

chose pour sûreté d'une dette; droit auquel les parties peuvent joindre le pouvoir pour le créancier de vendre, d'aliéner et de se payer sur le prix.

Epoque du Bas-Empire : droit réel qui autorise un créancier à se faire mettre en possession, à vendre, aliéner, et se payer sur le prix.

Epoque moderne : droit réel emportant pour un créancier droit de paiement par préférence sur le prix. La préférence sur le prix n'est plus subordonnée à la possession et à la vente par le créancier. La préférence est partant assurée au dernier aussi bien qu'au premier, pourvu que le prix qui doit être déterminé par des enchères soit suffisant.

La règle si souvent répétée *prior tempore, potior jure*, a elle-même, avec le temps, changé de valeur et de signification.

En droit romain, le plus ancien créancier est le plus fort dans le droit de prendre possession, dans le droit de vendre, dans le droit d'être payé.

En droit français, ne parlons plus de possession; le droit de saisir et mettre en vente appartient à tout créancier muni d'un titre exécutoire. L'ancienneté n'assure plus que le paiement par préférence sur le prix mis en distribution.

Nous avons essayé de caractériser dans ses éléments principaux le système hypothécaire romain et de mettre en relief le rôle, trop souvent oublié, qu'y joue la possession.

Les Romains ont laissé beaucoup à faire dans la constitution des sûretés réelles, dans l'organisation du crédit réel. Mais ils ont ouvert la voie; ils ont eu le grand mérite de diriger le droit, non plus vers l'attribution de la propriété au créancier, non pas exclusivement vers l'attribution de la possession, mais et surtout vers la préférence à exercer sur le prix. Là est le trait de lumière qui a jailli du sein de la jurisprudence romaine.

J. E. L.

#### APPENDICE IV. (Nos 588, 2141.)

##### DE LA DOT.

La matière de la dot, dont les notions ont été disséminées dans les *Instituts* (1), mérite d'être l'objet d'une vue d'ensemble. Elle

(1) INST. liv. 2. pr. tit. 2. § 3 et suiv. Explic. nos 582 à 588 et 597 à 600, et INST. liv. 4. tit. 6. § 29. Explic. nos 2136 à 2141.

Ce sujet a été traité de la façon la plus remarquable par notre regretté collègue et ami M. GIDE, sous ce titre : *Du caractère de la dot en droit romain*. Nous emprunterons beaucoup à son excellent travail. Nous en conseillons d'autant plus vivement la lecture que l'on y trouvera, outre des développements ingénieux que nous omettrons, le mérite d'un style plein de charme et de relief.

forme comme un trait d'union entre le droit de la famille et le droit qui régit les biens. Elle a subi par contre-coup l'effet des changements accomplis dans l'organisation de la famille et dans les successions *ab intestat*. En considérant ce point unique, nous y verrons paraître le reflet des principales transformations des mœurs et de la société.

Nous supposerons un mariage sans *conventio mulieris in manum mariti*, sans changement de famille pour la femme. Tel est l'état le plus fréquent à la fin de la République et sous l'Empire. La dot, en son sens propre, répond à ce régime de mariage dans lequel les fortunes des époux restent distinctes.

Dans le mariage sans *manus*, le rapport entre les époux est moral plutôt que juridique. Le droit romain n'a pas attribué à la mère une place convenable au foyer domestique. Cela vient de ce que la famille reposait sur la puissance paternelle, qui était le privilège du sexe masculin. Lorsque la femme n'a pas voulu se soumettre à son mari comme une fille de famille, elle n'est unie à ses enfants par aucun lien de parenté civile. En d'autres termes, les enfants nés d'un juste mariage, non accompagné de la constitution de la *manus*, sont membres de la famille civile de leur père, étrangers à la famille civile de leur mère. Héritiers siens de leur père ou de leur grand-père paternel, ils ne sont appelés par la loi à l'hérédité ni de leur mère, ni des parents de celle-ci.

Il est pourtant naturel et raisonnable que la femme ou les parents de la femme contribuent à augmenter les ressources pécuniaires de la famille qui naîtra du mariage. Les Romains, admettant le concours égal des descendants de tout sexe dans la succession paternelle, voyaient les fortunes se partager également entre les fils et les filles; ils étaient d'ailleurs fort intéressés; ils ont voulu et devaient vouloir que la fortune de la mère concourût avec celle du père à procurer aux enfants des moyens d'existence.

Dans cette pensée, la femme, si elle était *sui juris*, sinon le père de famille de la femme, fit au mari ou au futur mari une donation, donation qui accrût à perpétuité le patrimoine du mari. Le but est atteint; car ce patrimoine ainsi accru est celui dont les revenus subviendront à la postérité du mariage, celui dont les enfants issus du mariage seront *vivo patre* en quelque sorte copropriétaires, celui qu'ils recueilleront comme hérédité à la mort de leur père (1). L'objet de cette donation, faite par la femme ou par une personne agissant dans l'intérêt de la femme, faite au mari en considération du mariage, est la *res uxoria*, l'apport de l'épouse, la dot. Si l'on veut appliquer à la dot prise à son origine la définition moderne, apport de la femme pour aider le mari à supporter les charges du mariage, cela doit être entendu, non pas seulement de charges contemporaines de vie

(1) INST. liv. 2. tit. 19. § 2. Explic. n° 807.

en commun, mais d'une charge perpétuelle, l'existence, le sort pécuniaire de la descendance à naître du mariage. Tel est sans doute le sens primitif de la maxime : *Dotis causa est perpetua* (1).

L'intérêt des enfants obtenait ainsi satisfaction; celui de la femme n'était pas sacrifié. Qu'elle se fût ou non réservé des biens propres, des paraphernaux (2), elle profitait dans la vie commune du revenu des biens donnés à son mari. Le mariage ne se dissolvait guère, dans les temps anciens, que par la mort; le divorce était rarement pratiqué. Le mari, mourant le premier, ne négligeait pas de laisser à sa veuve par un legs dans son testament, des moyens d'existence, presque toujours en lui conférant des droits viagers (3).

Le divorce, devenu plus fréquent, a rompu l'harmonie de cette législation primitive.

Le mari divorcé conservera-t-il les biens dotaux, ces biens donnés en considération d'un mariage actuellement dissous, ces biens donnés par la femme, ou par affection pour la femme maintenue répudiée? S'il en est ainsi, il en consommera les revenus avec l'épouse à laquelle il s'unira en secondes nocés, et il en transmettra la propriété à ses enfants, y compris ceux qui lui seront nés d'unions subséquentes.

En outre, la femme divorcée peut être jeune encore. Trouvera-t-elle à se remarier si elle n'apporte pas à son nouveau mari une dot, un contingent de ressources pour le support des charges du mariage? La société souffrira, ou du célibat auquel elle sera réduite, ou du désordre dans lequel elle tombera.

Tout donateur peut mettre une restriction à sa libéralité, et stipuler du donataire la restitution du bien donné dans telle éventualité qu'il détermine. Il peut permettre à un tiers d'intervenir et de stipuler la restitution des biens à son profit (4). L'usage s'introduisit de joindre à la constitution de dot une stipulation de retour en prévision du divorce. La femme stipula du mari, avec le consentement du donateur, si la constitution de dot n'émanait pas d'elle-même. Il était juste de tenir compte des motifs du divorce et des charges qui resteraient pour le mari du mariage dissous; sans de tels ménagements, le mari n'aurait pas fait la promesse. Aussi la stipulation fut-elle habituellement conçue en sorte que, *si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius æquius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori* (5).

La coutume vint en aide à la prévoyance des particuliers. Elle suppléa à l'absence d'une stipulation de retour. Elle donna d'office

(1) PAUL. f. 1. DIG. 23. 3. *De jure dotium*. — (2) ULP. f. 9. § 3. DIG. 23. 3. — (3) L. 22. 24. 27. 35. 37. 38. etc. DIG. 33. 2. *De usu et usuf. et reditu per leg. datis*. — (4) *Frag. Vatic.* § 286. — (5) BOECHE. *Ad. Cicer. Top.*, XVII, 63. — ACQU-GELLE, *Noct. att.*, IX, 3.

à la femme survivant au mariage, divorcée ou veuve, une action personnelle contre le mari ou les héritiers du mari en restitution de la dot, *actio rei uxoriæ*.

Cette action, qui supposait en la femme un droit de créance, conféra au juge une grande latitude pour déterminer ce qui devait être rendu à la femme. La formule de l'action refléta la *cautio* usitée dont nous avons cité les termes. Le juge statuait *uti æquius melius* (1). Plus tard, l'arbitraire du juge fut remplacé par des règles fixes. Ce que le mari retiendrait selon les circonstances diverses, fut déterminé *a priori* par la jurisprudence (2).

Le but poursuivi dans ce développement remarquable de la coutume, est défini par cette pensée exprimée sous plusieurs formes : *Interest reipublicæ mulierem dotem... consequi ut ætate permittente nubere possit* (3). Fournir à la femme, sortie assez jeune encore de l'état de mariage, le moyen de se remarier, tout a été, dans le règlement de l'action *rei uxoriæ*, modelé sur ce résultat à obtenir.

La femme est-elle *alieni juris*? Par dérogation au droit commun, elle est autorisée à concourir avec son père de famille à l'exercice de l'action pour veiller à la conservation de sa dot (4).

La femme qui a survécu à un premier mariage, meurt-elle ensuite avant d'avoir mis le mari ou les héritiers du mari en demeure de restituer la dot? L'action *rei uxoriæ* s'éteint (5).

La femme est-elle morte dans le mariage? En a-t-elle, par sa mort, causé la dissolution? L'action *rei uxoriæ* ne s'ouvre pas au profit de ses héritiers. Le mari garde la dot; s'il existe des enfants du mariage, il la leur transmettra dans son hérédité (6).

En résumé, le mari est tenu de rendre la dot à la femme qui survit au mariage, afin qu'elle puisse se remarier. L'obligation que la coutume lui impose existe dans la mesure de la possibilité de secondes nocés.

Cependant les jurisconsultes de l'époque classique répètent l'adage ancien : *Dotis causa perpetua est*. La phrase a changé de sens; elle a une signification purement juridique. Elle exprime qu'en vertu de la donation à lui faite à titre de dot, le mari acquiert un droit perpétuel. L'obligation que sa personne subit de restituer la dot n'empêche pas le mari d'être investi d'une propriété parfaite et perpétuelle. D'ailleurs, la restitution est éventuelle, et, si l'éventualité ne se réalise pas, si la femme meurt dans le mariage, le mari reste à perpétuité propriétaire des biens dotaux. *Dos apud virum remanet*.

Cette réforme, inspirée par l'intérêt de la société, destinée à

(1) CIC. *Top.*, 17. GAI. f. 8. DIG. 4. 5. *De cap. minut.* — (2) ULP. *Reg.*, tit. 6. §§ 9 et suiv. — (3) PAUL. f. 2. DIG. 23. 3. — POMP. f. 1. DIG. 24. 3. *Sol. matr.* — PAUL. f. 1. 18. DIG. 42. 5. *De reb. auct.* — (4) ULP. *Reg.* tit. 6. § 6. ULP. f. 2. § 1. PAUL. f. 3. DIG. 24. 3. — (5) ULP. *Reg.* tit. 6. § 7. *Fr. Vatic.* § 112. — (6) ULP. *Reg.* tit. 6. § 4.

favoriser les seconds mariages, nuisit gravement aux intérêts des enfants du mariage dissous. La restitution des biens dotaux à leur mère divorcée enlevait à ces enfants la chance de les avoir un jour comme héritiers. Ils n'étaient pas héritiers *ab intestat* de leur mère, avec laquelle ils n'avaient pas de lien d'agnation. Héritiers testamentaires, rarement ils pouvaient l'être. Jusqu'à Hadrien, les femmes ingénues n'avaient pas le droit de tester. Il est vrai qu'une femme *sui juris*, ingénue, grâce à une *coemptio* et une émancipation, se plaçait dans la situation d'une affranchie et acquérait le droit de tester (1); mais ce procédé, qui, s'il ne la soumettait pas à une *manus* durable, la faisait définitivement sortir de sa famille d'origine, ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation de ses tuteurs. Il fallait donc que la famille civile de la femme, par l'organe des tuteurs qui en défendaient les intérêts, eût abdiqué ses droits à l'hérédité légitime pour que les enfants pussent être institués héritiers dans le testament maternel.

Nous savons bien que de très-bonne heure, et déjà sous la République, le prêteur avait attaché des droits de succession à la parenté naturelle par la *bonorum possessio unde cognati*. Or, les enfants ont avec leur mère un lien manifeste de cognation. Mais cette *bonorum possessio* n'est accordée que subsidiairement à la *bonorum possessio unde legitimi* offerte aux héritiers légitimes, notamment aux agnats héritiers (2). Il suffisait donc que la défunte eût un frère ou un cousin agnat se portant héritier, pour que ses enfants fussent exclus de sa succession.

La dot, par son retour à la femme divorcée, était détournée de l'un des buts qu'elle devait atteindre. Constituée en vue d'un mariage et de la postérité à naître de ce mariage, elle était employée comme un moyen de favoriser une seconde union. La *retentio propter liberos* à exercer par le premier mari n'était qu'un correctif imparfait; elle n'avait lieu que si le divorce provenait de la faute de l'épouse (3).

Aussi la réforme dont nous parlons est-elle toujours motivée par le salut de la République. La diminution de la population romaine, surtout du nombre des ingénus, c'est-à-dire des personnes nées libres, était un malheur social. On voulut y porter remède en perpétuant l'état de mariage, malgré le divorce qui venait fréquemment l'interrompre. L'intérêt de l'État l'emporta sur toute autre considération.

Une fois la législation lancée en cette voie, les anomalies se multiplièrent dans la matière de la dot. Il ne suffisait pas d'avoir imposé au mari l'obligation de rendre la dot, il fallait assurer l'exécution de cette obligation. — Le mari est plein propriétaire des biens dotaux; la femme n'a aucun démembrement de la pro-

(1) GAI. COMM. 4, § 115. — (2) INST. LIV. 3. tit. 5. pr. — Explic. n° 1070. — (3) ULP. REG., tit. 6. § 10.

priété; elle est devenue simplement créancière sous une condition. Néanmoins, une loi *Julia* décida que le mari ne pourrait aliéner les immeubles dotaux, dont il doit la restitution à sa femme, qu'avec le consentement de celle-ci. Faite sans ce consentement, l'aliénation est nulle, sauf à être confirmée plus tard si la condition de la restitution ne se réalise pas, notamment si la femme meurt dans le mariage (1).

Comment la femme profitera-t-elle de cette prohibition et de la nullité qui en résulte? Ce point exige une explication. — L'aliénation étant nulle, le mari n'aura pas cessé d'être propriétaire. Soit; mais la femme n'est toujours que créancière, dépourvue du droit d'agir à l'encontre d'un tiers mis en possession; et, contre son mari, elle n'a ni plus ni moins de droit après qu'avant la loi *Julia*. Elle est créancière; elle est en relation juridique avec le mari son débiteur et nullement avec le tiers acquéreur, quoique l'acquisition de ce dernier soit frappée de nullité à son profit. — Le système de la loi *Julia* ne se comprend que combiné avec un *privilegium* dont la créance de la femme est fortifiée (2). La femme doit être payée du montant de la dot restituable, par préférence aux autres créanciers, sur l'ensemble des biens du mari. En général, un *privilegium inter personales actiones*, comme celui de la femme, est inutile en face d'un débiteur qui a dissipé, aliéné tout son actif. Mais pour la femme, grâce à la loi *Julia*, il y aura toujours au moins, dans le patrimoine du mari, l'action en revendication des immeubles dotaux. Écartant les autres créanciers par la vertu de son privilège, la femme se fera attribuer cette action, qu'elle exercera contre les tiers sous forme d'action utile. Telle est sans doute la combinaison.

L'intérêt de l'État est sauvegardé; la femme recouvrera sa dot et aura la faculté de se remarier. Mais l'intérêt des enfants nés d'un mariage dissous par le divorce, reste en souffrance. Ils voient leur échapper les biens qui, donnés à leur père, avaient favorisé leur naissance et formaient le soutien de leur existence à venir. Après les considérations politiques, les suggestions de l'équité ont été entendues.

Sous les Antonins, les enfants ont été préservés du préjudice que leur causait la restitution de la dot à leur mère. À cette époque la parenté naturelle a commencé à être, dans d'étroites limites il est vrai, une cause de vocation à l'hérédité légitime. Les enfants succéderont comme héritiers en premier ordre à leur mère (3). Le résultat, au point de vue du sujet qui nous occupe, est excellent; du même coup une injustice provenant d'une inno-

(1) INST. LIV. 2. tit. 8. pr. Explic. n° 597. — ULP. f. 42. DIG. 41. 2. De acq. pos. — MARC. 17. DIG. 23. 5. De fund. dol. — (2) ULP. f. 17. § 1. PAUL. f. 18. ULP. f. 19. pr. DIG. 42. 5. De reb. auct. — (3) INST. LIV. 3. tit. 4. pr. Explic. n° 1065.

vation toute politique est réparée, et une amélioration sur le droit ancien est accomplie. En effet, les enfants recueilleront dans l'hérédité de leur mère les biens dotaux, restitués à celle-ci; ils n'en seront plus privés. En outre, la transmission des biens dotaux par l'hérédité de la mère vaut mieux que la primitive dévolution par l'hérédité paternelle; sur l'hérédité du père les enfants du mariage doté concouraient avec les enfants survenus à celui-ci d'unions subséquentes; dans l'hérédité maternelle, ils ne seront en concours qu'avec d'autres enfants nés comme eux de la personne par qui ou en faveur de qui la dot a été constituée. La dot sortie de la fortune de la femme, ou du cercle des affections qui avaient entouré la femme au moment de son mariage, allait autrefois enrichir des descendants nés d'une autre épouse. Maintenant les biens dotaux rendus à une femme divorcée seront par elle transmis héréditairement à ses propres enfants, nés de différents lits peut-être, mais tous issus de la personne dont l'avoir a fourni ou dont l'affection a inspiré la donation dotale.

L'innovation opérée par le sénatus-consulte Orphitien a exercé une heureuse influence sur le régime de la dot. Elle a dû déterminer un changement dans la teneur de la stipulation ayant pour objet le retour de la dot. Jusqu'à présent nous avons supposé que la femme stipulait, ce que l'action *rei uxoriæ* avait pour objet d'amener, une sorte de partage de la dot selon l'arbitrage d'un homme de bien, une sorte de transaction entre les époux qui se séparaient. L'habitude se répandit, sans doute après les équitables réformes de Marc-Aurèle, de stipuler la restitution de la dot entière. La femme y trouva plusieurs avantages. La *retentio propter liberos* notamment ne s'exerçait plus. Cela était dur pour le mari devenu père; mais cela n'était pas sans logique. Le mari ne pouvait plus invoquer l'intérêt des enfants, puisque cet intérêt trouvait une meilleure satisfaction dans le S. C. Orphitien.

Sous d'autres rapports, la femme, en stipulant une restitution intégrale de sa dot, acquit une créance préférable à l'action *rei uxoriæ* (1). Nous ne signalerons que les effets principaux.

D'abord la femme pourvoit ainsi plus efficacement à l'intérêt de ses héritiers et en première ligne de ses enfants. Si elle meurt dans le mariage, ses enfants auront le bénéfice immédiat du contrat fait par leur mère, ils auront droit à la restitution de la dot; tandis que, sans cette stipulation, la dot serait, en ce cas, restée dans le patrimoine du mari, exposée à subir le courant d'affections nouvelles, transmissible héréditairement, selon la loi, à toute la postérité de cet homme, sans distinction de lits (2).

Ajoutons que, si le mari avait dans son testament fait des libé-

(1) JUST. I. 1. CODE. 5. 13. *De rei ux. act.* INST. Expl. n° 2140. — (2) L. 1. CODE. 5. 13.

ralités à sa veuve, le prêteur présumait que ces libéralités étaient destinées à tenir lieu de la restitution coutumière de la dot. Il imposait en conséquence à la femme d'opter entre les avantages testamentaires et l'action *rei uxoriæ*. Tel était l'objet de l'édit *de alterutro*. La femme qui a stipulé la restitution de sa dot est soustraite à cette loi d'option; elle cumulera, et le bénéfice du contrat de retour, et le bénéfice des libéralités contenues dans le testament de son mari, sauf déclaration d'une volonté contraire de la part de ce dernier (1).

Le tableau des conséquences résultant pour la femme d'une stipulation de retour a aussi ses ombres.

Si la femme est fille de famille, la créance née du contrat est acquise au père de famille et passe, à la mort de celui-ci, à ses héritiers, par exemple à tous ses enfants, à ses fils comme à sa fille dotée. La restitution stipulée contrarie le but de la dot, qui ne reste pas tout entière à la femme pour favoriser une seconde union (2).

Il ne paraît pas que la femme exerçant la *condictio* en vertu de la stipulation par elle faite puisse se prévaloir du *privilegium exigendi* (3).

Justinien trouve la législation et les mœurs dans une sorte de contradiction. Le droit déclare le mari propriétaire des biens dotaux (4). En fait, la dot est considérée comme faisant partie de la fortune de la femme. Les jurisconsultes eux-mêmes se servent d'expressions qui se combattent et proviennent de deux courants d'idées contraires : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* (5).

L'empereur byzantin entreprend de faire cesser le désaccord; il accomplit deux réformes, l'une concernant l'objet, le montant, la condition de la restitution dotale, l'autre concernant la nature du droit dont la femme est investie pour obtenir la restitution.

Et d'abord, Justinien constate que l'idée d'après laquelle la dot est à la femme, est dominante dans les esprits, ainsi que l'atteste la fréquence de la stipulation du retour, qu'elle est raisonnable, répondant aux intentions des parties et aux véritables intérêts de la société. Il en fait la base du droit nouveau. Partant, il préfère aux règles de l'action *rei uxoriæ* celles de l'action *ex stipulatu*, destinée à réaliser cette idée. Toutefois, il reconnaît que les époux, en convenant de cette restitution très-naturelle dans la forme d'un contrat de droit strict, perdaient certains avantages justement attachés, pour l'un ou pour l'autre, par la coutume à l'action *rei uxoriæ*. Il opère une fusion entre l'action *ex stipu-*

(1) L. 1. § 3. COD. 5. 13. — (2) L. 1. § 11. COD. 5. 13. — (3) ARG. HERMOG. f. 74. DIG. 23. 3. *De jure dot.* PAUL. f. 29. DIG. 46. 2. *De nov.* — (4) VOY. M. DEMANGEAT, *De fundo dotali*, p. 3 et suiv. — (5) TRYPH. f. 75. DIG. 23. 3.

latu et l'action *rei uxoriae*; il donne d'office à la femme ou aux héritiers de celle-ci, pour obtenir la restitution de la dot à la dissolution du mariage, une action dont les règles sont empruntées tantôt à l'action *ex stipulatu*, tantôt à l'action *rei uxoriae*.

Les caractères de l'action *ex stipulatu* dominent en ce que : 1° la dot sera restituable, à la dissolution du mariage, à la femme survivante ou aux héritiers de la femme prédécédée (la dot doit compter comme élément dans le patrimoine et dans l'hérédité de la femme); 2° la femme gratifiée par son mari de dispositions à cause de mort en cumulera le bénéfice avec la créance en restitution de la dot (elle recouvre la dot comme son bien; elle n'est pas pour cela inhabile à profiter des libéralités que lui fait son mari; — maintenant que la restitution de la dot est considérée, non plus comme une grâce faite à la femme, mais comme l'acquittement d'une dette normale, il n'y a plus de raison pour présumer que le mari ait voulu, sous l'apparence d'une libéralité, purement et simplement se libérer d'une dette); 3° les rétentions disparaissent (la femme demande non pas un partage équitable, mais la restitution intégrale de sa dot; y eût-il une postérité du mariage, la restitution doit être entière; conforme au droit reconnu de la femme, elle n'est pas contraire aux intérêts des enfants, héritiers présomptifs de leur mère). Si le mari a contre la femme des causes de créance, cette circonstance donnera lieu à compensation dans les termes du droit commun; le juge sera toujours maître d'écarter une compensation qui retarderait la restitution due à la femme (1).

Quant à la nature du droit exercé par la femme, ce droit, en certains cas, est incontestablement et ne peut être qu'un droit de créance, par exemple, si la dot consiste en une somme de monnaie ou en biens estimés. Justinien a fortifié la sûreté réelle de cette créance; il a remplacé le *privilegium inter personales actiones* par une hypothèque générale sur tous les biens du mari (2). L'hypothèque a, sur le *privilegium*, cette supériorité qu'elle affecte, non pas le patrimoine vaguement et en son ensemble, mais chaque bien entrant dans le patrimoine; elle affecte et frappe chaque bien, au point de le suivre entre les mains des tiers en dépit de tous les droits réels à eux conférés postérieurement. Le résultat, favorable à la femme dotée, est funeste au mari. Ce dernier, en recevant une dot pécuniaire, perd, pour ainsi dire, en facultés ou ressources, d'un côté, autant qu'il acquiert de l'autre; il perd la disponibilité de ses biens hypothéqués en proportion de la valeur dotale dont il acquiert la dis-

(1) Instr. liv. 4. tit. 6. § 29. Explic. nos 2137 à 2141. L. 1. CODE 5. 13. —  
(2) L. 1. § 1. COD. 5. 13. Le *Privilegium inter personales actiones* était une institution très-ingénieuse; appliquée à la protection des incapables, elle avait le mérite de constituer une sûreté sans détruire chez le protecteur le crédit et la faculté de disposer de ses biens.

position. Il a ou peut avoir des revenus plus considérables qu'avant le mariage, mais les capitaux dont il dispose pour entreprendre ne sont pas augmentés.

Lorsque la dot consiste en corps certains, le progrès de législation auquel nous avons assisté préparait et appelait un dénouement nécessaire. La dot, soit que la constitution émane de la femme ou d'une personne mue par l'affection que la femme lui inspire, fait partie de la fortune de la femme. La dot est confiée au mari afin qu'avec les revenus il subviene aux dépenses de la famille fondée par le mariage et vivant sous sa direction dans une unité complète. Si le faisceau de la famille vient à être rompu par la dissolution du mariage, la dot doit être rendue à la femme. La dot n'a plus, par rapport au mari, qu'une destination temporaire et non plus, comme autrefois, une destination perpétuelle. Le mari a droit aux fruits de la dot pendant le mariage; ces fruits sont corrélatifs aux charges qu'il supporte tant que la famille est unie; à la fin du mariage, le mari ne peut rien garder du capital de la dot; il n'est dispensé de rendre que ce qu'un usufruitier conserverait.

Le dénouement inévitable de cette transformation est celui-ci : la femme est propriétaire des biens dotaux subsistant en nature; le mari n'en est qu'usufruitier.

Ce dernier changement, Justinien l'a-t-il fait? Nous croyons qu'il en a eu la pensée, l'intention; il l'a fort mal exprimée. C'est l'objet d'une constitution célèbre, d'un sens fort discuté, la loi 30 au Code : *De jure dotium* (5. 12). Analysons le contenu de cette constitution.

Quel est le motif indiqué de la réforme? « Selon la subtilité du droit, le mari est déclaré propriétaire des biens dotaux. Mais selon le droit naturel, la femme en a la propriété. » L'empereur veut évidemment faire prévaloir le droit naturel sur ce qu'il appelle la subtilité du droit ancien.

Quelle est la décision prise? « La femme aura, pour revendiquer les biens dotaux existant en nature (*in his vindicandis, si tamen exstant*), une action *in rem* jouissant de toute prérogative et devant l'emporter sur tous les créanciers, même antérieurs, du mari; car elle est propriétaire. »

*Cum eadem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio... Volumus itaque eam in rem actionem in hujus modi rebus quasi propriis habere.*

Rien ne semble plus clair; d'où provient le doute? Le doute provient de ce que Justinien, renonçant au rôle de législateur, voulant ménager les doctrines anciennes, croit pouvoir arriver à son but par une double voie, et laisse le choix entre deux théories sur la dot.

« Adoptez-vous la simplicité du droit naturel? Dites que la femme propriétaire a une action en revendication. Restez-vous

fidèle à la subtilité du droit civil? Dites que la femme créancière a relativement aux biens dotaux une action hypothécaire avec préférence sur tous les créanciers, même antérieurs, du mari. — Le choix n'a pas d'importance pratique; car, par l'une ou l'autre action, il est pleinement pourvu aux intérêts de la femme; *ut per utramque viam sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.* »

La controverse s'élève. Justinien, disent des interprètes d'une grande autorité, a tort d'affirmer que l'action hypothécaire ait la même énergie que l'action en revendication. Celui qui est muni d'une action hypothécaire peut être désarmé par le *jus offerendæ pecuniæ*, par un paiement. Donc si la femme n'a qu'une action hypothécaire, elle sera exposée à se voir offrir le montant en valeur de sa dot par un tiers possesseur qui gardera les biens dotaux en nature; résultat auquel la femme échapperait par une action en revendication. On est donc réduit à la nécessité d'opter, dans l'interprétation de la loi, entre l'une ou l'autre de ces deux actions. La tradition doit faire pencher la balance en faveur de l'idée que la femme est créancière, avec hypothèque privilégiée sur les biens dotaux.

L'empereur peut, suivant nous, être justifié, non pas d'avoir laissé, lui législateur, le choix entre deux théories contraires, mais d'avoir cru que, par l'une ou l'autre voie, le même but pratique serait atteint en ce qui concerne le recouvrement de la dot. En effet, la femme considérée comme créancière hypothécaire en vertu de la loi que nous étudions, est dans cette situation tout à fait singulière qu'elle a hypothèque précisément sur les biens dont elle est créancière. Cette circonstance modifie l'exercice du *jus offerendi* et donne à l'action hypothécaire une force inaccoutumée. Le tiers qui, pour échapper à la poursuite hypothécaire, recourt au *jus offerendi*, doit offrir ce qui est dû au demandeur. Or, ici ce qui est dû, c'est la chose même détenue par le défendeur et sur laquelle porte l'action hypothécaire. « Vous voulez me payer, dira la femme, soit, livrez-moi ce qui m'est dû, le bien dotal lui-même. Le succès du *jus offerendi* repose sur ce que le créancier demandeur est désintéressé. Vous ne me désintéressez pas, si vous voulez me contraindre à recevoir de l'argent à la place de l'objet même de ma créance, objet que vous avez entre les mains et que vous prétendez retenir à mon détriment. » Par cette raison, l'alternative habituelle dont jouit le défendeur à l'action hypothécaire, de payer ou de délaisser, se trouve, dans notre hypothèse, réduite à une seule faculté, ou mieux, à une nécessité unique, celle de délaisser, c'est-à-dire de rendre à la femme le bien dotal sur lequel elle a, en même temps, droit de créance et droit d'hypothèque. C'est ainsi que l'action hypothécaire acquiert, en ce cas particulier, une efficacité, une énergie égales à celles de l'action en revendication.

L'exactitude de notre raisonnement est critiquée par ce motif que le mari, ayant le droit d'aliéner les meubles dotaux, transforme, dit-on, en le faisant, l'objet de la créance de la femme, qui ne peut plus exiger qu'une somme d'argent. — Nous le nions formellement. Un débiteur ne peut changer l'objet de sa dette. L'aliénation de la chose qu'il doit et dont il est propriétaire, est valable en ce sens que le créancier n'a pas d'action contre le tiers acquéreur, mais non pas en ce sens qu'il ne soit plus créancier du même objet. D'ailleurs, la critique ne porte pas lorsque le mari a seulement hypothéqué le meuble dotal (1).

Sur tous ces points nous regrettons d'être en dissentiment avec le savant auteur dont nous avons cité le travail plein de charme et de séduction. Ce docte et ingénieux professeur va même plus loin que ceux qui réduisent la femme à un droit de créance avec hypothèque sur les biens dotaux existant en nature; il croit que Justinien, par sa constitution de l'an 529, n'a conféré à la femme, ni une action en revendication (2), ni même une action *in rem* hypothécaire (3), mais qu'il a seulement augmenté la force du privilège accompagnant la créance du retour de la dot. La femme créancière privilégiée l'emportera sur tous les créanciers, même hypothécaires, du mari, relativement aux biens dotaux que le mari n'aura pas aliénés (4).

Quel est l'intérêt de la controverse? Il est nul relativement aux immeubles dotaux que les volontés des deux époux concourant ensemble ne sauraient aliéner. Il existe à l'égard des biens dotaux mobiliers individuellement déterminés.

Selon l'opinion que nous adoptons, à partir de l'an 529, le mari n'a pu aliéner les meubles dotaux sans le consentement de

(1) ALBAN D'HAUTHUILE, *Du rég. dot. chez les Rom. Rev. de légist.*, t. VII, p. 204. — (2) Quoiqu'il ait pris soin de déclarer à plusieurs reprises la femme propriétaire selon le droit naturel. — (3) Quoique les mots *in rem* y soient prononcés deux fois. — (4) C'est ainsi que M. Gide explique les mots : *si tamen exstant*; mots que nous traduisons ainsi : si les choses données existent encore en nature. Nous donnons à cette expression le sens qu'elle a dans le fragment 36 de Paul au Dig. 24. 1. *De don. int. vir. et ux.* — Dans la constitution 30 au Code *De jure dotium*, 5. 12, Justinien s'occupe, en même temps et pour les soumettre aux mêmes règles de restitution, et des biens dotaux non estimés et des biens donnés avec estimation. L'empereur veut que dans les deux hypothèses la femme ait un droit de même nature sur les biens donnés eux-mêmes. Quand il s'agit des biens donnés avec estimation, le mari a certes la propriété; le droit de la femme ne peut être qu'une créance hypothécaire ou privilégiée. Les tiers ont alors la faculté d'arrêter la poursuite de la femme en payant à celle-ci une somme d'argent égale à celle dont la femme est créancière. — La réunion, dans une même loi, de ces deux hypothèses pour les régir en même temps et de même façon, fournit, il faut l'avouer, à l'interprétation que nous rejetons un argument d'une certaine force, mais non pas un appui inébranlable. En tout cas, il faut savoir si l'action ouverte à la femme est *in rem*; ce que la constitution affirme; ce que l'on a été jusqu'à contester. Si elle est *in rem*, et le texte le dit, les conséquences que nous admettons sont, à nos yeux, d'une logique nécessaire.

sa femme; car de sa seule volonté il ne peut anéantir ou transporter aux tiers le droit de propriété reconnu à la femme dotée.

Selon l'opinion contraire à la nôtre, le mari, même après la constitution de l'an 529, a pu aliéner les meubles dotaux sans le consentement de la femme. Quant à l'amélioration introduite par cette loi dans la situation de la femme, sur ce point les avis se partagent. D'après les uns, la femme a une action *in rem* hypothécaire ayant pour objet les biens eux-mêmes. Mais comme l'aliénation d'un meuble est valable, le tiers peut, en payant la valeur du bien, échapper à l'éviction. D'après M. Gide, la femme doit respecter l'aliénation de ses meubles dotaux et n'a aucune action contre les tiers acquéreurs. Le seul avantage qu'elle ait conquis en 529, c'est de n'avoir rien à redouter, pour l'exercice de son privilège, d'une hypothèque constituée par son mari sur ses meubles dotaux. Le mari peut aliéner, mais ne peut hypothéquer les meubles dotaux.

Le système que notre collègue a déduit de la Constitution *In rebus dotalibus* nous paraît, au surplus, devoir être circonscrit dans une période de temps bien courte.

En l'an 530, Justinien a certainement donné à la femme hypothèque sur tous les biens du mari pour sûreté de la restitution de la dot. Or, si les biens dotaux, comme on le soutient, continuent à appartenir au mari, ils sont affectés de cette hypothèque générale. Donc à partir de l'an 530, tout au moins, le mari qui, sans le consentement de sa femme, aliène un meuble dotal, n'en transmet la propriété que sous la charge de l'hypothèque assurant la restitution de la dot. La femme a une action *in rem* hypothécaire au moyen de laquelle elle peut suivre en toutes mains le meuble dont elle est créancière.

Plaçons-nous donc après l'année 530, et nous ne verrons plus en présence et en lutte que deux opinions.

L'une, que nous croyons vraie, soutient que la femme est propriétaire des biens dotaux individuellement déterminés et existant en nature. Le mari ne peut, en conséquence, aliéner ou hypothéquer les meubles que de la volonté de sa femme. Il ne peut, même avec l'assentiment de celle-ci, aliéner ou hypothéquer les immeubles. La femme a la faculté de revendiquer les meubles à l'aliénation desquels elle n'a pas consenti et, presque en tous cas, les immeubles.

L'autre opinion, qui est dominante, proclame que le mari est demeuré jusque dans le dernier état du droit romain, propriétaire des biens dotaux. Incapable d'aliéner les immeubles, il est libre de disposer des meubles et d'en transporter la propriété sans l'adhésion de la femme. Mais celle-ci a, pour reprendre les meubles dotaux aliénés sans son consentement, une action hypothécaire privilégiée. Cette action n'a pas la puissance d'une action en revendication, parce que le tiers acquéreur a la faculté, en indem-

nisant la femme demanderesse, de conserver le bien par lui acquis.

Nous avons jusqu'ici appuyé notre sentiment sur l'analyse de la constitution de l'an 529. Mais, il faut l'avouer, la rédaction de cette loi est embarrassée par la complexité de deux points de vue entre lesquels flotte la pensée du législateur. Ce qui, par-dessus tout, nous confirme dans notre manière de voir, ce sont deux documents postérieurs.

Dans une novelle (1), le même empereur suppose qu'un homme a successivement épousé deux femmes et reçu deux dots. Les deux mariages sont dissous. La dissolution du premier n'a pas été suivie d'une restitution immédiate de la dot, et les deux dots sont maintenant à restituer. S'il subsiste en nature des biens de la première ou de la seconde dot, la difficulté, est-il exprimé, n'est pas grande. La femme, ou les enfants de la femme au profit de laquelle la dot a été constituée, exerceront, sur les biens qui en proviennent, une action *in rem* ainsi caractérisée *in rem quæ de proprietate est*. L'empereur ajoute qu'en ce cas le demandeur n'a besoin d'aucun privilège, *nullo privilegio indigens*. Le reste de la constitution ne nous intéresse pas.

Les Basiliques ont recueilli, on le sait, des commentaires en langue grecque des œuvres de Justinien. Ces scolies jouissent d'une grande autorité. L'une de ces scolies nous présente en résumé le sens de la loi 30 au Code, *De jure dotium*, telle qu'elle a été entendue par les jurisconsultes contemporains. La femme a pour la restitution de ses biens dotaux une action directe *in rem*: *δυναται η γυνη... κινειν την διρεχταν εν ρεμ*. Cette action diffère essentiellement de l'action hypothécaire que la femme a relativement à tous les autres biens du mari: *την γαρ υποθηκαριαν... και κατα των αλλων του ανδρος πραγματα δυναται κινειν η γυνη* (2).

Ces arguments sont démonstratifs à nos yeux. Ils manifestent la pensée de Justinien. La femme est propriétaire des biens dotaux; elle a une revendication. Aucune aliénation des meubles dotaux n'est donc possible sans la volonté de la femme.

Au surplus la question est une question de date. Le mouvement était imprimé. Le progrès avait une direction déterminée et nécessaire. Tôt ou tard, la femme devait être reconnue propriétaire des biens constitués en dot. Le mari devait être réduit à l'équivalent d'un usufruit temporaire. Justinien a, selon nous, posé le principe de cette inévitable et judicieuse réforme (3).

(1) Nov. 91, ch. 1. — (2) Scolie rattachée à la loi 50. BASIL. liv. 29. tit. 1, paraphrase du fragment de Gaius qui est au Dig. la loi 64 du titre *de jure dotium*. Cette action en revendication est, dans l'espèce, accordée par extension et par faveur relativement à des biens non dotaux, mais achetés par le mari avec des deniers dotaux. Aussi est-elle subordonnée au fait de l'insolvabilité du mari. — (3) M. GIDE l'attribue à la jurisprudence des pays de droit écrit.

Ainsi s'est accomplie une révolution dont nous avons suivi les phases successives.

A l'origine, la dot est une donation faite au mari ou au futur mari en considération du mariage. Elle confère au mari un droit et un émolument perpétuels pour lui et sa postérité légitime.

Dans le dernier état du droit, quand la dot émane d'un tiers, elle est une donation faite à la femme en considération du mariage. En tous cas, c'est-à-dire quel que soit le constituant, la femme ou un tiers, les biens dotaux doivent, d'après leur destination, être aux mains du mari, durant le mariage, afin qu'avec les revenus il pourvoie à la subsistance de la famille qui vit et se développe sous sa direction. Mais le mari ne devient propriétaire que des biens dotaux dont il ne peut jouir sans en disposer, ou des biens estimés.

Pour comprendre sous une expression unique la formation de la dot, soit que les biens dotaux reçoivent leur caractère de la volonté d'un tiers (cas auquel il y a mutation de propriété avec une affectation spéciale) ou de la volonté de la femme (cas auquel il y a, non plus une aliénation, mais seulement une affectation, une constitution d'usufruit), les juristes ont inventé cette formule : constitution de biens en dot.

Le changement accompli dans le régime dotal est conforme à la reconnaissance du véritable rôle de la mère dans la famille ; elle participe à la puissance paternelle. La femme confie des biens à son mari pour que les ressources de la famille naissante soient administrées avec unité, tant que la famille sera au complet et dans son état normal. Si la mort ou une autre cause vient la désunir, la mère reprend et conserve sa fortune pour en disposer au profit de ses enfants, selon les inspirations de sa tendresse ou de son autorité.

J. E. LABBÉ.

## TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME TROISIÈME.

### LIVRE TROISIÈME

	Pages
<b>TITRE I.</b> Des hérités déferées <i>ab intestat</i> . . . . .	1
<i>Héritiers siens d'après la loi des Douze Tables</i> . . . . .	3
<i>Enfants appelés au rang des héritiers siens par le droit prétorien</i> . . . . .	8
<i>Enfants appelés au rang des héritiers siens par les constitutions impériales antérieures à Justinien</i> . . . . .	13
<i>Enfants appelés au rang des héritiers siens par les constitutions de Justinien</i> . . . . .	14
<b>TITRE II.</b> Succession légitime des agnats . . . . .	18
<i>Agnats, d'après la loi des Douze Tables</i> . . . . .	18
<i>Jurisprudence intermédiaire par rapport aux agnats</i> . . . . .	20
<i>Droit prétorien par rapport aux agnats</i> . . . . .	22
<i>Parents appelés au rang des agnats par les constitutions impériales antérieures à Justinien</i> . . . . .	23
<i>Parents appelés au rang des agnats par les constitutions de Justinien</i> . . . . .	23
<i>De la succession des gentils</i> . . . . .	30
<b>TITRE III.</b> Du sénatus-consulte Tertullien . . . . .	49
<b>TITRE IV.</b> Du sénatus-consulte Orphitien . . . . .	56
<b>TITRE V.</b> De la succession des cognats . . . . .	59
<b>TITRE VI.</b> Des degrés de cognation . . . . .	62
<b>TITRE VII.</b> De la succession des affranchis . . . . .	67
<i>Succession des affranchis d'après les Douze Tables</i> . . . . .	67
<i>Succession des affranchis d'après le droit prétorien</i> . . . . .	68
<i>Succession des affranchis d'après la loi PAPIA POPPEA</i> . . . . .	70
<i>Succession des affranchis d'après Justinien</i> . . . . .	71
<b>TITRE VIII.</b> De l'assignation des affranchis . . . . .	75
<b>TITRE IX.</b> Des possessions des biens . . . . .	77
<i>De la collation (c'est-à-dire du rapport) des biens</i> . . . . .	94
<i>Du droit d'accroissement entre cohéritiers</i> . . . . .	95
<i>De la transmission des hérités</i> . . . . .	96
<i>De ceux à qui les biens sont enlevés comme indignes</i> . . . . .	97
ACTIONS RELATIVES AUX HÉRÉTÉS AB INTESTAT ET AUX POSSESSIONS DES BIENS . . . . .	98
<i>Novelles de Justinien sur les successions ab intestat</i> . . . . .	98
<i>Des successions universelles autres que par hérité</i> . . . . .	103
<b>TITRE X.</b> De l'acquisition par adrogation . . . . .	103
<b>TITRE XI.</b> De celui à qui il est fait addition des biens en faveur des affranchissements . . . . .	108
<b>TITRE XII.</b> Des successions supprimées, qui avaient lieu par la vente des biens ou en vertu du S. C. Claudien . . . . .	113
RÉSUMÉ DU LIVRE TROISIÈME. — TITRE I à XII . . . . .	122