cours. Le défaut venait-il du demandeur, l'adversaire devait obtenir son absolution immédiate. S'il venait du défendeur, une procédure particulière s'engageait devant le magistrat pour constater la contumace. Le préteur, par trois *edicta* ou avertissements successifs de dix jours en dix jours, et quelquefois par un seul qualifié d'*édit péremptoire*, enjoignait au défendeur de comparaître devant le juge, et menaçait, par ce dernier avertissement, de connaître et de prononcer extraordinairement (*cogniturum se et pronuntiaturum*). Si l'absent, après avoir été cité de nouveau, ne comparaissait pas, il était réputé en état de contumace, et la cause pouvait être jugée; mais il ne perdait pas pour cela nécessairement son procès. « La cause sera vérifiée, dit Ulpien, et il sera prononcé, non toujours selon la prétention du demandeur présent, mais aussi en faveur de l'absent, qui vaincra, s'il a une bonne cause. » Du reste, la sentence sera définitive. Cette sentence produisait, elle aussi, une novation; le débiteur n'était plus tenu en vertu de l'obligation première : il était obligé par la condamnation, *ex causa judicati*. Mais cette novation n'avait lieu qu'en matière de jugement légitime. S'il s'agissait d'un jugement dépendant de l'empire du magistrat, il n'y avait pas novation. Le demandeur pouvait encore agir de plein *droit*, sauf à être repoussé par l'exception de la chose jugée.

— *Appel*. Enfin, à partir d'Auguste et probablement par les dispositions de la loi *Julia judiciaria*, fut introduite la voie de l'appel (*appellatio* ou *provocatio*). On peut en voir l'origine dans le pouvoir qu'avait tout magistrat dans la république d'opposer son *veto* (v. plus haut) à la décision d'un magistrat d'un rang inférieur ou tout au plus égal. On pouvait appeler contre une sentence, soit immédiatement, de vive voix (*inter acta voce appellare*), ou dans un certain délai par notification écrite (*libelli appellatorii*). Le juge ou le magistrat contre les décisions duquel l'appel était formé en donnait avis à l'appelant, par un écrit nommé *litteræ dimissoriæ* ou *apostoli*. L'appel était suspensif de l'exécution; il était porté devant un magistrat supérieur, et pouvait l'être ainsi plusieurs fois de degré en degré. L'empereur était le recours suprême.

Tel fut le système formulaire. Nous sommes entré dans de grands détails à son égard, parce qu'il nous fait assister à la naissance du *droit* rationnel, de la science juridique. Au moyen de ce nouveau système de procédure, les préteurs, aidés des *prudents* (v., pour ces derniers, au mot JURISCONSULTE), créent un nouveau *droit* fondé sur le juste, l'équité (*æquum*), dont ils demandent les principes à la nature même des choses, qui vient prendre place à côté de l'antique *droit* de la cité romaine et qui finira par l'absorber. Les *édits des magistrats* constituent dès lors une des sources de ce nouveau *droit*.

Nous avons maintenant à exposer le *droit* dans ses traits essentiels, à en faire, comme pour le *droit* des Douze Tables, l'*histoire interne*, qui, ainsi que le dit si exactement Leibnitz, contient la substance même du *droit* : *Illa ipsam jurisprudentiæ substantiam ingreditur*. (Leibnitz, *Nova methodus*.)

Le *droit* privé a pour objet, ou, si l'on veut, a dans son domaine les *personnes* (Code civil, liv. Ier), les *choses*, considérées relativement à l'appropriation que nous en faisons, ce qu'exprime le nom de *bien* (Code civil, liv. II) que nous leur donnons dans notre *droit* français, et enfin les différents modes par lesquels se transmet la propriété des choses, ou, comme dit notre Code civil (liv. III), les différentes manières dont on acquiert la propriété. Examinons d'abord ce qui concerne les *personnes*. Nous avons vu plus haut que le *droit* se compose de deux facteurs donnés par la nature même des choses; il résulte des rapports fixes déterminés par la nécessité où l'homme se trouve de vivre en société. Pour le *droit* public, ce sera l'ensemble des rapports qui existent entre l'individu et la collectivité des membres de la société, représentée par l'Etat. Ces rapports ont trait à la *liberté* et à toutes ses conséquences et ils ont pour objet de satisfaire la nature morale de l'homme. L'autre ordre de rapports a trait à sa vie physique : ils se résument dans la propriété. C'est au premier ordre de rapports que se réfère principalement ce qui concerne la famille et son organisation, et par là toutes les conséquences qui en résultent relativement à l'intérêt individuel, c'est-à-dire à la propriété. Aussi tout ce qui tient à la famille relève surtout des *mœurs* de la société. Le *droit* rationnel, scientifique, n'agit dans cet ordre de rapports que d'une manière subordonnée : il relève des mœurs, et la science juridique ne peut qu'organiser les faits provenant de ces mœurs. Dans cet ordre de rapports, le *droit* scientifique n'a pas ses coudées franches comme dans cette autre partie du *droit* qui est relative aux *conventions*, à la *procédure*. Il y faut la volonté du souverain se manifestant par la loi. C'est ce qui explique pourquoi le *droit* prétorien n'agit, dans cet ordre de rapports, que d'une façon indirecte : pour les Romains, la source du *droit* se trouve surtout dans les *plébiscites*, les *sénatus-consultes*, et plus tard dans les *constitutions* impériales. On peut voir par là ce que les jurisconsultes romains entendaient par jurisprudence (*jurisprudentia*). C'était bien, pour eux, la véritable *science du droit* : le préteur la déduisait, pour toutes les parties, du *droit* relevant uniquement de la nature des choses. Pour le préteur, véritable instructeur du monde juridique, il n'existait pas de *loi écrite*; il n'avait donc qu'à déduire les conséquences des principes. C'est ce qui établit la différence profonde, radicale, entre ce que le *droit* romain appelait, à l'époque des jurisconsultes, *jurisprudence*, et ce que nous désignons par le même nom. Le mot *jurisprudence*, à Rome, est pris au sens propre; chez nous, il l'est au sens figuré. Ce n'est plus la science du *droit* ni l'application même de cette branche restreinte; la jurisprudence a encore un rôle immense, puisque c'est par elle que le *droit*, qui n'a de la loi qu'une disposition générale, s'applique aux faits, se précise, et, par conséquent, s'élabore, devient vivant en sortant de sa forme abstraite que seule peut lui donner la loi coordonnée dans les codes. En un mot, le jurisconsulte, à Rome, est magistrat légiférant; c'est pourquoi préteurs et jurisconsultes ont créé le *droit* rationnel. Chez nous, les jurisconsultes ne font qu'appliquer le *droit*, et, par ce motif, leurs décisions n'ont qu'une valeur doctrinale. Ceci posé, arrivons à l'état des personnes et à l'organisation de la famille, tels qu'ils sont à l'époque dont nous nous occupons. Nous n'avons pas à revenir ici sur la condition des personnes telle qu'elle résulte du plus ou moins de participation de celles-ci au *droit* de cité : cela a été dit plus haut. Occupons-nous seulement de l'organisation de la famille et des conséquences juridiques résultant des modifications que le temps et les changements survenus dans les mœurs ont introduites dans cette organisation. Le fondement de la famille se trouvait dans le mariage légitime, ce que l'on appelait à Rome les *justes noces*. Ces justes noces, monopole des patriciens, eurent d'abord un caractère essentiellement religieux et ne furent pas fondées uniquement sur le consentement des parties. L'entrée des plébéiens dans la cité romaine donna naissance à une nouvelle forme de mariage fondée uniquement sur la liberté, et ainsi la femme commença à figurer comme une personne. Ce fut là le point de départ de profondes modifications apportées au *droit* primitif. Tant que la femme fut en la puissance absolue du mari, elle ne pouvait rien posséder en propre : la dot n'avait aucune raison d'être. A partir de cette époque, il n'en fut plus ainsi. Voyons comment le *régime dotal* se développa.

— *Dot*. C'était un ancien usage, attesté par S. Sulpicius et Varron, que le futur époux, au jour des fiançailles, stipulât avec le père que la jeune fille lui serait donnée en mariage avec une somme déterminée. Le père promettait solennellement, *spondebat* : la somme promise, à ce que Varron nous apprend, s'appelait *sponsa*, comme la fiancée, et aussi *sponsio*. Cette somme était ou déposée en attendant les noces, entre les mains des aruspices, ou donnée le jour du mariage; elle était réellement un don acquis au mari par la tradition de la somme, *donum*, *datio*, d'où enfin *dos*. Le mari en était mis en possession par la dation des objets à lui faite, c'est-à-dire par la translation de ces objets en toute propriété, au moyen des actes d'aliénation reconnus par le *droit* civil, tels que la mancipation, la cession juridique, ou simplement par la tradition, pour les choses *nec mancipi*. Mais, au lieu d'être livrée, la dot put aussi être simplement promise; le mari avait le droit d'exiger la stipulation de la promesse et de la faire stipuler. Outre la forme générale de la stipulation, une forme particulière et toute spéciale à cet objet s'introduisit, la *dictio* de la dot (*dictio dotis*), c'est-à-dire probablement la déclaration, en termes solennels, de ce que l'on constituait en dot, sans aucune interrogation préalable du mari. Ainsi la dot fut ou donnée (*data*), ou dite (*dicta*), ou promise (*promissa*), ce qu'Ulpien exprime en disant : *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*. Au reste, la convention, de quelque manière qu'elle eût été faite, finit par être considérée comme obligatoire.

Il paraît aussi que ce fut de très-bonne heure qu'on promit non-seulement de constituer la dot avant le mariage, mais encore de l'augmenter ou même de l'établir pendant le mariage. Voyons maintenant le *droit* du mari sur la dot. D'abord, et c'était la conséquence de la condition de la femme placée en la puissance du mari (*in manu*), le mari fut le maître absolu de la femme, de la dot (*dominus dotis*). Mais la nouvelle forme de mariage *per usum*, d'abord en usage chez les plébéiens, fut le point de départ d'importantes modifications. Vers le milieu du VIe siècle de Rome, la situation de l'épouse dans la maison conjugale s'était gravement modifiée. Impatientes du joug, les femmes tendaient à l'indépendance, et comme elles avaient la capacité d'acquérir et qu'elles étaient devenues riches par suite des institutions testamentaires et des legs faits en leur faveur, elles se servirent avec la plus grande habileté de leurs richesses pour conquérir leur indépendance. L'an 558 de Rome, Porcius Cato, du haut de la tribune, reprochait aux femmes romaines d'envier la liberté et même la licence en toutes choses aux citoyens romains, et de n'avoir pas conservé le *droit* et la majesté de l'homme (*jus majestatemque viri*). Il s'en suivit que le mariage *per usum*, qui ne conférait plus nécessairement la puissance maritale ou la *manus*, par le moyen de l'interruption annale, devint le plus fréquent. Ce mariage *per usum* entraînait la facilité du divorce. La faculté de divorcer, qui d'abord appartint au mari seul, fut bientôt également accordée à la femme. La répudiation devint entre les époux une faculté réciproque. De là vint, pour le mari, l'usage de rendre à sa femme ce qu'elle avait apporté. Toutefois, pendant longtemps, la femme dont le lien matrimonial était brisé n'eut aucun *droit* de reprise sur les biens de l'époux. Ce fut ainsi que Sp. Corvilius Rugo, homme de noble race, ayant répudié sa femme vers l'an 520, ne fut obligé à aucune restitution. Mais dans la suite il n'en fut plus ainsi, et l'usage s'introduisit de rendre à la femme répudiée ce qu'elle avait apporté. « Il est de tradition, dit à cet égard Aulu-Gelle, que, pendant près de cinq cents ans, il n'y eut dans la ville, ni dans le Latium, aucune caution, aucune action relative aux biens de la femme mariée. Le besoin, sans doute, ne s'en était pas fait sentir, parce que l'on ne voyait pas alors de mariage dissous par le divorce. Aussi Servius Sulpicius, dans son traité *De dotibus*, a écrit que, pour la première fois, après le divorce de Corvilius Rugo, l'on a regardé comme nécessaire la caution des biens de la femme (*rei uxoriæ*). » (Aulu-Gelle, IV, 3.) Cicéron (*De officiis*, III, 15) nous apprend que l'action *rei uxoriæ* était une action de bonne foi portée devant les arbitres. Ainsi le divorce, dans les premières années du VIe siècle, commença à faire cesser la propriété absolue du mari sur l'apport de la femme. Ce fut le point de départ de ce que nous appelons encore de nos jours le *régime dotal*, qui se développa successivement de la manière suivante. La première restriction apportée à la propriété du mari fut l'obligation pour lui de rendre en nature les biens dotaux, à la dissolution du mariage, savoir : pour les choses fongibles en même nature, qualité et quantité, ou bien d'après l'estimation à opérer par contrat, et identiquement pour les autres choses. Mais cette obligation de rendre en nature ne fut d'abord sanctionnée par aucune garantie précise : le mari, n'ayant pas cessé d'être propriétaire, pouvait toujours valablement aliéner; aucune loi ne lui interdisait cette faculté, soit pour les meubles soit pour les immeubles. Ce ne fut que plus tard que fut admis le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux. La première loi qui commença à l'introduire en partie fut le plébiscite rendu au temps d'Auguste sous le nom de *lex Julia*, *De adulteriis et de fundo dotali*; ce plébiscite défendait, sur le territoire italique, d'hypothéquer le fonds dotal de la femme, même avec son adhésion, et de l'aliéner sans qu'elle y consentît. L'immeuble dotal était encore aliénable, mais le consentement de la femme était exigé. Ce fut surtout Justinien, à la dernière période du droit romain (v. PLÈBE), qui établit d'une manière complète l'inaliénabilité des immeubles, même malgré la volonté d'aliéner manifestée par la femme, et ce principe existe encore dans notre législation. A côté de la *dot*, il y eut aussi, en *droit* romain, la *donatio ante nuptias*. Cette donation était faite par le mari à la femme, comme par compensation de la dot. Quant aux donations entre vifs pendant le mariage, les Romains en virent le danger, et, en principe, elles furent prohibées; cette prohibition résulta du *droit* non écrit. « Il est reçu chez nous par les coutumes, dit Ulpien (*Dig.*, XXIV, 1), que les donations entre mari et femme ne sont pas valables. »

— *Puissance paternelle*. Le *droit* prétorien ne toucha pas à la puissance paternelle. Ainsi, au temps de Cicéron, le pouvoir du père avait conservé tout son caractère de sévérité. Salluste (*Catil.*, XXXIX) cite l'exemple de Fulvius, fils d'un sénateur, que son père fit mettre à mort parce qu'il avait trempé dans la conjuration de Catilina, et Valère-Maxime (VI, § 7) cite celui d'Atilius Philiscus, homme de mauvaises mœurs, qui tua impunément sa fille, coupable d'impudicité. Mais le *droit* prétorien, le *droit* non écrit, les lois, apportèrent de grandes modifications au pouvoir qu'avait eu le chef de famille de disposer de ses biens de la manière la plus absolue. Nous ferons bientôt connaître ces modifications. Quant aux *droits* sur l'homme libre acheté ou abandonné en propriété (*mancipium*), ils n'existent plus ordinairement que d'une manière fictive, et, dans les cas où ils subsistent encore réellement, ils ont été bien atténués.

Voyons maintenant ce qui concerne les choses et leur appropriation, c'est-à-dire la propriété. En *droit* romain, on donne le nom de chose (*res*) à tout objet, animé ou non, considéré relativement à la propriété que l'homme peut y prétendre. Le mot *chose* (*res*) se dit donc par opposition aux personnes. Dès l'époque des Douze Tables, les choses se distinguaient déjà en choses sacrées (*res sacræ*), c'est-à-dire choses consacrées solennellement aux dieux; en choses religieuses (*res religiosæ*), en choses consacrées à la sépulture; enfin, en choses saintes (*res sanctæ*), c'est-à-dire choses protégées par une sanction légale, telles que les murs des villes, par exemple. Ainsi on retrouve, à l'origine de la législation romaine, ces trois grandes divisions : les choses retirées du commerce des hommes, et nommées par les jurisconsultes *res divini juris*; les choses publiques (*res publicæ*), et des choses communes (*res communes*), comme la mer et les rivages.

Quant à la distinction des meubles et des immeubles, elle n'est pas faite d'une manière précise en *droit* romain; toutefois, ce *droit* est trop rationnel pour ne pas tenir compte de la qualité distinctive de ces deux propriétés, et déjà la loi des Douze Tables met une différence entre l'usage d'un fonds et celui des autres choses. Lorsque les jurisconsultes eurent donné au *droit* une forme rationnelle, ils classèrent les choses en choses de *droit* divin (*res divini juris*) et choses de *droit* humain (*res humani juris*). La première classe comprend les choses sacrées, religieuses et saintes; la seconde, les choses publiques ou privées : c'est ce qui forme la première division. La deuxième division comprend les choses corporelles ou incorporelles; corporelles, celles qui par leur nature tombent sous nos sens, comme un fonds de terre, un esclave, etc.; incorporelles, celles qui ne peuvent tomber sous nos sens, comme l'hérédité, l'usufruit, etc. Enfin, une troisième division distingua les choses *mancipées* des choses *non mancipées* (V. notamment Gaïus, *Comm.*, II, § 1 et suiv.). « Sont choses *mancipées*, dit Ulpien (Reg. 19) : 1° tous les héritages en Italie, soit ruraux, comme un fonds, soit urbains, comme une maison; 2° les servitudes d'héritages ruraux, comme les *droits* de passage (*via*, *iter*, *actus*), les *droits* d'aqueduc et autres; 3° les esclaves et les quadrupèdes (*quæ dorso collove domantur*) qui portent ou traînent des fardeaux et que nous appelons *bêtes de somme*. Les autres choses sont *non mancipées* : les éléphants et les chameaux sont dans cette dernière classe, bien qu'ils puissent être domptés (*dorso collove*), parce que, dit Ulpien, de leur nature, ils sont animaux sauvages. » Gaïus (*Comm.*, II, § 17) fait aussi observer que les choses incorporelles sont *nec mancipi*, sauf certaines servitudes, celles des héritages ruraux. Lorsqu'on tient compte de la nature des choses qui constituent les choses mancipées, on voit qu'elles se rapportent à la condition primitive du peuple romain, qui fut d'abord et essentiellement agriculteur. Ces choses, qui composaient ce qu'il y avait de plus essentiel dans la richesse des Romains, ne pouvaient être transmises à d'autres que par les moyens juridiques usités sous la loi des Douze Tables, et que nous avons fait connaître. Plus tard, quand d'autres objets vinrent augmenter la richesse des Romains, leur transmission put se faire autrement que par les modes prescrits par la loi des Douze Tables : ces modes furent réservés aux choses qui composaient la richesse primitive des Romains et qui devinrent dès lors *mancipi*, tandis que les autres furent *nec mancipi*. Ce qui caractérise donc la chose *mancipi*, c'est qu'elle participe au *droit* civil; toute chose qui n'y participe pas ne peut être *res mancipi*. Voilà pourquoi l'*ager romanus*, d'abord, puis le sol de l'Italie auquel le *jus italicum* fut concédé, ont seuls, en fait d'immeubles, ce caractère. Telle est la distinction des choses en choses *mancipi* et en choses *nec mancipi*, distinction fondamentale pour le *droit* romain de cette époque, et distinction qui est celle des jurisconsultes; aussi est-il nécessaire de s'en rendre compte pour pouvoir comprendre le système de propriété qui fut organisé par les préteurs, et d'où est sortie la théorie rationnelle de la propriété que nos législations modernes ont suivie. Voyons maintenant quel fut ce système de propriété qui s'organisa sous l'empire du *droit* prétorien.

— *Propriété*. A l'origine, la propriété, comme on l'a vu, se nommait *mancipium* : ce mot marque bien l'origine de la propriété individuelle, qui, comme on l'a vu, commença à Rome par les objets mobiliers. Plus tard, la propriété reçut le nom de *dominium*. Mais alors cette propriété n'est plus unique. Les choses peuvent être ou dans la propriété (*in dominio*) ou dans les biens (*in bonis*) d'un citoyen; le *dominium* est la propriété romaine (*dominium ex jure Quiritum*); l'*in bonis*, est, au contraire, une sorte de propriété naturelle. Gaïus s'exprime ainsi, relativement à cette double forme sous laquelle la propriété se manifeste à Rome : « Je dois avertir, dit ce jurisconsulte, que, chez les étrangers, le domaine est un; on est propriétaire ou on ne l'est pas. Le même droit était établi jadis chez les Romains : on était propriétaire selon la loi romaine ou on ne l'était pas du tout; mais ensuite le domaine fut divisé de telle sorte que l'un pût avoir la propriété d'une chose, un autre avoir cette chose dans ses biens (*in bonis habere*). Du reste, le domaine romain et la possession de la chose *in bonis* ne donnaient pas les mêmes droits. Celui qui possédait le domaine romain dans sa plénitude, c'est-à-dire le domaine dont la propriété naturelle n'était pas séparée, avait sur la chose les droits les plus absolus; il pouvait : 1° en user, en percevoir tous les produits quelconques; 2° en disposer comme il l'entendait par tous les moyens légaux et la vendiquer dans toutes les mains où il la trouvait. Mais, lorsque la propriété naturelle (*in bonis*) était séparée du domaine romain, il n'en était plus ainsi. Le pouvoir d'user et de percevoir tous les produits passait à celui qui avait la chose *in bonis*; mais