

L'INALIÉNABILITÉ DOTALE

ET LA NOVELLE 61

14-C-295

I deb 94

Pierre NOAILLES

Chargé de cours à la Faculté de Droit
de l'Université de Grenoble

2850/I

L'INALIÉNABILITÉ DOTALE ET LA NOVELLE 61

Extrait des *Annales de l'Université de Grenoble*,

Tome XXXI, n° 1, 1919.

Inv. čís.: 367
Sign: 273



LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
A^{ns} M^{onsieur} LAROSE ET FORCEL
RUE SOUFFLOT, PARIS, 5^{ème} ARR.
L. TENIN, directeur
1919

L'INALIÉNABILITÉ DOTALE

ET LA NOVELLE 61

La très fameuse loi Julia *de adulteriis* ou *de fundo dotali* défend au mari d'aliéner le fonds dotal. Si le mari contrevient à cette défense, on sait que l'aliénation faite par lui est nulle. Mais quelle est la portée de cette nullité, quelles sont les conséquences de la défense à l'égard du mari et à l'égard de la femme? Le mari peut-il invoquer la loi Julia pour réclamer l'immeuble à l'acquéreur même pendant le mariage? Ou bien est-ce la femme seule, dans l'intérêt de qui a été portée la loi Julia, qui peut s'en prévaloir? C'est une question controversée, une des plus célèbres parmi les questions controversées. Il y a ainsi, dans toutes les parties du droit romain, des *dissensiones* que les glossateurs ont léguées aux générations d'interprètes et qui se sont poursuivies jusqu'à nous. Chaque opinion a toujours trouvé de nouveaux représentants qui ont apporté leur contribution et qui d'ailleurs en ont très souvent accru l'obscurité.

Les romanistes du XIX^e siècle, par une méthode plus exacte, par une interprétation plus rigoureuse des textes, ont tranché ou ont fait s'évanouir quelques unes de ces *dissensiones*. C'est une difficulté résolue, par exemple, que celle-ci, très voisine de la nôtre et non moins célèbre : *Dotis dominium utrius sit mariti*



an uxoris ¹? Personne ne s'aviserait plus aujourd'hui de contester la propriété du mari sur la dot pendant le mariage.

Un accord semble s'être également établi sur notre question dans la doctrine actuelle. Les auteurs nouveaux admettent dans l'ensemble que le mari peut revendiquer le fonds dotal aliéné par lui. Ce fut, du reste, l'opinion qui tendit toujours à dominer. Mais à l'examen on peut se convaincre que cette unanimité apparente n'a pas sa source dans la force invincible des preuves. Elle est bien plutôt le produit de la lassitude que l'on éprouve à se renvoyer indéfiniment les mêmes arguments assez faibles sans réussir à se convaincre. Elle est surtout fondée sur l'autorité, qui fut décisive, des deux historiens modernes de la dot romaine, Bechmann et Czylharz ². A la même date et sans s'être concertés, ils aboutirent aux mêmes conclusions ³.

Il serait donc assez vain d'ajouter un numéro de plus à une bibliographie déjà démesurée si l'on ne cherchait point à introduire dans la discussion un élément nouveau et, s'il se peut, décisif. Nous croyons le trouver dans la Nouvelle 61 de Justinien : nous sommes donc bien loin, on le voit, d'invoquer un texte inédit ou tiré d'une collection peu connue. Mais la Nouvelle 61 partage le sort de presque toutes les Nouvelles qui font, et non sans cause, figure de parents pauvres à côté des textes du Digeste et du Code. Une interprétation subtile, dont la responsabilité remonte aux glossateurs, l'a dépouillée de son sens et l'a écartée de la dot. Ni Bechmann, ni Czylharz n'ont revisé son procès et les auteurs nouveaux ne l'ont même plus envisagée. Il faut d'abord lui restituer son sens véritable. Les règles certaines qu'elle applique à la dot justifieront un nouvel examen

¹ Haenel, *Dissensiones Dominorum sive Controversiae veterum juris romani interpretum qui glossatores vocantur*. Lipsiae, 1834, p. 436.

² Czylharz, *Das Veräußerungsverbot des fundus dotalis*; *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F.*, Bd. 22, p. 404-450. — Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, 2 vol., Erlangen, 1863 et 1867. — Czylharz, *Das römische Dotalrecht*, 1 vol., Giessen, 1870.

³ Bechmann, 2, p. 445, n. 1.

des textes classiques qui traitent de l'aliénation de l'immeuble dotal. C'est donc, à la lumière de cette Nouvelle, la question entière de l'inaliénabilité dotale, de ses effets à l'égard du mari et de la femme que nous reprenons non seulement dans le droit de Justinien, mais dans le droit classique. Nous aurons en même temps à étudier la défense d'aliéner l'immeuble compris dans la donation propter nuptias, puisque la Nouvelle 61 le réunit à l'immeuble dotal dans une condition commune.

I

Avant d'aborder l'étude de la condition du fonds dotal, nous devons trancher une question préliminaire : la Nouvelle 61 s'applique-t-elle à la dot ou bien ne vise-t-elle que les immeubles compris dans la donation propter nuptias?

La rédaction peu heureuse de la Nouvelle a rendu possible cette discussion. Justinien légifère à propos de la donation propter nuptias. Il édicte des règles tendant à défendre l'aliénation des immeubles qui en font partie. Puis, à la fin de la loi, faisant un retour vers les immeubles dotaux qui étaient déjà frappés de cette défense d'aliéner, il ajoute que les règles qu'il vient d'édicter pour la donation propter nuptias seront bien davantage encore en vigueur pour la dot si le mari a aliéné ou hypothéqué quelque bien dotal; que d'ailleurs la législation s'est déjà suffisamment occupée de la dot à ce sujet ¹.

Faut-il conclure de cette phrase que les dispositions qui viennent d'être prises seront communes à la dot et à la donation

¹ Nouvelle 61, ch. 1, § 3, *in fine*. « Καὶ πολλῶ μᾶλλον ταῦτα ἐπὶ τῆς προικὸς κρατεῖν, εἴπερ τινὰ τῆς προικὸς ἢ ἐκποιήσειεν ἢ ὑπόθοιτο ἤδη γὰρ τὰ τοιαῦτα ἱκανῶς περιεῖργασται καὶ νενομοθέτηται. — Authentique : Et multo potius haec in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur aut supponatur : jam enim haec sufficienter delimitata atque sancita sunt. »

propter nuptias? S'il en est ainsi, la Nouvelle 61 confirme et modifie dans la mesure que nous aurons à déterminer les lois qui défendent d'aliéner le fonds dotal et elle doit entrer à sa date et à son rang dans l'économie générale des dispositions relatives à ce fonds. C'est la première fois que l'aliénation d'un bien de la donation propter nuptias est défendue. L'aliénation de l'immeuble dotal est depuis longtemps interdite par la célèbre loi Julia *de adulteriis* d'Auguste dont il est parlé au Digeste¹. Cette loi est modifiée par Justinien dans une constitution de 530 non moins célèbre et qui est au Code². Enfin Les Institutes reproduisent en 533 les dispositions de cette constitution³. La Nouvelle 61 de 537, si elle s'applique à la dot, doit prendre rang dans cette série de lois.

Les sources byzantines nous en offrent la preuve non douteuse. Les rubriques nous fournissent une première confirmation. Elles résument la Nouvelle 61 en fonction de la donation propter nuptias suivant l'exemple de Justinien. Mais elles ont soin d'ajouter, malgré la brièveté qu'exige un intitulé, que les dispositions de la Nouvelle, τὰ αὐτὰ, s'appliquent aussi à la dot⁴.

J'ai essayé ailleurs de déterminer l'origine de ces rubriques qui servent d'intitulé aux Nouvelles dans toutes les collections que nous possédons. Ce n'est pas une partie officielle de la loi. Elles sont plutôt l'œuvre des premiers jurisconsultes qui ont étudié et recueilli à Constantinople les constitutions nouvelles de Justinien au fur et à mesure de leur apparition. Elles ont été

¹ Dig., 23, 5, *de fundo dotali*.

² Cod., 5, 13, *lex unica*, § 15.

³ Inst., 2, 8, *quibus alien. licet...*

⁴ Rubrique de la Nouvelle 61, dans la Collection Grecque des 168 Nouvelles : « Περὶ τοῦ τὰ ἀκίνητα τῆς πρὸ γάμου δωρεᾶς μήτε ὑποτίθεσθαι, μήτε ὄλως ἐκποιεῖσθαι παρὰ τοῦ ἀνδρὸς μήτε συναιούσης τῆς γυναικὸς, πλὴν εἰ μὴ μετὰ ταῦτα τὸ ἱκανὸν γένηται αὐτῇ, τὰ αὐτὰ δὲ κρατεῖν καὶ ἐπὶ τῆς προικὸς. — Traduite dans l'Authentique (Const. 62) : Ut immobilia ante nuptialis donationis neque hypothecae dentur, neque omnino alienentur a viro nec consentiente uxore, nisi postea satisfieri possit uxori; haec vero valere etiam in dote. » — La rubrique de la Collection Grecque est reproduite avec la Nouvelle aux Basiliques, liv. 29, tit. 7. (Heimbach, 3, p. 495.)

adjointes comme titre ou comme résumé à chaque Nouvelle dans ces petites collections partielles, comprenant au moins les constitutions des six derniers mois, qui ont précédé la compilation des grandes collections. Leur rédaction est donc contemporaine de la promulgation de la loi et elles nous donnent le sens que les jurisconsultes y attachaient dès ce moment¹.

Ce sens n'a pas varié. On sait que les Nouvelles nous ont été conservées dans deux grandes collections : la Collection Grecque des 168 Nouvelles qui en donne le texte grec intégral et l'Authentique qui en donne une traduction latine mot à mot, κατὰ πόδας. Des jurisconsultes en ont fait des collections plus petites où le texte intégral est résumé soit en grec, soit en latin. La voie oblique et peu heureuse de Justinien est suivie en général par les abrégiateurs. Ils résument la Nouvelle 61 en fonction de la donation propter nuptias, mais aucun n'oublie d'ajouter que ses dispositions s'appliquent aussi à la dot. C'est ce que fait Julien, très célèbre professeur de Constantinople, dans son Epitome latin composé vers 555². Il en est de même dans l'Epitome d'Athanase composé en grec sous Justin vers 572³. Le troisième et dernier, le Bréviaire de Théodore, est un résumé de la Collection Grecque des 168 Nouvelles et rédigé comme elle sous Tibère peu après 575⁴. Théodore suit son modèle de façon

¹ P. Noailles, *Les Collections de Nouvelles de l'empereur Justinien, I. Origine et Formation*. Paris, 1912, p. 121 ss.

² Noailles, *loc. cit.*, p. 149; — Haenel, *Juliani Epitome latina Novellarum Justiniani*, Leipzig, 1870, p. 80. Const. 55 : « Haec autem dicimus non solum in donatione propter nuptias sed etiam in dote si quas res dotales alienare vel obligare maritus voluerit. »

³ Noailles, *loc. cit.*, p. 181; Heimbach, *Ἀνέκδοτα*. Leipzig, 1838, 1, p. 121, titre 10, 1, 3 : « Τούτων κρατούντων καὶ ἐπὶ τῶν ἀκινήτων τῆς προικὸς πραγμάτων. — His valentibus et in rebus immobilibus dotalibus. »

⁴ Zachariae v. Lingenthal, *Ἀνέκδοτα*. Leipzig, 1843, p. 66, Const. 61, Rubrique : « Ὡστε τὰ ἀκίνητα τῶν ἕδνων ἢ τῆς προικὸς μηδὲ συναιούσης τῆς γυναικὸς ἐκποιεῖσθαι μηδὲ ὑποτίθεσθαι. — Ut immobilia propter nuptias donationis vel dote non consentiente quidem muliere alienentur vel obligentur. » Dans le texte, *passim* : « Τὰ τῶν ἕδνων καὶ τῆς προικὸς, puis : Τὰ δὲ εἰρημένα κρατεῖ καὶ ἐπὶ τῶν προικιμαίων πραγμάτων. — Quae dicta sunt obtinent etiam circa res dotales. »

moins servile. Chaque fois qu'il trouve sous sa plume la donation propter nuptias il ajoute : et la dot. C'est ce qu'il fait d'abord dans la rubrique, puis dans le texte. Ces additions ne l'empêchent pas de répéter, à la place où le fait Justinien, que ce qui a été dit vaut aussi pour la dot. Un intérêt de ces résumés est qu'ils reprennent, chacun sous une autre forme, les paroles mêmes de Justinien. Aucune des interprétations subtiles qui voudraient restreindre la portée de l'incidente και πολλῶ μᾶλλον etc., ne tient devant leurs affirmations répétées. Il suffit de les lire pour se convaincre que c'est bien toutes les dispositions de la Nouvelle qui sont communes à la dot et à la donation propter nuptias.

Dans le droit byzantin postérieur, rien ne vient contredire ou même affaiblir ces témoignages. Le droit de Justinien est restauré par la dynastie des Macédoniens, Basile et Léon, à la fin du ix^e siècle¹. Nous retrouvons la Nouvelle 61 dans les compilations de ces empereurs, l'Epanagoge, le Prochiron et les Basiliques. Si nous n'avions que l'Epanagoge², nous serions arrêté par une sérieuse difficulté. Le titre 18 est consacré à la dot, le titre 19 à la donation propter nuptias. La Nouvelle 61 forme le chapitre 3 du titre 19. Le texte est çà et là abrégé ou coupé. Or l'une de ces coupures a fait disparaître, dans l'abrégé qui rem-

¹ Dans le droit intermédiaire de l'Ecloga de 740 (Zachariae, *Collectio Librorum Juris Graeco-Romani ineditorum*, Ecloga Leonis et Constantini, Lipsiae, 1852, p. 16; Ecloga, 2, 3), la filiation avec le droit de Justinien est incertaine. Les biens matrimoniaux forment une masse commune composée de la dot et de certains biens des époux correspondant à la donation propter nuptias qu'on appelle l'hypobolum, non pas dans l'Ecloga mais dans des textes postérieurs. Le mari a la jouissance de la fortune maritale, mais il est tenu de la conserver sans la diminuer : « ...ὁμολογεῖν τὸν ἄνδρα τὴν... ἀδιάπτωτον και ἀμείωτον αὐτῆς παραφυλακὴν και συντήρησιν. » Le mari n'a pas plus qu'au temps de Justinien la libre disposition de la dot et de la donation propter nuptias, mais ce passage est trop vague pour qu'on puisse dire si les restrictions à son pouvoir en ce qui concerne les immeubles ont conservé la forme de la Nouvelle 61.

² Zachariae, *Collectio Librorum J. G. R.*, Epanagoge Basilii Leonis et Alexandri, p. 121.

place quinze lignes de l'édition du Corpus juris de Mommsen, le passage important και πολλῶ μᾶλλον etc.

Cette coupure est assurément volontaire. Le rédacteur a voulu restreindre le sens de la loi à la seule donation propter nuptias, conformément à la rubrique du titre. Mais ce n'est qu'un scrupule de rédaction qu'il serait excessif d'interpréter autrement. Car aussi bien le rédacteur n'a reçu dans l'Epanagoge ni la loi unique au Code 5, 13, ni les Institutes 2, 8. On ne peut donc prétendre qu'en supprimant dans la Nouvelle l'allusion à la dot, il ait voulu indiquer par là que c'étaient les règles des Institutes et du Code qui s'appliquaient seules à l'aliénation de la dot.

C'est d'ailleurs la moindre difficulté de ce titre. Après notre Nouvelle nous trouvons cinq chapitres (chap. 5 à 9) qui reproduisent le droit dotal de l'Ecloga. Puis le titre se termine (chap. 12 à 17) par les passages correspondants du Prochiron puisés aux sources du droit de Justinien. Comme le droit de l'Ecloga est très particulier, il y a contradiction entre ces deux séries de chapitres. Le scoliaste de l'Epanagoge en fait la remarque et dit que les chapitres de la fin ont été ajoutés non pas comme acceptés, ὡς ἐγκριθέντα, c'est-à-dire comme devant faire partie du texte, mais parce qu'ils sont en opposition avec les chapitres 5 à 9. Zachariae explique cette contradiction par le caractère de l'Epanagoge. Il conjecture que ce n'est pas, comme le Prochiron et les Basiliques, un livre légal, officiellement publié, mais un essai de codification, un projet resté incomplet¹. Ce caractère explique de la façon la plus simple pourquoi la coupure de la Nouvelle 61 n'a pas été rétablie ailleurs. Nous l'admettons d'autant plus facilement que les deux autres compilations de Basile nous offrent un témoignage précis et indubitable.

Le Prochiron a utilisé le résumé de Théodore. C'est donc le texte qui, après la mention de la donation propter nuptias,

¹ Zachariae, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 2^e édit., Berlin, 1892, p. 84; cf. p. 22.

ajoute celle de la dot. L'extrait se trouve au titre qui traite de la revendication de la dot et la loi unique au Code 5, 13 n'a pas été reçue dans le Prochiron¹.

Le témoignage des Basiliques est plus important encore par la concordance parfaite qui y est établie entre les diverses lois qui traitent de la défense d'aliéner la dot. La loi unique au Code 5, 13 et la Nouvelle 61 y sont concurremment reçues. Le texte des Institutes 2, 8 n'y figure pas.

La Nouvelle 61 forme à elle seule le titre 7 du livre 29. La rubrique qui se trouve dans la Collection Grecque sert de rubrique au titre. On a reçu le texte intégral sauf le praemium et l'épilogue. La Nouvelle se trouve donc dans les mêmes conditions que dans la Collection Grecque des 168 Nouvelles. La loi unique au Code 5, 13 forme la partie finale du titre premier du même livre 29. Ce titre, très étendu, est composé à l'aide de textes empruntés au Digeste 23, 3 et au Code 5, 11, 12 et 13. La loi unique, y compris le § 15, y est passée tout entière², traduite en grec. Le livre 29 des Basiliques se trouve, avec ses scolies, dans le Codex Laurentianus LXXX, 11 (liv. 28 et 29) et dans le Codex Parisinus 1348 (liv. 20 à 30).

Une scolie³ se rapportant au § 15 nous dit qu'il a été modifié par une loi. Ἡ διάταξις est une désignation trop vague pour ne pas être incomplète surtout dans cette phrase en opposition avec la précision du début. Ἡ διάταξις ou ἡ νεαρά διάταξις ou ἡ νεαρά, ce sont les modes de désignation des Nouvelles. Mais elles sont individualisées par leur numéro, généralement le numéro de la Collection Grecque. Le numéro ξά qui devait figurer

¹ Zachariae, Ὁ πρόχειρος νόμος, Heidelberg, 1837 : 9, 13, p. 66, au titre 9, Περὶ ἐκδικήσεως προικὸς καὶ τῶν βαρῶν αὐτῆς. — de vindicatione dotis ejusque oneribus.

² Heimbach, *Basiliques*, 29, 1, 119; tom. 3, p. 449.

³ Heimbach, 3, p. 458. « Ταῦτα μὲν περὶ ἐξ στυπουλάτου καὶ τῆς rei uxoriae ἀγωγῆς. λοιπὸν ἕτερον νόμιμον ἐπιφέρει ἡ διάταξις. — Haec quidem de actione ex stipulatu et rei uxoriae actione. Postea aliud jus infert constitutio. »

dans la scolie complète a pu facilement disparaître par la négligence d'un copiste ou par un accident d'un manuscrit archétype. L'essentiel est que le scoliaste admet la modification des règles du § 15. Et si elles ont été modifiées, elles n'ont pu l'être que par la Nouvelle 61.

Mais il y a mieux. Dans le même livre 29, le titre 6 qui précède la Nouvelle 61 réunit les textes traitant de l'aliénation de la dot. Il débute par la loi I au Digeste 23, 5 *de fundo dotali* qui pose le principe que la loi Julia défend au mari d'aliéner le fonds dotal, invita uxore. Une scolie la glose qui rassemble les constitutions par lesquelles Justinien a modifié la loi Julia. On l'a tirée d'une monographie sur les antinomies, *μονοβίβλος περὶ ἐναντιοφανείων*¹, écrite par un jurisconsulte de nom inconnu du temps de Justinien et que les scolies des Basiliques appellent l'Enantiophane à cause du titre de son œuvre. Cet ouvrage a pour but d'établir la concordance entre les textes des diverses parties de la législation de Justinien qui se complètent, se modifient ou se contredisent. Le jurisconsulte dit² que la Nouvelle 61 traite de la défense d'aliéner les choses immobilières de la dot et de la donation propter nuptias. Et son affirmation

¹ Sur l'Anonyme-Enantiophane, ses œuvres et les controverses sur sa personnalité, voir Noailles, *Collections de Nouvelles*, I, p. 201 ss. et les œuvres citées.

² Heimbach, *Bas.*, 3, p. 486. « Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς. Κυρίως δotalίος ἀγρός ἐστὶν ὁ ἀδιατίμητος, ὃς οὔτε τῆς γυναικὸς συναινούσης ἐκποιεῖται, ὡς βιβ. εἰ τοῦ κώδικος, tit. ιγ'. καὶ ἰνστιτ. β'. tit. ἡ. ἴσθι δ' ὅτι ἡ κθ'. διατ. τοῦ ιβ' tit. τοῦ αὐτοῦ βιβ. δίδωσι τῇ γυναικὶ προτίμησιν κατὰ τῶν προγενεστέρων δανειστῶν, φαινομένων τῶν τῆς προικὸς, εἴτε ἀεστιμᾶτα ὄσιν, εἴτε μὴ, ὡς καὶ ἰν βέμ. καὶ ὑποθήκας ἐπ' αὐτοῖς ἐγρούση. καὶ ἡ περὶ τοῦ μὴ ἐκποιεῖσθαι ἢ ὑποτίθεσθαι τὰ τῆς προικὸς καὶ πρὸ γάμου δωρεᾶς ἀκίνητα ξά. νεαρά δέδωκεν αὐτῇ τὴν ἰν βέμ. ἀνάγνωθι τούτου τοῦ tit. διατ. ιά. — Enantiophanis. Fundus dotalis proprie est inaestimatus, qui nec consentiente uxore alienatur, ut lib. 5, Cod., tit. 13, et Instit. lib. 2, tit. 8. Scias autem const. 29, tit. 12 ejusdem libri mulieri praerogativam dare prae creditoribus anterioribus, si res dotalis extant, sive aestimatae sint sive non, cum in eis et in rem actionem et hypothecas habeat. Et Novella 61 quae de rebus immobilibus dotis et ante nuptias donationis non alienandis vel pignori dandis tractat, dedit ei actionem in rem. Lege hujus tituli const. 11. »

tire sa pleine signification du rapprochement qu'il a fait de tous les textes traitant de l'inaliénabilité dotale. A propos de la loi Julia citée au Digeste, il réunit dans le même exposé la loi unique au Code 5, 13, les Institutes 2, 8 et la Nouvelle 61.

Ainsi l'unanimité des commentateurs des Nouvelles étendent la Nouvelle 61 à la dot. Le droit byzantin postérieur la reçoit avec cette même signification. Les juriconsultes marquent sa relation avec les textes correspondants du Digeste, du Code et des Institutes et avertissent qu'elle les modifie. Est-il nécessaire d'ajouter quelque chose à cette démonstration¹ ?

Il est bien vrai pourtant que Justinien ne parle de la dot que de façon incidente. Il y a là une inélégance d'exposition qui a dérouté les interprètes. Elle a une première raison accidentelle que Justinien donne dans la préface. L'occasion de cette Nouvelle lui a été fournie par un procès portée devant lui. Suivant un procédé qui lui est familier et dont beaucoup de Nouvelles sont des exemples, il tire l'idée d'une réforme générale de la difficulté qui lui est soumise. Et ce procès avait pour objet une donation propter nuptias.

Il y a encore une autre raison plus générale. Justinien a beaucoup légiféré sur les biens des époux. Les réformes qu'il a apportées au régime de la dot ont été faites naturellement les premières. Elles se trouvent au Code². En 537, dans la Nouvelle 61 même, Justinien déclare que le régime de la dot est suffisamment fixé. Les Nouvelles en traitent encore assez souvent, mais sans édicter de règles fondamentales nouvelles.

¹ Nous trouvons encore un fragment de la Nov. 61 dans les *ῥοπαί*, ch. 25, § 4 (Zachariae, *Αἱ ῥοπαί*, Heidelberg, 1836, p. 191). Elle est dans l'Epitome Legum, 19, 27 (Zachariae, *J. G. R.*, 2, p. 409), d'après un résumé de provenance inconnue. Si nous faisons l'histoire de l'inaliénabilité dotale dans le droit byzantin, il faudrait ajouter qu'un scolaste d'Harménopule (ad Harmenop. I, 13, 20, edit. Heimb., p. 162) dit que de son temps l'aliénation du fonds dotal se fait par acte public et que, par suite, les règles de Justinien n'étaient plus observées (Zach., *Gesch. d. gr.-röm. Rechts*, p. 100).

² Notamment, Cod., 5, 12, *de jure dotium*, lois 29, 30 et 31; 5, 13, 1, *de rei uxoriae actione*; 8, 17, 12, *qui potiores*.

Au contraire, la réforme de la donation propter nuptias est plus tardive. Justinien en fait une institution beaucoup plus importante qu'elle ne l'était jusqu'à lui dans le droit officiel de l'empire. Il en fait la contre-partie exacte de la dot et la tendance générale de sa législation est de la soustraire aux règles spéciales aux donations pour lui faire une condition juridique semblable à celle de la dot¹. L'insinuation n'est plus une formalité essentielle². Il établit l'égalité des pactes de survie sur la dot et la donation³ et même l'égalité absolue entre ces deux masses de biens⁴. Dans une troisième série de dispositions, il accentue les droits des enfants sur les biens constitués en dot et en donation propter nuptias⁵. C'est une tendance du droit impérial chrétien absolument étrangère au droit classique qui modifie le caractère primitif de la dot. Elle fait de ces deux institutions une sorte de bien de famille qui doit être conservé aux enfants issus du mariage, soit que le parent survivant se remarie, soit même qu'il reste veuf.

La Nouvelle 61 fait partie de cet ensemble de réformes. Elle étend à la donation propter nuptias la défense d'aliéner que la loi Julia avait créée pour la dot. Elle retouche en même temps la réforme de cette loi que Justinien avait faite sept ans auparavant dans la loi unique du Code 5, 13.

Autant cette question est claire dans le droit byzantin, autant

¹ Cod., 5, 3, 20 : « Et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio... ut aequis passibus utraque ambulet tam dos quam donatio. » Justin, Cod., 5, 3, 19, avait déjà décidé que la donation ante nuptias pouvait être constituée ou augmentée pendant le mariage, malgré l'interdiction des donations entre époux.

² Cod., 5, 3, 20; Nov. 119, ch. 1; Nov. 127, ch. 3.

³ Déjà édictée par une constitution de Léon de 468; Cod., 5, 14, 9; Cod., 5, 3, 20; Nov. 2, ch. 5; Nov. 22, ch. 20; Nov. 53, ch. 6; Nov. 91, ch. 2.

⁴ Nov. 97, ch. 1.

⁵ Nov. 2, ch. 1-4; Nov. 22, ch. 21; 23-26, 30, 45; Nov. 68, ch. 1; Nov. 97, ch. 1 et 2; Nov. 98, ch. 1 et 2; Nov. 127, ch. 3.

les interprètes occidentaux du droit romain l'ont rendue obscure et confuse à souhait.

Les glossateurs n'ont pas ignoré notre Nouvelle. Elle est parmi celles qui sont glosées et on en fit deux extraits qui fournirent des Authentiques du Code¹. L'extrait le plus important a été maladroitement rattaché au titre du sénatus-consulte Velleien à cause d'une ressemblance extérieure². Mais, dès le début de l'école, une controverse s'éleva sur son applicabilité à la dot. Cette controverse est rapportée dans les gloses, dans les commentaires des Nouvelles du Code et même du Digeste et des Institutes³. Les Dissensiones Dominorum l'exposent d'une façon complète et qui sert de modèle⁴.

¹ Authentique, *Sive a me*, au Code, 4, 29, 21, et Authentique *Permissa est*, Code, 5, 3, 20. Auth. *Sive a me* : « Sive a me, sive ab alio pro me fiat donatio propter nuptias; quod ea ex causa est immobile, neque alienare valeo neque obligare. In hoc ergo contractu mulieris consensus nihil proficit quominus demus mulieri in rem actionem in sponsalitia largitate, soluto matrimonio: nisi et secundo post biennium profiteatur, et aliae res viro sint, ex quibus ei consuli possit. Absque his enim neque si frequenter consentiat laedetur: vir tamen obligabitur in aliis rebus suis hujus obligationis seu alienationis occasione, quae quantum ad mulierem pro non dicta, et pro non scripta habetur. Et multo magis idem in dotibus locum habet, ut non aliquid immobile pro ea alienetur vel obligetur: omnibus tamen privilegiis doti datis, in sua firmitate durantibus, sive agat mulier, sive nomine ejus alius. » L'Authentique *Permissa est* ne nous intéresse pas ici: « Permissa est et in rem actio pro tali donatione mulieri adversus omnes possessores. »

² L'Authentique *Sive a me* a été rattachée au titre du Sénatus-Consulte Velleien et à la Lex Anastasiana à cause de la forme du consentement de la femme qui doit être renouvelé au bout de deux ans, ὡςπερ ἐπὶ τῶν intercessionῶν ἐγγράψαμεν. Elle aurait été à sa place soit au titre de *donationibus ante nuptias* (Cod., 5, 3), soit au titre de *rei uxoriae actione* (Cod., 5, 13, 1, § 15).

³ La controverse est régulièrement rappelée avec plus ou moins de détail aux endroits suivants: Inst., 2, 8, *quibus alienare licet vel non*; Dig., 23, 5, *de fundo dotali*; 16, 1, *ad S. C. Velleianum*; Cod. 4, 29, *ad S. C. Velleianum*; 5, 3, *de don. p. n.*; 5, 13, *de rei uxoriae actione*; 5, 23, *de fundo dotali*. On la trouve enfin à la Nouvelle 61.

⁴ Haenel, *Dissensiones Dominorum*, Leipzig, 1834. (Voir sur cette édition Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, 5, p. 257.) La controverse ne se trouve que dans la troisième et la quatrième collection de Dissensiones, celle du manuscrit de la bibliothèque Chigi et celle d'Hugolinus: « § 108. Utrum marito res dotales alienare liceat? Differunt. Dicunt *Quidam*, illud, quod dicitur in *C. ad Velleian.* (4, 29) *Auth. Sive a me* (L. 21) *in fine*, scilicet

Cyprianus est l'autorité à laquelle on a rattaché l'opinion qui soutient l'applicabilité. Nous trouvons une glose de lui à la Nouvelle 61 dans le manuscrit de Pistoie¹. Sa glose est brève et se contente d'affirmer. Est-il le seul et même le premier? Les ouvrages postérieurs n'ont pas conservé d'autres noms. Le sien même est encore invoqué dans les Dissensiones, mais il est omis par la suite et les nombreux auteurs qui rapportent la controverse se contentent de dire d'une façon vague: « Alii dicunt... »

Mais l'opinion adverse a pour elle des autorités beaucoup plus nombreuses et plus considérables qui suffiraient à expliquer son succès. Elle peut invoquer, semble-t-il, l'autorité d'Irnerius lui-même. On sait qu'il est l'auteur des Authentiques du Code, sauf quelques exceptions parmi lesquelles on ne cite pas l'Authentique *Sive a me*². Cette Authentique est en tout cas

multo magis haec in dote valebunt (Nov. 61, c. 1). Dicunt, sive sit dos aestimata sive non, ut maritus non possit obligare vel alienare dotem, etiam aestimata, et secundum hoc erunt correctae omnes illae *Leges*, quae dicunt, maritum res dotales aestimatas alienare posse. *M. (Martinus)*. Alii dicunt, quod hic dicitur, esse intelligendum tantum de dote inaestimata, ut maritus non possit eam alienare. Ceterum dotem aestimata bene maritus poterit alienare, quum ejus periculo sit et dominus intelligatur, ut *C., de Rei uxoriae act.* (5, 13). *L. Rem in praes. § penult. Ugo (Hugo)*. Alii dicunt, quod si mulier millies etiam consenserit marito volenti alienare res dotales, quod non propter hoc maritus poterit alienare, et hoc dicunt ex eo, quod hic dicitur, scilicet *multo magis haec in dote valebunt*. Nam [dicunt] quod dominus Justinianus haec repetit, erant. (Hugolinus: repetit quae jam de dote sancita fuerant) quae dicebant dotem nullatenus alienari posse. *P. (Placentinus)*. Alii dicunt, quod si mulier consenserit, sed post biennium, ut res dotalis etiam inaestimata alienetur et hoc fecerit per scripturam, quod maritus poterit alienare. *Cy. (Cyprianus contra)*. » La discussion de Bartole (Sup. Auth., Coll. V, *Ut immobilia*) n'est qu'une amplification de celle-ci.

¹ L. Chiappelli, *Glosse d'Irnerio e della sua scuola tratte dal manoscritto capitolare pistoiese dell' Authenticum*, Roma, 1886, folio 32 (Collat. V, tit. 16 (Nov. 61) in fine): « Pro hoc dicit quia repetit sancita [sancita] de dote que dicebant ex frequenti consensu non ledebatur et si mulier consensit, tamen non ledebatur. Set ego credo quod ex vero consensu dicitur hic ledendum in dote sicut in donatione propter nuptias. *Cy.* »

² Savigny, *Geschichte des R. R.*, 4, p. 42 ss. Elle ne figure pas, il est vrai, dans la liste réunie par Savigny (p. 44) de celles qui sont attribuées expressément par un glossateur à Irnerius.

des plus anciennes, car nous allons voir qu'elle a été glosée par trois des quatre docteurs, successeurs d'Irnerius, Martinus, Jacobus et Hugo. Elle traduit la phrase *Et multo magis haec in dote valeant d'une façon tendancieuse* : « Et ce qui vient d'être dit (*idem*) a lieu davantage encore pour les dots, à savoir qu'on ne pourra ni aliéner ni obliger leurs parties immobilières, tous les privilèges qui leur ont été accordés restant sains et saufs. » Cette traduction eut une influence capitale et elle contient en elle toute l'argumentation postérieurement développée. Martinus¹ en donne la formule. Les mots *Et multo magis etc.*, ont un sens relatif, *quantum ad alienationem prohibendam non autem ad permittendam*. Jacobus² distingue les choses dotales estimées des autres et dit que ce paragraphe peut être entendu en ce qu'il permet l'aliénation des premières. La question de savoir si les choses dotales estimées peuvent continuer à être aliénées par le mari malgré la revendication de la loi 30, Code 5, 12, est étrangère aux dispositions de notre Nouvelle. En greffant cette nouvelle discussion sur la nôtre, Jacobus a contribué à l'obscurcir et à éloigner de plus en plus les interprètes du texte. Etant donné ce point de départ faux qu'il adopte, Hugo³ dit avec plus de logique que la Nouvelle ne permet pas, mais défend l'aliénation de la dot estimée, c'est-à-dire la soumet à une forme spéciale. De droit commun le mari aurait pu l'aliéner, car il en est propriétaire (Code 5, 13, loi un. § 15 c). La question est complètement déviée.

Albericus⁴ ajoute son autorité à celle des trois docteurs. Après lui Placentin⁵ prend nettement position. En écartant toute dis-

¹ *Dissensiones Dominorum*, § 108; Bartole, Super Authent. Coll. V, *Ut immobilia*.

² Glose in v. *multo magis*, Cod. 4, 29, 21; — *Dissensiones*, p. 203, n. qq; — Bartole, Super Authent. Coll. V; — Accurse, Glos. ad Auth. *Sive a me* (Cod. 4, 29, 21).

³ Glose in v. *in dote*, Cod. 4, 29, 21.

⁴ *Dissensiones*, loc. cit.

⁵ *Dissensiones*, loc. cit. — Dans sa Somme du Code, in lib. IV Codicis ad *S. C. Vell.*, tit. 29; in lib. V, Cod. *de fund. dot.* tit. 23; — « In Codicis DN.

inction, il affirme que la Nouvelle s'applique à la donation proprement nuptias et non au fonds dotal. Celui-ci, le mari ne peut pas l'aliéner, la femme consentirait-elle mille fois ou quarante mille fois. Cette opinion est recueillie par Jean Bassianus dans sa Somme des Nouvelles¹. Bien qu'elle y soit succinctement indiquée sans être étayée des arguments habituels, comme cette Somme est restée l'ouvrage classique des glossateurs sur les Nouvelles, c'est l'autorité de Jean Bassianus qui est invoquée dans la glose d'Accurse et par les jurisconsultes postérieurs. Azo², dans sa Summa Aurea et son Commentaire du Code, reprend ces discussions en adoptant les opinions dominantes³. Et elles passent dans la grande glose d'Accurse⁴ par laquelle elles s'imposent aux interprètes.

Justiniani s. p. ex repetita praelectione libros IX. Summa a Placentino legum interprete excellentissimo, ante 400 ferme annos conscripta, et nunc primum in lucem aedita. Moguntiae anno MDXXXVI. » Sur cette édition que j'ai vue à la bibliothèque municipale de Grenoble (B. 2623) et sur les mss. de la Somme, cf. Savigny, 4, p. 269. — Cod., 4, 29. « Dictum est, quod in rebus viri uxori obligatis simplex consensus sufficit, in don. p. n., non nisi geminatus consensus mulieri officit, ut *Cod. eod. Auth. Sive a me*. In fundis dotalibus nec militibus (*sic*) interpositus consensus oberit. » — Cod. 5, 23 : « Eo privilegio gaudet [fundus dotalis] quia alienari non potest spontanea alienatione, etiam si mulier quadragies milies consensit : secus in don. p. n. etc. »

¹ Sur la Summa Authenticorum de Bassianus, Savigny, 4, p. 296. Elle est associée dans les éditions avec la Summa aurea d'Azo à qui elle a été par suite faussement attribuée : « Nihil tamen differt dos a donatione (*sic*) : quia donationis alienatio potest valere, si mulier, elapso biennio a tempore primi consensus, iterum consentiat.... sed in dote consensum mulieris geminari non prodest, ut d. l. *si mulier* et *J. Inst. quib. alien. licet* in princip. et *Cod. de rei uxoriae actio* § *Et cum lex*. In sum. nov. quod ex hac constitutione sumitur Authent. quae est *C. ad Vell.* super l. *jubemus*, quae incipit *Sive a me*. » Ce texte défectueux vient d'une édition que j'ai eue entre les mains dans la bibliothèque municipale de Grenoble (C. 5384) : D. Azonis *Summa Aurea, id est locuples juris civilis Thesaurus*. In officina Franc. Fabri Lugd. et Jacobi Stoer, MDXVI. Pars prima in Codicem, Pars altera in Institutionem, Dig. Vetus, Infortiatum, Dig. Novum et Novellas Authenticas; In. Collat. V. Auth. const. XIV.

² Azo, *Summa Aurea* ad. Lib. IV, Cod. *ad S. C. Vell.*, tit. 29; ad lib. V, tit. 13, § 1.

³ Bartole (Super Auth. cit.) cite encore Jacob Balduin et Jacob de Ardizzone comme auteurs de gloses à l'Auth. *Sive a me*.

⁴ Accurse ad Cod., 4, 29, Auth. *Sive a me*, in v. *Et multo magis* : « Haec referunt quidam ad omnia praedicta. Et sic etiam dos poterit alienari inæsti-

On voit ainsi se fixer l'argumentation traditionnelle. Débarassée des controverses sur les choses dotales, estimées ou inestimées, mobilières ou immobilières, qui l'obscurcissent, elle repose sur une interprétation, insoutenable d'ailleurs, de la phrase de la Nouvelle et de sa finale: « Atque multo magis haec in dote valeant, si quas res dotales vel alienaverit vel obligaverit; talia enim jam satis elaborata et legibus constituta sunt. » Cette finale n'offre pour nous aucune difficulté. C'est un rappel pur et simple des nombreuses constitutions antérieures par lesquelles Justinien a réformé le régime dotal. Pour les glossateurs, c'est le mot *satis* qui lui donne son sens. Les lois antérieures ont suffisamment réglé la question, donc, ajoutent-ils au texte, il n'y a plus à y revenir, à changer ces lois. Leur interprétation leur paraît confirmée par une autre finale d'une phrase postérieure: « Ut tamen omnia privilegia quae doti jam a nobis data sunt in suo robore maneat, si mulier actionem moveat. » Ici encore le sens est certain et sans difficulté. Justinien rappelle le privilège accordé par lui à la femme dans une loi du Code¹ pour la reprise de sa dot, privilège qui n'existe pas pour la donation propter nuptias. Les glossateurs écartent ce sens précis. Privilegia désignent pour eux d'une façon générale toutes les faveurs accordées à la femme pour recouvrer sa dot. Et parmi celles-ci la défense absolue d'aliéner telle que la loi unique au Code 5, 13 l'a constituée. Ainsi ils annulent la première partie de la phrase

mata, secundum hunc modum. Quod non placet; quia male diceret *et multo potius* etc. Dico ergo secundum Joan. ut referatur ad id tantum quod dixit de prohibenda alienatione, non ad id quod de permittenda. In dote ergo etsi milies consentiat, et post tempora, non praejudicat sibi: ut Instit. *quib. alie. licet*, in princ. Alii dicunt, ut Jac. quod loquitur haec clausula de rebus immobilibus datis in dotem estimatis; quae licet possunt quantum ad proprietatem alienari, quia maritus est dominus rei dotalis; remanent tamen obligatae mulieri. Vel intelligitur de rebus mobilibus datis in dotem inaestimatis, quae servari possunt: ut servus. Aliud in his quae non possunt servari: quae sine hujusmodi solemnitate alienantur: ut Dig. *de jure dot. l. res in dotem datae.* » L'Argument et le Casus qui accompagnent l'Authentique dans l'édition de Leconte de 1559 et qui sont, le premier de Salycetus, le second de Vivianus, répètent les arguments traditionnels.

¹ Cod., 8, 17, 12.

par la seconde. Les mots *Et multo magis haec in dote valeant, etc.*, ne sont qu'un renforcement des lois antérieures et les dispositions de la Nouvelle sont communes à la dot et à la donation propter nuptias ad prohibendam alienationem non ad permittendam.

Cette argumentation qui découle directement, on le voit, de l'Authentique *Sive a me* et qui remonte par conséquent aux débuts de l'école, me paraît avoir subi l'influence des circonstances historiques de la découverte de l'Authentique et de l'opinion fautive professée d'abord par Irnerius à son sujet. On sait que l'école de Bologne découvrit successivement¹ les diverses parties du Corpus juris, l'Authentique en dernier lieu. C'est sur les textes du Code et des Institutes et d'après leurs termes absolus que la défense d'aliéner la dot fut d'abord étudiée. Les modifications de la Nouvelle heurtent une idée déjà reçue et l'on est disposé à les rejeter. On sait aussi qu'Irnerius commença par rejeter les Nouvelles¹. Rofredus et Odofredus racontent qu'un passage de l'Authentique fut opposé à Irnerius plaidant une affaire. Pour sortir d'embarras, Irnerius, qui ne le connaissait pas encore, soutint que l'Authentique n'était pas de Justinien, mais composé *a quodam monacho*. Il donne ses raisons dans une glose de la Const. *Cordi*. Cette opinion est rapportée et combattue par Jean Bassianus dans sa préface des Nouvelles, par Azo, Hugolinus et Accurse dans les gloses de la Const. *Cordi*. Il changea lui-même d'opinion puisque, par la suite, il composa les Authentiques du Code. Mais une des raisons qu'il donnait est à retenir. L'Authentique doit être rejetée parce que son style ne concorde en rien avec celui des autres constitutions de Justinien, il n'a ni commencement ni fin, ni aucun ordre, et enfin Justinien, dans la Const. *Cordi*, n'a promis de nouvelles constitutions que pour des nova negotia non encore réglés par les lois². Cette fautive interprétation des paroles de

¹ Voir les textes dans Savigny, 3, p. 491 ss.

² Glose d'Irnerius in Const. *Cordi*, § 4 (Savigny, 3, p. 491, n. b): « Hinc

Justinien tombe d'elle-même par le fait seul qu'on admet l'Authentique qui, en maints et maints endroits, revient sur des points déjà traités dans le Code. Néanmoins, par un phénomène qui n'est pas sans d'autres exemples, elle paraît avoir subsisté même après sa cause disparue. Si l'on considère qu'elle est restée, dans l'esprit d'Irnerius et des premiers glossateurs, comme une sorte de principe général assez mal défini d'ailleurs et constamment démenti mais qui fait sentir son influence, on comprend mieux la rédaction de l'Authentique du Code et la facilité avec laquelle les trois docteurs ont dépouillé de son sens par une subtilité d'argumentation la phrase *Et multo magis etc.*

Mais une discussion ainsi commencée n'était pas susceptible de développement et de progrès. Un abandon pur et simple ou une acceptation telle quelle sur la foi de l'autorité, telles étaient les deux seules alternatives ouvertes. L'opinion commune adopta la seconde. Il serait trop long et sans intérêt de suivre la controverse à travers les innombrables commentaires où elle est parfois défigurée mais jamais renouvelée. Il suffira de noter les moments principaux de sa transmission.

On la trouve complètement exposée dans le commentaire des Authentiques de Bartole¹. Bartole, qui accepte l'opinion des trois docteurs, paraît avoir été un des derniers à donner le détail des argumentations et le nom de leurs auteurs dans la glose. Après lui, et sans doute en partie parce que son autorité suffit, on résume souvent inexactement la controverse sans la rattacher à des noms et on en adopte les conclusions².

argumentum sumi potest quod liber iste, id est Authenticum, sit repudiandus... Item novellae istae constitutiones, de quibus hic loquitur, non promittuntur nisi de novis negotiis et nondum legum laqueis innodatis. » — Irnerius explique ainsi les paroles de Justinien, *Const. Cordi*, § 4 (3^e préface du Code) : « Nulla alia extra corpus ejusdem codicis constitutione legenda, nisi postea varia rerum natura aliquid novum creaverit quod nostra sanctione indigeat. »

¹ Bartole, *Super Authenticas*, Collatio V, *Const. Ut immobilia*, v. *Et multo* et *Super Codicem*, ad *S. C. Velleian*, ad Auth. *Sive a me* (Cod. 4, 29, 21).

² Par ex. Angelus de Ubaldis, *Lectura Authenticorum*, Auth. *Ut immobilia*, qui insiste surtout sur la distinction des immeubles dotaux estimés et non

On peut dire que l'opinion est fixée au début du xvi^e siècle. Alciat la tient pour établie sans discussion¹. Mais, avec la renaissance des études historiques, l'autorité des glossateurs et des Bartolistes faiblit et celle du texte renaît. Cujas restitue à notre Nouvelle son sens véritable. Cujas est un des rares jurisconsultes dont la curiosité universelle s'est portée sur le droit postérieur à Justinien. Il a étudié les sources du droit byzantin. Aussi rejette-t-il l'opinion de Jean, c'est-à-dire celle des glossateurs, en se fondant sur l'interprétation de la Nouvelle au temps de Justinien. Il invoque l'Építome de Julien et la rubrique de la Nouvelle. Il ne connaissait pas les autres sources que nous avons à notre disposition et qui confirment ce témoignage. Il rectifie aussi le sens abusif donné par les glossateurs au mot *privilegia*².

Grâce à cette haute autorité, l'opinion de Cyprianus, qui était restée sans écho dans l'école des glossateurs, reprend de sa valeur. Elle acquiert pour partisans la plupart des auteurs de commentaires spéciaux sur les Nouvelles qui subissent directement l'influence de Cujas³. Denis Godefroy la reçoit dans sa

estimés, la Nov. 61 devant être appliquée aux premiers ; — Baldus Novellus, *Tractatus de dotibus* (au t. IX de *matrimonio et dote*, Venise, 1683, du *Tractatus Universi juris*, publiée sous les auspices de Grégoire XIII) : « Et postea extenditur (la règle du double consentement de la Nov. 61) ad dotem quod voluit Placentinus et multi doctores et etiam glosa in dicta constitutione pervenit. Tamen glosa in dicta authentica *Sive a me* et in corpore unde sumitur et doctores communiter tenent contrarium... Quia ex hoc sequeretur quod illa dispositio extendens favorem dotis, operitur deminutionem favoris et sic contra ejus privilegia inter quae illud est maximum ut indistincte non possit alienari etiam cum consensu mulieris. »

¹ Alciat, *Comment.* in tit. D. d., *de jurejurando*, chap. *Cum contingat*, § 65.

² Cujas, *Expositio Novellarum* ad Nov. 61. « Ceterum differentiam Joannis non admitto, nam idem arbitrator constituendum esse in dote, Juliano auctore, et latiori titulo hujus novellae, et eo quod ait in extremo conservari alia privilegia jam doti data ac si diceret aequiparari quidem dotem donationi propter nuptias in superiori specie sed non in privilegio. »

³ Par exemple parmi ceux que j'ai pu voir : Ritterhusius, *Jus Justinianum*, Argent. 1615, ad Nov. 61 ; — Gudelinus, *de Jure Novissimo*, Antwerp. 1620, liv. 1, ch. 8, § 4-7 ; — Mathias Stephanus, *Expositio Novellarum*, Gryphiswaldi, 1653 ; — Richter, *Expositio omnium Authenticarum Cod. Just. inserta-*

grande édition du Corpus Juris en deux notes brèves et sans explication¹. Il semblerait qu'elle aurait dû être consacrée par cette réception. Pourtant l'interprétation de Cujas ne sort que peu du cercle des spécialistes et ne triomphe pas de l'opinion commune. Tout au plus son prestige a-t-il pu être la cause pour laquelle les romanistes français ont le plus souvent passé cette controverse sous silence, ne voulant pas décider. Car, si François Beaudoin admet l'application de la Nouvelle 61 à la dot², ni Doneau³, ni Le Douaren, ni Pothier n'en ont parlé en traitant de l'inaliénabilité dotale dans leurs commentaires généraux. Sur l'école hollandaise, et surtout sur les pandectistes allemands du xvii^e et du xviii^e siècle, Cujas eut encore moins d'influence. On en peut citer quelques-uns qui sont de son avis⁴. Mais la plus grande partie des auteurs est opposée à l'admission de la Nouvelle⁵. Ni les uns ni les autres ne font une

rum, Jenae, 1661, lib. iv, Cod. tit. 29, ad *S. C. Vell.* in Auth. *Sive a me*; — Sonnemannus, *Comment. ad Novellas*, Francofurti, 1692, ad Nov. 61; — Jac. Fr. Ludovicus, *Compendium Novell.*, Halae, 1702; — Ferrière, *La jurisprudence des Nouvelles*, Paris, 1688, est le seul des auteurs que j'ai pu consulter qui voit mieux fondée l'opinion de Jean, ancien interprète, que celle de Julien et de Cujas. Il n'y a rien sur la Question dans les commentaires de François Beaudoin, *Commentarius ad praecipuas novellas*, Lugd. 1548, des frères Pitou, *Observationes ad Codicem et Novellas*, où ils donnent l'Épître de Julien, de Hombergk zu Vach et de Mencke que j'ai pu examiner. Sur les autres commentateurs : pour les glossateurs postérieurs à Accurse; Heimbach, *Authenticum*, 1, p. DLXVI ss.; Littérature dans Lipenius, *Bibliotheca juridica*, I, v^o *Jus Civile*, Novellae, p. 749; Suppl. I, v^o *Jus Civile*, Novellae, p. 274.

¹ La première, aux Inst. 2, 8, v. *neque consentientibus*; la seconde, au Cod. 4, 29, in Auth. *Sive a me*, v. *Et multo* : « Quidam haec verba referunt ad alienationem dotis quasi nullo jure possit dos alienari et male, Vide Nov. 61, c. 1. »

² Fran. Balduinus, *Com. in libros 4 Inst.*, lib. 2, tit. 8, pr. ad verba, *Utrique remedium*.

³ Doneau, *Opera omnia*, Rome, 1628, 2, p. 1223, n. 6. Oswald Hilleger, l'annotateur de Doneau, auteur de cette note, complète le texte en admettant la Nouvelle 61.

⁴ Voet, *Comment. ad Pand.*, liv. 23, tit. 5, *de fundo dotali*, § 6; — Leyser, *Meditationes ad Pand.*, specim. CCCXI, medit. 3; — Hellfeld, *Jurisp. for.*, ad l. 23, tit. 5, § 1252; — Hufeland, *Lehrbuch*, t. II, § 925; — Schweppe, *Rom. Privatrecht*, § 681. — Schweppe est le seul de ces auteurs qui nomme Cujas.

⁵ Wesenbec, *Comm. in Pand. J. c.*, tit. *de fundo dotali*; — Bachov, ad *Treutl.*, vol. II, Disp. VII, Th. IX, lit. D; — Lauterbach, *Collegium theor.*

revision critique des arguments traditionnels. Quelques-uns en ajoutent de nouveaux assez faibles. La dot ne doit pas être traitée comme la donation propter nuptias parce que, en revendiquant l'une, la femme lutte de *damno evitando*, en réclamant l'autre elle agit de *lucro captando*¹. Un autre, plus subtil, consiste à confondre le consentement à l'aliénation avec une intercession et à dire que la Nouvelle 61 a été abrogée par la Nouvelle 134². En général, ils donnent brièvement leur solution sans développer les raisons.

La question était donc encore en l'état lorsque Glück la reprit dans sa grande explication des Pandectes³. Il la traite longuement. Il reprend les arguments des glossateurs. On peut se convaincre en le lisant qu'il n'y a rien ajouté. Seulement la longueur de son exposé est plus obscure que la brièveté de la glose et la nécessité de mettre ces arguments en forme dans une démonstration suivie en fait éclater la subtilité. Car il s'agit toujours de prouver que la deuxième partie de la phrase *Et multo magis* annule la première partie. Cette subtilité est encore plus nette dans la démonstration plus courte de Czynharz⁴. Il invoque le style diffus des Nouvelles pour retirer à notre phrase tout sens précis. L'empereur, dit-il, veut rendre plus difficile l'aliénation d'un fonds faisant partie de la donation propter nuptias d'une façon qui se rapproche de la défense d'aliéner la dot. C'est le sujet de la Constitution. Il ajoute dans

pract., pars II, *Disputatio* 76, n. 49; — Wernher, *Lectissimae commentationes in Pand.*, lib. 23, tit. 5, § 4; — Hofacher, *Princip. J. c. rom. germ.*, t. 1, lib. 2, tit. 3, § 434; — Dabelow, *Handbuch*, 1, § 512, note X, in fine; — Malblanc, *Princip. Jur. rom.*, § 630, not. r.; — J. Thadd. Müller, *System. Pand.*, pars II, sect. 1, tit. 3, § 606, not. d.; — J. Ern. Just. Müller, *Observat. pract. ad Leys.*, t. 3, fasc. 3, obs. 555; — Thibaut, *System des Pand. R.*, 1, § 448; — Bücher, *System der Pandekten*, § 78, n. 5. D'autres auteurs, dont je n'ai pu examiner les œuvres, sont encore cités par ceux-ci et par Glück.

¹ Notamment Lauterbach.

² Wernher, Malblanc et les Müller. Cf. Demangeat, *Fonds dotal*, p. 220-225.

³ Glück, *Ausf. Erlaut. der Pand.*, t. 25, p. 414 et ss.

⁴ Czynharz, d'abord dans son article, *Zeit. fur. Civilrecht u. Prozess*, 22, p. 407 et 408, puis dans son ouvrage sur la dot, *Dotalrecht*, p. 197, n. 6.

le style vague des Nouvelles que des limitations de cette sorte se trouvent encore à un plus haut degré dans la dot, mais que, en ce qui concerne celle-ci, rien de neuf n'a été décidé.

Ces démonstrations ont paru pourtant convaincantes. La question est dorénavant tranchée et la Nouvelle 61 écartée, pour les auteurs modernes, du droit dotal. Sans doute on en peut citer de très rares qui l'invoquent encore¹. Mais Tigerström² l'avait rejetée, Schröder³ de même après Glück et Czylharz. Bechmann n'en parle même plus dans son œuvre classique sur la dot. A son exemple, elle est entièrement passée sous silence par les nombreux auteurs récents qui ont étudié l'inaliénabilité dotale. Quelques pandectistes⁴ la citent brièvement pour la repousser, mais les autres n'en font plus état. Elle a disparu de nos traités modernes de droit romain.

On pourrait être surpris de cette unanimité. En réalité, ce ne sont pas les faibles arguments traditionnels qui l'ont obtenue, même repris par Glück et Czylharz. Mais entre temps une conception de l'inaliénabilité du fonds dotal s'est imposée qui est

¹ Bachofen, *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts*, Bonn, 1848, p. 117, qui a sur toute la question de l'inaliénabilité dotale des opinions très particulières, Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, 1860, p. 219 et ss., qui suit l'autorité de Cujas, admettent l'un et l'autre que la Nov. 61 est applicable à la dot. Mais ils tombent mal à propos dans l'autre erreur qui confond le consentement de la femme avec l'intercession et abroge la Nov. 61 par la Nov. 134. Bien que Demangeat n'admette pas cette abrogation, il ne tire aucun parti de la Nouvelle. L'opinion de F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1, Braunschweig, 1853, p. 26, n. 14, est plus exacte et il en déduit les conséquences justes. Mais elle reste isolée et elle n'est qu'accessoire dans son œuvre. — Dernburg, *Pand.*, 3, 4, § 18, qui est très opposé à l'inaliénabilité absolue et qui dit que beaucoup de professeurs de droit reconnaissent au moins comme valable l'aliénation si la femme renouvelle son consentement après deux ans, invoque Glück et ne cite même pas la Nov. 61.

² Tigerström, *Das römische Dotalrecht*, 1, Berlin, 1831, p. 298.

³ Schröder, *Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten*, Heidelberg, 1875, p. 65. — Cf. Curtius, *Rechtsfolgen*, p. 30.

⁴ Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gem. Civilrechts*, 3, § 39, note u; — Puchta, *Pandekten*, § 417, note m; — Windscheid, *Pandekten*, 3 (8^e edit.), § 497, note 10; — Wangerow, *Pand.*, 3, § 581; ce dernier ne parle que d'intercession à propos de la Nov. 61 sans dire un mot de la question.

inconciliable avec les énonciations formelles de la Nouvelle. Devant un texte du Digeste ou une constitution du Code, cette conception aurait dû être modifiée. Devant une Nouvelle elle a fait supprimer le texte embarrassant.

II

Nous tenons maintenant pour acquis que la Nouvelle 61 s'applique à la dot. Elle prend place dans l'économie générale des dispositions qui règlent la condition du fonds dotal. C'est cette condition qu'il nous faut maintenant étudier.

Depuis la loi Julia d'Auguste¹, il est défendu au mari d'aliéner le fonds dotal. La sanction de cette défense est la nullité de l'aliénation. Deux personnes y sont intéressées, le mari, propriétaire et aliénateur, la femme qui aura le droit de le réclamer à la dissolution du mariage². Tout le monde est d'accord pour admettre que la nullité jouera pleinement en faveur de la femme, qu'elle a été portée dans son intérêt. Mais ses effets à l'égard du mari ont été l'objet de vives controverses et de leur solution dépend l'idée que l'on se fait de l'inaliénabilité dotale. Ce sera donc le point que nous devons examiner en premier lieu.

Aucun des textes du Digeste et du Code ne répondent directement à cette question et c'est sur leur interprétation que roule la controverse. Au contraire, la Nouvelle 61 la résout expressément.

¹ Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 170, n. 7, antérieure à 738, d'après Horace, *Carm.*, 4, 5, 21, 22. Une partie de la même note, supprimée dans la 6^e édition, ajoutait, dans la 5^e, p. 168, n. 5, qu'elle semblait être de l'an 736, d'après Dion, 54, 16.

² Aucun auteur n'a songé à examiner si le tiers acquéreur peut lui aussi se prévaloir de la nullité. La question aurait dû se poser pour ceux qui soutiennent la nullité absolue et le droit du mari à revendiquer. Pour nous qui nions ce droit, à plus forte raison ne l'accorderons-nous pas au tiers acquéreur.

Nous examinerons donc la situation du mari en face du fonds dotal aliéné d'après cette Nouvelle avant de passer à l'examen de cette question dans le droit classique.

✱

Justinien rappelle, au début de la Nouvelle, que la défense d'aliéner est sanctionnée par la nullité de l'aliénation. Il emploie des termes d'une extrême énergie. Nous interdisons, dit-il, d'aliéner ou d'hypothéquer l'immeuble compris dans la donation propter nuptias. Si quelqu'un a conclu un acte de cette sorte, qu'il sache que l'aliénation ou l'hypothèque ne seront d'aucune utilité. Ce qui a été convenu ou écrit à ce sujet sera comme non écrit, comme non convenu¹. Ainsi l'aliénation accomplie par le mari sera sans effet, nulle ipso jure, nulle de nullité radicale. D'après une terminologie qui a cours dans notre droit civil nous devrions parler de nullité absolue.

Mais voici le correctif. Justinien envisage in fine les effets de la défense d'aliéner dans les rapports du mari avec les tiers acquéreurs. C'est pour nous la partie la plus précieuse de la Nouvelle. Avec autant d'énergie et d'une façon aussi catégorique, l'empereur proclame que cette nullité radicale n'a lieu qu'en ce qui concerne la femme. C'est une restriction formelle. En ce qui concerne le mari, aliénation et hypothèque sont valables. Les contractants ont contre lui les droits qui leur compètent ex ins-

¹ Nov. 61 : « Ἀπαγορεύομεν αὐτῷ ἢ ὑποτίθεσθαι τὸ λοιπὸν τὸ πράγμα τὸ καταγεγραμμένον εἰς προγαμιαίαν δωρεάν ἢ ἐκποιεῖν ὅλως... καὶ ὁ μετὰ ταῦτα συμβάλλον ἴστω ὡς, εἴτε ὠνήν εἴτε ὑποθήκην ἔχει, οὐδὲν τούτων ὄφελος ἔξει παντελῶς, ἀλλ' ἐν ἴσῳ τοῖς ἀγράφοις τε καὶ ἀρρήτοις ἔσται τὰ ἐπὶ τούτῳ γεγραμμένα ἢ συμπεφωνημένα.— Schoell : Vetamus eum posthac rem in donationem ante nuptias conscriptam aut pignori obligare aut omnino alienare... et qui posthac contraxerit sciat, sive emptionem sive hypothecam habeat, nullam se hinc omnino utilitatem habiturum, sed pari loco atque quae non scripta quaeque non dicta sint ea fore quae de hoc scripta vel conventa erunt. »

trumentis. Ils pourront les ramener à exécution sur ses autres biens¹.

Pour déterminer la portée de ce texte et pour rester dans le cadre des controverses que nous examinons plus loin, il faut introduire une distinction que Justinien ne fait pas et distinguer les effets obligatoires et les effets réels des actes conclus à l'occasion de l'aliénation. Quant aux effets obligatoires, pas de doute possible. Les contrats en vertu desquels le mari s'est obligé à transférer un droit réel, propriété, servitude, hypothèque, sont pleinement valables. Et le mari est tenu des obligations qui en découlent. Leurs effets réels méritent un examen plus serré. Le mari est bien obligé à transférer la propriété. Mais le créancier pourra-t-il le forcer à livrer l'immeuble in specie, pourra-t-il le conserver malgré la défense. Ou bien plutôt l'obligation ne se résoudra-t-elle pas en dommages et intérêts?

La première lecture du texte pourrait suggérer une réserve de ce genre à qui reste influencé par les discussions de la doctrine sur le caractère de l'inaliénabilité dotale. Justinien dit, en effet, que le mari sera tenu en vertu de l'aliénation et de l'hypothèque sur ses autres biens, que les contractants conserveront sur les autres biens du mari les droits qui leur ont été conférés par les actes. Serait-ce donc qu'ils n'auraient pas de droits sur l'immeuble même, objet de la donation propter nuptias?

¹ Nov. 61, ch. I, § 4 : « Ἄλλ' οὐδὲ αὐτῶν τῶν συμβαλλόντων καθάπαξ ἀμελοῦμεν. Ἐἰ γὰρ καὶ τὴν ἐπὶ τούτοις ἐνοχὴν ὅσον πρὸς τὰς γυναῖκας ἀρρητόν τε καὶ ἀγραφὸν εἶναι βουλόμεθα, ἀλλ' αὐτοὺς τοὺς ἀνδρας ἐπὶ τοῖς ἄλλοις αὐτῶν πράγμασι ἐνέχεσθαι θεσπίζομεν προφάσει τῆς ἐκποιήσεως ἢ τῆς ὑποθήκης, ταῖς μὲν γυναῖξί φιλᾶντες τὸ ἐπ' αὐτοῖς τοῖς ἀκινήτοις πράγμασι τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς δίκαιον ἀκαινόμητον, ἐκείνοις δὲ τὸ ἀρμόζον δίκαιον ἐκ τῶν συμβολαίων, ὅσον ἐπὶ τοῖς ἄλλοις αὐτῶν πράγμασι. — Schoell : Sed ne ipsos quidem contrahentes plane neglegimus. Nam quamquam obligationem de his factam quantum ad mulieres pro non dicta nec scripta esse volumus, at ipsos maritos in reliquis eorum rebus alienationis vel hypothecae nomine teneri sancimus, quo mulieribus quidem jus in ipsis rebus immobilibus donationis ante nuptias integrum servemus, illis autem jus quod ex instrumentis competit, quantum ad reliquas eorum res. »

Il est facile de se convaincre que ce point de vue ne résiste pas à l'examen. La restriction ὅσον ἐπὶ τοῖς ἄλλοις αὐτῶν πράγμασι a un sens beaucoup plus naturel et la validité du transfert est aussi certaine que la validité de l'obligation.

Le mari étant propriétaire, le transfert qu'il s'est obligé à accomplir produira nécessairement ses effets à son égard, s'il n'a personnellement aucun moyen d'y revenir. Or c'est seulement en ce qui concerne la femme que les actes conclus par le mari sont considérés comme non écrits, non conclus, et ceci pour qu'elle conserve son droit entier sur l'immeuble, objet de la donation propter nuptias. Ces deux principes sont affirmés dans la phrase même où Justinien consacre la validité de ces actes à l'égard du mari. Ils devront donc rigoureusement servir de mesure et de limite à la nullité.

Quels sont les droits de la femme sur ces immeubles? Pendant le mariage, aucun. La femme n'a aucun droit de contrôle sur l'administration de la dot et de la donation. Elle n'a pas le moyen de forcer le mari à appliquer les revenus de ces biens aux charges du mariage, pas même le droit de l'empêcher de les gaspiller. Les droits de la femme ne s'ouvriront qu'à la dissolution du mariage, sauf le cas exceptionnel de déconfiture. Et, suivant les hypothèses prévues, elle aura droit à toute la dot et à toute la donation, à une partie de la dot et de la donation, ou même elle n'aura droit à rien.

C'est donc à la dissolution du mariage, au moment où la femme exercera ses actions en réclamation et en reprise, que la défense d'aliéner produira ses effets. C'est l'hypothèse prévue d'un bout à l'autre de la Nouvelle. Le but qu'elle assigne à la défense est d'empêcher que la femme, au moment où elle veut toucher son *lucrum*, ce qu'elle gagne de la donation propter nuptias, se voit frustrée par une aliénation¹. La défense est

¹ Nov. 61, pr. : « Τὸ γὰρ ἅπαξ τοῖς δεσμοῖς τῆς προγαμίας δωρεᾶς ἔνοχον γενόμενον οὐκ ἂν εἴη προσήκον ἐκποιεῖσθαι, ὥστε τὴν γυναῖκα ἀποβαίνοντος τυχὸν τοῦ κέρδους, ὅπερ αὐτῇ προσάγει τὴν προγαμίαν

présentée comme une garantie de l'action in rem que Justinien accorde à la femme pour revendiquer la donation. Si la femme a consenti à l'aliénation par un consentement renouvelé au bout de deux ans, l'aliénation est valable même à son égard, mais seulement si elle trouve dans les autres biens du mari de quoi la remplir de ces reprises. Toutes ces hypothèses, non seulement restreignent à la femme seule le droit de nier la validité des aliénations, mais ne lui ouvrent ce droit qu'au moment de la dissolution du mariage. A ce moment, elle revendiquera les immeubles de la dot et de la donation propter nuptias comme si le mari n'en avait pas disposé, comme s'il était toujours propriétaire. L'acquéreur sera évincé dans la mesure des droits de la femme soit de tout l'immeuble, soit d'une partie. Mais, comme le mari reste tenu, l'acquéreur conservera la partie de l'immeuble non atteinte par les actions de la femme et se retournera contre le mari, responsable de ses actes valables, sur ses autres biens. Telle est la portée qu'il faut donner aux paroles de Justinien. Ainsi s'explique aussi la fin de la phrase dans laquelle l'empereur expose que, même sur ces biens, les créanciers seront primés quant à l'action de dot par le privilège qu'il lui a accordé, tandis que l'action de donation ne jouit pas de privilège de cette sorte. Il ne lui en a pas donné autrefois et il n'a pas l'intention de lui en accorder ici. Nous verrons qu'à trois reprises Justinien insiste sur cette différence entre l'hypothèque qui garantit la restitution de la dot et celle qui garantit le gain de la donation propter nuptias¹.

On serait arrivé à la même conclusion par un autre raisonnement. Il est légitime de distinguer, à propos d'une aliénation

δωρεᾶν, δυσχεραίνειν οὐχ εὐρίσκουσιν τὸ πράγμα ἐν τῇ τοῦ ἀνδρὸς περιουσίᾳ, ἀλλ' ἢ ἐκποιηθὲν ἄλλοις ἢ ὑποτεθέν... καὶ φυλαττέσθω τῇ γυναίκι τὸ κέρδος.

— Schoell : Quod enim semel vinculis donationis ante nuptias obnoxium est factum, non decet alienari, unde mulier obveniente forsitan lucro quod ei confert donationem ante nuptias, graviter ferat quod rem non reperiat in bonis mariti, sed vel alienatam aliis vel obligatam... atque *lucrum* mulieri custodiatur. »

¹ Cod., 8, 17, 12, § 8; Nov. 61; Nov. 109, ch. 1.

d'immeuble, les actes productifs d'obligation de l'acte qui transfère la propriété, car ils sont distincts et indépendants. Mais ce qui est vrai pour l'aliénation ne l'est pas pour l'hypothèque. Celle-ci est constituée, le droit réel acquis, par la simple convention¹. En disant que l'hypothèque est valable en ce qui concerne le mari, Justinien vise nécessairement le droit réel qui est valablement constitué, le mari étant propriétaire. Et, comme il réunit dans la même affirmation l'hypothèque et l'aliénation, il faut dire que tous les effets de l'aliénation se produisent à l'égard du mari, y compris l'effet réel. Une distinction serait injustifiée.

Nous nous trouvons donc en présence d'un acte radicalement nul, inexistant à l'égard de l'un des intéressés, la femme, valable à l'égard des autres, le mari et le tiers acquéreur. Il ne peut entrer ni dans la catégorie des actes nuls de nullité relative ni dans la catégorie des actes nuls de nullité absolue d'après la théorie générale des nullités. C'est pourtant la doctrine formelle de notre Nouvelle. Reste à savoir si cette doctrine est une innovation de Justinien, une hérésie juridique imputable à l'empereur et à son questeur Tribonien ou si c'est, malgré la théorie des nullités soi-disant romaine, la doctrine classique purement et simplement rappelée dans la Nouvelle. C'est ce que nous allons maintenant essayer de déterminer en examinant les textes classiques et les controverses qu'ils ont soulevées.

✱

Une constatation essentielle doit dominer tout le débat. La difficulté que nous nous proposons de résoudre, aucun fragment de jurisconsultes classiques, aucune loi du Code n'y répondent d'une manière positive ou négative, mais di-

¹ D., 13, 7, 1, pr. : « nuda conventione. »

rectement comme le fait la Nouvelle 61. Une série de textes dit que la loi Julia prend soin que le mari n'aliène pas le fonds dotal malgré la femme, qu'elle lui défend de l'aliéner malgré elle, qu'il ne le peut pas, qu'il n'en a pas le pouvoir¹. La loi Julia adressait donc au mari une défense expresse d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme. Quant à l'effet de cette défense, un fragment de Papinien, que nous aurons à examiner et qui n'est peut-être pas à prendre dans un sens aussi général qu'il le paraît à première vue, dit : « Venditio non valet² ». Et un fragment de Paul dit que le legs du fonds dotal n'est pas valable propter legem Juliam³. Enfin, quant à la sanction, les textes ne donnent aucune précision. Ils font allusion de manière incidente à ce que la femme attaque l'aliénation, à l'auxilium qui est fourni à la femme et à son héritier pour récupérer le fonds aliéné⁴. Mais il n'est nulle part question de la revendication du mari. Il n'est nulle part question de droits qu'il pourrait tirer de la loi Julia. Les jurisconsultes ne

¹ Paul, *Sentences*, 2, 21 b, § 2 : « Lege Julia de adulteriis cavetur ne dotale praedium maritus invita uxore alienet. » — Gaius, *Instit.*, 2, 62 ; « Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. 63. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare. » — Dig., 23, 5 : « 2. (Ulpian) ... alienare ... non possit ... venditio fundi impeditur ; — 3. (Paul) ... non potest alienari ; — 4. (Gaius) Lex Julia ... ne id marito liceat obligare aut alienare ; — 11. (Africanus) ... negavit alienari fundum posse ; — 13. (Ulpian) ... alienari non poterit ... ut tunc demum alienatio prohibeatur ; — 16. (Tryphoninus) ... lex Julia quae vetat fundum dotalem alienari. » — Dig., 41, 1, 62 (Paul) : « Quaedam quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis... » — Cod., 5, 13, § 15 (Justinien) : « Et cum lex Julia fundi dotalis italic alienationem prohibebat fieri a marito, non consentiente uxore... » Inst., 2, 8, pr. : « ... Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare... [lex Julia] alienationes inhibebat... Interdicta fiat alienatio... »

² Dig., 41, 3, 42 : « Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignorantem rem dotis esse, venditio non valet. »

³ Dig., 29, 1, 16 : « Dotalem fundum si legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Juliam. »

⁴ Dig., 31, 77, § 5 (Papinien) : « ... Si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faceret... » ; — Dig., 23, 5, 13, § 3 (Ulpian) : « Heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur. »

parlent de lui que pour dire que l'aliénation est confirmée, qu'il ne peut enlever le fonds à l'acheteur si, à la mort de la femme, il gagne la dot, si elle lui reste à titre de *lucrum*¹. Il faut aussi faire observer que Justinien, avant de s'expliquer clairement dans la Nouvelle 61, n'avait jamais parlé de l'action du mari dans ses lois du Code, mais avait seulement envisagé l'hypothèse où c'est la femme qui agit² et à la dissolution du mariage.

Malgré cette absence de preuves directes, l'opinion est actuellement fixée. Après de vives controverses, presque aussi anciennes que celles relatives à l'application de la Nouvelle 61³, on est

¹ Dig., 41, 3, 42 : « ... Venditio non valet quam defuncta postea mulieri in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. » — Dig., 23, 5, 17 : « Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit : si in matrimonio mulier decesserit et dos lucro mariti cessit, fundus emptori avelli non potest. »

² Cod., 5, 13, § 15 : « ... Cum autem hypothecam etiam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit. »

³ L'opinion des glossateurs sur la revendication du mari a moins d'intérêt pour nous que leur opinion sur la Nouvelle 61, car les modernes ont repris la question. Les premiers glossateurs semblent s'être demandé seulement et à propos de la loi 30, Cod., 5, 12, si la femme pouvait revendiquer pendant le mariage la res dotalis aliénée par le mari. Martinus dit oui, Bulgarus dit non (*Dissensiones Dominorum*, p. 13 et p. 102). La discussion de la véritable question paraît avoir été plus tardive. Elle se déroule dans des gloses au Digeste, 29, 1, 16, *Dotalem fundum*; 46, 1, 46, *Cum lex*; 41, 3, 42, *Cum vir*; au Code, 5, 12, 23, *Si praedium*; 5, 13, 1, § 15, *Et cum lex*; 5, 71, 9, *Etsi is*; aux Institutes, 2, 8. L'opinion commune est que le mari peut revendiquer. On objecte qu'il sera repoussé par une exception, quia non potest venire contra factum suum (Dig., 41, 3, 42. On invoque Dig., 21, 2, 17 et 1, 7, 25). A cela on répond qu'il revendique non pas en son nom, mais au nom de sa femme (Dig., 46, 1, 46 et 29, 1, 16). Mais Baldus Novellus fait justement observer qu'il ne le peut pas, car la femme elle-même, qui n'est pas propriétaire, ne le pourrait pas pendant le mariage. L'opinion qui rallie les suffrages est qu'il peut venire contra factum suum ratione publicae utilitatis. C'est l'idée que la loi Julia est une loi d'intérêt public (Dig., 46, 1, 46; Cod., 5, 13, 1, § 5; Inst., 2, 8). Quant à l'obligation, quelques-uns disent qu'elle est nulle, car elle porte sur une res extra commercium comme une res sacra vel religiosa (D., 29, 1, 16; Cod., 5, 12, 23). Mais l'opinion commune qui invoque Irnerius est que si l'obligation est nulle quand la femme a vendu, elle est valable quand l'aliénation vient du mari comme pour la vente du bien de mineur. Le fidéjusseur est tenu comme l'obligé principal et le mari est responsable de l'éviction quand elle a été accomplie soit

d'accord aujourd'hui pour admettre que le mari a le droit de revendiquer pendant le mariage l'immeuble dotal qu'il a vendu.

par lui pendant le mariage, soit par la femme ou son héritier à la dissolution (Dig., 46, 1, 46; 41, 3, 42; Cod., 5, 71, 9) (Bartole, ad leg. *Cum vir*; Dig., 41, 3, 42; ad leg. *Cum lex*, Dig., 46, 1, 46; Super Authent., Coll. 5, *Ut immobilia*, § 5 et ss.; Baldus Novellus, *Tractatus notabilis singularis de dotibus et dotatis mulieribus*, dans de *Dote Tractatus ex variis juris civilis interpretibus*, Lugd., 1585, in-folio, p. 103; Joannes Campezius, *Quaestiones de dote* dans le *de Dote Tractatus*, p. 422 et ss.; Pard. Pratejus, ad leg. *Juliam de fundo dotali* (Otto, Thes., 5, p. 521). Ces trois traités se trouvent aussi dans le tome 9, Venise, 1683, du *Tractatus illustrium in utraque... juriscons. de Matrimonio et Dote*). Accurse, dans sa glose, accepte l'opinion commune. L'opinion de Cujas est la nôtre. Il est vrai qu'il n'a nulle part examiné la controverse, sans doute à dessein. Mais dans son Exposition des Nouvelles, il dit, comme la Nouvelle 61, que l'aliénation n'est nulle qu'en ce qui concerne la femme. Il rappelle le droit de la Nouvelle à plusieurs endroits (Comment. ad Afric. Tract. 8, ad leg. *Si marito*, 9, de *fundo dot.* Dig., 23, 5; *Recitat. Solemn.*, in tit. 13, de *rei uxoriae*, lib. 5 Cod. §. *Et cum lex*). Et il dit que l'effet de la défense est de donner à la femme après la dissolution du mariage une revendication rescisoire. (In lib. 2 Inst., ch. 8; in lib. 1 Papin., ad leg. 13, de *fundo dot.*, Dig., 23, 5.) S'il ne nie pas formellement la revendication du mari, c'est peut-être parce qu'il n'a pas une idée très nette de ce que peut être cette revendication rescisoire de la femme. Car, d'autre part, il considère que la nullité est absolue et que la confirmation affirmée par Papinien est contraire à son principe. Aussi l'explique-t-il par des moyens prétoriens (Comm. in lib. 3 Quaest. Papin. Dig., 41, 3, 42). Les adversaires de la revendication sont encore assez nombreux avant Glück et le XIX^e siècle parmi les commentateurs des Pandectes. (Par exemple : A. Faber, *Codex Fabrianus*, Lugd., 1661, ad lib. 5, tit. 15, de *Fundo dot.*, defin. 1; Strykius, *Usus mod.* in tit. de *fundo dot.*, § ult; Leyser, *Medit. ad Pand.*, Spec. 311, med. 6; G. Noodt, *Op. omn.*, 2, Cologne, 1763, ad Dig., 23, 5, § *nunc reliqua*, p. 390; Wesenbec, *Comm. ad Pand.*, lib. 23, tit. 5, de *fund. dot.*, in fine; Hellfeld, *Jurisp. forens.*, lib. 23, tit. 5, § 1250; Thibaut, *System d. Pand. Rechts*, 1, § 448; Wening-Ingenheim, *Lehrb. d. gem. C. R.*, 3, § 39; *Zeit. fur Civilrecht und Prozess*, 1, p. 364.) Au contraire au XIX^e siècle, il n'y a plus que quelques rares Pandectistes et quelques auteurs d'études spéciales qui soient contre la revendication du mari. (Brinz, *Pand.*, 3, § 473; Puchta, *Vorlesung.*, 2, § 416; Lauck, *Z. f. C. R. u. P.*, 5, p. 9; Bachofen, *Ausgewählte Lehren d. röm. Rechts*, Bonn, 1848; Veräußerungsverbot d. fundus dotalis, p. 108; Fitting, *Archiv f. die civil. Praxis*, 42, p. 167; *Seufferts Archiv*, 9, p. 169; *Archiv f. Prakt. R. W.*, 5, p. 146.) Le mouvement en faveur de la revendication du mari est déjà net chez les commentateurs antérieurs à Glück. (Lauterbach, *Dissert. Academ.*, 2, Disput. 76, de *fundo dotali*, § 36, avec une bibliographie d'auteurs plus anciens; Voet, *Comm. ad Pand.*, lib. 6, tit. 1, de R. V., § 19; lib. 23, tit. 5, de *fundo dot.*, § 5; Strykius, *Disput. de jure mariti*, ch. 2, § 67, 68; Hofacher, *Princip. jur. civ.*, 1, lib. 2, tit. 3, § 435; Malblanc, *Princip. jur. rom.*, § 630). Il triomphe chez les Pandectistes du XIX^e siècle (Glück, *Pand.*, 25,

Cet accord ne doit pas trop nous en imposer. L'école historique moderne a adopté jusqu'ici les conclusions de ses prédécesseurs sans les avoir soumises à une revision critique. Elle les a reçues, au moins dans leur forme dernière, des pandectistes allemands et des commentateurs du droit romain actuel. Les bases fondamentales sur lesquelles ceux-ci les ont établies sont deux théories générales qu'ils ont sinon imaginées du moins mises en forme, la théorie générale des défenses légales d'aliéner et la théorie générale des nullités. Un historien accepterait-il aujourd'hui l'une ou l'autre de ces théories pour le droit romain classique? Il arrive ainsi qu'une opinion survive alors que son fondement est ruiné. Il faut un nouvel examen pour dire si l'on doit la maintenir pour d'autres raisons ou l'écarter. C'est un procès à reviser.

Le premier des arguments par lesquels on justifie la revendication du mari s'appuie sur la théorie des défenses légales

§ 402; Böcking, *Pand.*, 2, § 158, note 6; Schmid, *Handb. d. gem. R.*, 1, p. 36; Dabelow, *Handbuch*, 1, § 512; Wangerow, *Pand.*, § 217, Anm. 3; § 299, Anm. 1; Sintenis, *das prakt. gemein. Civilr.*, 3, p. 39; Maynz, *Cours de droit romain*, 3, § 395; Wächter, *Pand.*, § 237; Van Wetter, *Cours élém. de droit romain*, 2, § 295; Dernburg, *Pand.*, § 334; Arndts, *Pand.*, § 132, § 402; Anm. 2; Accarias, *Précis de droit romain*, 1, § 314; Windscheid, *Pand.*, 3, § 497). C'est que la revendication du mari a été consacrée par les auteurs de traités spéciaux sur la dot ou sur l'inaliénabilité dotale (Czylharz, *das Veräußerungsverbot des fundus dotalis*, *Z. f. C. R. u. P.*, 23, p. 430 ss.; *Dotatrecht*, 1870, p. 205; Bechmann, *Dotatrecht*, 2, p. 459; Demangeat, *Condition du fonds dotal*, p. 385; cf. les thèses : Regnault, *Inaliénabilité dotale*, Paris, 1894, p. 50; Genet, *Restitution de la dot*, Paris, 1895, p. 99; Plichon, *Evolution des droits du mari*, Paris, 1895, p. 77) et par ceux qui ont traité des défenses légales d'aliéner (Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, p. 183; Pagenstecher, *Röm. Lehre vom Eigentum*, 1857, 1, p. 71; Holzschuher, 2, § 105; Schröder, *Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten*, Heidelb., 1875, p. 4, p. 26; Randa, *Eigentumsrecht*, Leipzig, 1884, § 8; Oelschläger, *Die Vindikation gegen ein gesetzl. Verbot*, Götting. Dissert., 1892, p. 23; Wurzel, *die Rechtswirkungen der Zuwiderhandlung*, Erlang. Dissert. 1901, p. 46; Curtius, *die Rechtsfolgen gesetzlicher Veräußerungsverbote*, Leipz. Diss., 1902, p. 35). C'est ainsi que l'opinion s'est fixée et les historiens modernes l'ont jusqu'ici acceptée. Par exemple : P. Gide, du caractère de la dot en droit romain, p. 533 de son livre sur la *Condition privée de la femme*; Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 972. M. Cuq ne se prononce pas (Cuq, *Manuel des Inst. jur.*, 1917, p. 180), mais son système semble exclure sinon la revendication du mari, du moins son exercice pendant le mariage.

d'aliéner. Dans sa forme la plus ancienne et la plus simple, elle consiste à dire que le mari n'a pas à tenir compte de son fait, de l'aliénation qu'il a accomplie, quia non processit de jure¹. Ou encore, d'une façon plus précise, on dit que la loi Julia est une lex perfecta². Par conséquent, l'acte juridique accompli malgré sa défense ne produit pas d'effet. Le mari reste propriétaire et peut exercer la revendication.

Cette argumentation est beaucoup trop générale. La distinction entre les leges perfectae, imperfectae, minus quam perfectae est surtout historique. Elle oppose les lois rendues avant la loi Aebutia, qui sont en règle imperfectae, minus quam perfectae, aux lois rendues après qui sont toutes des leges perfectae³.

La loi Julia est-elle une lex perfecta? Les auteurs qui ont dressé la liste des leges perfectae⁴ la laissent de côté, bien qu'ils y fassent figurer les lois Aelia Sentia et Fufia Caninia plus récentes. Notre division s'applique aux lois prohibitives, relatives aux actes juridiques et exclusivement au droit privé⁵. Mais si l'on s'en tient au début de la constitution de Théodose, elle ne viserait que les actes juridiques productifs d'obligations, contrats, conventions, pactes⁶. Laisserait-elle en dehors les lois défendant une aliénation, un transfert de droit réel?

Mais admettons que la loi Julia entre dans cette catégorie et qu'elle soit une lex perfecta. C'est, en effet, une loi quae vetat

¹ Azo, *Summa Aurea*, ad lib. 5, tit. 3, § 12 : Alciat, Comm. in tit. Dd. de jurejurando, ch. cum contingat, § 8.

² Lauterbach, *Dissertatio de fundo dotali*, n° 76, § 36, et la bibliographie citée. — Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 107. — Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 428. — Bechmann, *Dotatrecht*, 2, p. 461, n. 1 in fine. — Wurzel, *die Rechtswirkungen*, p. 19.

³ Senn, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, Paris, 1902, p. 4.

⁴ Krueger, *Sources*, p. 25, n. 3. — Senn, *loc. cit. passim*. — Girard, *Manuel*, 6^e éd., p. 952, n. 4. — Mitteis, *Privatrecht*, 1, p. 246 ss.

⁵ Senn, p. 2.

⁶ Cod., 1, 14, 5 : « Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. »

et rescindit. Quelles conclusions devons-nous en tirer? Nous savons par la définition du texte d'Ulpien, fondamental en la matière, ce que c'est que la *lex minus quam perfecta*¹. C'est la loi qui menace d'une peine l'auteur de l'acte illégal sans déclarer cet acte nul. La *lex imperfecta* est celle qui ne déclare pas nul l'acte fait en violation de la loi et ne punit pas l'auteur de cet acte mais qui, sans doute, permet à la victime d'exiger la réparation du préjudice². Sous la procédure des Actions de la loi, il fallait donc exécuter d'abord et l'on pouvait ensuite, par l'action née de la loi, répéter ce qu'on avait payé ou un multiple. Sous la procédure formulaire, l'exception permet au défendeur de repousser la demande et de ne plus avoir à exécuter avant de répéter. Ainsi l'acte défendu par une loi imparfaite évolue dans le sens de la nullité, d'une nullité invoquée *exceptionis ope*. Avec l'effacement de la procédure formulaire devant la *cognitio extra ordinem*, la distinction des actions et des exceptions perd de son importance pratique. « Aussi Théodose ne fait que préciser l'état du droit alors existant et rompre avec le souvenir d'une ancienne évolution lorsqu'en 439, il déclare frapper de nullité tous les actes contraires aux prescriptions de la loi³. » Toutes les lois deviennent des *leges perfectae*.

La notion de la *lex perfecta* se dégage a contrario de celle des *leges imperfectae* et *minus quam perfectae*. C'est celle qui défend un acte à peine de nullité, *quae vetat et rescindit*⁴. La

¹ Ulpien, *Regul.*, 1. Le début est restitué : [Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est..... Imperfecta lex est quae fieri aliquid vetat, nec tamen si factum sit rescindit : qualis est lex Cincia, quae plus quam..... donare] prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit. 2. Minus quam perfecta est lex, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit : qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortis causa prohibet capere, praeter exceptas personas et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit.

² Senn, p. 2, 16.

³ Senn, p. 128. Cod., 1, 14, 5.

⁴ Senn, p. 104.

nullité intervient ipso jure. Le préteur ne se contentera pas d'insérer une exception dans la formule, mais refusera l'action contre le bénéficiaire de la loi. L'acte ne produira aucun effet, il est inexistant à l'égard de celui-ci quia non procedit de jure.

Mais les bénéficiaires sont-ils nécessairement tous les intéressés? L'acte est-il nécessairement sans effet à l'égard de tous? Nous répondrons qu'il ne suffit pas pour l'affirmer d'invoquer le caractère de *lex perfecta* de la loi Julia. Car si le texte mutilé d'Ulpien, ni aucun autre, ne donnent la définition de la *lex perfecta*, à plus forte raison ne trouverons-nous rien dans les sources qui répondent d'une façon directe à notre difficulté.

C'est pour cela que des auteurs du début du XIX^e siècle ont essayé de résoudre le problème en l'élargissant et en réunissant dans une même étude toutes les défenses légales d'aliéner. Des lois ont défendu au propriétaire non seulement d'aliéner le fonds dotal et le fonds de la donation *propter nuptias*, mais les choses litigieuses¹, les choses grevées d'un legs², les choses du pécule adventice que le fils ne peut aliéner sans le consentement du père³. D'autres ont défendu au tuteur d'aliéner les biens du pupille sans un décret de l'autorité⁴, aux administrateurs les biens immobiliers des églises et des fondations pieuses⁵, au père les *bona adventicia*, au parent remarié les choses faisant partie des gains nuptiaux⁶. On a prétendu reconnaître comme règle générale le droit pour l'aliénateur de faire valoir la nullité,

¹ Cod., 8, 36, 5, et loi 3 eod. ; Nov. 112, ch. 1. — Windscheid, *Pand.* 1, § 125, n. 3. — Girard, *Manuel*, 291, n. 4.

² Cod., 6, 43, 3, § 2. — Windscheid, 3, § 648.

³ Cod., 6, 60, 1, 2. — Cod., 6, 61, 4 ; 6, § 2 ; 8, § 5.

⁴ Créée par l'Oratio Severi, étendue par la jurisprudence et la législation impériale, D., 27, 9, *de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis* ; — Cod., 5, 71, *de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis* ; Cod., 5, 72-74. — Cf. Windscheid, 3, § 441.

⁵ Nov. 7, Nov. 120.

⁶ Nov. 2, ch. 2 ; Nov. 22, ch. 26. Sauf pour les biens du pupille, ces défenses d'aliéner sont des créations du droit de Justinien.

d'attaquer l'acte d'aliénation accompli par lui¹. Mais cette règle générale a été niée avec raison². Elle n'est formulée nulle part. Dans chaque cas particulier, elle est l'objet de la même controverse que pour le fonds dotal. Elle est plus que douteuse pour l'aliénation des *res litigiosae*³. Elle est certainement fautive pour l'aliénation du *lucrum nuptiale*⁴ et de la donation *propter nuptias*. Comment tirer une règle générale certaine de l'addition de cas controversés? Si nous voulons rester sur un terrain purement scientifique, il faut examiner séparément chacune de ces lois, en rechercher les motifs, en déterminer le but non pas par des considérations générales, mais par ce que nous en disent les textes. La règle générale, s'il y en a une, ne pourra être posée qu'après cet examen. Elle en sera la résultante, non la base.

La théorie des défenses légales d'aliéner est donc insuffisante. Mais les partisans de la revendication du mari la fortifient et la complètent à l'aide d'une autre théorie générale, la théorie des nullités. C'est celle-ci, exprimée ou sous-entendue, qui forme la base des conclusions de tous les auteurs modernes, aussi bien de ceux qui admettent la revendication du mari que de ceux, plus rares, qui essaient de la combattre.

Cette théorie, que notre Code civil français a admise d'après une distinction traditionnelle déjà dans notre ancien droit⁵, a

¹ Windscheid, I, § 172 a, n. 2, et la bibliographie. Cf. Dernburg, *Pandekt.*, I, § 217. — Wurzel, *Rechtsw.*, p. 45.

² Bekker, *System des h. Pandektenrechts*, I, § 79, Beilage I. C. — Wächter, *Pand.*, II, § 120. — Cf. F. Mommsen, *Beiträge*, I, p. 25 ss. — Lauk, *Z. f. C. R. u. P.*, 5, p. 8.

³ Brandis, p. 131. — Francke, *Comm. zu Pand.*, tit. de H. P., p. 51. — Wächter, *Pandekten*, I, § 110, Beil. A. III, p. 559, et II, § 120. Le plaignant n'a que le droit d'attaquer l'aliénation valable en soi. Cod., 8, 36, 5, § 1. — Cf. Curtius, *Rechtsfolgen*, p. 13, p. 38. — En ce sens, Windscheid, I, § 125 : « L'aliénation faite malgré la défense n'est pas nulle, d'après l'opinion qui est exacte, mais sans effet quant au procès. Celui-ci peut être continué comme si elle n'avait pas eu lieu. »

⁴ Nov. 2, ch. 2; Nov. 22, ch. 26.

⁵ Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, I, p. 75.

été développée pour le droit romain actuel par les pandectistes allemands du XIX^e siècle¹. L'exposé qui a fait autorité est celui de Savigny². Comme le dit justement M. Planiol³, c'est une des théories les plus obscures et les plus flottantes qu'il y ait dans le droit. C'est une abstraction que chacun construit avec sa logique et qui, en passant de mains en mains, est devenue de plus en plus discutée, de plus en plus difficile à ramener à l'unité⁴.

Cependant, on est généralement d'accord sur les points suivants. L'acte juridique non valable peut être entaché soit de nullité proprement dite, soit d'annulabilité. Et l'on prétend exprimer le même rapport en parlant de nullité absolue et de nullité relative, enserrer toutes les nullités dans ce dilemme, ou bien nullité relative ou bien nullité absolue. Je laisse de côté l'inexistence considérée comme distincte de la nullité absolue, car cette sous-distinction est sans intérêt pour nous.

La nullité absolue⁵ est celle qui se produit de plein droit, l'acte entaché de nullité absolue est nul ipso jure et ab initio. Il ne vient pas à existence, et par suite cette nullité peut être invoquée par tout intéressé. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point⁶ et le considèrent comme la résultante nécessaire du principe posé. C'est à cause de cet effet que l'on parle de nullité absolue opposée à nullité relative.

La notion d'annulabilité ou de nullité relative est moins nette. Pour Savigny, par qui l'expression (*Anfechtbarkeit*) a été con-

¹ Voir la bibliographie ancienne dans Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 121, et moderne, Arndts, *Pand.*, § 79; Windscheid, *Pand.*, I, § 82.

Savigny, *System*, 4, § 202, p. 536 ss.

³ Planiol, *Droit civil*, I, p. 124.

⁴ Gradenwitz, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1887, p. 4; — Mitteis, *Jahrb. f. Dogmatik*, 28, p. 85.

⁵ Par exemple avec Windscheid, cit.; Arndts, I, § 79; Wächter, *Pand.*, I, § 84, et les autres pandectistes. — Cf. Planiol, I, p. 125; Colin et Capitant, I, p. 74, 75.

⁶ Seul peut-être Schlossmann, *Zur Lehre vom Zwang*, p. 18-22, soulève quelques doutes.

sacrée, l'annulabilité, c'est ce qui s'oppose à la nullité. On a essayé par la suite de lui donner une valeur plus positive. Windscheid enseigne que, sous cette conception, on trouve deux sortes très différentes d'annulabilité. L'acte juridique annulable a une valeur de droit, mais n'atteindra pas son but. Ou bien cette valeur de droit est sans force et ses effets seront arrêtés par l'exception, ou bien cette valeur produira ses effets, mais on pourra réclamer leur annulation avec, dans le deuxième cas, d'autres sous-distinctions. Quelle que soit la façon dont on précise cette notion, on en déduit que seules certaines personnes déterminées pourront l'invoquer. Ce sont celles en faveur de qui ce moyen de droit a été créé. De là son nom de nullité relative.

Je ne crois pas qu'il y ait aujourd'hui, je ne dis pas des pandectistes, des commentateurs de droit actuel, mais des historiens du droit romain qui soutiendraient que cette théorie, dans sa rigueur, est romaine. Elle a pu être formée à l'aide de matériaux romains¹. Elle n'est pas romaine. Le mot même est inconnu, nullitas n'est pas dans les sources, à plus forte raison l'opposition de nullité absolue et relative. C'est une abstraction logique, œuvre des modernes. Son incertitude, ses obscurités, les distinctions et sous-distinctions qu'on est obligé d'y introduire prouvent l'impossibilité de réunir sous une conception unique les divers moyens de droit qui invalident un acte juridique. Le droit ancien, le droit nouveau, le droit civil, le droit prétorien les ont créés par un développement indépendant en une série de cas particuliers, chacun sans avoir égard aux autres et sans avoir été guidés par une règle générale commune.

La théorie des nullités a été construite principalement en fonction des actes juridiques productifs d'obligations. Les auteurs l'étendent sans difficulté aux transferts de droits réels, par conséquent aux défenses d'aliéner. Elle est déjà insuffisante

¹ Cug, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 1917, p. 125; Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Paris, 1909.

pour rendre compte du développement historique réel des premiers. Il est peut-être encore plus malaisé d'y faire entrer les seconds. La question préliminaire aurait dû se poser de savoir dans quelle mesure elle pouvait s'y appliquer¹.

Pour nous en tenir aux transferts de droits réels qui seuls nous intéressent en ce moment, le vice le plus apparent de cette théorie, et cela non seulement sur le terrain historique, mais dans le domaine de la logique, a été de vouloir établir une corrélation nécessaire entre cette division abstraite de nullité et d'annulabilité, de nullité absolue et relative et la division qui, elle, est romaine et historique, entre ce qui n'existe pas ipso jure et ce qui peut être paralysé par l'exception². Ne peut-on pas concevoir un acte, nul ipso jure, parce qu'il est défendu par une loi formelle, mais qui pourtant ne sera sans effet qu'à l'égard de certaines personnes, celles en faveur de qui la loi a été portée? Brandis s'est élevé contre cette conception et a contesté, en employant la terminologie usuelle, qu'une nullité proprement dite, distincte de l'annulabilité (c'est-à-dire une nullité ipso jure), puisse être soit relative, soit absolue³, suivant qu'elle dépend ou non de la volonté de certaines personnes. Et Windscheid de dire que si l'on comprend sous le nom de nullité relative une nullité qui existe pour les uns, qui n'existe pas pour les autres, c'est une conception absurde en soi⁴.

Laissons de côté ces termes dont le contenu est ambigu. Peut-être Hamlet nierait-il que quelque chose puisse être et n'être pas. Mais l'acte juridique est une conception idéale, une création du droit et non pas un être physique. C'est la loi qui détermine la manière dont le droit de propriété passe d'une tête

¹ Mitteis, *Jahrb. f. Dogmatik*, 28, p. 89, fait remarquer l'impossibilité de réunir dans un système unique les actes juridiques de toute nature, réels et obligatoires.

² Gradenwitz, *Ungültigkeit oblig. Rechtsg.*, p. 4.

³ Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 121.

⁴ Windscheid, 1, § 82, n. 8, et les auteurs cités qui adoptent l'opinion de Brandis.

sur une autre. C'est la loi qui a décidé que le transfert de la propriété régulièrement opéré par quelqu'un qui a les pouvoirs nécessaires dépouille l'ancien titulaire et investit le nouveau et que sur cette nouvelle tête ce droit est opposable à tous. Mais ce transfert peut léser les intérêts et les droits de certaines personnes à qui régulièrement il est opposable. La loi ne peut-elle pas décider que l'acte juridique sera sans effet à l'égard de ces personnes et dans les limites de leur droit, et parler ainsi très exactement d'une restriction apportée au pouvoir général d'aliéner du titulaire du droit? La défense d'aliéner est sanctionnée par une nullité, nullité de jure parce qu'elle est prononcée par la loi, nullité radicale parce qu'elle rend l'acte sans effet, mais nullité qui n'est pas absolue parce qu'elle ne peut être invoquée que par certaines personnes, celles en faveur de qui la défense a été portée et parce qu'elle ne peut être invoquée que dans la limite de leur droit¹.

Suffira-t-il de dire que cette notion, qui inspire la Nouvelle 61, porte la marque de la subtilité byzantine pour l'écarter du droit classique? N'y est-elle pas plutôt courante? Je ne parlerai pas du droit hypothécaire où cependant les rapports entre le propriétaire et les différents titulaires de droits réels d'hypothèque sont organisés sous l'empire d'une conception tout à fait analogue. Je citerai, au contraire, une institution très ancienne, très romaine et très voisine de la propriété, la possession. Le possesseur dont la possession est entachée d'un vice de violence, de clandestinité ou de précarité a les interdits possessoires contre tous, sauf contre celui à l'égard de qui sa possession est viciée. Voilà donc quelqu'un qui est possesseur et qui ne l'est pas. Il a une possession garantie, mais qu'une autre personne a le droit de tenir pour non avenue. Et pourtant

¹ N'est-ce pas la conception même de Windscheid, 1, § 125, pour la défense d'aliéner les choses litigieuses (voir plus haut, p. 40, n. 3) et la conception de la Nouvelle 2, ch. 2, et 22, ch. 26, pour le *lucrum nuptiale*.

la possession est considérée comme un état de fait, c'est-à-dire comme un état dans lequel cette notion de relativité devrait être encore plus difficile à introduire que dans un état de droit comme la propriété.

Ces raisonnements ne sont pas faits pour établir que le mari n'a pas la revendication du fonds dotal. Mais ils tendent à montrer que la théorie des nullités est impuissante à prouver qu'il l'a. En fait elle n'est pas romaine, en logique elle n'est pas nécessaire. Nous répéterons donc ici ce que nous avons dit plus haut à propos de la soi-disant théorie des défenses légales. On ne peut se fonder ni sur l'une ni sur l'autre pour déterminer la portée de la défense d'aliéner de la loi Julia. Il faut examiner les données du problème, abstraction faite de ces deux théories qui ne peuvent servir qu'à en fausser les résultats.

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que l'acte d'aliénation proprement dit, l'acte qui opère le transfert de la propriété du fonds dotal. Mais cet acte est régulièrement précédé et préparé par un autre en vertu duquel le mari s'oblige à aliéner. Comme ils suivent chacun des règles différentes, il est nécessaire de les examiner à part. Bon nombre d'auteurs, surtout parmi les plus anciens, qui admettent la nullité du transfert même en ce qui concerne le mari admettent pourtant la validité de l'obligation¹. Les auteurs modernes, au contraire, continuent et fortifient leur démonstration de la nullité absolue de l'aliénation en

¹ C'est l'opinion qui domine parmi les glossateurs et qui invoque l'autorité d'Irnerius (glose ad Dig., 46, 1, 46, *Cum lex*). L'obligation nulle en ce qui concerne la femme est valable en ce qui concerne le mari. — Bartole, ad Dig., 41, 3, 42, *Cum vir*; D., 46, 1, 46, *Cum lex*; Super Auth. Coll. V, *Ut immobilia*, § 7; — Baldus Novellus, *de dote Tractatus*, p. 103; — Joannes Campezius, *cod. loc.*, p. 427; — Ritterhusius, *Novell. Expositio*, p. 270; — Wesenbec, *Comm. in Pand.*, lit. 23, v. *de fundo dotali*, in fine. — Parmi les modernes: Pagenstecher, *die r. Lehre*, p. 71; — Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 193, n. 3; — Wangerow, *Pand.*, § 299, p. 549; — Bekker, *Syst. d. h. Pand.*, 1, § 79, Beil. 1, B; — F. Mommsen, *Beiträge*, 1, p. 26; — Wurzel, *Rechtw.*, p. 31; — Windscheid, 1, § 172 a, n. 2, in fine.

cherchant la preuve de la nullité de l'obligation¹. Ils sont d'ailleurs loin d'être d'accord sur les effets de cette nullité.

Il leur est doublement utile d'apporter cette preuve. L'aliénation peut être nulle et l'obligation valable. Mais la réciproque n'est pas vraie. Si l'obligation est nulle même à l'égard du mari, à plus forte raison l'aliénation le sera-t-elle, et la preuve de la première nullité est une preuve de la seconde. En outre, il ne suffit pas de dire que le mari reste propriétaire pour assurer le succès de sa revendication. On a de tout temps objecté que le mari revendiquant sera arrêté par des exceptions.

La première et la plus ancienne de ces objections se fonde sur cette règle générale énoncée au Digeste² que nul ne peut attaquer son propre fait. On serre de plus près la question en disant que le mari sera arrêté dans sa revendication par l'exceptio rei venditae et traditae ou par une exception de dol³.

¹ Alciat, *Observat.*, c. cum contingat; — Pratejus, de fundo dotali, p. 523; — Pour les modernes : Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 429; *Dotalrecht*, p. 205; — Bechmann, 2, p. 457; — Demangeat, *Fonds dotal*, p. 377; — Schröder, *Zur Lehre v. d. gesetz. Veräußerungsverboten*, p. 20 ss; — Kohler, *Kritische Vierteljahr.*, 19, p. 144; — Fitting, *Archiv f. C. R.*, 51, p. 269; — Randa, *das Eigentumsrecht*, 1, p. 191, t. 23; — Dernburg, *Pand.*, 1, 217; — Regnault, *Inaliénabilité*, p. 50-53; — Curtius, *Rechtsfolgen*, p. 26.

² Dig., 50, 17, 155 : « Factum cuique suum, non adversario nocere debet. » Cf. D., 1, 7, 25. Cette opinion est soutenue dans la glose au Digeste 41, 3, 42 et 1, 7, 25. On y répond que le mari ne sera pas arrêté quand il revendique, non suo nomine sed nomine uxoris (Dig. 46, 1, 46). Cf. Bartole, *Super Auth.*, Collat. V, *Ut immobilia*, § 8; — Baldus Novellus, *Tractatus de dotibus*, p. 103; — Campezius, *de dote*, p. 427. — Elle est encore adoptée, entre autres par Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. 6, tit. 1, § 19; Hellfeld et Glück, *Pand.*, 25, 402; — Veber, *Lehre v. d. natürl. Verbindlichkeit*, p. 351; — Thibaut, *Pand.*, § 448, n. 4; — Seuffert, *Pand.*, 124, n. 3; — Lauk, *Z. f. C. R. u. P.*, 5, p. 9.

³ D., 21, 2, 17 : « Vindicantem venditorem rem quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri nemini dubium est, quamvis alio jure dominium quaesierit : improbe enim rem a se distractam evincere conatur. » Pour l'exception in factum, rei traditae et venditae ou doli : A. Faber, *Codex Fabrianus*, Lugd., 1661, ad lib. 5, tit. 15, de fundo dotali; — N. Burgundio, *Tr. de Evict.*, c. 8, n. 10, et c. 96, n. 10; — G. Noodt, *Comm. ad Dig.*, lib. 23, tit. 5, de fundo dotali, § Nunc reliqua; — Leyser, *Medit. ad Pand.*, specim. CCCXI, medit 6; — Stryk, *Usus mod. Pand.*, ad lib. 23, tit. 5, § 7; — Hellfeld, *Jur. for.* ad lib. 23, tit. 5, § 1250; — Brinz, *Pand.*, § 134; 3, § 473; — Puchta, *Pand.*, § 417; *Vorles.*, 1, § 145; — Fitting, *A. f. C. P.*, 42, p. 1, 68.

Le mari, qui doit garantir au moins l'acheteur de bonne foi, ne pourra l'évincer.

On écarte l'exceptio rei venditae et traditae et, pense-t-on, d'une manière péremptoire en invoquant la nullité de l'obligation¹. Bechmann fait remarquer à ce sujet que cette nullité est nécessaire, quoique cela ait été souvent méconnu, car on ne voit pas comment on pourrait repousser cette exception fondée sur une obligation valable. On écarte aussi de la même manière l'exception doli generalis fondée sur ce que le mari, en revendiquant, attaque son propre fait. Car, dans les cas où les sources donnent cette exceptio doli, elle sert à faire valoir les droits de l'acquéreur tirés de la validité de l'acte obligatoire². C'est bien l'hypothèse du texte cité plus haut qui accorde l'exceptio doli au cas où le vendeur non-propriétaire voudrait évincer son acquéreur une fois qu'il est devenu propriétaire. Mais peut-être s'abuse-t-on sur la portée de cette nullité. Comme le dit Czylharz³, ces exceptions, surtout la seconde, sont des exceptions in factum, et il faut envisager à leur égard plutôt le fait de la vente que sa valeur légale. Et il est difficile de ne pas estimer contraire à l'équité que quelqu'un attaque sa propre parole, son propre acte, qu'ils soient ou non valables⁴. Cette nullité est, en tout cas, impuissante à écarter l'exceptio doli specialis, quand le mari a trompé l'acquéreur en lui cachant le caractère dotal du bien aliéné.

Aussi est-elle plus sûre, sinon plus exacte, cette opinion traditionnelle suivie encore par la majorité des auteurs qui repoussent toutes ces exceptions en invoquant à nouveau le caractère et le but de la loi Julia. C'est une loi prohibitive parfaite. Elle édicte une défense fondée sur l'intérêt public. C'est une loi

¹ Bechmann, 2, p. 457 et 459; — Czylharz, *Dotalrecht*, p. 204; — Curtius, *Rechtsf.*, p. 35. — Cf. Brinz, *Pand.*, 3, § 473, et Wurzel, *Rechtsw.*, p. 40.

² Wurzel, *Rechtsw.*, p. 44.

³ Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 43, n. 65.

⁴ Brinz, *Pand.*, 3, § 473.

d'ordre public¹. D'autre part, si le mari ne pouvait pas revendiquer, la femme n'aurait pas sa dot, le but de la loi ne serait pas rempli². Le mari a une *justa causa vindicandi*³ et il aura contre les exceptions une *replicatio* tirée de la loi Julia⁴.

Pourtant l'on n'ose pas aller plus loin. Les auteurs qui ont poussé jusqu'au bout l'analyse de ces incidences ne concluent pas à l'irresponsabilité complète du mari. On admet qu'il doit rembourser le prix, que l'acquéreur, au moins l'acquéreur de bonne foi, aura même pour réclamer ce remboursement une exception ou un droit de rétention⁵. Le tiers acquéreur aura une action pour réclamer ce prix, une action dont on ne sait trop décider si c'est une *condictio indebiti, ex injusta causa* ou *sine causa*⁶.

¹ Bartole et Balde attestent que c'est l'opinion commune des glossateurs; Baldus Novellus, *Tract. de dot.*, p. 103: « Nec obstat regula de qua in dicta lege *post mortem* (Dig., 1, 7, 25) (que personne contra factum suum venire potest), quia non habet locum quando prohiberetur a jure alienatio, ratione publicae utilitatis ut ibi notatur per Bart. et alios in d. l. *Cum lex* (Dig., 46, 1, 46). » — Campezius *cit.*; Lauterbach, *Disputatio* 76, § 37, et la bibliographie. Les modernes soutiennent moins nettement cette allégation.

² Köhler, p. 143-145; — Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 193; — Wurzel, p. 47; — Curtius, p. 28.

³ D., 21, 3, 1, § 5: « Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor justam causam habeat, cur rem vindicet; nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem *justa causa vindicanti, replicatio* adversus exceptionem utetur. »

⁴ Czycharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 432; — Böcking, *Pand.*, 2, § 158, Anm. 6; — Baron, *Pand.*, § 334; — Brandis, *cit.*, p. 193; — Wangerow, *Pand.*, § 299, Anm. 1; — Demangeat, *Fonds dotal*, p. 385; — Wurzel, *Rechtsw.*, p. 42.

⁵ L'acquéreur de bonne foi, indépendamment de l'opinion sur la nullité ou sur la validité de l'obligation: Czycharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 435; — Arndts, *Pand.*, § 402, Anm. 2 et 4; — Baron, *Pand.*, § 334; — Brandis, p. 191; — Brinz, *Pand.*, 3, p. 697; — Dernburg, *Pand.*, 3, § 18, n. 11; — Pagenstecher, *Röm. Lehre*, 1, p. 72; — Puchta, *Vorles.*, 1, 145; *Pand.*, § 417, n. 1; — Sintenis, *Pfandr.*, p. 71 ss.; *prakt. Zivilr.*, 3, p. 39, n. 9; — Wangerow, *Pand.*, § 217, Anm. 3; — Oelschläger, *die Vindicatio*, p. 35; — Wurzel, *Rechtsw.*, p. 44.

⁶ A l'acquéreur de bonne foi, Windscheid, 3, § 497, n. 13, même de mauvaise foi: Lauk, *Z. f. C. R. u. P.*, 5, p. 10; — Pagenstecher, p. 71; — Schröder, p. 36; — Köhler, p. 125; — Oelschläger, p. 36; — Pfersche, *Bereicherungsklagen*, p. 106; — Voigt, *Conditionen*, p. 72; — Wangerow, 3, § 628; — Winds-

Ce jeu d'exceptions et de répliques ne nous intéresse que médiocrement. Nous avons vu ce qu'on peut tirer du caractère de *lex perfecta* de la loi Julia. Nous verrons ce qu'il faut penser et de ce caractère de loi d'ordre public et de son but. Pour nous, qui croyons que l'aliénation et l'obligation sont valables à l'égard du mari, ce n'est pas seulement par des exceptions de ce genre qu'on arrêterait une revendication du mari, mais par le jeu normal et régulier du droit commun de la propriété. Il importe seulement de remarquer que cette discussion est créée de toutes pièces par la logique et l'imagination des interprètes modernes. Il n'y en a pas la moindre allusion directe ou indirecte dans aucun de nos textes. On peut encore faire observer que, à force de vouloir protéger l'intérêt de la femme, on finit par le sacrifier. Dans le système dominant le fonds dotal est récupéré par la revendication ouverte au mari seul, la femme n'étant pas propriétaire. Si le mari ne l'a pas exercée pendant le mariage, la femme l'exerce à la dissolution comme revendication fictive ou cédée. Elle devra donc normalement être arrêtée comme le mari et être obligée de rembourser le prix comme le mari aurait dû le faire. Si le mari exerce la revendication avant la fin du mariage, il aura à rembourser le prix, à payer, à l'occasion, des dommages et intérêts. Il diminue ainsi son actif avant que la femme puisse exercer son action en

cheid, 2, § 423; — Arndts, § 435, Anm. 2 b; — Wurzel, p. 59; — Curtius, p. 35 ss. Contra: Brandis, p. 190, n. 2; — Seuffert, *Konkursprozessrecht*, p. 75; — Glück, 16, p. 50. — La question de bonne et de mauvaise foi de l'acquéreur, qui n'est nulle part envisagée dans les textes, est pour nous sans influence sur l'aliénation, parce qu'elle ne touche pas la femme. L'aliénation est valable à l'égard du mari, que le tiers acquéreur connaisse ou non la qualité dotale du fonds. Le mari doit la garantie d'éviction suivant les principes généraux, si le tiers est évincé par la femme, et le fait qu'il a caché la dotalité du fonds pourrait seulement aggraver sa responsabilité. On peut concevoir aussi que le mari ait vendu à un tiers connaissant la dotalité, et il n'est pas très exact de dire que ce tiers est nécessairement de mauvaise foi. Le mari a pu aliéner soit sans garantie, soit au contraire en garantissant qu'il s'efforcera de satisfaire la femme d'une autre façon au cas éventuel où la dot devra être restituée, par exemple, par un *legatum pro dote*.

restitution de dot. Au contraire, pour nous, le mari reste obligé et par suite, l'éviction que la femme fait subir au tiers acquéreur fait jouer l'action en garantie suivant les principes généraux. Mais celle-ci ne s'exercera qu'à la dissolution du mariage en même temps que les actions de la femme et à leur occasion. Or ces actions priment les actions du tiers acquéreur, car elles sont privilégiées. De telle sorte que la garantie de la femme sera le patrimoine non entamé du mari avec en plus le fonds dotal entre les mains du tiers. Ne sera-t-elle pas meilleure?

Ce qu'il nous faut examiner de plus près ce sont les motifs d'après lesquels on décide que l'obligation du mari est nulle. Nous n'avons rien à retenir des motifs généraux. L'allégation la plus ancienne que la défense d'aliéner a fait du fonds dotal une *res extra commercium*¹ n'est ni probante ni soutenable. Les motifs tirés du caractère de la prohibition ont été déjà suffisamment appréciés. Mais on invoque deux textes qui affirmeraient, l'un directement, l'autre indirectement, la nullité de l'obligation.

Nous connaissons le premier². Il y est dit que si le mari a vendu le fonds dotal, *venditio non valet*. En prenant cette phrase dans son sens absolu, en entendant par *venditio* l'acte obligatoire, la vente par opposition à l'aliénation, on en conclut qu'il est crûment affirmé que l'obligation est nulle³.

¹ *Res extra commercium* comme une *res sacra vel religiosa*, dit une glose au Dig., 29, 1, 16; cf. glos. au Cod. 5, 12, 23... Au contraire, la glose au Dig., 46, 1, 46, dit que la *res dotalis* est dans le commerce comme la *res minoris*. D'autres ajoutent qu'elle est *extra commercium* en ce qui concerne la femme, dans le commerce quant au mari. — Bartole ad l., *Cum lex*, D., 46, 1, 46; Super Auth., Collat. V, *Ut immobilia*, § 6; — Impossibilité de la prestation, F. Mommsen, *Beiträge*, 1, p. 21, mais dubitativement; — Schröder, p. 34, 166; — Wurzel, p. 35; — Curtius, p. 26.

² Dig., 41, 3, 42, *Papinianus libro tertio quaestionum*. « Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet. Quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem juris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit. »

³ Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 429.

Mais cette interprétation souffre de telles difficultés qu'elle n'a pas pu être maintenue par les auteurs les plus récents¹. On a cité des textes où *venditio* est synonyme d'*alienatio*², où il est même dit *venditio non valet* pour indiquer que, abstraction faite du côté obligatoire qui est sûrement valable, la vente n'a pas produit ses effets réels³. Dans l'édition du Corpus juris de Mommsen, une note avertit que Krueger soupçonne que *venditio* a été interpolé pour *mancipatio*⁴. Je n'ai pas pu retrouver l'endroit où Krueger soutient cette interpolation et l'on comprendra qu'il m'a été impossible de m'adresser à cet auteur pour lui demander s'il avait développé quelque part ses raisons. Mais on trouve dans le texte même la preuve que c'est bien l'acte de transfert dont les effets sont visés et que l'acte obligatoire est valable. Papinien compare le cas du fonds dotal à celui où c'est une *res furtiva* qui aurait été vendue et dit que la situation est la même, *idem juris est*. Sans doute on ne soutiendra pas qu'il ait entendu dire que la condition de la *res furtiva* aliénée est en tout semblable à la condition du fonds dotal. Ce sont deux situations différentes réglées de façons différentes. L'aliénation de la *res furtiva*, faite par un non-proprétaire, ne pourrait pas, en toute hypothèse, produire les mêmes effets que l'aliénation du fonds dotal, faite par le propriétaire lui-même. La comparaison n'est exacte que dans les limites envisagées par le jurisconsulte. Néanmoins, dans ces limites, cette comparaison suppose la validité de l'obligation. Car la vente de la

¹ Même Schröder, p. 28, qui est partisan de la nullité; — Brinz, *Pand.*, IV, p. 559, n. 11, § 473; — Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 180 ss.; — Wurzel, *Rechtw.*, p. 31 ss.

² Par exemple : Dig., 23, 5, 2; Dig., 31, 88, § 14; Dig., 31, 77, § 27.

³ Dig., 18, 1, 63, pr. : « Cum servo dominus rem vendere certae personae jusserit, si alii vendidisset quam cui jussus erat, venditio non valet; idem juris in libera persona est : cum perfici venditio non potuit in ejus persona, cui dominus venire eam noluit. » Cf. D., 31, 89, § 7; Cod., 4, 51, 3.

⁴ Mommsen, *Corpus juris Civilis*, I, ad D., 41, 3, 42, v° *venditio* « de mancipatione venditionem secuta hoc dixerit Papinianus. Kr. ».

chose volée n'est pas toujours nulle¹. Elle engage en principe l'aliénateur. Comment pourrait-on admettre que la *venditio* nulle ait le sens précis de contrat de vente dans le premier cas, alors qu'on la compare avec un autre cas où ce contrat est valable! Le langage du jurisconsulte serait inconsideré, dit Schröder, s'il n'englobe pas au moins dans ce mot à la fois la vente et l'aliénation². Comment pourrait-on qualifier sa comparaison? De toute façon, l'aliénateur d'une *res furtiva* n'a pas la revendication : est-il très logique d'induire, d'un texte où le mari lui est comparé, la preuve que la revendication est ouverte à ce dernier?

De plus, si nous ne nous contentons pas d'isoler le mot *venditio*, mais si nous examinons le texte lui-même et sa place au Digeste³, nous sommes amené à en limiter le sens. Il est au titre de l'usucapion au milieu de fragments qui déterminent des faits de possession conduisant ou non à l'usucapion. Si on le rapporte au même ordre d'idées on devra entendre que la *venditio* ou, si l'on veut, la *mancipatio*, qui suit la vente, n'a pas de valeur comme fondement d'usucapion. De fait, c'est ainsi qu'il s'explique le mieux. Quand il s'agit d'une *res furtiva*, la *mancipatio* ne pourrait être envisagée que pour fonder l'usucapion contre le titre du propriétaire. Si la comparaison n'est pas boiteuse, le mari doit être mis hors de cause et c'est contre le droit de la femme qu'il est dit que *venditio non valet*. En outre, la question principale, la question tranchée n'est pas là. Quand le mari gagne la dot, quand l'aliénateur de la *res furtiva* devient héritier du propriétaire, ils pourraient prétendre exer-

¹ Dig., 18, 1, 34, § 3. « Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur : si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet : quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit. »

² Schröder, cit.

³ Il n'y a rien à tirer, semble-t-il, de la place primitive de ce fragment dans l'œuvre de Papinien, telle qu'elle est connue aujourd'hui de nous. Lenel, *Palin-genesie*, 1, p. 818.

cer les droits de leur auteur. C'est ce que Papinien repousse en disant que dans ce cas la vente est confirmée. Il rappelle le principe certain, pour en écarter une fausse conséquence possible. Dans cette limite la comparaison est pleinement exacte. Ce sens relatif donne aussi sa véritable signification à l'incidente de la première phrase, *scienti vel ignoranti rem dotis esse*. Le jurisconsulte rappelle ce fait notable qu'ici la bonne ou la mauvaise foi accompagnant la prise de possession ne change pas le droit et que l'usucapion n'est pas plus fondée dans un cas que dans l'autre. Cette interprétation a été soutenue par Savigny et souvent admise après lui¹. Les auteurs récents, même Czylharz², ont été assez ébranlés pour juger que la preuve de la nullité ne serait pas apportée si un second texte ne venait pas à l'appui.

Dans ce nouveau texte, on ne trouve pas d'affirmation directe, mais on prétend qu'il implique nécessairement la nullité de l'obligation. Voici le cas. Le mari a vendu le fonds dotal malgré la loi Julia. Puis il a fait un legs à sa femme et, en outre, il a grevé l'acquéreur, par un fidéicommiss, de l'obligation de payer le prix à celle-ci. Il était certain, constabat, que le fidéicommiss n'était pas valable. Cependant, pour le cas où la femme attaquerait la vente après avoir accepté le legs, le jurisconsulte a été d'avis qu'on pourra l'écarter par l'exceptio doli en lui offrant le prix³.

Suivant le procédé assez arbitraire employé déjà pour le fragment précédent, on isole un mot, un membre de phrase pour l'interpréter à sa guise. Ici on fait porter l'intérêt sur la phrase

¹ Savigny, *System*, 4, p. 559, n. bb.; — Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, 193, n. 3; — Fitting, *Archiv f. c. Praxis*, 42, p. 152; — Bechmann lui-même, 2, p. 458, n. 1; — Wurzel, *Rechtsw.*, p. 52.

² *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 429; Regnault, *Inaliénabilité*, p. 54.

³ Dig., 31, 77. *Idem* [Papinianus] *libro octavo responsorum*. § 5 : « Qui dotale praedium contra legem Juliam vendidit, uxori legatum dedit et emptoris fideicommissit, ut amplius ei pretium restituat. Emptorem fideicommissi non teneri constabat; si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio doli placuit exceptione summoveri. »

où il est dit qu'il était constant que l'acquéreur n'était pas tenu du fidéicommiss. Or, depuis une constitution d'Antonin le Pieux, on peut valablement charger son débiteur d'un fidéicommiss¹. Donc, conclut-on, si ce fidéicommiss est nul, c'est que l'acquéreur du fonds dotal n'est pas débiteur, c'est que l'obligation est nulle².

Papinien a-t-il posé en principe que tous les fidéicommiss imposés aux acquéreurs de fonds dotaux sont nuls de droit? Il y a place, croyons-nous, pour une interprétation différente et plus naturelle. Car la première est déduite du texte, mais elle n'y est pas. Ce fragment de Papinien fait partie du livre 8 de ses réponses. Il expose donc une difficulté soulevée par la pratique. On reconnaîtra sans peine que la première partie du texte est l'exposé abrégé de cette difficulté, telle qu'elle s'est présentée. Elle résulte de ce que, un mari ayant fait un legs à sa femme et imposé à l'acquéreur du fonds dotal un fidéicommiss, ce fidéicommiss n'était pas valable. Voilà le fait. La raison pour laquelle ce fidéicommiss n'est pas valable est sans intérêt pour la suite de la décision. Aussi le jurisconsulte ne le dit pas.

Il est même certain que la nullité du fidéicommiss ne peut pas provenir de la nullité de l'obligation. Il est dit plus loin que la femme a accepté le legs. Mais alors l'édit de alterutro s'applique au moins au temps de Papinien³. Il n'a été abrogé que sous Justinien⁴. De par cet édit, la femme aura à choisir entre le legs fait par son mari et l'action dotale⁵. Si elle choisit le legs,

¹ Dig., 30, 77; Dig., 32, 37, § 3.

² Cujas, in lib. 8 Respons. Papin., ad § *qui dotale*; Naples, t. 4, p. 1147 et ss.; — Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 449; *Dotatrecht*, p. 207, n. 7; — Demangeat, *Fonds dotal*, p. 386; — Regnault, *Inaliénabilité*, p. 54.

³ Bechmann, *Dotatrecht*, 2, p. 461, a vu cette difficulté; aussi propose-t-il une explication divergente assez peu claire qui suppose à sa base que l'édit de alterutro ne s'appliquera pas, parce que le mari en a exprimé la volonté en voulant que la femme, outre le legs, reçoive sa dot.

⁴ Cod., 5, 13, § 3. « Sciendum itaque est edictum praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare. » Cod. Th., 4, 4, 7, pr.

⁵ Esmein, *Mélanges*, p. 56; — Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 976 et n. 4.

elle perd son action. La dot reste au mari et l'aliénation est confirmée. Même les partisans de la nullité absolue, pour qui cette confirmation est une source nouvelle de difficultés, admettent que l'obligation devient valable. L'acquéreur devient donc débiteur du prix et la cause de la nullité du fidéicommiss disparaîtrait. Pourtant il est certain, constat, que le fidéicommiss est toujours nul malgré l'acceptation. Il faut donc qu'il le soit pour une autre raison que le jurisconsulte ne donne pas et que nous ne pouvons connaître¹.

Le mari a fait le legs et la femme l'a accepté dans la pensée que le legs et le fidéicommiss serviront d'équivalent à sa dot. Si cet espoir est déçu par la nullité du fidéicommiss, la femme recouvrera son action de dot et attaquera l'aliénation. Cette hypothèse est prévue dans un cas très voisin de celui-ci. Le mari, dit Ulpian, a institué sa femme héritière et a légué la dot à un tiers. Si, une fois les legs payés, la femme trouve dans l'hérédité l'équivalent de sa dot, le legs est valable. Si elle trouve moins, on se demande s'il est nul et si elle peut en réclamer, sinon tout, du moins une partie. Scaevola dit que s'il ne manque qu'une partie de la dot, la femme ne doit garder du legs que ce qui manque de la dot². D'une façon ou de l'autre, elle doit être remplie de sa dot.

¹ Cujas, in tit. 1 de leg., lib. 31, Dig., ad § *qui dotale*, Naples, 7, p. 1242 ss., propose une explication de ce paragraphe différente de celle citée plus haut (p. 54, n. 2) et qui, s'il avait connu l'édit de alterutro, aurait été la nôtre. Le mari a vendu le fonds dotal et a légué à sa femme une somme qui n'atteint pas la valeur du fonds, puis il donne fidéicommiss à l'acquéreur de fournir le surplus, *amplius pretium*, c'est-à-dire ce qui manque au legs pour atteindre la valeur de la dot. Cujas suppose que le fidéicommiss est nul parce que l'acquéreur n'a rien reçu dans le testament et parce que, ayant déjà payé le prix, il n'est plus débiteur. C'est, en effet, une hypothèse, mais ce n'est qu'une hypothèse. Il dit que, l'aliénation étant nulle de par la loi Julia, la femme peut revendiquer. Si elle refuse le legs, elle revendique sans difficulté; si elle accepte, la revendication lui compète aussi de plein droit. C'est ici qu'il méconnaît l'édit de alterutro. Elle est repoussée par une exception de dol si l'acheteur lui offre le surplus du fonds, c'est-à-dire ce qui manque au legs pour atteindre la valeur du fonds. Car celle qui a accepté le legs doit suivre la volonté du défunt.

² Dig., 23, 5, 13, *Ulpianus, libro quinto de adulteriis*, § 4: « Si uxore herede

Mais le tiers acquéreur offre le prix et marque ainsi son désir de se conformer aux intentions du mari et de la femme. Le fidéicommiss est toujours nul et la revendication de la femme valable. Elle pourrait vouloir l'exercer. Le droit reste entier. Mais c'est une situation éminemment propre à des tempéraments d'équité. Le jurisconsulte décide qu'il sera porté secours à l'acquéreur par l'exception de dol qui écartera l'action de la femme.

Cette interprétation, qui est la plus simple, résout le mieux les difficultés soulevées. Il convient de remarquer que le mari a vendu le fonds dotal et n'a pas revendiqué. Que le tiers l'a acheté, sachant qu'il était dotal, qu'ils ont tous deux conclu le fidéicommiss, que la femme a accepté le legs croyant que le fidéicommiss lui serait payé, que Papinien cherche à protéger le tiers acquéreur en équité. Tout ceci serait bien singulier si cette aliénation avait été à ce point contraire à une loi connue de tous qu'elle aurait été absolument nulle et sans aucun effet.



Après avoir écarté de notre sujet ces considérations générales, nous avons maintenant à examiner dans les sources le but et la portée de la loi Julia.

institutata fundus dotalis fuerit legatus, si quidem deductis legatis mulier quantitatem dotis in hereditatem habitura est, valet legatum, si minus, an non valeat, quaeritur. Scaevola et si non totus, sed vel aliqua pars ex eo vindicari possit, si modo aliqua pars ad dotem supplendam desit, id dumtaxat ex eo remanere apud mulierem ait, quod quantitati dotis deest. » Ce texte est altéré. Après Scaevola, la vulgate ajoute : respondit non valere; sed si totus fundus retinere possit, solidum legatum deberi. Mommsen place Scaevola après possit. C'est le texte de la Florentine. Lenel, *Paltingenesie*, 2, p. 940, se demande si *et se non totus... possit* n'est pas une glose. Bechmann, que ce fragment contrarie dans son système, dit qu'il n'a rien à voir avec la loi Julia (*Dotalrecht*, 2, p. 461). Il est au titre *de fundo dotali*, il est tiré d'un commentaire d'Ulprien sur la loi Julia, il s'explique le mieux du monde avec l'édit de alterutro. En quoi est-on fondé à dire qu'il est étranger à la loi Julia? — Voir diverses interprétations dans : Bachofen, *Ausg. Lehren*, p. 97; — Puchta, *Vorles.*, § 417, n. m.; — Demangeat, *Fonds dotal*, p. 336 ss.

La loi Julia a été édictée dans l'intérêt de la femme et non dans l'intérêt du mari. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point, même les partisans les plus déterminés de la nullité absolue. Et les textes nous permettent de limiter de façon précise quel est l'intérêt de la femme que la loi Julia a voulu protéger. Elle a voulu lui assurer la restitution de sa dot. Nous avons, dit Bechmann, dans cette défense d'aliéner la première et pendant longtemps la seule règle destinée à fournir à l'action dotale une protection inusitée, une faveur singulière¹. La relation entre l'action dotale et la défense d'aliéner nous est affirmée de la façon la plus nette par Paul : « Totiens autem non potest alienari fundus quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est². » Ainsi la défense est subordonnée à l'existence de l'action en restitution de dot. Elle cesse si, pour une raison quelconque, la dot cesse de faire retour à la femme³.

Cette loi a été promulguée pour protéger un intérêt privé, l'intérêt privé de la femme. C'est si bien un intérêt privé qu'elle seule en est juge. Il dépendra de son consentement que l'aliénation soit valable, que la loi ne s'applique pas. On sait que Justinien a décidé le premier que ce consentement n'aurait pas d'effet⁴. Pourtant beaucoup d'auteurs parmi les plus anciens ont soutenu que c'était une loi d'ordre public pour en tirer la conclusion que tout intéressé, donc le mari, peut se prévaloir de la défense portée par elle. Pomponius et Paul parlent, en effet, de l'intérêt public qu'il y a à sauvegarder les dots des femmes pour qu'elles puissent se marier, avoir des enfants et peupler la cité⁵. Bien que ces deux fragments ne soient pas au titre *de fundo dotali*, on peut admettre qu'ils proclament le principe sur lequel la loi Julia est fondée. Ils en donnent les

¹ Bechmann, 2, p. 445.

² Dig., 23, 5, 3, § 1.

³ Windscheid, *Pand.*, 3, § 497.

⁴ Cod., 5, 13, § 15; Inst., 2, 8.

⁵ Dig., 23, 3, 2; *Idem* [Paulus] *libro 60 ad edictum* : « Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt. » — Dig., 24, 3, 1.

mobiles sociaux¹. Comme les lois caducaires, cette loi a pour but de remédier à la crise des naissances et, en conservant sa dot à la femme, elle veut favoriser les remariages. Mais sous une autre forme ces deux fragments ne disent rien de plus que le premier fragment cité de Paul, à savoir qu'il importe de garantir à la femme la restitution de sa dot. C'est toujours l'intérêt de la femme, de la femme uniquement qui est envisagé au moment de la dissolution du mariage et quand elle peut réclamer sa dot.

Voilà l'unique fondement de la loi Julia que nous trouvons dans les sources. Si nous voulons appliquer ce principe de saine critique qui consiste à déterminer les effets d'une loi par son but, nous ne pouvons échapper à cette conclusion que seule la femme pourra se prévaloir de la défense d'aliéner, seulement quand elle exercera son action en restitution de dot et si elle est fondée à l'exercer.

Czylharz objecte² qu'il ne faut pas confondre le but et les effets de la loi. Certes, si un texte positif nous disait quels sont ces effets, nous devrions l'en croire, quelle que soit la façon dont le but est par ailleurs déterminé. Mais ce texte manque pour le droit classique. Nous devons donc tenir le plus grand compte de ceux que nous avons. On peut voir ici, d'une manière particulièrement frappante, comment Czylharz, pour échapper à ce dilemme, est forcé d'invoquer à nouveau la théorie de la nullité et d'affirmer que la nullité de l'aliénation est une nullité absolue.

On objecte aussi que le but de la loi ne serait pas atteint si

Pomponius, libro 15 ad Sabinum : « Dotium causa semper et ubique praecipua est : nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. » Le premier fragment est tiré du commentaire de Paul sur l'édit à l'endroit où il est traité des créanciers privilégiés (Lenel, *Palingenesie*, 1, p. 1078). C'est une preuve de plus que la loi Julia est envisagée comme accordant un privilège à une créance, à l'actio rei uxoriae.

¹ Czylharz, *Dotalrecht*, p. 196 ; — Bechmann, 1, p. 167.

² Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 432 ss.

le mari n'avait pas la revendication. On devrait plutôt admettre qu'il est obligé de l'exercer. Il n'y aurait aucun moyen de reprendre à l'acquéreur le fonds dotal pendant le mariage. Le fonds pourrait passer de mains en mains, être détérioré par une mauvaise administration, et les moyens de preuve de la femme être rendus plus difficiles ou anéantis¹.

C'est une critique à faire au législateur, mais sans valeur pour l'interprète. Il ne s'agit pas de décider comment le droit de la femme serait le mieux garanti, mais comment il l'a été. Un fonds de terre ne disparaît pas si facilement et la femme n'est pas plus garantie contre la mauvaise administration de son mari que contre la mauvaise administration du tiers acquéreur. Si le mari devient insolvable, la femme pourra exercer provisoirement son action en restitution avant la fin du mariage. Nous avons vu qu'en cas d'insolvabilité, il lui sera peut-être plus avantageux d'ajouter de son propre chef à la garantie générale de la fortune du mari la garantie spéciale du fonds aliéné plutôt que d'exercer contre l'acquéreur une revendication qu'elle tiendrait du mari.

Enfin, il est une conception de la dot, générale chez les interprètes du droit romain depuis les glossateurs², qui a servi à justifier le droit de revendication du mari. On peut considérer la dot comme l'apport que la femme fait au mari pour l'aider à subvenir aux charges du mariage. Il doit les supporter comme chef de l'association. La dot, dans cette conception, c'est la partie des biens de la femme mise en commun pour assurer l'entretien du ménage. L'apport symétrique du mari c'est la donation propter nuptias. Dot et donatio propter nuptias forment un bien de famille qu'il importe de conserver à la communauté et aux enfants issus du mariage. L'inaliénabilité du

¹ Particulièrement Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 194 ; — Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 445, n. 98, et en général tous ceux qui accordent la revendication au mari.

² Voir Czylharz, *Dotalrecht* et l'abondante bibliographie citée p. 16, n. 7.

fonds dotal aurait été une mesure prise pour assurer la conservation de ce patrimoine dans sa partie la plus précieuse et le mari pourrait invoquer l'inaliénabilité, non pas dans son propre intérêt, mais comme représentant légal de la communauté. C'est bien là le principe général du régime dotal dans notre droit français.

Il est certain que le but économique de la dot est de constituer l'apport de la femme aux charges du mariage. Mais, comme l'a montré excellemment Bechmann¹, ce n'est pas le fondement juridique, la causa sur laquelle l'institution romaine de la dot a été créée. Car elle aurait été construite autrement. Les jurisconsultes classiques ne l'ont pas ignorée. Bon nombre de textes rapprochent la dot et les onera matrimonii². Mais c'est pour en tirer des motifs d'équité qui leur permettent de donner des solutions particulières qui corrigent les rigueurs du droit ancien. Nous avons affaire à du droit nouveau qui cherche à concilier en équité les principes anciens avec les conceptions nouvelles. Celles-ci se font sentir dans les mœurs et trouvent leur expression dans les conventions matrimoniales³. L'usage de la donation propter nuptias leur fournit un aliment nouveau. Quelles que soient les idées que l'on soutienne par ailleurs sur l'origine et le but de cette institution, on peut la considérer comme l'apport du mari en vue du mariage, nous ne dirons pas des charges, en face de la dot qui est l'apport de

¹ Bechmann, *Dotalrecht*, 1, p. 1 ss. Bechmann a peut-être donné une formule trop absolue, pour le droit classique, à cette idée vraie surtout au point de vue historique. Czyharz repousse la formule (*Dotalrecht*, p. 16), mais il confirme l'idée en montrant comment les conséquences juridiques tirées par les jurisconsultes classiques de cette conception d'équité sont indépendantes de la notion de dot (p. 17, 200 ss., 29). Dans le sens de Bechmann, Gradenwitz, *Mélanges Gerardin*, 1907, p. 283. Contra Karlowa, *Rechtsg.*, 2, p. 193.

² Dig., 23, 3, 7 pr. *Ulpianus libro 31 ad Sabinum* : « Dotis fructus ad maritum pertinere debere aequitas suggerit : cum ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere. » Dig., 23, 3, 76 ; Dig., 49, 17, 16 ; Dig., 23, 3, 56 ; Dig., 17, 2, 65, § 2 ; Dig., 10, 2, 46 ; Dig., 23, 4, 11. Voir la critique de ces textes, Bechmann, 1, p. 22 ss., et Gradenwitz, p. 294.

³ Zachariae, *Gesch. des griec. röm. Rechts*, 2^e édit., p. 85.

la femme. C'est une contre-dot. L'idée d'un bien de famille apparaît¹. Le droit impérial, surtout le droit de Justinien, en tire quelques conséquences légales. Deux constitutions de Théodose I et de Théodose II décident que le père ou la mère remariés devront garder aux enfants du premier lit les gains qui leur auront été attribués sur la dot ou sur la donation propter nuptias². Ces mesures sont reprises, complétées et assurées par Justinien dans une série de constitutions³. Une conséquence directe de cette conception que les biens du ménage doivent être affectés aux charges du mariage a été consacrée par Justinien au cas de déconfiture du mari⁴. La femme réclamera la restitution anticipée de la dot et de la donation propter nuptias, mais elle en est seulement administratrice et devra en appliquer les fruits ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque. Et cette restitution n'est que provisoire. Elle ne préjuge pas du sort ultérieur qui est réservé, à la dissolution du mariage, à la dot et à la donation propter nuptias d'après la loi ou les conventions matrimoniales.

Malgré tout cela, il est certain que l'institution dotale s'est développée en droit ancien d'une manière indépendante. La notion de dot n'a pas été juridiquement créée en relation avec les charges du mariage. Dans le droit ancien, la femme est loco filiae et le mari devient propriétaire de ses biens sans qu'il y ait de droit spécial pour eux. Dans le mariage libre du droit postérieur, les deux époux sont indépendants en biens comme en personne. La femme remet une partie de ses biens au mari

¹ Mitteis, *Reichsrecht*, p. 307.

² Théodose I ; Cod. Théod., 3, 8, 2 (Cod., 5, 9, 3) ; — Théodose II ; Nov. Théod. 14 (Cod., 5, 9, 5) ; de même Théodose II (Cod., 6, 61, 3). Si une fille de famille gagne la d. p. n., celle-ci ne tombe pas à sa mort jure peculii dans le patrimoine de son père, mais jure hereditatis dans le patrimoine des enfants.

³ Cod., 5, 9, 6, § 2 ; 5, 9, 8, § 4 et § 5 ; Nov. 2, ch. 3 ; Nov. 22, ch. 22-26, ch. 30, ch. 46 ; Nov. 68, pr. ; Nov. 97, ch. 1-2 ; Nov. 98, ch. 1-2 ; Nov. 127, ch. 3.

⁴ Cod., 5, 12, 29 ; cf. Nov. 97, ch. 6. La restitution anticipée est déjà prévue par le droit classique (Dig., 23, 3, 2 ; 24, 3, 24).

à titre de dot et le mari en devient en principe propriétaire définitif. On constitue valablement en dot des biens qui ne peuvent pas servir aux charges du mariage, nue propriété, simple promesse¹. La femme, qui pourtant en face du mari garde sa pleine capacité juridique, n'a pendant le mariage aucune action pour contrôler le pouvoir de disposition du mari. Elle n'a aucun moyen de le contraindre à appliquer la dot, capital ou revenus, à l'entretien du ménage. Enfin et surtout, l'action en restitution de dot, qui a donné à l'institution dotale son caractère de droit particulier, n'est en aucune manière issue de cette conception. Si la *causa* juridique de la dot était les charges du mariage, la dot serait sans cause entre les mains du mari à la dissolution de la vie commune. Comme l'ont dit quelques anciens auteurs², l'action *rei uxoriae* aurait le caractère d'une *condictio sine causa*. Or sa structure est inconciliable avec cette doctrine qui se heurte encore au fragment célèbre de Paul³. Paul affirme que la *causa dotis* est perpétuelle et que la dot, en principe, est destinée à rester pour toujours au mari. La restitution de la dot à la fin du mariage est apparue comme un droit exceptionnel et l'action *rei uxoriae* a été fondée sur des idées tout à fait étrangères à cette conception⁴.

Par suite, cette affirmation ne va pas de soi que la loi Julia ait pour but de conserver au ménage un bien affecté aux charges. Elle ne résulte pas nécessairement des principes fondamentaux de l'institution dotale. Elle devrait être soutenue par une énonciation formelle des sources. Est-il besoin de dire que nous ne la trouvons pas? Les sources nous disent ce but. Il

¹ Bechmann, *Dotalrecht*, 1, p. 8, p. 11.

² Bachofen, *Ausg. Lehr.*, 1, p. 89.

³ Dig., 23, 3, 1. « *Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit.* »

⁴ La restitution de la dot a été imposée au mari à titre de peine dans certains cas de dissolution du mariage. Elle a été ensuite étendue. Sur le caractère pénal de l'action *rei uxoriae* : Esmein, *N. R. H.*, 1893, p. 145-171; — Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 969. — Contra Pernice, *Z. S. St.*, 20, 1899, p. 130-131; — Cug, *Manuel*, p. 185, n. 3.

est tout autre. La loi Julia sert de garantie de la restitution de la dot, elle est liée à l'action de dote. Mais celle-ci ne naît pas avant la dissolution du mariage. C'est à ce moment que la défense produira son effet. Il est bien remarquable que la Nouvelle 61, en étendant à la donation *propter nuptias* la défense d'aliéner de la loi Julia, envisage cette seule utilité. Au moment où la conception nouvelle était consacrée par une lente évolution des idées, où le législateur en avait tiré des conséquences légales, nous trouvons le texte le plus net par lequel on peut voir que la défense d'aliéner a uniquement pour but de garantir la femme exerçant ses actions et que le mari ne peut pas l'invoquer.

La défense d'aliéner est sans effet toutes les fois que la femme, à la dissolution du mariage, n'est pas en droit de réclamer sa dot. Cette conséquence, qui résulterait déjà en logique pure du principe posé par Paul¹, est formellement affirmée dans les sources. L'aliénation de l'immeuble dotal est confirmée.

Le langage des jurisconsultes doit être examiné avec soin. Marcianus dit simplement que si la dot reste au mari, le fonds ne peut plus être enlevé à l'acquéreur². Mais Papinien, dans la même hypothèse, dit que l'aliénation est confirmée : « *Quam confirmari convenit* »³. Nous avons déjà étudié ce fragment pour déterminer le sens de l'affirmation qui précède celle-ci : « *Venditio non valet.* » Enfin deux textes sont encore plus nets. Aussi, contre toute vraisemblance, a-t-on contesté qu'ils soient du domaine de la loi Julia. Paul, dans une hypothèse que nous examinons plus loin, dit : « *Certe ex post facto [fundus] vide-*

¹ Dig., 23, 5, 3, § 1 : « *Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est.* »

² Dig., 23, 5, 17 : *Marcianus* (ou plutôt Marcellus) *libro septimo digestorum.* « *Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit : si in matrimonio mulier decesserit et dos lucro marito cessit, fundus emptori avelli non potest.* »

³ Dig., 41, 3, 42.

bitur recte alienatus, illo postea redempto¹. » Nous connaissons le deuxième. Dans le cas de legs par le mari du fonds dotal, legs qui est nul propter legem Juliam², Ulpien dit que valet legatum quand la femme a reçu l'équivalent de sa dot comme héritière du mari³.

Cette confirmation plonge dans un embarras extrême les partisans de la nullité absolue. Il est de la nature de la nullité absolue de n'être pas susceptible de confirmation. C'est une de ses caractéristiques les plus essentielles, au même degré que de pouvoir être invoquée par tout intéressé⁴. Et cette opinion trouve même un certain fondement dans une règle très générale de Paul⁵. Aussi parmi les adeptes modernes de la théorie des nullités, les uns s'inclinent devant les textes et admettent purement et simplement une exception à la règle générale, celle-ci demeurant⁶. Les autres, entraînés par la logique de leur système, se refusent à envisager la possibilité de la confirmation. Ils ont pour eux l'autorité de Cujas. Cujas s'étonne que Papinien parle de la confirmation d'une aliénation nulle dès le début ipso jure⁷. Il explique que cette confirmation n'intervient pas ipso jure, mais par des moyens prétoriens tirés de l'équité, par voie de rétention ou d'exception de dol.

Pour Bechmann et Czylharz, l'aliénation n'est pas confirmée⁸.

¹ Dig., 23, 5, 10.

² Dig., 29, 1, 16 : *Paulus libro 43 ad edictum* : « Dotalium fundum si legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Juliam. »

³ Dig., 23, 5, 13, § 4. « Si uxore herede instituta fundus dotalis fuerit legatus, si quidem deductis legatis mulier quantitatem dotis in hereditatem habitura est, valet legatum. »

⁴ Planiol, *Droit civil*, 1, § 320; — Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, I, p. 75. — Cf. Cuq, *Man. des Inst. jur.*, p. 125.

⁵ Dig., 50, 17, 29. *Paulus libro octavo ad Sabinum* : « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. »

⁶ Savigny, *System*, 4, § 202; — Wächter, *Pand.*, 1, § 84; — Arndts, *Pand.*, § 79; — Demangeat, *Fonds dotal*, p. 389.

⁷ Cujas, *Comm. in libro tertio quaest. Papin.*, Naples, 4, p. 98 (Dig., 41, 3, 42) : « Mirum est alienationem convalescere quae ab initio non valuit ipso jure et tamen ita definit Papinianus in hac lege. »

⁸ Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 428, p. 447; — Bechmann, *Dotalrecht*, 2,

Tout au plus l'acte juridique servant de fondement à l'aliénation devient-il valable, convalescit. L'acquéreur aura, sur le fondement de cet acte obligatoire, une exceptio rei venditae et traditae ou une exceptio in factum.

Le plus grand défaut de cette conception n'est pas seulement de contredire les textes que nous venons de citer. C'est le sort de la logique abstraite, partant d'un principe faux, d'aboutir à des conséquences inacceptables. On pourrait encore les admettre s'il était entendu que le mari ne revendiquerait pas. La situation de l'acquéreur serait simple et ses exceptions ne seraient pas illusoire. Elle devient inconcevable dans l'hypothèse voulue par ces auteurs, si le mari a déjà revendiqué. Quelques-uns accordent une action au moins à l'acquéreur de bonne foi après la confirmation¹. Mais les partisans les plus déterminés de la nullité lui avaient déjà donné une action en dommages et intérêts lors de la revendication du mari. Va-t-on revenir sur une situation réglée souvent depuis des années? On ne voit pas très bien d'ailleurs comment cette action pourrait être construite conformément aux principes de la procédure formulaire. Mais les plus logiques ne lui ont accordé qu'une exception. Ainsi le sort de l'acquéreur, l'application de cette loi de droit public qu'est la loi Julia, à laquelle on veut tout sacrifier, dépend entièrement de l'arbitraire du mari. Il s'agit simplement d'attendre dans quel sens inclinera sa mauvaise foi! S'il ne veut pas appliquer la loi Julia, il ne revendiquera pas pendant le mariage et personne ne pourra l'y contraindre. Le but de la loi, protection du bien de la femme qui pourra se détériorer ou se perdre, charges du mariage, etc., tout cela restera lettre morte. Il est vrai que, comme compensation, la confirmation jouera. A la mort de la femme, la dot restera à l'ac-

p. 458 et n. 3; — Czylharz, *Dotalrecht*, p. 207; cf. Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 193; — Wangerow, *Pand.*, I, p. 397, 7^e édit.

¹ Schröder, *Zur Lehre*, p. 61; — Windscheid, 3, § 497, n. 13; — Demangeat, *Fonds dotal*, p. 389.

quéreur. Si au contraire, après avoir volé une première fois son acquéreur en vendant la dot, le mari veut le voler une seconde fois en la reprenant, l'exception sera impuissante à la lui faire rendre. Il conservera la dot à titre définitif, sans doute en récompense de son honnêteté! Et ce sera la confirmation voulue par la loi, affirmée par les textes qui restera lettre morte. On peut penser qu'il ne suffit pas d'invoquer l'intention du législateur pour construire un pareil système alors qu'on n'a pas l'ombre d'un commencement de preuve dans les sources.

Pour éviter ces difficultés, l'un des rares adversaires de la revendication du mari, Fitting, suivi par Puchta¹, soutient que la nullité prononcée par la loi Julia est une nullité conditionnelle. Il veut concilier ainsi le fait embarrassant de la confirmation et la théorie classique des nullités. Cette nullité existe sous la condition de droit que la dot revienne à la femme ou à ses héritiers. Pendant le mariage elle est in suspenso. La revendication du mari sera écartée par l'impossibilité où il est de prouver si la condition est ou non défaillie.

Cette conception n'est pas fautive en soi. Dans un cas absolument analogue, Justinien l'invoque expressément². Mais elle a le défaut de faire intervenir une notion de nullité conditionnelle qui n'est ni exprimée ni sous-entendue dans nos sources. Elle peut donc être écartée à bon droit³. La loi Julia a enlevé au mari la potestas alienandi, aussi l'aliénation faite par lui est

¹ Fitting, *Archiv. f. c. P.*, 42, p. 168 ss.; — Puchta, *Vorles.*, § 416.

² Dans le cas où la femme a aliéné le *lucrum nuptiale*. Si elle se remarie, l'aliénation est nulle. Mais si les enfants du premier lit précèdent, l'aliénation est confirmée. Jusqu'à ce que la succession de la mère s'ouvre au profit de ses enfants du premier lit, l'aliénation et la nullité sont in suspenso. Nov., 2, ch. 2; Nov. 22, ch. 26. « Ὅστε ἐκποιήσεως γενομένης μενεῖ τὸ πρᾶγμα ἐν μετεώρῳ, ταῖς ἐφεξῆς συμμεταβαλλόμενον τύχαις καὶ ἢ τελείως ἐξ ἀρχῆς ἀκυρουμένης τῆς ἐκποιήσεως ἢ τελείως ἰσχυούσης, ἢ κατὰ μέρος μὲν ἀκυρουμένης, κατὰ μέρος δὲ ἰσταμένης. — Schoell : Itaque alienatione facta res in suspenso manebit, per fortunas deinceps futuras commutanda ita, ut aut integra ab initio irrita fiat alienatio aut integra valeat, aut ex parte quidem irrita fiat, ex parte vero consistat. »

³ Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 433; — Curtius, *Rechtsf.*, p. 36.

affectée d'un vice certain et actuel. Elle sera non avenue pour la femme. Mais si la dot reste au mari, si la femme ne peut pas exercer ses actions, le vice est purgé, l'aliénation reçoit une confirmation de ce côté, le fonds videtur recte alienatus.

La fréquence de cette confirmation avant Justinien aurait dû frapper les partisans de la revendication. La dot reste au mari si la femme meurt avant lui, c'est-à-dire normalement dans la moitié des cas de dissolution par décès. D'après les constitutions des empereurs Honorius, Théodose et Valentinien, le mari garde encore la dot quand il a une juste cause de divorce ou quand la femme envoie sans cause la répudiation¹. Ne peut-on pas dire là encore que c'est normalement la moitié des cas de dissolution du mariage par divorce? Et même quand la femme a droit à sa dot, la confirmation peut encore bien souvent se produire. Elle peut à tout moment ratifier l'aliénation. Exerce-t-elle ses actions? La confirmation aura lieu si elle reçoit satisfaction d'autre manière par le paiement de la valeur de la dot, par novation, par un *praelegatum dotis*². Ainsi la loi Julia aurait donné au mari ce droit exorbitant de ne pas tenir compte de ses engagements, de réclamer immédiatement un bien qu'il a lui-même vendu. Et pour quoi? Pour garantir un droit qui n'est pas encore né, dont la naissance est fort incertaine et qui, une fois né, peut être satisfait de tout autre manière.

S'il en avait été ainsi, la fréquence de la confirmation après la revendication exercée aurait soulevé quantité de difficultés. Il est toujours dangereux et peu souvent convaincant de tirer argument du silence des textes. Néanmoins il est difficile d'admettre qu'aucun de ces problèmes, si pratiques, n'ait attiré l'attention des jurisconsultes. N'est-il pas plus vraisemblable de penser que la loi Julia ne les posait pas? Et c'est pour cela que les sources ne parlent que de la réclamation de la femme et ne

¹ Cod. Theod., 3, 16, 2; Cod., 5, 17, 8.

² Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 439; — Bechmann, 2, p. 459, n. 1; — Czylharz, *Dotalrecht*, p. 207.

font allusion à une revendication possible du mari, à la dissolution du mariage, que pour la lui refuser¹. De même que l'aliénateur d'une chose volée, après avoir acquis du vrai propriétaire le titre de propriété, a pu chercher à s'en prévaloir contre son acquéreur, le mari, ayant gagné la dot, a pu se demander s'il n'a pas acquis en même temps le droit de la femme à invoquer la loi Julia. Cette conséquence contraire à l'équité est écartée à l'aide de la confirmation. C'est l'explication la plus simple et la plus satisfaisante de l'hypothèse prévue par Marcianus et Papinien.

Il nous reste enfin à examiner spécialement un cas de confirmation exposé par Africain et par Paul dans deux fragments du titre *de fundo dotali* et à le confronter avec la théorie des nullités. Le mari doit le fonds Sempronien ou le fonds Cornélien. La femme constitue en dot cette obligation alternative. Si le mari aliène le fonds Sempronien, c'est le fonds Cornélien qui est in dote; le mari ne peut plus l'aliéner, le fonds est protégé par la loi Julia. Mais s'il rachète le premier, il pourra de nouveau aliéner le second, car il y en a toujours un qui est in dote. Voilà l'hypothèse d'Africain. Paul la rend plus subtile. L'obligation alternative qui porte sur ces deux fonds étant dotale, l'effet de la loi Julia ira de l'un à l'autre. Est-ce que, avant d'avoir racheté le premier, le mari pourra vendre le second étant donné qu'il peut racheter celui-là? Le jurisconsulte ne répond pas à cette question, mais il affirme qu'en tous cas le second sera considéré comme valablement aliéné ex post facto si ce rachat se produit². Le rachat entraîne la confirmation de la vente.

¹ Dig., 23, 5, 17; Dig., 41, 3, 42. Cet argument, présenté d'une manière un peu différente, a été invoqué par les anciens auteurs, adversaires de la revendication. Les auteurs cités dans Lauterbach, *Disputatio*, 76, § 34; — Wening-Ingenheim, *Lehrbuch*, 3, § 39; — Glück, *Pand.*, 25, p. 403; — Bachofen, *Ausg. Lehren*, p. 107. Au contraire, les partisans de la revendication tirent de ces textes un argument a contrario. Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 192; — Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 434.

² Dig., 23, 5, 9, *Africanus libro octavo quaestionum*: « Si marito debitori fundi id quod debet doti mulier promiserit, dotalem fundum effici. Quod si ei

Cujas et avec lui Glück et Bechmann enseignent que la nullité de l'aliénation reste in suspenso parce que la qualité dotale du fonds n'est pas encore fixée¹. Cette notion de nullité conditionnelle ne correspond pas plus ici au langage des textes que dans l'hypothèse générale, et il n'y a pas plus de raisons de la faire intervenir dans un cas que dans l'autre. Africain affirme que si le premier fonds est aliéné, l'autre ne peut plus l'être, alterum alienari non posse. Paul se demande si l'aliénation est nulle ou valable, il n'est pas question d'une nullité d'un genre particulier. Si la défense de la loi Julia s'applique, elle produit ses effets ordinaires. Et la confirmation qui se produit certainement d'après Paul ex post facto, c'est la confirmation habituelle. Czylharz l'affirme avec juste raison².

Mais s'il s'agit de la nullité normale provenant de la loi Julia, quelle figure fait la nullité absolue? Comment concilier son caractère radical, immédiat et définitif avec cette potestas legis ambulatoria, cet effet de la loi Julia qui se porte tantôt sur un fonds tantôt sur l'autre? Il y a un déséquilibre complet.

Ainsi, si nous ne nous laissons pas émouvoir par les théories générales soit des défenses d'aliéner, soit des nullités, ce que les sources nous disent du but de la loi Julia, les solutions d'espèces, les cas nombreux de confirmation, tout nous indique que la défense d'aliéner protège la femme seule et la

promittat, qui fundum aut decem debuit, in arbitrio esse mariti, quid in dote sit. Quod si Stichum aut fundum debuit maritus et quod debet, doti ei promissum sit, Sticho mortuo fundum in dotem esse. His consequens esse ait, ut, si Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti id quod debet doti promissum sit, utrum eorum dotalem esse malit. Plane utrum velit alienaturum: alterum alienari non posse. Si tamen alienum rursus redimat, adhuc in ejus potestate est, an eum, quem retinisset, alienari velit. »

Dig., 23, 5, 10, *Paulus libro quinto quaestionum*: « Erit ergo potestas legis ambulatoria, quia dotalis fuit obligatio. Numquid ergo etiam illo nondum redempto, alterum quoque alienare possit, quia potest alterum redimere? An hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? Certe ex post facto videbitur recte alienatus illo postea redempto. »

¹ Cujas, *Comment. in lib.*, 5 *quaest. Pauli* (Dig., 23, 5, 10), Naples, 2, p. 1079; — Glück, *Pand.*, 25, p. 395 ss., p. 398; — Bechmann, 2, p. 459, n. 1.

² Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 445.

femme exerçant ses actions à la dissolution du mariage. C'est la doctrine de la Nouvelle 61. Aucun des textes du Digeste ne la confirme formellement, mais aucun ne la contredit et leur esprit général la sous-entend. Dans ces conditions, les énonciations formelles de Justinien prennent une autorité singulière non seulement pour le droit de son temps, mais pour le droit classique.

Il était en soi bien peu vraisemblable que la Nouvelle 61 ait si gravement modifié la portée de la loi Julia. Nous avons vu que la législation de Justinien a tiré des conséquences légales de cette conception de la dot et de la donation *propter nuptias*, considérées comme bien de famille affecté aux charges du mariage. Elle a décidé que la dot serait toujours rendue à la femme ou à ses héritiers¹. Elle a renforcé par une série de mesures importantes les garanties accordées à la femme pour sa dot, renforcé la loi Julia elle-même. Par quel retour imprévu en aurait-elle affaibli l'efficacité en enlevant au mari sa revendication, au moment même où elle continuait à étendre les mesures de protection accordées à la femme en les faisant porter sur la donation *propter nuptias*? Rien dans les termes de la Nouvelle ne le fait supposer. Bien au contraire, elle se réfère aux mesures déjà prises. C'est peut-être ici le cas d'invoquer la manière incidente dont la Nouvelle touche à la dot. Le législateur l'aurait dit plus expressément s'il avait eu le dessein d'apporter à la condition du fonds dotal un bouleversement complet.

III

La loi Julia produira ses effets à la dissolution du mariage, au moment où naît le droit qu'elle entend garantir, au moment

¹ Au cas de mort de la femme, Cod., 5, 13, 1, § 6. Au cas de divorce injustifié, le mari peut encore garder la dot suivant les hypothèses prévues. Cod., 5, 17, 8; Nov. 117.

où la femme acquiert et exerce son action en restitution de dot.

Dans le droit de Justinien, l'action personnelle de dot est renforcée par une série de garanties nouvelles. Elle est entourée d'un jeu d'actions réelles, créations de Justinien, que nous connaissons bien ou du moins dont le Code et les Nouvelles nous fournissent de nombreux éléments de connaissance. Au contraire, nous connaissons mal ou même pas du tout, faute de sources, la façon dont pouvait s'exercer à l'époque classique la garantie de la loi Julia. Ici encore, sans avoir égard à l'ordre chronologique, nous irons du connu à l'inconnu et nous commencerons par l'examen des actions de la femme dans le droit de Justinien ayant de voir ce que nous pouvons connaître du droit classique.

*
**

La femme réclamera la dot à son mari ou à ses héritiers au moyen de l'action organisée par Justinien dans sa célèbre constitution de 530¹. D'après cette constitution, l'ancienne action *rei uxoriae* est abrogée. La dot ne sera plus réclamée que par l'action *ex stipulatu* qui subsiste seule. Et si la stipulation de restitution de dot n'a pas été faite expressément, on la considérera comme sous-entendue. Mais l'action *ex stipulatu* est elle-même profondément modifiée. Justinien lui transfuse toutes les caractéristiques de l'action *rei uxoriae* qu'il juge bon de conserver. En définitive, il fond en une seule les deux actions par lesquelles la dot pouvait être réclamée avant lui en réunissant dans sa nouvelle action les avantages des deux autres.

On a fait remarquer le caractère singulier de cette réforme, le caractère peu juridique de cette nouvelle action. C'est une action *ex stipulatu* et c'est une action de bonne foi. Cette intervention d'une stipulation sous-entendue est une complication

¹ Cod., 5, 13, *l. unic.*; Inst., 4, 6, 29. Cf. Bechmann, 1, p. 190-194; 2, p. 360-378.

inutile. Elle est même inexacte. Car le droit de Justinien laisse subsister la différence de certaines règles entre le cas où il y a réellement une stipulation de restitution conclue et où il n'y en a pas. Notamment l'action ex stipulatu naît en même temps que la stipulation dans le premier cas, dans le second l'action de dot justinienne naît, comme l'action rei uxoriae, seulement au moment où s'ouvre le droit à la restitution¹. On a fait aussi observer que ces anomalies trouvent probablement leur explication dans le fait que la coutume devait être générale à l'époque de Justinien de conclure une stipulation de restitution. Cela était certainement la règle dans ces instrumenta qui constituaient une donation propter nuptias en même temps qu'une dot. Justinien a fait sa réforme sur le modèle de l'action la plus usitée de son temps en y rattachant les avantages propres à l'action rei uxoriae.

L'action de dot est une action personnelle. Elle s'exercera en principe contre le mari. En droit classique, la femme créancière de sa dot n'a que des actions personnelles, action rei uxoriae, action ex stipulatu. Et ainsi se pose le grave problème de savoir comment la femme pourra atteindre le tiers acquéreur du fonds dotal. La solution classique, quelle qu'elle soit, a été reléguée dans l'ombre par les créations de Justinien. Car l'action de dot a été renforcée par lui contre les tiers acquéreurs et les créanciers hypothécaires à l'aide d'une action hypothécaire et d'une action réelle.

La donation propter nuptias ou du moins ce qui doit en revenir à la femme, sera, elle aussi, réclamée par une action personnelle. La donation étant en règle constituée par une promesse, cette promesse devait être incluse jusqu'à Justinien dans un contrat formel, dans un contrat verbal. L'action de la femme était une *condictio certae pecuniae*, *triticaria* ou une *actio ex stipulatu*. Depuis les réformes de Justinien, la donation est de-

¹ Bechmann, 2, p. 363; — Czylharz, *Dotalrecht*, p. 52.

venue un pacte légitime qu'il n'est plus nécessaire de stipuler¹. La donation propter nuptias fera donc naître une *condictio ex lege*, développement de l'action née autrefois du contrat verbal². Cette action personnelle est renforcée de même que l'action de dot par une action hypothécaire et par une action réelle, cette dernière instituée par la Nouvelle 61.

L'hypothèque privilégiée qui protège la dot a été créée par deux constitutions de Justinien. La loi unique au Code 5, 13, du 1^{er} novembre 530 qui organise la nouvelle action de dot lui donne comme garantie une hypothèque générale tacite sur tous les biens du mari³. Cette hypothèque prend rang à la date de constitution de la dot. Un an après, en décembre 531, une deuxième constitution la rend privilégiée⁴. Justinien lui accorde la priorité sur les créanciers hypothécaires plus anciens du mari⁵. La sûreté nouvelle se rencontre ici avec celle que la défense d'aliéner de la loi Julia accordait déjà à la femme. Le droit de libre disposition du mari est écarté en fait par l'hypothèque comme il était déjà écarté par la loi Julia, et d'après notre système l'hypothèque et la loi Julia produiront un effet très analogue. C'est bien ce que dit Justinien : « Cum autem hypothecam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit⁶. » La situation spéciale faite au fonds dotal parmi les autres biens du mari disparaît. Le mari perd le pouvoir d'aliéner sans le consentement de la femme tous ses biens et plus seulement l'immeuble dotal. Aussi Justinien, pour conserver à la loi Julia une efficacité propre, la modifie-t-il. Nous reviendrons amplement sur ce point lorsque nous traiterons du consentement de la femme.

¹ Cod., 8, 53, 35, § 5; Inst. 2, 6, 7, § 2.

² Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 623, n. 1.

³ Cod., 5, 13, 1, § 16.

⁴ Cod., 8, 17, 12.

⁵ Sur les hypothèques qui peuvent encore primer celle de la femme, Czylharz, *Dotalrecht*, p. 427.

⁶ Cod., 5, 13, 1, § 15 a.

La donation propter nuptias est elle aussi protégée par une hypothèque légale. Quelques auteurs anciens ont essayé de le nier¹. C'est qu'elle a été introduite en quelque sorte de façon subreptice dans la législation. Des constitutions de Justinien en constatent l'existence. Nous n'avons plus celle qui l'établit. Ce n'est pas le seul exemple de la manière indirecte dont la législation positive constate l'existence de quelques-unes des règles les plus importantes de cette institution coutumière qu'est la donation propter nuptias².

L'existence de cette hypothèque tacite n'est pourtant pas contestable. Justinien n'en dit pas un mot, et cela est singulier, quand il accorde à la femme une hypothèque légale pour la dot en novembre 530. En décembre 531, quand il décide que cette hypothèque sera privilégiée, il fait remarquer que l'hypothèque de la donation propter nuptias ne prendra rang qu'à sa date³. Il ne dit pas encore si elle est légale ou conventionnelle. Mais il le dit en 541 dans la Novelle 109⁴. C'est entre ces années qu'elle

¹ Gluck, 25, § 1242, p. 304, et 19, § 1088, p. 127.

² Par exemple, la partie de la donation propter nuptias que gagnera la femme au cas de survie. Justinien nous dit qu'elle est réglée par la convention des parties, par les pactes de survie, sans jamais dire ce qu'elle sera en l'absence de pactes (Cod., 5, 27, 5; 5, 12, 29; 1, 3, 54, § 4; — Nov. 2, c. 4; Nov. 22, c. 20; Nov. 97, c. 1). D'où une controverse parmi les modernes. Pour les uns, la donation reste aux héritiers du mari (H. Monnier, *Casus non existentium liberorum*, 1907, *Mélanges Gérardin*, p. 444, et la bibliographie citée en note). Tandis qu'au contraire pour d'autres, elle revient ex lege à la femme (Burchardi, *Archiv. f. c. P.*, 9, p. 197 ss., p. 212 ss. (en usufruit); Brandileone, *Sulla storia e la natura della d. p. n.*, p. 53, 75. Cf. Mitteis, *Reichsrecht*, p. 307).

³ Cod., 8, 17, 12, § 8 : « Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempore servire disponimus et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro luero fovemus mulieres, sed ne dampnam patiantur suisque rebus defraudentur curamus. »

⁴ Nov. 109, ch. 1 : « Ἐπειδὴ γὰρ δεδώκαμεν προνόμια ταῖς γυναῖξιν τῶν προικῶν, ὥστε καὶ προγενεστέρων δανειστῶν προκρίνεσθαι καὶ βελτίω τάξιν ἔχειν αὐτὰς καὶ ταῦτα ὑπὸ τοῦ χρόνου νικωμένους, ἐπὶ δὲ τῶν διὰ τοὺς γάμους δωρεῶν κατὰ τοὺς χρόνους καθ' οὓς ἂν γένοιτο τὰς ὑποθήκας ἔχειν, πᾶσιν ἐπὶ τοῦ παρόντος ποιούμεθα φανερόν διὰ τοῦδε τοῦ θεῖου ἡμῶν νόμου, ὅτι καὶ ταύτην τὴν προνομίαν καὶ τὰς σιωπηρὰς ὑποθήκας καὶ τὰ ἄλλα πάντα, ὅποσα ταῖς γυναῖξιν ἐν διαφόροις προνομίοις παρὰ τῶν

a été créée. Elle ne peut pas être antérieure à l'hypothèque légale de la dot, à l'année 530. Le silence de la loi ne permet pas de dire si elle a été créée en même temps. Il est possible qu'elle existe en 531 à l'époque de la loi 12 au Code 8, 17. Elle existe sûrement en 541, à l'époque de la Novelle 109.

En établissant l'hypothèque tacite pour la dot et pour la donation propter nuptias, Justinien ne fait que consacrer par une règle légale la coutume répandue dans la pratique des contrats de mariage. Il était d'usage d'assurer par une hypothèque conventionnelle la restitution de la dot et l'exécution de la donation propter nuptias. Justinien le dit pour la dot dans la loi unique¹. La constitution de 528 sur la déconfiture y fait allusion² pour la donation et par sa date elle ne peut parler que

ἡμετέρων δέδοται νόμων, ἐκείναις δίδομεν μόναις... αἷς ἐπιμελές ἐστὶ τὴν ἐρῆνὴν καὶ προσκυνουμένην ἡμῶν πίστιν κρατεῖν... — Schoell : Quoniam enim mulieribus privilegia dotium dedimus, ut etiam antiquioribus creditoribus praeferantur et meliorem locum habeant quamvis tempore victae, in donationibus autem propter nuptias ut secundum tempora quibus fiant hypothecas habeant : omnibus in praesentia per hanc divinam nostram legem manifestum facimus, nos et hoc privilegium et tacitas hypothecas et cetera omnia, quaecumque mulieribus in diversis privilegiis a legibus nostris datae sunt, illis concedere solis... quae id agunt ut rectam et adorandam nostram fidem teneant. »

¹ Cod., 5, 13, 1, 1 c. : « Si enim et stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelleguntur et inutiles stipulationes emendantur, sic in posterum causa inveniat validam et perfectam, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis juris confectis. »

² Cod., 5, 12, 29 pr. : « Ita eam posse easdem res vindicare vel a creditoribus posterioribus vel ab aliis qui non potiora jura legibus habere noscuntur. » On a cru trouvé une autre allusion à une hypothèque conventionnelle dans la loi de Théodose de 449; Cod., 5, 17, 8, § 4 b (Esmein, *Mélanges*, p. 68), à cause du mot vindicare : « Eam et dotem recuperare et ante nuptias donationem lucro habere aut legibus vindicare censimus. » Mais vindicare n'a pas ici le sens technique désignant l'exercice d'une action réelle. Car quelques lignes plus bas, il est appliqué à l'hypothèque inverse où le mari gagne la dot et la donation propter nuptias. « Virum... tam dotem quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare... sancimus. » Le mari n'a certainement pas d'hypothèque pour réclamer à la femme la donation qu'il lui a faite. On peut remarquer que la donation ante nuptias n'était pas encore cette institution spéciale de l'époque de Justinien. C'était une donation ordinaire faite avant les noces, pouvant être promise ou donnée. Ces deux hypothèses sont prévues distributivement. Tandis qu'il est très certain que la donation à laquelle Justinien accorde une hypothèque et une action réelle c'est la donation promise.

d'une hypothèque conventionnelle. Et cela est d'autant plus certain que Théodore, jurisconsulte de l'époque de Justinien, nous explique que cette hypothèque est née d'abord d'une convention spéciale et qu'elle est devenue aujourd'hui tacite¹.

Les deux hypothèques protégeant la dot et la donation propter nuptias sont de même origine et leurs règles sont communes. Aussi aurait-on pu être enclin à étendre à la seconde le privilège accordé à la première. Pour éviter cette confusion, Justinien sent la nécessité de répéter à plusieurs reprises que seule l'hypothèque dotale primera les autres créanciers hypothécaires. L'hypothèque de la donation propter nuptias prendra rang à sa date, c'est-à-dire à la date où la donation propter nuptias a été constituée. Le motif très légitime de cette différence est que, en réclamant la restitution de sa dot, la femme certat de damno evitando, en demandant l'exécution de la donation, certat de lucro captando. Et c'est une allusion très évidente à ce privilège réservé à la dot qui est faite à la fin du chapitre 2 de la Nouvelle 61. Cette phrase n'a à aucun degré ce sens vague et général qu'on a voulu lui attribuer d'après lequel le mot de privilège aurait désigné toutes les sûretés déjà accordées à la dot, y compris l'inaliénabilité dotale telle qu'elle a été établie par la loi unique.

Après les actions personnelles et les actions hypothécaires, nous trouvons enfin une troisième catégorie d'actions assurant les droits de la femme sur la dot et la donation dans la législation de Justinien. Ce sont des actions réelles. C'est la revendication.

En ce qui concerne la restitution de la dot, la revendication a été accordée à la femme par la célèbre loi 30 de 529, au Code 5,

¹ Heimbach, *Bas.*, 3. p. 444 (à la loi 29, Cod., 5, 12; *Bas.*, 29, 1, 116) : « Ὑποθεσιμένην γὰρ ἔχει τὴν τοῦ ἀνδρός οὐσίαν ἢ ἀπὸ ἰδικῶς συμφώνου, ἢ σήμερον καὶ σιωπηρῶς κατὰ τὴν ἐν τῷ ἐπομένῳ τιτ. διατ. — Obligata enim habet mariti bona vel ex speciali conventione, vel hodie etiam tacite secundum constitutionem in sequenti tit. »

12¹, antérieure d'une année à la loi unique du titre suivant qui crée l'hypothèque légale sur tous les biens du mari et que nous venons d'examiner. Les commentateurs depuis la Glose, qui ont examiné les difficultés soulevées par cette loi, ont essayé en vain de les résoudre au point de vue du droit classique. Si l'on raisonne d'après les principes classiques, la loi offre une anomalie, une contradiction bien propre à désespérer l'esprit logique des Pandectistes. La femme n'étant que créancière de sa dot, comment aura-t-elle la revendication, et si la loi 30 l'en a rendue propriétaire, par quelle contradiction peut-elle lui accorder en même temps une action hypothécaire?

Aussi est-ce principalement à propos de cette loi que les glossateurs ont débattu la question de savoir qui, même pendant le mariage, était propriétaire de la dot, du mari ou de la femme² et les partisans ont été nombreux de l'une et de l'autre opinion. Les travaux modernes ont tranché définitivement la question et il est incontestable que, pendant le mariage, le mari est propriétaire de la dot.

Le plus grand nombre des commentaires généraux se contentent de paraphraser la constitution sans résoudre la contradiction. La femme a les deux actions, l'action réelle et l'action

¹ Cod., 5, 12, 30 : « In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive maestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. I. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in hujusmodi rebus propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intellegantur vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur. »

² Haenel, *Dissensiones Dominorum* : « Dominium utrius sit mariti an uxoris? » (Hugolinus, § 266, p. 436). Voir cette controverse dans les auteurs : Tigerström, *Römische Dotalrecht*, 1, p. 399 et ss.; Bechmann, 1, p. 128 et ss.; Demangeat, *Fonds dotal*, p. 62 ss.

hypothécaire. Ceux qui expliquent la première disent qu'à la dissolution du mariage, la dot, ayant rempli son but, redevient la propriété de la femme qui peut la revendiquer. Ce qui ne l'empêche pas d'en rester créancière et de pouvoir la réclamer par l'action hypothécaire¹.

Les auteurs modernes de traités spéciaux sur la matière ont essayé de résoudre ce problème avec plus de rigueur. Ils ont voulu ramener à l'unité les moyens accordés à la femme dans la constitution. Pour Löhr, il ne peut être parlé de propriété de la femme sur la dot². Justinien, dans la loi 30, donne à la femme un droit d'hypothèque spéciale, privilégiée, et l'utilis vindicatio n'est qu'une suite de ce droit hypothécaire. Au contraire, pour Dernburg³, l'action de la loi 30 est une action en revendication et non pas une action hypothécaire, le but final de l'empereur étant de procurer à la femme la propriété des choses dotales.

C'est aussi, avec quelques différences, l'opinion développée de façon plus précise par Bechmann. Justinien a créé dans la loi 30 une action d'un caractère anormal, une action monstrueuse dit l'auteur, qui réunit les caractères et les avantages de l'action en revendication et de l'action hypothécaire. Et il en résulte que la propriété des choses dotales revient ipso jure à la femme à la dissolution du mariage, mais sans effet rétroactif. Révocation ex nunc et non pas révocation ex tunc, comme le

¹ Azo, *Lectura in Cod., ad leg. 30, Cod., 5, 12*; Cujas, *Recit. solemn., in Tit., eod., de jure dotium* : « Liberum est mulieri vel eas res dotales vindicare quasi suas, nam et ipsa intelligitur esse earum domina, vel etiam eas persequi actione hypothecaria quasi res mariti non suas. Nam et maritus intelligitur earum rerum dominus. Ergo ex eo intelligitur nihil impedire quin eandem rem mihi liberum sit persequi ut meam vel ut alienam sicut rem legatam licet persequi vel actione in rem vel actione in personam vel vindicatione vel condictione. » C'est ce que disent, avec quelques nuances, la plupart des Pandectistes modernes : par exemple, Glück, 25, § 1234 *in fine*; 27, § 1273, et les auteurs cités; Sintenis, *Gemcin. Civilr.*, 3, § 133; Puchta, *Pand.*, § 412; Wangerow, 1, § 900; Arndts-Serafini, *Pandette*, § 411; Windscheid, 3, § 503. Cf. Demangeat, *Fonds dotal*, p. 87 ss.

² Löhr, *Magazin f. R. W.*, 4, p. 70-76; *Archiv. f. Civ. Pra.*, 5, p. 295; 10, p. 268.

³ Dernburg, *Pfandr.*, 2, p. 383.

voulaient les anciens auteurs. Et Bechmann développe avec logique les conséquences juridiques de cette révocation¹.

Czylharz combat vivement ce retour ipso jure de la propriété avec de bons arguments. Il revient à la dualité des actions de la loi 30 et il reconnaît à la femme une action réelle sans droit de propriété et aussi une action hypothécaire sans droit d'hypothèques. Il prononce le nom d'action utilis².

Il ne reste plus maintenant qu'à enlever à l'action ou aux actions de la loi 30 le caractère d'actions réelles. C'est ce que fait Paul Gide³. Il revient à l'hypothèse de l'action unique. C'est une action privilégiée sans droit de propriété et sans droit d'hypothèque. Justinien accorde à la femme, sur les biens qui sont encore dans le patrimoine du mari, un privilège qui ne s'exercera que contre les créanciers chirographaires ou hypothécaires du mari, non contre les tiers détenteurs. Le début de la loi accorde cette prérogative à la femme. C'est ce début, s'arrêtant aux mots *per hypothecam vindicare*, qui est le dispositif de la loi. Le reste contient les motifs qui expliquent ce dispositif sans y rien ajouter.

Une voie bien meilleure fut ouverte par Iehring pour l'interprétation plus exacte de cette constitution⁴. Il rapprocha l'action *in rem* accordée à la femme d'une série d'autres actions réelles et en fit le premier une étude d'ensemble. Les modernes ont réuni ces actions sous la dénomination générale de revendications utiles, bien qu'elles ne soient pas toutes ainsi désignées dans les sources⁵. Elles forment un ensemble assez disparate

¹ Bechmann, 2, p. 463 ss., p. 477 « Ein monströser Versuch ».

² Czylharz, *Dotalrecht*, p. 412-420, p. 415 notamment.

³ Gide, *Caractère de la dot*, p. 85-105.

⁴ Iehring, *Jahrbücher für Dogmatik*, 1857, 1; *Abhand.*, 3 et 7; 1858, 2, *Abh.* 3; 1871, 10, *Abh.* 5 et 8; *Gesammelte Aufsätze*, Iéna, 1881, t. 1, *Abh.* 1, 3 et 4; 1882, t. 2, *Abh.* 3 et 5; *Etudes complémentaires à l'esprit du droit romain*, t. 5, Du transport de la rei vindicatio aux non-proprétaires, p. 2-78; t. 6, Coopération aux actes juridiques d'autrui, p. 79-238; t. 8, Passivité des droits, p. 331-498.

⁵ Cf. Mayr, *Sav. Stift.*, 26, p. 86, *Vindicatio utilis*, *Cod.*, 3, 32, 8; 8, 54, 1;

emprunté au Digeste et au Code et sont d'importance et de portée très diverses¹. Mais elles sont réunies par cette même singularité. Ce sont des actions in rem destinées à garantir et à renforcer des rapports d'obligations. Ce trait commun, d'après lequel ces revendications utiles sont la sanction de droits de créance et non d'un droit de propriété véritable, a été fortement mis en relief par Iehring et n'a plus été contesté, quelles que soient les explications divergentes qu'on en ait fournies. La question a été souvent reprise depuis lors². Une des contributions les plus récentes et en même temps l'une des meilleures est celle du professeur italien Mancaleoni. Pour cet auteur, la revendication utile est une création de Justinien. Il est indubitable que les applications les plus importantes en ont été faites par les constitutions de cet empereur³. Il a introduit les autres

utilis in rem actio, Dig., 6, 1, 5, § 3; Cod., 5, 3, 15, 1; 5, 13, 1, § 5 a; *utilis in rem*, Dig., 24, 1, 55; *utilis actio ad rem vindicandam*, D., 26, 9, 2; *utilis actio*; Dig., 39, 6, 30; 41, 1, 9, § 2; *utilis*, Dig., 24, 1, 30; *a. in rem quasi in hujusmodi rebus propriis*, Cod., 5, 12, 30, § 1.

¹ Iehring, *Iahrb.*, 1, p. 157; Transp. de la R., p. 20, p. 51; Mancaleoni, p. 1 ss., p. 96; Mayr, *Sav. Stift.*, 26, p. 83, n. 1; Dig., 6, 1, 5, 3; 24, 1, 39 et 55; 24, 12, 9, § 1 et 30; 26, 9, 3; 39, 6, 29 et 30; 41, 1, 9, § 2 (cf. Gaius, 2, § 78, Inst., 2, 1, 34); Cod., 3, 32, 8; 5, 3, 15, § 1; 5, 12, 30; 5, 13, 1, § 5 a; 5, 51, 3; 8, 54, 1. On y a fait quelquefois figurer à tort Dig., 41, 1, 41; Fr. Vat., § 85 et 272. Collinet, Un nouveau critère d'interpolation, *N. R. H.*, 1910, 34, p. 157 — 173 en ajoute deux; Dig., 39, 6, 29; 6, 1, 77. J'ajoute l'action réelle de la donation propter nuptias, Nov. 61. — Ces actions réelles sont créées : 1° en faveur de la femme pour la restitution de la dot (Const., 30) et de la donation propter nuptias (Nov. 61); 2° du conjoint donateur; pour révoquer la donation (c. 1, § 5 a); au cas de spécification des choses données (Dig., 24, 1, 30); d'acquisition avec les deniers donnés (fr. 55); 3° en faveur du fiancé pour reprendre les choses données (c. 15); 4° du donataire sub modo alimentorum au cas d'inexécution du modus (c. 1); 5° du pupille pour les choses acquises avec ses deniers par le tuteur (fr. 2, c., 3); 6° du soldat pour les choses acquises avec ses deniers par un tiers (c. 8); 7° du propriétaire de la table peinte (fr. 9, § 2); 8° du propriétaire de l'arbre transplanté sur le sol d'autrui (fr. 3); 9° donation mortis causa sous condition résolutoire (fr. 29), résolue ex poenitentia (D. 39, 6, 30).

² Bibliographie complète dans Mancaleoni : *Contributo alla storia et alla teoria della Reivindicatio utilis*, Studi Sassaesi, Sassari 1901; p. 1-50, p. 81-124; bibliographie, p. 1, n. 2, à laquelle il faut ajouter : Mayr, *Vindicatio utilis*, 1905, *Sav. Stift.*, 26, p. 83 ss.; Collinet, *Droit de Justinien*, 1, p. 174-191.

³ Collinet, *Droit de Justinien*, 1, p. 181; pour la restitution de la dot, Cod.,

par voie d'interpolations au Digeste et au Code. Malgré quelque résistance, cette opinion a été accueillie avec faveur¹. Toutes les interpolations n'ont pas été également prouvées. Mais beaucoup sont établies. Cette conclusion générale est tout à fait conforme à la prédilection marquée par Justinien pour la revendication utile. Et elle présente ce grand avantage de rendre inutiles tous les essais de construction qu'on en a faits en fonction du droit classique et de la procédure formulaire. On a essayé tour à tour de l'expliquer comme une action publique, comme une cession de la revendication directe, comme une action fictive et même comme une pure et simple action in factum². Quelle que soit l'explication, elle se heurte à des objections insurmontables dans certains cas³. Au contraire, en tant qu'elle est une création de Justinien, elle peut être critiquable au point de vue des principes abstraits. Mais dans le domaine législatif on comprend aisément que Justinien ait pu, par voie d'autorité, rattacher les avantages de l'action réelle à certaines créances sans que ces avantages soient liés nécessairement au retour ipso jure du droit de propriété, pas plus qu'à une fiction ou à une cession de la revendication directe. Il s'agit seulement de reconnaître les raisons pour lesquelles l'empereur a voulu ainsi favoriser certains créanciers.

5, 12, 30; Donation entre époux, Cod., 5, 13, 1. unic., § 5 a; Donation entre fiancés, Cod., 5, 3, 15 (constitution de Constantin interpolée, comme le montre Cod. Théod., 3, 5, 2). Il faut ajouter l'a. réelle pour la donation propter nuptias, Nov. 61 non encore signalée.

¹ H. Krueger, *Sav. Stift.*, 12, p. 163; surtout Eisele, *Sav. Stift.*, 13, p. 127, sont les premiers à nier l'intégrité de quelques textes; cf. Pernice, *Labco*, 3, p. 285, n. 1. Mancaleoni, p. 97, conclut à une interpolation systématique. En ce sens Lenel, *Édit perpétuel*, 1, p. 211; Collinet, *Droit de Justinien*, 1, p. 180; Girard, *Manuel*, 6^e éd., p. 354, n. 3; Erman, *Sav. Stift.*, 13, p. 207 ss., n'admet, au contraire, que les interpolations évidentes, et Mayr, *Sav. Stift.*, 26, p. 83 ss., n'admet pas le principe de l'interpolation systématique.

² Voir les différents systèmes exposés dans Brezzo, *L'utilis actio del diritto romano*, 1889; Mancaleoni, p. 2-3; Système composite de Mayr, *Sav. Stift.*, 26, p. 121.

³ Pour Mayr lui-même, *Sav. Stift.*, 26, p. 119, à propos de Cod., 8, 54, 1; p. 110 pour Cod., 3, 32, 8. D'autre part, il nie avec plus ou moins d'assurance la réalité de l'action dans Dig., 24, 1, 3; 39, 6, 30; 41, 1, 9, § 2; 6, 1, 5, § 3.

Et même au point de vue des principes du droit classique, Erman¹ a montré de façon ingénieuse comment l'action réelle de Justinien s'y rattache au moins formellement. Elle est un retour vers le droit de l'ordo judiciorum privatorum.

Dans la cognitio extra ordinem le magistrat, pour coarctare modis omnibus, coercere reum, ne respecte plus la séparation des effets des actions réelles et personnelles si tranchées dans la procédure formulaire. L'exemple le plus connu est celui de la missio in rem du fidéicommissaire². Ces résultats pratiques sont menacés par la restauration des études juridiques sous Justinien. Le droit des formules revit dans les écoles et avec lui la séparation des actions. Justinien combat ces tendances. Erman cite une constitution dans laquelle Justinien blâme les stulti iudices qui condamnent non pas à la chose même, à l'esclave dû, mais à son estimation sur une action personnelle³. Il considère aussi comme une subtilitas legum de distinguer entre le cas où une chose peut être réclamée par voie d'action personnelle et celui où elle peut être réclamée par voie d'action réelle quand cette dernière action aurait un intérêt pratique⁴. Mais pour annihiler les effets de ces scrupules juridiques, il se place sur leur terrain. Et son remède favori est d'accorder à côté de l'action personnelle une action réelle et hypothécaire. De la sorte, les types d'actions classiques sont formellement respectés dans leur individualité et les effets de droit de la procédure extraordinaire maintenus et même étendus⁵. Ces conciliations

¹ Erman, *Sav. Stift.*, 13, p. 223.

² Iehring, *Jahrb.*, 10, p. 517. La missio in rem du fidéicommissaire, dit Iehring, présente l'intérêt juridique de montrer l'obligation dans sa transition vers le droit réel. (*Gesam. Aufs.*, 2, p. 294; *Etudes complém.*, 8, p. 443.)

³ Cod., 7, 4, 17 : « Miramur quare iudex..... non omnimodo condemnationem in servum, sed in aestimationem ejus fecerat..... Unde si talis quaestio emerit, nullum..... iudicem ita esse stultum putamus, ut hujusmodi proferat condemnationem. » Et le principe général, Inst., 4, 6, 32 : « Curare..... debet iudex ut omnimodo..... certae..... rei sententiam ferat. »

⁴ Cod., 5, 12, 30, § 1, et Nov. 61. Cf. Demangeat, p. 104.

⁵ La missio in rem du fidéicommissaire est abolie par Justinien et remplacée par l'action réelle accordée de façon générale, ainsi que l'action hypothécaire, en

formelles qui bouleversent les principes du droit classique, tout en ayant l'air de les appliquer, sont bien dans le goût pédant, novateur et réaliste à la fois de Justinien et de son école.

Avec ces données, la lecture de la loi 30 et son commentaire deviennent plus faciles. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur l'origine des autres revendications utiles et sur leur interpolation, l'action réelle de la dot est bien une création de Justinien et c'est la plus importante de ses revendications utiles. La loi 30 en présente l'exposé le plus complet qui se trouve dans nos sources¹. Aussi c'est d'après ce modèle que Mancaleari a essayé de déterminer la nature générale de la vindicatio utilis.

Justinien invoque le droit naturel et l'oppose à deux reprises au droit civil². La dot qui, avant le mariage, était la propriété de la femme, est restée naturellement in dominio ejus. Mais ce droit naturel est contredit par le droit positif, par la subtilitas legum d'après laquelle la dot est passée dans le patrimoine du mari.

L'empereur aurait pu modifier le droit civil pour le rendre conforme au droit naturel. Il ne le fait pas, mais il veut que par l'une ou l'autre voie, de toute façon, la femme recouvre sa dot. En suivant les principes du droit civil, le mari étant propriétaire, il accorde à la femme une action hypothécaire sur les biens qui composent sa dot. Un an après seulement, il crée l'hypothèque qui porte sur tous les biens du mari. Quant au droit naturel, il

même temps que l'action personnelle à tous les legs et fidéicommis réunis dans une même institution; Cod., 6, 43, 1. — De même pour réclamer les biens d'église aliénés ou hypothéqués : « Vel ad ipsa corpora vel ad pretia eorum exactionem competere sive per in rem sive per conditionem sive per in factum actionem. » — Enfin la revendication utile est l'application la plus radicale de cette tendance, dans tous ses cas, pour ceux qui en font partout une création de l'empereur, dans ses cas les plus importants pour les autres.

¹ Mancaleari, p. 185, approuvé par Collinet, *Droit de Justinien*, p. 184.

² M. Collinet (*Droit de Justinien*, 1, p. 180) a montré que cette opposition est inspirée par la philosophie grecque et reproduit exactement la notion philosophique de la raison naturelle, φυσικὸς λόγος, opposée à la raison civile, πολιτικὸς λόγος, et il en fait le fondement général de toutes les revendications utiles dont il admet pour toutes l'interpolation.

lui sert à justifier non pas une réforme rendant la femme propriétaire jure civili ou opérant un retour ipso jure de la propriété, contraire par ailleurs au droit dotal et à ses règles non modifiées, mais plus simplement l'octroi des avantages de l'action réelle, la possibilité de s'en servir pour réclamer la dot. C'est l'action réelle utile¹. Après les essais infructueux tentés pour fondre en une seule action anormale les moyens accordés à la femme par la loi 30, l'opinion qui triomphe justement aujourd'hui reconnaît la dualité des actions². Et ceci seul correspond au sens littéral du texte qui prévoit distributivement et l'action réelle et l'action hypothécaire³.

C'est la même revendication utile que la Novelle 61 accorde à

¹ Un des plus récents parmi les auteurs qui ont étudié la revendication utile retombe dans les contradictions insolubles d'autrefois (Mayr, *Sav. Stift.*, 26, p. 104 et n. 2). Dans les quelques mots qu'il consacre à la loi 30, il semble vouloir continuer à lier l'octroi de l'action réelle au droit réel de propriété. Il est en face de ce dilemme : ou bien la femme est considérée comme étant toujours restée propriétaire, ou bien la propriété lui fait retour ipso jure à la dissolution du mariage. Il ne choisit pas nettement, mais semble préférer la première solution, quoique la seconde lui paraisse très conforme aux idées de Justinien. C'est la revendication ordinaire, la rei vindicatio directa qui est ouverte à la femme. Il faudrait pourtant choisir. Si le droit naturel se traduit dans le domaine des faits législatifs en rendant la femme propriétaire, le mari ne l'est plus. Et cela, par ailleurs, est contraire aux règles toujours en vigueur du droit dotal, peu conciliable avec le caractère de créancière hypothécaire de la femme. C'est donc la revendication utile qu'a la femme, et celle-ci, suivant l'opinion qui devient dominante depuis Iehring (Brezzo, p. 199 ; Mancaleoni, p. 101 ; Collinet, p. 184), sanctionne un droit personnel et tend à l'acquisition de la propriété. Pour qu'elle puisse reprendre plus sûrement sa dot, Justinien donne à la femme non pas le droit, mais l'action de propriété, in rem actio, quasi in rebus propriis.

² Contre les auteurs déjà cités, Löhr qui ne voyait dans la loi 30 qu'une action hypothécaire, Dernburg qu'une action réelle, Bechmann une action anormale réunissant ces deux caractères. Czylharz, *Dotalrecht*, p. 412, n. 2 ; Mancaleoni, p. 100, n. 2, et les auteurs cités par lui : Iehring, *Jahrb.*, 1, p. 127 ; Sintenis, *Pand.*, 1, § 58, n. 7 ; Unterholzner, *Verjährungslehre*, § 78 ; Kindervater, p. 359 ; Windscheid, *die Actio*, p. 217 ; Wangerow, 1, p. 900 ; Brezzo, p. 190. A ajouter : Mayr, p. 104, n. 1 ; Collinet, p. 181 ; Girard, *Manuel*, p. 979, n. 3.

³ Loi 30 : « Volumus itaque eam in rem actionem.... habere et hypothecariam.... possidere, ut, per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur. »

la femme pour réclamer sa donation propter nuptias. Les auteurs qui ont dressé des listes de plus en plus complètes des revendications utiles ont oublié celle-là¹. C'est pourtant l'application la plus importante après celle qui est faite à la dot. Il n'est pas douteux au surplus que ces deux actions soient de même nature. La femme n'est pas plus propriétaire de la donation propter nuptias que de la dot². Elle a un droit de créance que Justinien veut protéger par l'action in rem.

Ce droit de créance était déjà protégé par l'hypothèque tacite sur tous les biens du mari. Justinien le reconnaît dans la Nouvelle et proclame en même temps que cette protection est insuffisante. Il en donne deux raisons. La première est que le droit de la femme, même garanti par une hypothèque, pourra donner lieu à contestation. Le droit du tiers acquéreur est lui-même valable et la supériorité entre ces deux droits inconciliables sera réglée par leur date. Seulement il y a matière à procès. Si le bien est entre les mains d'un potens vir, d'un de ces puissants qui sont dans leur province au-dessus des lois, et qui refusera de rendre gorge, la femme ne trouvera pas de juge, ou du moins sa réclamation sera difficilement admise par un juge intimidé ou prévenu. La deuxième raison est que le tiers acquéreur a pu, de bon gré ou par des artifices, obtenir de la femme la renonciation à son hypothèque.

Le potens sera-t-il à son tour intimidé par la défense absolue d'aliéner ? Justinien l'espère. Et il peut ainsi satisfaire son esprit de symétrie en égalisant une fois de plus la condition de la dot et de la donation propter nuptias. C'est la troisième raison qu'il ne donne pas et sans doute la raison déterminante.

En créant l'action réelle, Justinien nous dit que quelques juges qui lui paraissent n'avoir pas eu tort avaient déjà accordé à la femme une action in rem pour réclamer la donation propter

¹ Bien que Windscheid, *Pand.*, § 508, n. 9, l'ait signalée.

² Nov. 61, ch. 1 : « Εἴ τις συγγράψει προγαμιαίαν δωρεάν. — Si quis antenuptialem donationem conscripserit. »

nuptias. Quels étaient ces juges? Étaient-ce des juges contemporains? Les restitutions entre époux sont assurées par tout un jeu d'actions réelles utiles¹. Quelques juges novateurs, plus audacieux, ont-ils pensé suivre l'esprit de la législation nouvelle et n'avoir pas besoin d'un texte législatif formel pour étendre à la donation propter nuptias cette action utile. Mais il semble plutôt que ce soient des juges d'une époque antérieure. Le texte dit que leur bonne tradition a été abandonnée, a été méprisée par ceux qui jugèrent après eux, par les générations postérieures de juges, on ne sait à la suite de quelle subtilité².

Ces paroles sont une confirmation précieuse de l'explication d'Erman. Le magistrat, statuant extra ordinem, assure, par des mesures équivalentes à l'action réelle, l'exécution de la donation propter nuptias. Il le fait d'autant plus facilement que la donation d'avant Justinien est tantôt promise, tantôt réalisée. Dans ce dernier cas la femme, étant propriétaire, a l'action réelle. Sous Justinien l'institution juridique importante c'est la promesse de donation. D'autre part, la renaissance des études juridiques restaure les principes du droit classique, et cette subtilité superflue, nous la connaissons bien. La femme n'étant pas propriétaire, n'a pas l'action réelle. C'est le retour à la procédure formulaire et à la séparation des actions. Justinien et Tribonien réagissent contre l'abandon par les stulti iudices de mesures qui leur paraissent excellentes en pratique et les rétablissent

¹ Restitution des dons faits aux fiancés, si le mariage n'a pas lieu (Cod., 5, 3, 15); restitution des choses données entre époux, malgré la loi (Cod., 5, 3, 1, § 5 a) ou même des choses achetées avec les deniers donnés (Dig., 24, 1, 55; Dig., 24, 1, 29, § 1 et 30) et restitution de la dot (Cod., 5, 12, 30).

² Nov. 61, ch. 1, § 1: Οὐδὲ γὰρ ἔδοξαν ἡμῖν ἀπὸ τρόπου πεποιημέναι τινὲς τῶν ἡμετέρων δικαστῶν, οἵπερ καὶ αὐτὴν τὴν in rem τὰς γυναῖξιν μετὰ τὴν τοῦ γάμου διάλυσιν ἐπὶ τῆς προγαμιαίας δεδώκασι δωρεᾶς ὅπερ ὀρθῶς ἐγγχειρισθὲν εἶτα ὑπὸ τῶν μετὰ ταῦτα δικαζόντων ὑπὸ περιττοτέρως δῆθεν τινός ἀκριβείας παρεώραται. — Schoell: Neque enim perperam fecisse quidam ex nostris iudicibus nobis visi sunt, qui quidem ipsam in rem actionem mulieribus post solum matrimonium in donatione ante nuptias dederunt; quod recte traditum ab iis qui postea iudicabant ex supervacanea nescio qua subtilitate spreum est. »

dans le domaine des formes traditionnelles en accordant à la fois l'action personnelle et l'action réelle.



Ce serait trop s'écarter du sujet de notre étude que de reprendre l'examen des principales caractéristiques de cette action réelle, de son domaine et de ses effets. Toutes les difficultés qu'elles soulèvent sont loin d'être résolues, surtout si l'on veut construire une théorie générale applicable à tous les cas de revendication utile¹. Il est un point cependant que je veux reprendre à nouveau. C'est d'ailleurs la question capitale², le problème le plus grave, le plus débattu et le plus pratique de l'institution³. L'objet sur lequel peut s'exercer l'action réelle doit-il se trouver dans le patrimoine de l'obligé? Si cet objet en est sorti par une aliénation régulière, l'action réelle ne pourra-t-elle pas s'exercer contre le tiers acquéreur légitime? Autrement dit, la revendication utile comporte-t-elle ou non le droit de suite?

Remarquons ici que la solution donnée à ce problème est sans influence sur l'immeuble dotal. Celui-ci, quelle que soit la conception que l'on ait de l'action, y sera soumis même entre

¹ Voir Iehring, *Jahrb. f. Dogm.*, 1, p. 158 et ss. (*Gesam. Aufs.*, 1, p. 96; *Etudes complémentaires*, 8, p. 52 ss., résumés par Mancaloni, p. 116, n. 1). Mancaloni a repris cet examen (p. 96 ss., résumé p. 124), dont M. Collinet présente les résultats de la façon suivante (p. 184): 1° l'élément commun à tous ces cas, c'est que le droit auquel on veut donner satisfaction n'est pas un droit réel, mais un droit personnel; 2° cependant la vindicatio utilis n'est pas une action personnelle, mais une action réelle; 3° elle se concrétise sur des choses singulièrement déterminées, objets de l'obligation ou sur des choses subrogées à cet objet; 4° elle tend à procurer à son titulaire la possession et la propriété, car le demandeur n'est pas propriétaire auparavant; 5° enfin elle ne peut s'exercer que sur les choses se trouvant dans le patrimoine de l'obligé ou aux mains de tiers acquéreurs non légitimes. C'est ce cinquième point dont je reprends l'examen au texte pour le contester. Un essai analogue, mais plus dubitatif, dans Mayr, *Sav. Stift.*, 26, p. 121 et ss.

² H. Krueger, *Sav. Stift.*, 12, p. 169.

³ Mancaloni, p. 119.

les mains du tiers acquéreur. Car c'est l'effet de la loi Julia que l'aliénation ne compte pas en ce qui concerne la femme. Tout le monde est d'accord. Le tiers acquéreur n'a pas contre elle un titre légitime. Nous pourrions donc, à n'envisager que l'immeuble dotal, laisser cette question de côté. Mais sa solution modifie trop profondément le concept de revendication utile pour que nous ne l'examinions pas.

Iehring est le premier à soulever la question. Avant lui, tous les auteurs, dans la mesure où ils étudiaient quelques-uns des cas de revendication utile, l'accordaient contre les tiers. L'idée qu'il n'y avait aucune différence à faire avec la revendication ordinaire apparaît comme incontestable, n'ayant pas besoin d'être démontrée¹. Mais Iehring, partant de cette idée juste et qu'il vient de découvrir que la revendication utile est donnée pour protéger un droit personnel, la pousse jusqu'à ses conséquences les plus extrêmes dans la logique des principes classiques. Et il considère la revendication utile comme une action personnelle, empruntant exceptionnellement certains de ses caractères à l'action réelle. L'objet de l'action a un caractère obligatoire, c'est une prestation que l'on réclame à une personne déterminée. L'action ne pourra être dirigée que contre le propriétaire, non contre le tiers propriétaire, ni même, d'après Iehring, contre le tiers possesseur². En partant de ce principe général, il ne lui est pas difficile de relever dans quelques-uns des cas des indices favorables à sa thèse et de les appliquer à tous les autres.

Il est inadmissible de ne voir qu'une action personnelle dans une action que les textes qualifient de façon formelle et répétée d'actio in rem³. Les auteurs suivants insistent justement sur le

¹ Iehring, *Iahrb.*, 1, p. 163; *Gesam. Aufs.*, 1, p. 100; *Etudes complémentaires*, 8, p. 54.

² Contre le tiers possesseur illégitime, ajoutent les auteurs récents : Arndts-Serafini, *Pandette*, § 411, n. 2; H. Krueger, *Sav. Stift.*, 12, p. 169; Mancaloni, p. 87; Collinet, p. 185, même contre le tiers possesseur légitime de mauvaise foi, dit Brezzo. Voir les diverses opinions, Mancaloni, p. 120, n. 3.

³ Cf. Mancaloni, p. 116; Mayr, 26, p. 122.

caractère de réalité de l'action. Mais la question reste posée pour eux. Malgré qu'ils aient donné des réponses très divergentes, la majorité, et parmi les plus récents, refuse le droit de suite.

En abordant l'examen du problème, nous ferons deux remarques générales. Une règle applicable à toutes les revendications utiles n'est formulée nulle part. Peut-on la déduire avec certitude de l'examen des cas particuliers? Cela paraît difficile et même impossible. Les cas de revendications utiles sont très disparates. Ils sont d'origine et d'importance très différentes. Pour ceux qui estiment qu'il en existait déjà avant Justinien s'ajoute la différence des temps. Ils sont sans doute dans le vrai les auteurs qui pensent que l'étendue de l'action dépend des circonstances du cas particulier¹. Ils expliquent cette diversité par la nature décrétale de l'action que le préteur ne donne que *cognita causa*. Pour ceux qui attribuent tous les cas à Justinien, cette opinion doit avoir une portée égale. L'interpolation qui a remplacé la *condictio* par l'action réelle n'a pas écarté toutes traces de la condition antérieure et celle-ci peut rester incompatible avec le droit de suite. Cette incompatibilité apparaît notamment dans la revendication accordée à l'ancien propriétaire de la table peinte contre le peintre². Elle existe aussi dans le texte qui parle des choses achetées par le mari avec les deniers donnés par sa femme³. Mais ceci demanderait à être examiné pour chaque cas particulier et l'on n'est pas fondé à appliquer un texte formel ou une déduction relatifs à l'un de ces cas, à ceux des autres qui ne sont pas de même origine.

¹ H. Krueger, *Sav. Stift.*, 12, p. 169; Erman, *Sav. Stift.*, 13, p. 214; Mayr, *Sav. Stift.*, 26, p. 123.

² Dig., 41, 1, 9, § 2 : « Conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dare. » Instit., 2, 78 : « at si tu possideas... » Iehring, *Iahrb.*, 1, p. 102; *Gesam. Aufs.*, 1, p. 102; *Etudes compl.*, 8, p. 58. Cf. Mayr, *Sav. Stift.*, 26, p. 123.

³ Dig., 2, 4, 1, 55 : « Res extant », la suite du texte paraît bien indiquer qu'elles doivent exister dans le patrimoine du mari. Car c'est la condition invoquée pour prouver son enrichissement. « Quid ex re mulieris possideat » ; Mancaloni, p. 107; cf. Mayr, p. 123.

Car cette remarque générale doit être corrigée par cette autre non moins générale. Si aucun texte n'est formel, ils parlent tous d'action réelle. Le droit de suite est un attribut essentiel de l'action réelle. Il est arbitraire d'amputer cette action de sa qualité la plus importante. Il ne faut donc pas, comme le fait Iehring, comme le font après lui les autres auteurs, moins logiques puisqu'ils admettent la réalité de l'action, accepter comme point de départ que le droit de suite est une chose anormale, condamnée par le silence des textes¹. Bien au contraire, la présomption est inverse. Puisqu'ils parlent d'action réelle, il faut les entendre, sauf preuve contraire, comme supposant le droit de suite.

Laissons donc les autres cas et étudions les actions réelles par lesquelles la femme réclame sa dot et sa donation propter nuptias. En ce qui concerne l'action de dot, le problème réside dans l'interprétation des mots de la loi 30 : « Si tamen extant ». Justinien a-t-il voulu dire que l'action atteindra les biens dotaux, s'ils existent encore, tant qu'ils n'auront pas disparu. Ou bien a-t-il voulu édicter cette importante restriction que l'action les atteindra seulement s'ils sont encore dans le patrimoine du mari²?

Ajouter dans le patrimoine du mari, c'est ajouter quelque chose au texte. Il faut donc prouver le bien-fondé de cette addi-

¹ Iehring, *Jahrb.*, p. 161; *Transport*, p. 54; H. Krueger, *Sav. Stift.*, 12, p. 169; Erman, 13, p. 214; Mancaloni, p. 119 ss.; Mayr, p. 123.

² S'ils existent encore en nature : Unterholzner, *Verjährungslehre*, 1, § 80; Schirmer, dazu Anmerk., 271 a; Buchholz, *Jurist. Abhandl.*, p. 181; Bechmann, 2, p. 470; Dernburg, *Pand.*, 3, § 20; Demangeat, *Fonds dotal*, p. 91. Dans le patrimoine du mari : Iehring, *Jahrb.*, 1, p. 165; *Gesam. Auf.*, 1, p. 102; *Transp. de la R.*, p. 58; Zimmern, *Gesch. d. röm. privat R.*, 1, p. 584; Puchta, *Erlang. Jahrb.*, 3, p. 42; Scheurl, *Krit. Vierteljahr.*, 11, 356; Baron, *Pand.*, § 343; Wangerow, *Pand.*, 1, p. 403; Arndts, *Pand.*, § 411, n. 2; Windscheid, *Pand.*, 3, § 503, n. 7; Czylharz, *Dotalrecht*, p. 413; Gide, *Du caractère de la dot*, p. 357, n. 2; Brezzo, *Revind.*, p. 202; Solazzi, *Restituzione della dote*, p. 447; Longo, *dell' Actio rei uxoriae*, p. 57; Mancaloni, p. 101. Une solution moyenne, mais sans fondement dans les textes de Sintenis (*Pand.*, 1, p. 528), que Windscheid approuve avec réserves (*die Actio*, p. 217; *Pand.*, § 503, n. 7), donnerait l'action in rem contre les tiers quand le mari est devenu insolvable.

tion. Un premier argument ne nous touche guère. On dit qu'il faut admettre le sens le plus restrictif sous peine de faire dire à l'empereur une chose si triviale, si évidente, que sa phrase n'a plus de sens raisonnable¹. Mais cette absurdité est-elle si certaine? Est-on obligé de croire que Justinien a voulu ex professo exposer que l'action réelle subira une grave restriction du fait qu'elle ne s'applique pas aux choses qui ont péri? La suite de la pensée est peut-être moins naïve. Ce qu'elle veut mettre en relief, c'est la portée très générale de l'action qui atteindra toutes les choses de la dot, mobilières, immobilières, estimées, inestimées, pourvu qu'elles existent encore. C'est bien plutôt un renforcement de la pensée qu'une restriction qui est contenu dans ce petit membre de phrase. Il ne me paraît même pas nécessaire d'invoquer, pour l'excuser, le style vague et diffus de la Chancellerie impériale².

Un second argument ne nous paraît pas davantage convaincant. On réunit les textes qui parlent de res extantes, on en cherche le sens pour l'étendre à la loi 30³. Mais les deux sens se

¹ Par exemple, Windscheid, Czylharz, Mancaloni.

² Bechmann, 2, p. 470.

³ *Dig.*, 24, 1, 55 (Paul) : « Uxor marito suo pecuniam donavit : maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit : solvendo non est et res extant... : Videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris res comparata exstet... Non enim quærimus quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. » — *Dig.*, 24, 3, 50 (Scaevola) : « Aestimatis rebus in dotem datis pactum intercessit, ut, ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsae res restituerentur habita ratione augmenti et deminutionis viri boni arbitrato, quae vero non exstarent, ab initio aestimatio earum; quaesitum est, cum res quaedam quas maritus vendiderat exstarent, an secundum pactum et haec ad mulierem pertinerent. Respondi res quae exstant, si neque volente neque ratum habente muliere venissent, perinde reddendas, atque si nulla aestimatio intervenisset. » — *Cod.*, 5, 9, 6, § 11 : « Extantes autem praedictas res, si non fuerint alienatae sive consumptae vel suppositae. » — *Cod.*, 8, 17, 12, § 5. C'est la constitution de 531 par laquelle Justinien donne un privilège à l'hypothèque créée par la loi unique. Il la justifie ainsi : « Cum enim in personalibus actionibus secundum quod diximus tali privilegio utebatur res uxoria, quapropter non et in hypothecam hoc mulieri et nunc indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex his aliae comparatae non extent, sed quocumque modo vel dissipatae vel consumptae sunt, si tamen re ipsa fuerint parti mariti datae? »

trouvent dans ces textes. Il y en a deux au Digeste. Dans le premier, cette expression désigne les choses que le mari possède encore, qu'il a dans son patrimoine. Mais dans le second, c'est l'existence matérielle des objets qui est visée après qu'ils sont sortis par une vente du patrimoine du mari. Même double sens dans les deux constitutions du Code. Pour l'une, ce sont les choses qui n'ont pas été aliénées, consommées ou engagées. Pour l'autre, ce sont celles qui n'ont pas été dissipées ou consommées. D'excellents auteurs ont poussé à ce point l'esprit de système qu'ils veulent entendre *dissipatae* dans le sens d'*alienatae*¹. Aliénation n'est pourtant point synonyme de dissipation ! Et il est évident, d'autre part, que ces *res dissipatae vel consumptae* sont celles que la femme ne peut plus retrouver, qui sont définitivement perdues pour elle, bien qu'elles les aient fournies au mari. Or ce n'est pas le cas des choses aliénées. Elles sont toujours soumises et tout le monde l'admet, à l'hypothèque de la loi 30, de la loi unique et au privilège de la loi 12. Le droit de suite de l'hypothèque, sinon de l'action réelle, pourra les atteindre. Elles ne sont pas *deperditae*. Ces comparaisons n'apportent pas de preuve. Le procédé est lui-même contestable puisqu'il s'agit de choses différentes. Elles prouvent seulement que les deux sens sont possibles et qu'il faut trouver dans la suite de la loi, dans l'institution elle-même, de quoi préciser. Cela est-il impossible, comme le dit Windscheid ? Je ne le pense pas.

Il est étonnant que les auteurs n'aient pas attaché plus d'importance à un argument fourni par Bechmann et qui me semble décisif². Si l'on veut bien lire la loi 30 on s'apercevra qu'il est impossible de donner une portée différente à l'action réelle et à l'hypothèque qui y sont créées. L'incidente, si *tamen extant*, quel que soit le sens qu'on lui donne, s'applique nécessairement aux deux. Tous les auteurs admettent actuellement qu'il s'agit

¹ Windscheid, § 503, n. 7; Czycharz, p. 413; Gide, p. 537, n. 2; Contra Bechmann, 2, p. 470, p. 471, n. 1.

² Bechmann, 2, 471, n. 1.

bien d'une hypothèque ordinaire. Elle comporte donc le droit de suite. Mancaloni fait même remarquer que c'est l'utilité propre de l'action hypothécaire de pouvoir être exercée dans le cas où l'action réelle ne peut plus atteindre le bien dotal¹. Mais comment la même phrase pourrait-elle avoir deux sens opposés et comporter à la fois le droit de suite de l'action hypothécaire et l'absence de ce droit dans l'action réelle ?

Mancaloni observe que l'action réelle sans droit de suite sera éteinte non seulement par les aliénations totales, mais par les aliénations partielles et les charges réelles pesant sur la chose². Parmi ces charges, il faut évidemment compter les hypothèques. Mais la loi 30 écarte formellement cette conséquence. La première phrase dit que sur les choses dotales, si *tamen extant*, la femme, dans sa revendication, sera préférée aux créanciers hypothécaires du mari même antérieurs. Faudra-t-il dire, comme certains auteurs, que l'action réelle pourra s'exercer contre les créanciers hypothécaires et non pas contre les tiers acquéreurs ? La loi ne nomme, en effet, que le créancier hypothécaire. Mais pour quelle raison accepter, contre le principe admis, une partie du droit de suite et non pas l'autre, alors qu'on l'accepte tout entier dans l'action hypothécaire ? Et comment faire entrer cette différence dans l'explication de *si tamen extant* ?

La preuve décisive du droit de suite nous est fournie par la Nouvelle 61. On conviendra que si l'action réelle de la donation *propter nuptias* comporte ce droit, il n'y a pas de bonnes raisons de le refuser à l'action réelle de la dot. Le chapitre premier

¹ Mancaloni, p. 100 et n. 3. S'il y a quelque différence dans la portée des actions réelle et hypothécaire de la loi 30, elle est en faveur de l'action réelle. Car avant le privilège de la loi 12, Cod., S, 17, l'hypothèque ne prenant rang que du jour du mariage, la femme aurait pu être primée sur ses propres biens par une hypothèque générale antérieure. Avec l'action réelle qui prime toute hypothèque, elle n'a pas à craindre ce danger tant que la chose dotale existe en nature. Avantages de l'action réelle, Mancaloni, p. 121, n. 2, et la bibliographie ; Mayr, *Sav. Stjft.*, 26, p. 124.

² Mancaloni, p. 121, n. 1.

nous dit l'utilité de l'action. Elle est spécialement destinée à garantir la femme contre le danger qu'elle court de ne pas retrouver dans les biens du mari les choses de la donation propter nuptias parce qu'elles ont été aliénées ou hypothéquées. Pour qu'elle puisse les reprendre, les juges d'autrefois lui avaient, à bon droit, accordé l'action réelle et Justinien la lui concède de nouveau.

Ainsi nous admettons pour la dot et la donation propter nuptias que la revendication n'atteint pas seulement les choses qui sont encore dans le patrimoine du mari. Elle atteindra aussi les biens qui en sont valablement et définitivement sortis par aliénation ou hypothèque. Car la revendication utile comporte l'attribut qui est bien la principale utilité de toute revendication, à savoir le droit de suite¹.

Mais si l'on permet à la femme de revendiquer les biens aliénés par son mari, ne retire-t-on pas à celui-ci son droit de disposition? Beaucoup plus que le souci d'interpréter exactement la loi 30, c'est cette raison de fond qui détermine les auteurs à écarter le droit de suite². C'est, disent-ils, créer une prohibition légale d'aliéner dont la loi ne parle pas, alors que, d'autre part, des textes nombreux supposent que le mari, propriétaire, a conservé son droit de disposer. La prohibition légale d'aliéner ne porte que sur les immeubles depuis la loi Julia. Que devient la distinction entre ces diverses catégories de biens?

¹ Il est enfin complètement arbitraire de dire comme Brezzo (p. 202) que, les mots si tamen extant ayant été employés dans les deux sens, on peut les comprendre dans le sens le plus étendu pour les res immobiles et dans le sens restrictif pour les res mobiles seu se moventes. Passe encore dans deux textes, mais dans le même, comment les mêmes mots pourraient-ils avoir à la fois deux sens? Pourquoi les immeubles qui ne sont pas dotaux (immeubles estimés) seraient-ils traités de façon différente des meubles? La différence de condition provient non de la loi 30, mais de la loi Julia. Quant à la question de savoir si les meubles seront effectivement atteints par l'action réelle ou hypothécaire (Dig., 20, 1, 34), c'est une question commune à toute action réelle directe ou utile qui dépend de la condition des meubles, non du droit de suite.

² Iehring, *Jahrb.*, 1, p. 161; *Transport de la Revend.*, p. 54; Mancaleari, p. 119, p. 121.

Il y a dans cette argumentation une confusion et un oubli. On oublie l'hypothèque. L'action réelle ne crée ni plus ni moins que l'hypothèque de prohibition légale d'aliéner si, comme on l'admet, la femme ne devient pas propriétaire ipso jure à la dissolution du mariage, mais acquiert l'exercice de la revendication. L'aliénation est parfaitement valable, le tiers acquéreur est devenu propriétaire légitime, mais il est éventuellement soumis au droit de suite de l'action réelle et de l'action hypothécaire.

Mais pour apprécier la portée véritable des actions de la femme, il faut rappeler ici une question laissée dans l'ombre par les auteurs récents, mal résolue par d'autres. C'est la question du consentement que la femme peut donner aux aliénations du mari. Sans ce consentement, il est évident que l'hypothèque et l'action réelle rendraient pratiquement illusoire le pouvoir théorique de disposition du mari. Nous étudions le consentement à la fin de ce travail. Nous verrons que, quoi qu'on en ait dit, la femme peut donner son consentement aux aliénations et aux hypothèques du mari. Elle peut renoncer à son action réelle et à son action hypothécaire. Dans ce cas, l'aliénation, déjà valable à l'égard du mari, est validée même en ce qui la concerne.

Il est bien vrai, par contre, que la loi 30 place toutes les choses dotales dans une situation semblable à celle créée pour les immeubles par la loi Julia, bien qu'elle ait été exprimée juridiquement de façon différente. Cela est encore plus exact dans notre système qui n'admet pas la nullité absolue de l'aliénation. Nous verrons que Justinien s'en est rendu compte. C'est ce qui fait le mieux comprendre la série des mesures prises dans la loi unique et dans la Nouvelle 61. En 529, les immeubles dotaux peuvent échapper eux aussi aux actions réelle et hypothécaire du consentement de la femme. La loi unique de 530 ne permet plus à la femme de consentir à cette aliénation. Elle renforce la loi Julia pour rétablir une différence au profit des immeubles. Comme cette défense absolue n'est pas pratique, la Nouvelle 61 la modère. Mais une différence de condition entre les immeubles et les autres choses de la dot continue à subsister.

La fin de la loi 30 ne peut être expliquée de façon naturelle et pleinement satisfaisante que dans notre hypothèse¹. Pour ceux qui pensent qu'une aliénation écarte l'action réelle, l'usucapion courue contre le mari produira nécessairement le même effet. Mancaloni est obligé de distinguer entre l'usucapion déjà accomplie qu'on pourra opposer à la femme parce que res non extant, et la prescription en cours². Pour celle-ci, les délais recommenceront à courir contre l'action réelle de la femme à dater du jour où elle pourra l'exercer. Cela est logique, mais complètement arbitraire. La loi ne souffle mot de cette distinction. De même que l'aliénation directe fera sortir le bien du patrimoine du mari, l'aliénation indirecte, usucapion, prescription, toutes les exceptiones temporales, auront le même effet. Mais ni l'une ni l'autre ne seront opposables à l'action en revendication de la femme qui repose, comme nous l'avons vu, sur le droit naturel contraire au droit civil. Contre ce droit naturel, on ne pourra prescrire qu'à partir du moment où il pourra s'exercer. La prescription qui, par ailleurs, est en tout celle qui court contre le mari, est suspendue en ce qui concerne la femme jusqu'au jour où elle pourra exercer ses actions.

Nous arrivons à la partie la plus faible de notre démonstration, celle où l'absence de sources ne nous permet que des con-

¹ Cod., 5, 12, 30, § 2 : « Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta sive per decem, sive per viginti annorum curricula seu per triginta vel quadraginta annorum metas sive ex alio quocumque tempore majore vel minore introducta, ea mulieribus ex eo opponatur, ex quo possint actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis ex quo hoc eis infortunium illatum esse claruerit, cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere jam nostra lege humanitatis intuitu definitum est : ficti divortii falsa simulatione in hujusmodi causa quam nostra lex amplexa est stirpitus eruanda. »

² Mancaloni, p. 101. Cf. les explications de Czylharz, *Dotalrecht*, p. 422, et de Bechmann, 2, p. 486; Windscheid, § 503 *in fine*.

jectures. C'est pourtant un point capital puisqu'il ne s'agit de rien moins que de la sanction de la loi Julia pendant la période classique.

Nous venons d'examiner les moyens réels que Justinien met en surabondance à la disposition de la femme pour reprendre sa dot. La femme les a de son propre chef et ils servent de sanction suffisante à la défense d'aliéner. Mais, dans le droit classique, la femme n'a qu'une action personnelle contre le mari, action rei uxoriae, action ex stipulatu. Si le fonds dotal est valablement aliéné en ce qui concerne le mari, s'il est sorti de son patrimoine, comment la femme qui n'est ni propriétaire, ni créancière hypothécaire pourra-t-elle atteindre le tiers acquéreur?

Les textes du Digeste ne nous fournissent aucune réponse. Nous avons vu deux fragments très généraux et très vagues. Dans l'un, Papinien dit que la femme fait annuler la vente¹. Dans l'autre, Ulpien observe que l'on prêtera à l'héritier de la femme le même secours qui était prêté à celle-ci².

Nous avons déjà fait remarquer que ces deux textes, les seuls où il est fait allusion à la sanction de la loi Julia, mettaient en jeu l'action de la femme, de la femme seule et non du mari. Du premier nous n'avons pas grand chose à dire sinon que sa teneur n'est pas très favorable à la nullité absolue, à une nullité dont la conséquence serait purement et simplement l'ouverture de la revendication au mari propriétaire. Mais peut-être ne convient-il pas de s'attacher par trop à la rédaction d'une incidente. Du second, on a voulu tirer davantage à cause du mot *auxilium*. Ulpien ne modifie d'ailleurs en rien, dans ce texte, les règles ordinaires qui n'accordent pas l'action rei uxoriae à l'héritier de la femme. Quand le mariage se dissout par la mort

¹ Dig., 31, 1, 77, § 5 : « Si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faceret. »

² Dig., 23, 5, 13, § 3 : « Heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur. »

³ Ulpien, *Regul.*, 6, 4, 5.

de la femme, la dot adventice reste au mari, la dot profectice revient au père s'il est vivant. Le mariage étant dissous du vivant de la femme, si celle-ci meurt avant d'avoir mis en demeure le mari ou son héritier, l'héritier de la femme n'aura pas droit davantage à la dot¹. C'est donc pour le cas où le mari était en demeure, où l'héritier a droit à l'action rei uxoriae qu'on lui fournira le même secours. Le mot auxilium amène les auteurs modernes à conjecturer qu'il s'agit d'un moyen prétorien². Ils pensent voir ici une allusion à la revendication utile ou fictive que la femme aurait du chef de son mari.

A la vérité, cette allusion serait bien vague et bien peu sûre³. Je pense que ce terme s'explique plus simplement. Ulpien, traitant de la loi Julia de adulteriis, était arrivé au chapitre défendant l'aliénation du fonds dotal et il dit simplement que le secours de la loi Julia, l'auxilium legis Juliae, est accordé à l'héritier comme à la femme. Rien n'est plus clair dans notre conception de la loi Julia. Et c'est le sens que lui attribue le jurisconsulte du temps de Justinien dont une scolie nous est conservée sous ce texte⁴ dans les Basiliques.

La raison du silence du titre *de fundo dotali* se trouve dans les innovations de Justinien⁵, dans cette action réelle de la loi 30, dans cette action hypothécaire de la loi unique qui rendent superflus les moyens du droit classique. Mais ce silence nous réduit à des conjectures.

L'une de ces conjectures consiste à donner à la femme la

¹ Ulpien, *Fragm.*, 6, 7; *Vatic. Frag.*, § 95 et 112; adde le cas où le mari a tué sa femme d'après Proculus; *Dig.*, 24, 3, 10, § 1.

² Iehring, *Jahrb.*, 10, p. 546; *Gesam. Aufg.*, 2, p. 320, n. 182 a; *Etudes complém.*, 8, p. 468, n. 187; Czylharz, *Z. f. c. R. u. P.*, 22, p. 437; *Dotalrecht*, p. 205, 206; Demangeat, *Fonds dotal*, p. 333, 385; Gide, *Caractère de la dot*, p. 533; Cuq, *Manuel*, p. 181.

³ Bechmann, *Dotalrecht*, 2, p. 460.

⁴ Heimbach, *Bas.*, 3, p. 489: « Καὶ τῷ κληρονόμῳ γὰρ τῆς γυναικὸς τὴν αὐτῆν δίδωσιν ὁ Ἰούλιος νόμος βεβήθειαν, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ τγ'. διγ. θεμ. γ'. ψησί. Nam etiam heredi mulieris idem auxilium lex Julia tribuit, ut dicit Ulpianus in dig. 13 them. 3. »

⁵ Bechmann, 2, p. 460; p. 484.

revendication. C'est la conjecture de Cujas et c'est sa revendication rescisoire¹. Mais comme son explication est très incidente et qu'il ne distingue pas le droit classique du droit de Justinien, nous n'avons pas à nous y appesantir. Elle sert de point de départ à l'explication plus étendue de Bachofen². Bachofen est un des rares auteurs qui repoussent la revendication du mari. Il donne alors la revendication à la femme. Il la construit au moyen d'une fiction « nécessitée par l'esprit du droit de cette époque ». Cette fiction lui paraît devoir être la suivante: « Rescissa alienatione quasi jus alienandi mariti non fuerit », usitée dans des cas analogues³. Il l'accorde à la femme non seulement à la dissolution du mariage, mais même pendant le mariage. Cela résulte, d'après lui, du but de la loi Julia et de ce que les deux fragments cités, en particulier le fragment 13, § 3, ne limitent en aucune façon le droit de la femme.

Est-il nécessaire de faire remarquer que cette revendication pendant le mariage est tout à fait inadmissible? On ne peut pas davantage admettre que la femme ait de son chef la revendication à la dissolution du mariage, même avec une fiction. Car elle n'est pas propriétaire, elle n'est que créancière de sa dot. Un peu plus loin⁴, à propos de l'hypothèque, Bachofen est obligé d'admettre que c'est le mari et non plus la femme qui peut revendiquer le bien hypothéqué. Que devient sa construction?

La conjecture qui rallie tous les suffrages des historiens modernes est étayée sur la nullité absolue de l'aliénation. Il faut même voir, dans son caractère simple et satisfaisant, la raison principale pour laquelle ils ont accepté cette dernière conception sans la soumettre à une nouvelle critique. La nullité étant

¹ Cujas, in lib. 1 Papin., *de adult.*, ad l. 13, *de fundo dotali*, Naples, 4, p. 1147, C. « Vindicatio rescissoria alienationis. » Cf. in lib. Inst., 2, 8, Naples, 1, p. 90.

² Bachofen, *Ausg. Lehren*, p. 107 ss.

³ *Dig.*, 4, 4, 13, § 1, *de minor.*

⁴ Bachofen, p. 116.

absolue, le mari a conservé la revendication. S'il ne l'a pas exercée durant le mariage, la femme l'exercera à la dissolution à titre de revendication cédée. Le mari devra lui en faire cession lorsqu'elle exercera l'action rei uxoriae. S'il ne le veut pas ou ne le peut pas, le prêteur n'accordera pas moins à la femme la revendication du mari à titre de revendication utile ou fictive¹. C'est le moyen prétorien, l'*auxilium* prévu par le fragment 13.

Si satisfaisante que soit cette conjecture, on peut cependant lui faire quelques objections. D'abord elle est entièrement gratuite. Elle n'a pas l'ombre d'un commencement de preuve dans les sources. Et si l'on peut concevoir que l'action réelle et l'action hypothécaire de Justinien aient motivé la disparition des textes qui parlaient d'un autre moyen moins effectif que la femme avait de son chef, on comprend beaucoup moins bien comment elles auraient pu amener la suppression systématique des textes traitant de la revendication du mari, car cette revendication est tout à fait différente.

On peut en outre objecter que cette revendication même fictive ou cédée, accordée à la femme, n'est pas conforme à la nature de son droit. L'objet de la restitution que le mari est obligé de faire c'est la dot. La dot forme une universalité juridique susceptible de se modifier, de s'accroître ou de diminuer². Le titre qui traite de cette restitution parle de *reddere*, *solvere dotem*³. Mais la femme n'est que créancière de sa dot. L'action rei uxoriae est une action personnelle. Ce n'est même pas une action arbitraire. Quelques-uns des auteurs qui ont tenté la reconstitution de l'action rei uxoriae lui ont donné une formule *arbitraria*⁴. On a contesté ce caractère avec raison et il

¹ Aux auteurs cités, p. 98, n. 2, ajouter encore, par exemple : Brandis, *Z. f. C. R. u. P.*, 7, p. 191; Bechmann, *Dotalrecht*, 2, p. 460; Accarias, *Précis de droit romain*, 1, § 314; Regnault, *Inaliénabilité*, p. 56; Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 977, n. 2.

² Bechmann, 2, p. 178 ss.

³ Dig., 24, 3, *Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*.

⁴ Dernburg, *Gesch. u. Theorie d. Compensation*, Heidelberg, 1868; Rudorff, *Edict. perpet.*, § 120, p. 126; Czylharz, *Dotalrecht*, p. 364.

n'est pas accepté par les auteurs les plus récents¹. L'action rei uxoriae n'est pas dans la liste des *Institutes*² des actions arbitraires. Elle n'est qualifiée ainsi nulle part dans les textes. Le fait que la femme est admise au *jusjurandum in litem*³ n'est pas probant, car il n'y a pas que les actions arbitraires dont le montant soit déterminé par le serment du demandeur⁴. On ne peut pas davantage invoquer l'*arbitrium* du juge et les termes des *Institutes*⁵. Car il ne serait pas plus vrai de dire que toutes les actions arbitraires sont in bonum et aequum conceptae que de dire que toutes les actions in bonum et aequum conceptae sont arbitraires. Enfin, Bechmann a fourni un argument décisif⁶. L'action ex stipulatu n'est pas arbitraire. Comme Justinien a conservé, en la modifiant peut-être, cette distinction des actions, il n'aurait pas manqué de noter dans la loi unique cette différence dans sa comparaison entre l'action rei uxoriae et l'action ex stipulatu. Comme il ne l'a pas fait, il s'ensuit avec certitude qu'elle n'existait pas⁷.

Mais puisque l'action rei uxoriae n'est pas arbitraire, elle aboutira nécessairement dans le droit classique, non pas à la restitution des objets composant in specie la dot, mais à la condamnation à leur valeur⁸. Ou plus exactement, puisque c'est une action in bonum et aequum concepta, à la partie de cette

¹ Bechmann, 2, p. 324; Lenel, *Edict. perpet.* (2^e édit. allemande), § 113, p. 295; en ce sens, Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 1039, n. 1; May, *Mélanges Girard*, 2, p. 160.

² Inst., 4, 6, 31.

³ Dig., 24, 3, 25, § 1.

⁴ Dig., 12, 3, 9; 25, 2, 8, § 1, 10; Girard, *Manuel*, 6^e édit., p. 1039, n. 1.

⁵ Cic. *de off.*, 3, 15; *Topic.*, c. 17, in *arbitrio rei uxoriae*; Dig., 24, 3, 24, § 6. A comparer aux *Institutes*, 4, 6, § 31 : « In his enim actionibus permittitur judici ex bono et aequo aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. » En ce sens, May, *Mélanges Girard*, 2, p. 160, n. 2.

⁶ Bechmann, 2, p. 324.

⁷ May, *Mélanges Girard*, 2, p. 151 ss., conjecture que tous les *judicia bonae fidei* contenaient une formule arbitraire.

⁸ Gaius, *Inst.*, 4, 48; Esmein, *N. R. H.*, 17, p. 170 ss., montre même que l'objet de la créance était au début une somme d'argent, qu'elle ne devint que plus tard créance de corps certains.

valeur que le juge considérera *aequius et melius* de faire restituer. Cette condamnation pécuniaire incertaine explique bien des particularités du droit classique. Elle explique, par exemple, le système des *retentiones* qui rentrent dans l'*aequius melius* arbitré par le juge. Elle explique l'usage fréquent de la dot estimée. Elle explique enfin, au point de vue qui nous intéresse, pourquoi la femme était si facilement remplie de son droit quand elle recevait non pas sa dot, mais un équivalent, legs ou autre chose, et pourquoi l'aliénation du fonds dotal était si souvent et si facilement confirmée. Mais tout ceci est très loin de marquer une préoccupation quelconque du législateur d'assurer à la femme la reprise des objets eux-mêmes composant sa dot. Et, à ce point de vue, il n'y a aucune différence, tant qu'ils sont entre les mains du mari, entre le fonds dotal et les autres res dotales. Cette préoccupation se manifeste dans le droit de Justinien par la création de l'action réelle de la loi 30. Elle a été provoquée par la modification des règles de la procédure. Dans la procédure extraordinaire, l'action *rei uxoriae* aboutissait sans aucun doute à la restitution des objets *in specie* de la dot, chaque fois que cela était possible. Seuls les *stulti iudices* auraient voulu revenir à la condamnation pécuniaire. Justinien a précisément créé l'action réelle pour les en empêcher. Mais la condamnation pécuniaire était la conséquence inévitable des règles de l'*ordo judiciorum privatorum*.

La défense d'aliéner de la loi Julia est une garantie de cette créance. Ce serait une anomalie assez singulière qu'elle fût sanctionnée par une revendication accordée à la femme. Si le mari avait conservé le fonds dotal, la femme n'aurait contre lui qu'une action personnelle. Pourquoi aurait-elle contre le tiers acquéreur une action réelle? Sans doute cette action aboutira, elle aussi, à une condamnation pécuniaire si elle va jusqu'à la condamnation. Mais enfin elle est arbitraire et elle protège l'intérêt qu'a le titulaire d'un droit réel à reprendre sa propre chose dans la mesure où le droit classique protège cet intérêt. Pourquoi la femme aurait-elle cette protection contre le tiers acquéreur, alors qu'elle n'y a aucun droit contre le mari?

Nous poserons donc en principe que la loi Julia a dû accorder à la femme une protection conforme à la nature de son droit, c'est-à-dire une action personnelle contre le tiers acquéreur ou contre le tiers détenteur du fonds dotal. L'aliénation ne lui est pas opposable. Elle exercera donc contre le tiers, qui détient un bien qui pour elle fait toujours partie de sa dot, une action de même efficacité que son action contre le mari. Il est à peine besoin de faire remarquer que le caractère personnel de cette action n'empêchera pas la femme d'atteindre tout tiers détenteur pas plus que le caractère personnel de l'action *quod metus causa*, de l'action Paulienne et, d'une façon générale, des actions *ad exhibendum* n'empêche de les exercer contre les tiers détenteurs¹.

Quelle est cette action? On pourrait songer tout d'abord à une action spéciale créée par la loi Julia en même temps que la défense, une *actio legis Juliae*. Mais nous n'en avons aucune trace, et comment Justinien, dans ses nombreuses et importantes constitutions consacrées aux actions de la dot, n'y aurait-il pas fait allusion?

On pourrait encore songer à une *condictio*². Les conditions en paraissent réunies. Le fonds dotal se trouve sans cause entre les mains du tiers acquéreur à l'égard de la femme. Il est enrichi à ses dépens. D'autre part, l'action réelle utile de Justinien est venue, dans beaucoup de cas, renforcer ou remplacer une *condictio*. Néanmoins, nous écarterons cette suggestion. Malgré le domaine très étendu des *condictiones*, elles ne sont pas fondées par le fait seul qu'il y a enrichissement injuste³. Rien dans le silence des textes ne nous autorise à prétendre que la femme en avait une. Elle se heurte à la même objection que la revendication, quoique moins fortement. L'action contre le mari est

¹ Girard, p. 437.

² Pour une autre hypothèse, un témoignage de Marcien atteste que la loi Julia *de adulteriis* avait accordé une *condictio ex lege* (Dig., 48, 5, 29). Cf. Girard, p. 623, n. 1.

³ Girard, p. 634.

une action ex æquo et bono, la *condictio* une action de droit strict. Elles ne suivent pas les mêmes règles, notamment par la *condictio* la femme n'aurait droit qu'à l'enrichissement du tiers acquéreur, tandis qu'elle doit avoir la valeur du fonds dotal.

Pourquoi ne serait-ce pas tout simplement l'action *rei uxoriae* que la loi Julia aurait donnée à la femme contre le tiers acquéreur, avec son *privilegium inter personales actiones*? Il n'y a pas d'objection de principe contre cette solution, la nature de l'action *rei uxoriae* s'y prête au contraire très bien. Elle est normalement dirigée contre celui qui a reçu la dot, le mari, son *paterfamilias*¹, ou, le cas échéant, leurs héritiers. A la mort du père, le fils, devenu *sui juris*, doit supporter les charges du mariage. Mais ce n'est pas par une conséquence nécessaire des règles de la dotalité que la dot lui reviendra. Le principe, au contraire, est que la dot est acquise aux héritiers du père comme ses autres biens². Le droit classique corrige ce que les règles des successions ont ici de contraire à l'équité. Le fils, héritier du père, pour partie prend la dot par préciput à l'aide de l'action *familiae erciscundae*³. L'action *rei uxoriae* sera exercée contre lui pour le tout et non contre les cohéritiers pour leur part héréditaire. Le fait qu'il touche la dot a bien libéré les cohéritiers. Il n'aura pas à leur fournir la caution *defensum iri*⁴.

Si le mari n'est pas héritier, il n'a pas droit à la dot⁵. Mais Paul et Ulpien lui reconnaissent, pour les mêmes motifs d'équité, un droit de préciput par l'actio utilis *familiae erciscundae*⁶. Ce préciput a encore pour effet que l'action *rei uxoriae*

¹ Dig., 24, 3, 22, § 12; 25 pr., § 3; 38; 44, pr.; Cod., 5, 18, 2; 9; 10; Dig., 15, 1, 36; 38, § 1; 52, § 1.

² Bechmann, 2, p. 278 ss.; Czylharz, *Dotalrecht*, p. 321 ss.

³ Dig., 35, 2, 85; 10, 2, 20, § 2; 33, 4, 1, § 9; 7, § 3.

⁴ Bechmann, 2, p. 281; Czylharz, p. 323. L'argument principal est tiré à contrario de la loi unique, § 10 (Cod., 5, 13), où Justinien dit, dans la comparaison de l'action *rei uxoriae* et de l'action *ex stipulatu*, que contre cette action, le mari doit la caution.

⁵ Dig., 33, 4, 13; 1, § 10; 24, 3, 31, § 3.

⁶ Ulpien, Dig., 33, 4, 1, § 9: « Nihilominus maritus dotis persecutionem habebit, sive heres institutus esset, familiae herciscundae iudicio, sive non,

sera exercée contre le mari. Les cohéritiers seront libérés et il ne semble pas que le mari leur doive la caution *defensum iri*¹. En définitive, l'action *rei uxoriae* paraît être considérée comme devant être intentée plutôt contre celui qui détient la dot à la dissolution du mariage que contre celui qui l'a reçue et ses héritiers.

L'action *rei uxoriae*, d'après l'opinion dominante et qui paraît la meilleure, ne prend pas naissance avant la dissolution du mariage². Elle n'est pas fondée en tout cas sur un rapport contractuel entre celui qui a reçu la dot et celui qui l'a constituée. Son fondement est tout autre. Dans le brillant essai dans lequel il a tenté d'en expliquer la nature, Esmein a montré qu'elle était au début une action prétorienne comme toutes les actions *in bonum et aequum conceptae*³. Peut-être est-ce la loi Julia qui en a fait une action civile⁴. Il a réuni les arguments

utili actione », avec la fiction de la qualité d'héritier, dit Bechmann (p. 290), par conséquent avec l'action utile *familiae erciscundae*, avec la fiction de la qualité de légataire, dit moins bien Czylharz (p. 329), avec une action utile *legatorum*, en vertu de laquelle le mari devrait la caution, ce qui ne paraît pas conforme à Paul, Dig., 10, 2, 46: « Si maritus sub condicione a patre heres institutus sit, interim uxoris de dote actionem pendere. Plane si post mortem soceri divortium factum sit, quamvis pendente condicione institutionis dicendum est praeceptioni dotis locum esse, quia mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. Igitur et dotem praecipere debet qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit: et ita Scaevola quoque nostro visum est. »

¹ A cause de la fiction d'héritier. Depuis Justinien, il la doit par extension des règles de l'action *ex stipulatu* (Cod., 5, 13, 1, § 10). Dans le cas où le mari n'a pas été institué héritier, mais où le père lui a légué la dot, les principes du droit ancien ont été moins modifiés. La dot détermine le montant du legs, mais la situation dotale ne sera pas changée. Le legs est soumis à la Falcidie, l'action *rei uxoriae* est dirigée contre les héritiers. Le mari est seulement *defensor* et doit leur donner caution au moment où il reçoit la dot. (Dig., 33, 4, 1, § 10.) Mais si l'héritier a négligé de lui faire prêter cette caution et s'il est insolvable, on donne à la femme contre le mari une action utile. (Dig., 33, 4, 7, § 5.)

² Bechmann, 1, p. 150-194; Czylharz, p. 213; Karlowa, *Rechtsg.*, 2, p. 219; Girard, p. 973. Contra Scheurl, *Krit. Vierteljahr.*, 6, p. 31; Brinz, *Lehrb.*, 2, p. 1265; Puchta, *Pand.*, § 420; Cuq., p. 185, n. 1.

³ Esmein, La nature originelle de l'action *rei uxoriae*, *N. R. H.*, 1893, p. 152, 164; Girard, p. 969, n. 4.

⁴ Cuq., *Manuel*, p. 184.

qui tendent à prouver son caractère originel d'action pénale. Ainsi s'expliquent quelques-unes des particularités les plus notables de cette action. Le délit qu'elle réprimait était l'injustum repudium de la part du mari. Son domaine s'étendit au cas de prédécès du mari et l'idée de peine disparaît. Peut-être n'était-ce pas la même action prétorienne dans l'une et l'autre hypothèse. Il reste, dans le droit classique, des traces de cette dualité d'origine¹. Elle conserve en tout cas, des étapes de sa formation, une plus grande souplesse qui rend plausible son extension au tiers détenteur.

Enfin il est possible de fortifier cette conjecture par un commencement de preuve. Les extraits des juristes classiques qui traitent du fonds dotal sont réunis au Digeste dans un titre spécial². Dans la loi Julia de adulteriis, la défense d'aliéner formait le chapitre final comme on peut le voir dans les commentaires de Paul et d'Ulpian³. Mais dans les commentaires généraux, commentaires sur l'édit, Digestes, recueils de questions et de responsa d'où sont tirés les extraits qui forment le titre *de fundo dotali*, les dispositions relatives à la dispense d'aliéner occupent une place traditionnelle au milieu des textes relatifs à la restitution de la dot, *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, au milieu des textes qui traitent de l'action *rei uxoriae*⁴. C'est la place où l'édit traitait du fonds dotal aliéné et des moyens mis en œuvre pour le réclamer. Ces moyens nous ne les connaissons plus, car l'action réelle et l'action hypothécaire de Justinien, plus efficaces, les ont rendus inutiles. Mais il est peu vraisemblable qu'ils aient été soit une

¹ Esmein, p. 169.

² Dig., 23, 5, *de fundo dotali*.

³ Dig., 23, 5, 2, 6, 13. *Ulpianus, libro quinto de adulteriis*; Lenel, *Palin-genesie*, 2, p. 939; Dig., 23, 5, 14, *Paulus libro tertio de adulteriis*; Lenel, *Palin-genesie*, 1, p. 953.

⁴ Par exemple : Paul, *libro 36 ad edictum* (Dig., 23, 5, 1, 3); Lenel, *Palin-genesie*, 1, p. 1042; Gaius, *lib. 11 ad ed.* (Dig., 23, 5, 4); Lenel, 1, 218; Julien, *lib. 16 Digestorum* (Dig., 23, 5, 7); Lenel, 1, 362; Paul, *lib. 5 quaestionum* (Dig., 23, 5, 10); Lenel, 1, 1198; Africain, *lib. 8 quaestionum* (Dig., 23, 5, 9, 11); Lenel, 1, 29.

revendication, soit même une action de droit strict. Car ce ne serait pas à cette place que l'édit en aurait parlé, au milieu des actions de bonne foi. Justinien lui aussi a conservé cette place traditionnelle. Ce n'est pas dans la loi 30, en créant l'action réelle, qu'il parle de la défense d'aliéner. Mais c'est dans la loi unique, après avoir traité de l'action *rei uxoriae*. Nous savons que cette défense doit être considérée comme une garantie accordée à l'action *rei uxoriae*. Ne peut-elle pas être considérée comme sanctionnée par l'action *rei uxoriae* elle-même?

Ce n'est qu'une conjecture. Mais l'opinion générale qui admet la revendication est, elle aussi, fondée sur une conjecture, sans soutien dans les textes, plus gratuite que la nôtre. Et, par ailleurs, les raisons qui nous ont amené à repousser la revendication du mari conservent leur force indépendante.

IV

Il nous reste enfin, pour mettre au point les résultats acquis dans cette étude, à examiner le consentement que la femme peut donner à l'aliénation du mari. Nous avons envisagé jusqu'ici l'hypothèse où c'est le mari qui aliène seul. L'assentiment de la femme écarte l'effet de la défense d'aliéner. Les modifications que Justinien fait subir à la loi Julia, dans la loi unique et dans la Nouvelle 61, portent sur la possibilité de ce consentement, puis sur ses modalités et ses effets limités. L'action réelle de la loi 30, l'action hypothécaire de la loi unique posent la question de ce consentement, non seulement pour l'aliénation de l'immeuble dotal, mais pour tout acte de disposition sur l'ensemble du patrimoine du mari.

La loi Julia défend au mari d'aliéner le fonds dotal sans l'assentiment de la femme, *invita uxore* ou *muliere*, nous disent

Paul dans ses Sentences, Gaius et Justinien dans leurs Institutes¹. Justinien, dans la loi unique, dit, sans le consentement de la femme, non consentiente uxore². Il faut en conclure que le consentement fait tomber la défense, rend l'aliénation valable.

Le consentement de la femme dans la théorie de la nullité absolue est d'une nature et produit des effets bien singuliers³. Ce n'est pas la moindre singularité de cette conception. Seul, le mari est incapable de transférer la propriété du fonds dotal, à ce point incapable qu'il n'a pas à tenir compte de ses actes, qu'il peut revendiquer. Le consentement de la femme valide ce transfert. Il produit un effet analogue à l'auctoritas du tuteur. Et par qui est donnée cette auctoritas? Par quelqu'un qui n'est pas propriétaire, qui ne peut avoir aucun droit de puissance ou de tutelle, par quelqu'un qui est lui-même un incapable. La femme sui juris était encore en tutelle à l'époque d'Auguste, alieni juris, elle est sous la puissance de son père et même sous l'autorité de son mari. Car une conventio in manum est une hypothèse qu'on peut encore envisager en 738. Le seul consentement qui est demandé est pourtant celui de la femme. Le consentement du père n'est ni nécessaire ni décisif⁴. Voilà donc la validité d'une aliénation qui dépend de l'autorisation d'un incapable. Cela paraît bien contraire aux principes généraux de la capacité et aux règles des aliénations.

Dans le système de Bechmann et de Czylharz, il y a une autre anomalie. Peu importe, on l'admet, que le consentement de la femme soit donné au moment de l'aliénation ou après. Pourtant, si l'on veut appliquer leur théorie, l'effet sera très différent. Si le consentement est contemporain de l'aliénation, l'aliénation est valable. S'il est postérieur, elle sera confirmée.

¹ Paul, *Sentences*, 2, 21 b, § 2; Gaius, *Inst.*, 2, 62; Just., *Inst.*, 2, 8.

² Cod., 5, 13, 1, § 15.

³ Cug., *Manuel*, p. 181; May, *Éléments de droit romain*, § 173.

⁴ Dig., 23, 5, 12, § 1; cf. Czylharz, *Z. f. C. R. u. P.*, 22, p. 105, n. 3; *Dotalrecht*, p. 196, n. 3; Bachofen, *Ausg. Lehren*, p. 96.

Mais la confirmation, d'après ces auteurs, n'efface pas la nullité absolue. Elle donne seulement une exception et met l'acquéreur in causa usucapiendi¹. Cette conséquence, si elle est logique, paraît bien arbitraire.

Dans notre système, le consentement est d'une nature toute différente et s'explique beaucoup mieux. La loi Julia accorde à la femme une garantie, une action contre le tiers acquéreur. En consentant à l'aliénation, la femme renonce au bénéfice de la loi Julia, à la garantie spéciale accordée à son action rei uxoriae².

Il est tout à fait conforme au langage des textes d'interpréter ce consentement comme une renonciation. D'après les sources, le créancier hypothécaire qui renonce à son rang au profit d'un créancier plus éloigné consent à l'hypothèque³. L'usufruitier ou le créancier hypothécaire qui renonce à son usufruit ou à son hypothèque sur un esclave pour permettre au propriétaire de l'affranchir, consent à l'affranchissement⁴. Il ne s'agit pas d'une coopération à l'acte juridique d'autrui. C'est une renonciation qui rend possible cet acte, mais qui en est indépendante⁵. Elle a son caractère juridique propre et n'est pas soumise aux mêmes règles de capacité.

Ces règles sont celles de l'action rei uxoriae. La renonciation suit donc un droit anormal, mais c'est le droit exceptionnel de

¹ Czylharz, *Dotalrecht*, p. 207; Bechmann, 2, p. 458.

² C'est bien ainsi que l'interprètent les historiens modernes (cf. Girard, p. 971, May, *Éléments*, § 173). Il y a pourtant quelque chose de plus qu'une renonciation dans la validation d'un acte absolument nul.

³ Dig., 50, 17, 158; Gaius, *libro 26 ad edictum provinciale* : « Creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit. » Cf. Dig., 20, 6, 4, § 1.

⁴ Dig., 40, 2, 2, *Ulpianus libro 18 ad Sabinum* : « Si minor sit annis viginti fructuarius, an consentire libertati possit? et puto consentiendo ad libertatem perducere. » Dig., 40, 2, 4, § 2 : « Minor viginti annis dominus nec communem quidem servum sine consilio recte manumittit. *Paulus notat* : sed si pignori obligatum sibi minor viginti annis manumitti patiatur, recte manumittitur, quia non tamen manumittere is quam non impedire manumittentem intellegitur. »

⁵ Iehring, *Iahrb.*, 1, p. 303; *Gesam. Aufs.*, 1, p. 147; *Études complém.*, 1, 10, p. 105.

l'action rei uxoriae, de cette action in bonum et aequum concepta¹. Elle appartient à la femme. L'action et la condamnation sont acquises à la fille seule si elle sort de la puissance paternelle avant que tout soit définitivement réglé². Si elle est en puissance, par une dérogation au principe qui attribue au père toutes les acquisitions faites par les membres de la famille, celui-ci ne pourra pas exercer l'action rei uxoriae sans le consentement de sa fille. Il agit adjuncta filiae persona³. La défense d'aliéner est une garantie accordée spécialement à la femme pour cette action. Il dépend d'elle d'y renoncer.

On a rapproché ce consentement de l'intercession. Justinien lui-même l'a fait dans la Nouvelle 61 en décidant que le consentement de la femme, à la manière des intercessions⁴, devait être renouvelé au bout de deux ans et serait valable si elle trouvait dans les autres biens du mari de quoi la remplir de son droit. On sait que les glossateurs en ont pris texte pour insérer l'Authentique *Sive a me* au titre du Sénatus-Consulte Velléien et que des auteurs, assimilant le consentement à l'intercession, ont prétendu que la Nouvelle 61 avait été abrogée par la Nouvelle 134 qui défend toute intercession de la femme au profit du mari. Mais il n'y a là qu'une ressemblance extérieure et Cujas a protesté avec raison contre une assimilation fondée sur elle⁵.

Un autre rapprochement que font les auteurs modernes est beaucoup plus important. Justinien, dans la loi unique, nous dit que la loi Julia faisait une différence entre l'aliénation proprement dite et la constitution d'hypothèque, différence qu'il trouve

¹ Esmein (*N. R. H.*, 17, p. 161) montre les points de comparaison avec l'action injuriarum accordée au fils de famille qui est in bonum et aequum concepta. Le rapprochement est fait dans les sources, Dig., 3, 3, 8 pr.

² Dig., 24, 3, 31, § 2; 42 pr.; 66, § 2; Dig., 48, 20, 10, § 1.

³ Ulpian, *Reg.*, 66; Paul, Dig., 24, 3, 3. Cf. Cuq, p. 186.

⁴ Nov., 61: « Ὡςπερ ἐπὶ τῶν intercessionων ἐγράψαμεν. — Quammodum de intercessionibus scripsimus. »

⁵ Cujas, *Expos. Nov.*, Naples, 2, p. 514.

injustifiable. La première seule est possible avec le consentement de la femme, la seconde, au contraire, est interdite même avec ce consentement¹. Les auteurs modernes considèrent que cette rigueur particulière provient non de la loi Julia, mais de la combinaison de la loi Julia avec la prohibition faite aux femmes d'intercéder². Ce consentement est une intercession.

Il ne manque pas d'objections à faire à ce rapprochement. L'intercession est une autre institution que la défense d'aliéner. Chacune a été créée par des lois différentes³, dans un but et avec des règles qui ne sont pas les mêmes. Le but de l'intercession a été sans doute de protéger la femme comme la défense d'aliéner, mais aussi peut-être de restreindre son influence en lui défendant d'accomplir un officium virile⁴. L'intercession est un engagement de la personne ou des biens au profit d'un tiers. La femme n'est pas propriétaire du fonds dotal et n'engage pas sa personne. Son consentement est une simple renonciation, non pas même à un droit, elle aura toujours son action rei uxoriae contre le mari pour la valeur du fonds hypothéqué, mais à la garantie accessoire de ce droit. La femme peut renoncer à une hypothèque, ce n'est pas une intercession⁵. A plus forte raison, cette renonciation n'en sera pas une. L'intercession suit des règles particulières. Il faudrait admettre que le

¹ Cod., 5, 13, 1, § 15: « Et cum lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat. »

² Bechmann, 2, p. 456; Demangeat, *Fonds dotal*, p. 216; Accarias, *Précis de droit romain*, 1, p. 314; Girard, p. 971.

³ La défense d'intercéder a été créée par des édits d'Auguste et de Claude (Ulpian, Dig., 16, 1, 2, pr.) et consacrée par le Sénatus-Consulte Velléien en l'an 46 sous Claude.

⁴ Girard, p. 800.

⁵ Dig., 16, 1, 8, *Ulpianus libro 29 ad edictum*: « Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen Julianus libro duodecimo digestorum scribit redditionem pignoris, si creditrix mulierem, quam pignori acceperat, debitori libera vit, non esse intercessionem. » Code, 4, 29, 21 (*Lex Anastasiana*): « Jubemus licere mulieribus et pro uno contractu vel certis contractibus, seu pro una vel certis personis seu rebus juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renuntiare. »

consentement à l'hypothèque serait valable s'il n'entre pas dans une catégorie d'intercession défendue, si l'hypothèque est prise dans l'intérêt de la femme, si elle a consenti sans esprit de retour, si l'acquéreur ne connaissait pas la qualité dotale du fonds, si la femme a commis un dol contre lui¹. Enfin l'effet de la défense d'intercéder n'est pas la nullité radicale de l'acte. De toutes ces différences, Justinien ne dit rien. Il se contente d'affirmer que la loi Julia qui permet l'aliénation défend l'hypothèque. Son témoignage n'est peut-être pas opérant pour établir que c'est la loi Julia elle-même qui a édicté cette prohibition plus forte. Mais on peut l'invoquer pour soutenir que la défense d'hypothéquer suivait les règles de la loi Julia comme la défense d'aliéner, sauf la différence du consentement et non pas les règles de l'intercession.

On peut expliquer, sans recourir à l'intercession, la différence de traitement entre ces deux consentements. C'est la loi Julia elle-même qui a permis à la femme de consentir à l'aliénation. Cela résulte du témoignage unanime des auteurs. Au contraire, la défense de consentir à une hypothèque n'a pas dû figurer dans la loi. Justinien, il est vrai, le dit, mais son témoignage n'a pas grande importance au point de vue historique². Gaius et Paul n'envisagent que la prohibition générale d'aliéner. Et une bonne raison pour laquelle la loi Julia ne parlait pas de l'hypothèque, c'est que l'action quasi-servienne n'était pas encore créée, le droit prétorien d'hypothèque pas encore constitué. Il paraît être du milieu du premier siècle de l'Empire. Labéon l'ignore, semble-t-il, tandis que Cassius l'a connu³. C'est donc par une interprétation doctrinale que l'application de la loi Julia a été étendue à ce nouveau droit. La défense d'aliéner comporte la défense d'hypothéquer, car l'hypothèque est une aliénation partielle. Il se peut que les jurisconsultes, dans

¹ Demangeat, *Fonds dotal*, p. 216; Girard, p. 971, n. 3.

² Girard, p. 971, n. 1 et n. 2.

³ Dig., 13, 7, 3, et Dig., 13, 7, 18, 3. Cf. Girard, p. 783, n. 4, 5 et 6.

l'aggravation de cette défense, aient été influencés par les règles de l'intercession d'après lesquelles la femme peut aliéner un de ses biens pour payer la dette d'autrui, tandis qu'elle ne peut pas l'hypothéquer. Mais il n'est pas nécessaire qu'ils aient considéré son consentement comme une intercession. Car ils trouvent dans le droit dotal d'autres règles suffisant à l'interdire. Ce sont les règles sur les *pacta dotalia*. On sait que les pactes dotaux, c'est-à-dire les conventions par lesquelles on modifie l'obligation dotale et les conditions de la restitution, ne sont pas laissés entièrement libres à la volonté des parties¹. Sont défendus les pactes qui rendent plus mauvaise la situation de la femme, *mulieris conditio paciscundo deterior fieri non potest*². Que le fondement de cette règle soit simplement l'équité³, équité qui sert aussi de fondement à l'action dotale *in bonum et aequum concepta*, ou qu'il faille encore y ajouter un autre facteur, l'intérêt public à la conservation de la dot à la femme⁴, on verra sans difficulté que le consentement de la femme peut rentrer dans la catégorie des pactes défendus. L'application de la règle à l'aliénation est arrêtée par une disposition positive de la loi Julia. Mais l'interprétation doctrinale, laissée libre par le silence de la loi, l'étend au droit nouveau d'hypothèque.

*
**

Les réformes de Justinien donnent au consentement de la femme une importance plus grande encore que dans le droit classique. Il devient nécessaire pour tout acte de disposition du mari. Car l'action réelle et l'action hypothécaire de la loi 30

¹ Dig., 23, 4, 12, § 1 (Paul) : « Ex pactis conventis, quae ante nuptias vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, alia ad jus pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. »

² Dig., 23, 4, 14, 17, 29; Dig., 4, 4, 48, § 2; *Frag. Vat.*, § 120.

³ Bechmann, 2, p. 380, 383.

⁴ Cylharz, p. 432.

permettent à la femme d'atteindre le tiers acquéreur de tout objet dotal et non plus seulement du fonds, l'action hypothécaire de la loi unique lui permet d'atteindre l'acquéreur d'un objet quelconque du patrimoine du mari.

Ce sont aussi ces réformes qui expliquent le renforcement de la loi Julia, la suppression de la liberté du consentement. Nous allons voir ici le rapport qu'il y a entre la loi Julia, la loi unique, § 15, et la Nouvelle 61.

En créant en 529 l'action réelle, en 530 l'action hypothécaire, Justinien met toute la dot, puis tout le patrimoine du mari dans une situation absolument analogue, sous une forme différente, à la situation du fonds dotal sous l'empire de la loi Julia. Dans notre système, la défense d'aliéner et l'action même personnelle qui en résulte contre le tiers acquéreur, donnent à la femme, sur le fonds dotal, une garantie aboutissant aux mêmes résultats pratiques qu'une hypothèque qui prendrait rang au moment de la constitution du fonds en dot. Et il faut voir sans doute dans la loi Julia un premier essai pour atteindre, au profit de la femme mariée, le but économique rempli postérieurement par l'hypothèque au profit de tous les créanciers. L'antériorité de la loi Julia explique son existence. Mais après la loi unique disparaît la situation spéciale faite à l'immeuble dotal parmi les autres biens du mari. Car l'hypothèque générale, qui porte sur tous ses biens, empêche le mari de les aliéner sans le consentement de la femme. Justinien s'en rend compte et il le dit dans un passage du § 15 que l'on a jugé obscur et même incompréhensible faute d'apprécier à ses justes limites le caractère de l'inaliénabilité dotale: « Cum autem hypothecam etiam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit. » Justinien dit en propres termes que sa création nouvelle fait double emploi avec la loi Julia puisque, par l'hypothèque, la femme a un remède suffisant si le mari voulait aliéner. Et il donne le motif pour lequel il aggrave la loi Julia. Il veut lui conserver une valeur propre. Pour que la femme ne puisse pas diminuer par son consente-

ment *ses hypothèques*, il lui interdit de consentir à l'aliénation du fonds dotal. Ainsi la loi Julia sera perfectionnée et l'immeuble dotal conserve une situation particulière¹.

Vouloir interdire d'une manière absolue l'aliénation d'un immeuble dotal est une utopie qui se heurte à de grands inconvénients pratiques². Les législations qui ont connu cette règle ont toujours cherché et réussi à la tourner par des expédients plus ou moins incommodes³. Justinien s'en rend compte. Sept ans après la loi unique, en 537, il a l'occasion de revenir sur ce point et il atténue la rigueur de sa décision première. Il rétablit la possibilité de consentir à l'aliénation du fonds dotal. Mais il soumet ce consentement à certaines modalités et ne lui fait produire que des effets limités. C'est en cela que la Nouvelle 61 modifie le droit dotal. Le consentement qui a été donné au moment de l'aliénation doit être renouvelé au bout de deux ans

¹ Cod., 5, 13, 1, 15 : « Et cum lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat, interrogati sumus, si oportet hujusmodi sanctionem non super Italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere. Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi. Cum autem hypothecam etiam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit. Sed ne ex consensu mulieris hypothecae ejus minuantur, necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecae titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam. »

² Dernburg, *Pand.*, 3, 4, § 18, en note.

³ On sait que le droit canonique a pratiquement tourné cette prohibition absolue en validant le consentement fait sous serment (ch. 28, X de *jurejurando*). Tous les auteurs que nous avons cités connaissent cette validation. Le droit romain allemand *actuel* permet l'aliénation par autorité de justice (Glück, 25, p. 420). Beaucoup d'auteurs disent que le droit romain n'est pas reçu sur ce point en Allemagne et que l'aliénation est valable avec le consentement de la femme (Glück, cité). Bien que nous nous limitons volontairement dans cette étude à la pure discussion doctrinale du droit romain, nous ne pouvons pas ne pas rappeler ici le célèbre article de la coutume de Toulouse qui permet d'aliéner le fonds dotal avec le consentement de la femme (art. 109, édit. Tardif., p. 48). Notre jurisprudence française aujourd'hui essaie de remédier aux inconvénients de l'inaliénabilité absolue par une interprétation extensive des cas déterminés où l'aliénation est permise avec autorisation de justice (Planiol, 3, § 1564; Colin et Capitant, 3, p. 317 ss.).

suivant la règle que Justinien a établie en matière d'intercession¹. La femme pourra ainsi se raviser et ne pas céder, comme au premier moment, à la crainte ou aux manœuvres de son mari. Du reste, ce consentement ne produira d'effet que si le mari est par ailleurs solvable. Si ses autres biens ne sont pas suffisants pour satisfaire à la part de la dot et de la donation propter nuptias que la femme doit toucher, l'aliénation reste nulle quel que soit le nombre de fois que le consentement ait été donné².

L'effet de ce consentement est, en définitive, de donner au tiers acquéreur un bénéfice de discussion. Poursuivi par l'action réelle ou l'action hypothécaire, en vertu de la défense d'aliéner, il pourra demander d'abord la discussion des biens du mari. Il sera tenu de parfaire ce que le mari ne peut pas payer. Et peut-être cette situation est-elle assez semblable à celle du tiers acquéreur de l'époque classique en dehors du consentement. On conçoit assez mal que le prêteur ait pu prononcer contre le

¹ Cod., 4, 29, 22, 23.

² Nov., 61, ch. 1: « Συναίνεσις γὰρ ἐπὶ τῶν τοιούτων ἢ εἰς ὑποθήκην ἢ εἰς ὄνησιν ἢ εἰς ἄλλην ἐκποίησιν γεγραμμένη τὸν λαμβάνοντα παντελῶς οὐκ ἂν ὀνήσειεν, εἰ προσάπαξ τὰ τῆς συναίνεσεως γένοιτο· ἀλλ' ὥσπερ ἐπὶ τῶν intercessionῶν ἐγράψαμεν τὸ δεῖν διετούς ὕστερον χρόνου παριόντος αὐθις ἐτέραν ὁμολογίαν γράφειν βεβαιούσαν τὴν συναίνεσιν καὶ τότε κύριον εἶναι τὸ γινόμενον, οὕτω κἀνταῦθα γινέσθω. . . . πλὴν οὐδὲ τοῦτο ἀπλῶς δίδομεν, ἀλλὰ τηρικαῦτα τὴν γυναῖκα ὑπὸ τὴν ἐκ τῆς δευτέρας συναίνεσεως ἄγομεν ζημίαν, ἥνικα ἔστιν ἕτερα πρᾶγματα, ἐξ ὧν δυνατὸν αὐτῇ τὸ ἱκανὸν γενέσθαι τοῦ περιεχομένου τῆ προγαμιαία δωρεᾶ πρᾶγματος ἢ πραγμάτων ἀκινήτων ὑφ' ἐτέρου κατεχομένων διὰ τὸν τῆς ἐκποιήσεως ἢ ὑποθήκης τρόπον. — Schoell: Consensus enim de ejusmodi rebus vel in hypothecam vel in emptionem vel in aliam alienationem scripto consignatus eum qui acceperit omnino non juvabit, si semel tantum consensus datus sit. Sed quemadmodum de intercessionibus scripsimus, biennio inde transacto rursus aliam professionem scribendam esse quae consensus confirmet, ac tum ratum esse quod factum sit, itaque hic quoque fiat.... Quamquam ne hoc quidem simpliciter concedimus, sed tum demum mulierem damno quod ex secundo consensu oritur subicimus, cum aliae res praesto sunt, ex quibus ei satisfieri possit pro re vel rebus immobilibus quae continentur in donatione ante nuptias, si per alienationis vel obligationis modum ab alio detinentur. »

tiers une condamnation pécuniaire à l'aequius et melius avant de prononcer la condamnation du mari dans les limites de ses forces. La dette, réduite par le bénéfice de compétence, est rétablie par la garantie de la loi Julia. Sous Justinien il faut en outre, pour produire cet effet, que la femme ait consenti deux fois. Un principe nouveau s'est fait jour grâce à la transformation des actions, l'idée de conserver à la femme le bien dotal in specie. Le consentement implique la renonciation de la femme à cette conservation. Mais il n'implique pas la renonciation au montant total de l'action de dot. Et Justinien estime qu'il est juste de lui conserver, malgré elle au besoin, la garantie accessoire du fonds dotal au cas où le mari n'est pas solvable.

L'action réelle, puis l'action hypothécaire créée par Justinien donnent à la femme un droit de suite et un droit de préférence sur tous les objets dotaux, puis sur tout le patrimoine du mari. La femme peut-elle y renoncer? Le pouvoir d'aliéner du mari est réduit par ses actions sur tous ses biens d'une façon analogue à la réduction de cette potestas alienandi sur le fonds dotal dans le droit classique. La femme pourra-t-elle, ici aussi, lui rendre son plein pouvoir par son consentement?

Les auteurs qui ont étudié l'action réelle utile n'ont pas envisagé cette question. Ils ont préféré l'écarter en refusant le droit de suite à l'action utile, sans s'apercevoir que l'action hypothécaire la posait de la même façon et rétablissait l'indisponibilité qu'ils voulaient écarter. La plupart des historiens de la dot ont pensé qu'il allait de soi que ce consentement était impossible. C'est l'opinion de Bechmann et de Czylharz¹. Les autres l'ont passé sous silence. Très peu ont essayé de le justifier².

¹ Bechmann, 2, p. 482; Czylharz, p. 425.

² Keller, *Pand.*, p. 747; Dernburg, *Pfandr.*, 1, p. 392.

D'après ces deux auteurs, l'impossibilité résulterait de la défense de faire des pactes dotaux qui rendraient la condition de la femme plus mauvaise. Il est incontestable que, d'après les jurisconsultes classiques, les pactes dotaux ne sont pas entièrement libres, qu'ils en défendent un certain nombre d'après ce motif général que la *causa dotis* ou *mulieris deterior fieri non potest* par des conventions pendant le mariage. Ce motif est tiré de l'équité, d'après Bechmann, de l'équité et de l'intérêt public qu'il y a à ce que la femme conserve sa dot, d'après Czylharz. Il est incontestable aussi que la renonciation à son hypothèque et à son action réelle rend plus mauvaise la situation de la femme.

Mais parce que ce motif peut être applicable à cette renonciation, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il s'y applique en fait. En ce qui concerne l'intérêt public, nous avons vu qu'on l'avait invoqué souvent à tort. Il n'empêche pas que la femme puisse renoncer, dans le droit classique, au bénéfice de la loi Julia pour qui cet intérêt est spécialement invoqué. En ce qui concerne l'équité, c'est un principe commode, mais nécessairement très vague. Le préteur et les jurisconsultes n'ont pas cessé d'en tirer des conséquences très précises. Mais ils font du droit nouveau qui est loin de se déduire en logique pure du principe posé. Ce droit nouveau résulte d'une réglementation positive. Nous avons rattaché l'impossibilité de consentir à l'hypothèque du fonds dotal à l'interdiction, au nom de l'équité, de certains pactes dotaux, mais cette impossibilité est un fait formellement attesté qu'il fallait expliquer. Il s'agit donc de savoir si la législation de Justinien admet ou repousse la possibilité de la renonciation.

Il me paraît qu'elle l'admet expressément. En 529, l'action réelle, par ses conséquences, amoindrit la *potestas alienandi* du mari sur toute la dot, comme la loi Julia l'avait fait sur le fonds dotal. Mais celle-ci n'étant pas modifiée, la femme reste libre de consentir à l'aliénation de ce fonds. A plus forte raison restera-t-elle libre de consentir à l'aliénation des autres res dotales moins importantes.

Ce n'est qu'une déduction. Voici qui est plus positif. En 530, l'action hypothécaire étend cette indisponibilité de fait à tout le patrimoine du mari. La loi Julia est aggravée par la défense du consentement à l'aliénation, ce qui est bien une preuve que jusque-là ce consentement produisait son effet. De la sorte, dit Justinien, la femme ne pourra diminuer par son consentement ses hypothèques, c'est-à-dire très évidemment les sûretés qu'elle tire et de la loi Julia et de l'action réelle et de la nouvelle action hypothécaire. Mais il ajoute expressément qu'elle conservera son droit intact seulement sur le fonds dotal proprement dit, sur le fonds donné en dot inestimé. Le reste du patrimoine du mari, ses propres biens, les choses dotales mobilières ou estimées sont soumis au droit commun. Ce droit commun, c'est la liberté de la renonciation, car la *Lex Anastasiana* a décidé que la renonciation à une hypothèque garantissant une de ses créances n'est pas pour la femme une intercession et reste permise¹.

Il est exact que la *Lex Anastasiana* visait l'hypothèque conventionnelle et ne pouvait pas prévoir l'hypothèque légale de 530². Mais il est inadmissible d'en conclure qu'elle ne peut s'y appliquer³. Car l'application est faite par Justinien lui-même. Si l'on veut bien relire tout ce § 15 de la loi unique, rien n'est plus clair que la suite de la pensée de l'empereur. Il a créé l'hypothèque légale. Il constate que le fonds dotal sera suffisamment protégé par elle sans la loi Julia. Pour conserver à celle-ci une valeur propre, il abroge la faculté du consentement. Puis il précise. Le consentement n'est interdit que pour

¹ Cod., 5, 13, 15 c : « Licet enim Anastasiana lex de consentientibus mulieribus vel suo juri renuntiantibus loquitur, tamen eam intellegi oportet in res mariti vel dotis quidem, aestimatas autem, in quibus dominium et periculum mariti est : in fundo autem inaeestimato, qui et dotalis proprie nuncupatur, maneat jus intactum, ex lege quidem Julia imperfectum, ex nostra autem auctoritate plenum atque in omnibus terris effusum et non tantum Italicis et sola hypotheca conclusum. »

² Bechmann, 2, p. 456, n. 2.

³ Czylharz, p. 425, cité n. 11 a.

l'aliénation du fonds dotal. Les autres choses du mari restent sous l'empire du droit que constate la Lex Anastasiana, et c'est la liberté de la renonciation. Dire après cela que Justinien n'a pensé qu'à l'hypothèque conventionnelle, c'est abuser un peu de la liberté d'interpréter à sa guise les constitutions de Justinien. Cette liberté, il est vrai, nous avons vu à chaque tournant de cette étude qu'on l'a prise sous le prétexte commode que le style de la Chancellerie byzantine est vague et diffus. En définitive, la liberté de la renonciation n'est abolie d'abord, puis rétablie, limitée que pour le fonds dotal. Pour le reste de la dot et de la fortune du mari, elle subsiste entière. Et ainsi s'atténue en pratique le reproche traditionnel adressé à Justinien d'avoir ruiné le crédit des hommes mariés par les garanties qu'il accorde à la femme. Ce reproche, c'est à ses interprètes occidentaux qu'il faut l'adresser. C'est eux qui ont aggravé ses réformes en y appliquant un principe des jurisconsultes classiques qui était sans doute applicable, mais qu'en fait l'empereur n'avait pas appliqué.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
I. — Applicabilité de la Novelle 61 au fonds dotal.....	7
La Novelle 61 dans le droit byzantin.....	7
La Novelle 61 depuis les glossateurs.....	15
II. — Effets de l'aliénation du fonds dotal à l'égard du mari.....	27
D'après la Novelle 61.....	28
Théories générales des défenses légales d'aliéner et des nullités...	32
Nullité de l'obligation.....	45
But et portée de la loi Julia.....	57
La dot considérée comme bien de famille.....	59
Confirmation de l'aliénation.....	63
III. — Effets de l'aliénation du fonds dotal à l'égard de la femme.....	70
Actions personnelles en restitution.....	71
Actions hypothécaires	73
Revendications utiles	76
Droit de suite de la revendication utile.....	87
Action rei uxoriae sanction de l'aliénation.....	96
IV. — Consentement de la femme à l'aliénation du fonds dotal.....	107
Nature juridique du consentement de la femme.....	107
Réformes de Justinien.....	113
Renonciation de la femme à ses actions en restitution de dot, réelle et hypothécaire.....	117

REV15

ÚK PrF MU



3129S04502