

KM 79

.F8

T7

1857

v.1

KJVG23

.T7

1857

v.1

c.1



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON



PREFACE.

« Nihil conspiciebatur, in domo, dividiuum. »
(Columelle, XII, préface.)

Je ne sais si, comme on le dit quelquefois, le contrat de mariage est le premier de tous les contrats; il suffit qu'il soit l'un des plus importants pour mériter à un haut degré notre attention. Il organise le régime intérieur de la plus antique et de la plus nécessaire des associations (1), de celle d'où naît la famille, et d'où naissent ensuite, par un enchaînement providentiel, les sociétés plus étendues dont la famille est la molécule. L'homme n'est pas né pour vivre seul; la solitude pèse sur son cœur, qui a besoin d'aimer et d'être aimé. Pour sortir de cet isolement, il n'a pas de compagnie plus honnête, plus

(1) *Maritale conjugium sic comparatum est naturā, ut non solum jucundissima, verum etiam utilissima vita societas iniretur* (Cicér., *Economic.*, lib. 1, édit. Pañcha, t. 56, p. 91).

consolante et plus favorisée des bénédictions divines que le mariage. *Neque aliud probis quàm ex matrimonio solatium*, dit Tacite (1). Le contrat de mariage, qui s'ajoute au mariage pour présider à l'économie domestique et faire fleurir l'association, a donc toute la gravité du mariage lui-même, et c'est à tous les deux indistinctement que s'appliquent ces paroles de Platon : « Pour » qu'une république soit bien ordonnée, les » principales lois doivent être celles qui règlent » le mariage (2). »

C'est un grand signe des bonnes mœurs d'une cité que le respect du mariage. Il ne suffit pas que les jurisconsultes en donnent de belles définitions ; que le législateur lui assure, dans ses codes, le rang et la dignité qui lui appartiennent ; que la religion le prenne sous son égide et fasse remonter à une source divine cette base des sociétés humaines. Il faut encore que les mœurs ne soient pas en opposition avec ces idées, et que le citoyen pratique, dans la vie du monde, ce que lui enseigne la sagesse de ses grands instituteurs.

(1) *Annal.*, IV.

(2) *De legib.*, 4.

L'histoire nous offre deux époques mémorables, depuis les Romains jusqu'à nos jours, où le discrédit du mariage dégrada la société et compromit son existence : la première fut une époque d'extrême civilisation ; la seconde, une époque d'extrême barbarie. Là le monde était païen ; Auguste régnait à Rome, et tous les efforts de la philosophie et de la loi furent trop faibles pour rendre au mariage sa dignité. Ici, le monde était catholique ; les papes régnaient à la place des empereurs, et le Christianisme, plus puissant que la sagesse païenne, sauva le mariage, la famille, la société.

C'est assurément un des travers les plus curieux de l'esprit humain, que les abus du divorce et les honneurs de l'état célibataire, qui signalèrent la fin de la république romaine, ainsi que le règne des premiers empereurs. Le divorce était une mode et une spéculation, le mariage un essai passager et une courte fantaisie. Mais ce qui est plus singulier encore que cette légèreté si surprenante chez un peuple qui passe pour si constant, c'est la faveur du célibat, c'est la popularité de la vie libre, à côté et comme conséquence de ce relâchement du lien matrimonial. Il semble que plus le mariage est indissoluble, plus il a des chaînes effrayantes pour les esprits

changeants (qui ne sont pas les moins nombreux); et qu'au contraire, plus le mariage est facile à rompre, plus il tente les cœurs légers, qui craignent les longs engagements. Eh bien! c'est un phénomène contraire qui se manifesta à Rome. Autant le mariage y était fragile et précaire, autant il inspira d'éloignement à la foule éprise du célibat: d'où l'on pourrait conclure que le mariage est une de ces choses qui attachent en raison de la contrainte qu'elles imposent. Un satirique romain (1) nous a laissé le tableau à la fois risible et désolant de cette immense aberration des Romains; prenant à partie la ville de Crotone, c'est-à-dire, une Rome au petit pied, ou, mieux encore, Rome elle-même, stigmatisée sous ce nom emprunté, il nous montre le célibataire adulé par des bandes de quêteurs d'héritages (2), recevant les présents et les caresses des hérédipètes, vendant son testament pour de vains honneurs et de honteux plaisirs: « Tout ce qui est ici se partage entre les courtisés » et les courtisans (*aut captantur, aut captant*). » A Crotone, personne n'élève de famille, « *in hac*

(1) Pétrone, *Satyr.*, 116.

(2) *Incidimus in turbam hereditarum*, § 114.

» *urbe nemo liberos tollit*); quiconque a des héritiers naturels se voit exclu des soupers et des spectacles; tous les avantages de la société lui sont interdits; il est perdu dans la foule ignominieuse (*inter ignominiosos*). Ceux, au contraire, qui n'ont jamais pris femme, ou qu'aucun proche parent ne lie, parviennent aux plus hautes dignités. Ils ont seuls les talents militaires, ils sont seuls braves, seuls innocents devant la justice. »

Sous l'hyperbole du roman, il y a là la vérité de la vie privée des Romains. Les célèbres lois d'Auguste portées contre le célibat en sont la preuve; mais elles ne purent rendre au mariage son lustre effacé. Ces lois tiraient leur force de la politique; il aurait fallu leur donner celle des mœurs, et le paganisme n'était pas assez puissant pour cette régénération.

Au moyen âge, ce ne fut pas le célibat qui fit la guerre au mariage, ce fut la pluralité des mariages et le concubinage. Le célibat, revêtu d'un caractère austère, ne fut qu'une loi difficile, imposée aux ecclésiastiques dans des vues de perfection; il n'était pas un état hostile dont les institutions de la famille eurent à s'inquiéter. Mais les répudiations, les divorces et le concubinage, répandus dans toutes les classes, et encouragés

par les scandales des rois et des grands, furent la plaie de l'époque et la cause du trouble dans les unions, de la perturbation dans l'état civil, et d'une effroyable dissolution dans les mœurs. L'Église lutta; elle s'arma des décrets des conciles et des foudres de l'excommunication. Elle agit par la persuasion et par la terreur des peines. Le mariage resta victorieux. Il s'éleva à la véritable hauteur où l'a placé le Christianisme. A la faveur de cette restauration, il est resté un sacrement dans l'ordre spirituel, et un lien indissoluble dans la loi. C'est un des plus grands services que l'Église ait rendus à la civilisation moderne.

La France en recueille aujourd'hui les fruits, et elle les recueille avec reconnaissance pour les philosophes chrétiens qui, de bonne heure, ont déposé dans son éducation la source de cette bonne doctrine. C'est, en effet, une justice à rendre à la nation française que l'accord des convictions populaires avec les rigoureux préceptes de la religion et de la loi, sur la question du mariage. La nation française croit avec une foi profonde à la sainteté de l'union conjugale, à son utilité sociale, au caractère légalement et nécessairement exceptionnel dont elle est revêtue par rapport aux autres contrats, aux devoirs réciproques attachés à cet engagement de

toute la vie. Ce n'est pas là une conviction superstitieuse et crédule : où sont aujourd'hui les superstitions? où sont les idoles qu'adorent par faiblesse les consciences subjuguées? C'est la raison, l'honnêteté, la pudeur, qui parlent en faveur du mariage; la France n'a jamais été sourde à leur voix.

Elle l'a bien montré dans ces derniers temps, lorsque certaines sectes novatrices, qui font entrer l'abolition, ou, si l'on veut, la transformation du mariage dans leurs plans de régénération, ont osé toucher ce point délicat. Si elles ont réussi quelquefois à faire vibrer la fibre populaire en s'adressant à certains appétits, en prophétisant certaines jouissances matérielles, elles n'ont inspiré que la répugnance ou l'aversion quand elles ont englobé le mariage dans les conceptions de leur cité nouvelle. Le bon sens public s'est tenu en garde, les bonnes mœurs se sont révoltées, le ridicule et le mépris ont fait le reste. On avait cru en finir cependant avec la France du 19^e siècle, de même que les barbares, venus du Nord, avec l'empire romain; et, comme si les destinées de la société fussent accomplies, on avait promulgué un droit nouveau, la famille reconstituée, la femme émancipée, le mariage affranchi, la propriété abolie, ou (ce qui est plus joli) perfection-

née. Il n'y manquait qu'un point : c'était de changer l'homme moral et physique ; je crois qu'on en a dit quelque chose. Mais on ne détruit pas une société fondée sur le droit, et un droit fondé sur la raison, comme on culbute un vieil empire dégénéré qui, se sentant mourir de consommation, laisse ses terres sans culture, ses cités sans commerce, ses peuples sans lendemain. Pour ce qui concerne le mariage, la susceptibilité nationale a été si forte, qu'elle n'a même pas voulu entendre parler du divorce, qu'on lui proposait comme transaction ; et le peuple (j'entends surtout le peuple des ateliers et le peuple des campagnes) n'a pas été moins ardent que les sages à repousser ce fatal présent. Le divorce lui enlèverait la paix de la famille, la société des joies et des peines, ces pures affections du foyer domestique qui font sa principale consolation. Ce n'est pas à lui que s'adresse le divorce ; il n'y a guère d'exemples qu'il en ait usé. Le divorce est plutôt recherché par les esprits blasés ou inquiets, par ces existences oisives, tourmentées et romanesques, qui font tourner contre leur propre bonheur la culture de leur intelligence, et se rendent malades par où d'autres ont coutume de se guérir.

Le contrat de mariage, en s'ajoutant au ma-

riage, en suit le caractère : il est libéral quand le mariage est fondé sur des principes libéraux ; il est empreint de dureté et d'égoïsme quand le mariage exclut la réciprocité et l'égalité dans les rapports des deux époux. En un mot, suivant que la femme est plus ou moins dépendante de l'autorité maritale, il est plus ou moins favorable à ses intérêts. Dans les sociétés où la femme est placée sous l'autorité souveraine du mari, le contrat de mariage veille moins pour elle que pour le mari ; mais, par contre, il lui prodigue les garanties quand sa position est celle d'une compagne qui puise, dans des rapports voisins de l'égalité, des droits à faire valoir et à conserver. Trois grands systèmes se sont produits dans la jurisprudence, sous l'influence de cette distinction. Le premier est celui où le mari dote la femme ; c'est le système primitif, et il se manifeste sous deux aspects. Dans les temps héroïques ou barbares, cette dot du mari n'est que le prix qu'il paye pour acheter sa femme : l'achat de la femme est un trait caractéristique dans tous les siècles héroïques (1). Lorsque ensuite

(1) M. Kœnigswarter a parfaitement développé ce point d'histoire (*Revue de législation*, 1849, p. 145). Nous allons y revenir.

une civilisation plus avancée a donné à la femme une dignité personnelle incompatible avec un achat, le prix devient un douaire : le douaire n'est qu'un dérivé de l'achat ; c'est un achat revêtu d'un nom plus honorable, d'un caractère plus doux.

Le second système est celui où la femme se dote elle-même ; ce système a l'avantage sur le précédent : il procède d'un état d'émancipation de la femme. La femme, contribuant par son apport à soutenir les charges du mariage, a le droit que donne une mise de fonds, et la loi ou la convention prennent des sûretés contre le mari pour que l'épouse ne la perde pas.

Le troisième système fait un pas de plus : non-seulement la femme se dote elle-même, mais elle entre en communauté avec son mari ; elle contribue à former avec lui un capital social qui devient commun, et tous les bénéfices de cette communauté se partagent comme les pertes.

Ce dernier système est le système français ; il est né sur la terre de France ; il s'y est développé dans la plus grande étendue. Il est celui qui réalise le mieux et le plus complètement les idées d'association sur lesquelles les nations civilisées font reposer le mariage. Tous les livres de droit et de morale ne cessent de parler de l'intime

union du mari et de la femme : *consortium omnis vite* ; mais aucune législation avant la législation coutumière française n'avait fait passer, dans le régime des biens respectifs des époux, la communauté qui règne entre leurs personnes. Prenez, par exemple, un économiste latin, Columelle ; il porte aux nues un ménage où tout est confondu, où aucun des époux ne peut dire qu'une chose lui appartienne sans qu'elle n'appartienne à l'autre :

« Erat summa reverentia cum concordia et diligentia mixta ; flagrabatque mulier pulcherri-
 » ma diligentiae æmulatione, studens negotia viri
 » curâ suâ majora atque meliora reddere. *Nihil*
 » *conspiciebatur, in domo, dividuum, nihil quod aut*
 » *maritus aut femina proprium esse juris sui dice-*
 » *ret ; sed in commune conspirabatur ab utroque, ut*
 » *cum forensibus negotiis, matrimonialis sedulitas*
 » *industriæ rationem parem faceret* (1). » Quel plus bel éloge de la communauté ? quel tableau plus vrai d'un ménage uni et bien ordonné ? Ce n'est pourtant pas ainsi que les choses se passaient à Rome, et cette peinture est un idéal qui

(1) Préface du livre XII, *De re rusticâ*, dans lequel il trace les devoirs de la *Villica*.

n'a eu sa réalisation que depuis l'établissement du régime de la communauté. Était-ce, en effet, sous les auspices du régime dotal que Columelle avait vu cette heureuse confusion des intérêts de la femme et des intérêts du mari? Non : car le régime dotal est, comme nous le verrons plus tard, un régime de séparation, et quand la femme travaille, ce n'est pas pour elle, c'est pour son mari. Ou bien, est-ce le régime de la *manus*; ce régime des temps anciens et regrettés, auquel Columelle fait allusion, qui lui avait offert le spectacle de ces mariages fortunés? Mais la *manus*, qui mettait la femme dans la puissance souveraine de son mari avec tous ses biens, n'arrivait à l'indivision de la fortune des époux, qu'en donnant tout à l'un, et rien à l'autre. Ce n'était pas l'unité produite par l'association : c'était une identité tyrannique achetée par le sacrifice d'un intérêt au profit de l'autre. J'avoue cependant que l'affection conjugale, meilleure conseillère que la loi, avait connu quelquefois et deviné les avantages de la communauté, et en avait fait des essais accidentels : témoin cette charmante poésie de Martial :

« Heureuse par votre grande âme, heureuse par votre époux, Nigrina, la gloire des femmes du Latium ! vous rendez les biens de votre héritage

paternel *communs à vous et à votre mari* ; vous aimez à l'associer à votre fortune et à la partager avec lui. Qu'Evadne se jette et se brûle sur le bûcher de son époux ; qu'un égal dévouement porte jusqu'aux astres la renommée d'Alceste : votre gloire, à vous, brille davantage. En donnant, pendant votre vie, une preuve de votre générosité, vous avez mérité de n'avoir pas à donner, par votre mort, une preuve de votre amour (1). »

Encore une fois, ce n'est pas là le tableau exact des pratiques romaines : ce sont de ces unions qui se distinguent des autres, autant par leur rareté, que par leur caractère de supériorité.

Mais quand on pénètre dans les mariages régis par la communauté française, c'est là que dans la maison, comme dit Columelle, on n'aperçoit rien qui ne soit commun ; c'est là que le mari et la femme vivent dans une véritable indivision ; c'est là que chaque époux, en travaillant pour soi,

(1) O felix animo, felix, Nigrina, marito,
Atque inter Latias gloria prima nurus!
Te patrios miscere juvat cum conjuge census,
Gaudentem socio participique viro.
Arserit Evadne flammis injecta mariti,
Nec minor Alcestem fama sub astra ferat :
Tu melius ; certo meruisti pignore vitæ,
Ut tibi non esset morte probandus amor.

(*Epigramm.*, lib. 4, ep. 75.)

travaille aussi pour son conjoint. Du reste, le moment n'est pas encore venu de comparer le régime de la communauté avec le régime dotal. Ce parallèle viendra plus tard. Contentons-nous de prendre acte de cet hommage rendu au système de la communauté par des écrivains qui cherchent le meilleur arrangement de la société domestique, et qui en trouvent le chef-d'œuvre dans l'association de l'industrie des époux, dans la communication réciproque des mêmes droits, dans la participation aux mêmes biens : toutes choses qui n'ont jamais eu qu'une vérité accidentelle ou métaphorique dans les anciennes sociétés, et qui n'existent d'une manière sérieuse et légale que dans notre régime de la communauté.

Chose digne de remarque ! ce régime, qui s'est établi de lui-même, dans l'obscurité et l'ignorance du moyen âge, en prenant son fondement dans un rapport d'égalité entre le mari et la femme, a été beaucoup plus sage et plus profond dans ses instincts, que ne le furent les très-savants interprètes du 16^e siècle qui ont entrepris de l'expliquer. Beaucoup d'entre eux, en effet, s'effrayent du rôle que la femme est appelée à y jouer ; et, pleins d'une injuste prévention pour son sexe, ils regrettent naïvement les temps racontés par Jules-César, où les Gaulois tenaient

leurs épouses sous leur dépendance. Écoutons, par exemple, cette tirade de d'Argentré, savant homme, vif et sagace jurisconsulte, mais espèce de Caton de Bretagne, qui veut traiter une femme chrétienne, comme on traitait la femme païenne dans les temps barbares de l'antiquité romaine ou druidique :

« Sunt enim in hoc animante effrenes motus,
 » efferata iracundia, impetus concitati, magna
 » consilii inopia, et imbecillitas judicii, superbia
 » indomita. Sexus ipse ad commercia et frequen-
 » tandos hominum cœtus inhabilis, et multis in-
 » sidiis obnoxius, quod Imperator, dictâ l. *Meri-*
 » *tus, C., de procurat.*, advertit... Melior gentium
 » sensus, et transmissa antiquissimi moris exem-
 » pla ab vetustissimis Gallis, qui uxores fortu-
 » nasque earum in potestate habuisse, à Cæsare
 » traduntur (1). »

« Il y a dans cet animal des mouvements effrénés, une colère aveugle, une impétuosité qui bouillonne, une grande pauvreté de bon sens, une extrême faiblesse de jugement, un orgueil indomptable. Ce sexe, inhabile à fréquenter les réunions d'hommes, et à se mêler, en général, au

(1) Sur Bretagne, *Des mariages*, art. 410, glose 2, n° 2.

commerce de la société, est exposé à toute sorte d'embûches, ainsi que le fait observer la loi romaine. Combien est préférable le système des peuples tels que les Gaulois, qui, d'après César, tenaient en puissance leurs femmes et leurs fortunes (1) ! »

Cette sortie n'est pas hors de propos de la part du commentateur de la coutume de Bretagne, de cette coutume qui disait dans sa plus ancienne rédaction : « Toutes malices peuvent être plus tôt à femmes qu'à hommes (2). »

Coquille, aussi, parle souvent de l'avarice des femmes (3), et ne leur ménage pas les jugements malveillants et iniques (4). En cela, ce judicieux auteur, comme on est convenu de l'appeler, manque totalement de jugement.

Mais c'était la mode, au 16^e siècle, parmi les jurisconsultes, de médire des femmes, et cette mode était un fruit des études classiques, un souvenir de la civilisation antique, où les sages

(1) *De bello gallico*, 6, 19. Les maris avaient droit de vie et de mort sur leurs femmes.

(2) Art. 80.

(3) *Infrà*, n^o 1551 et 1561.

(4) *Infrà*, n^o 2122.

affectaient de tenir assez peu de compte du sexe, et où les lois s'efforçaient sans cesse de restreindre sa liberté et sa capacité. Lisez, en effet, les auteurs latins dans lesquels nous faisons notre éducation, et qui nous apprennent, du reste, tant de choses excellentes; vous verrez, je l'avoue, çà et là l'éloge de quelques femmes célèbres : de Cornélie, mère des Gracques; d'Aurélia, mère de César; d'Atia, mère d'Auguste, femmes d'élite qui présidèrent à l'éducation de leurs fils, et en firent des hommes supérieurs (1). Mais, en général, ils se plaignent des femmes de leur temps, de ces mères qui, même avant de mettre leurs fils au monde, semblent leur inoculer, dans le sein maternel, les vices propres à la ville de Rome, l'amour des frivolités, le goût des spectacles, la passion pour les histrions (*histrionalis favor*) (2); de ces épouses aux mœurs déréglées, qui ruinent leurs maris, absorbent pour leur toilette des revenus entiers, et méprisent les traditions vertueuses des mères Sabines et Romaines (3). Voilà à quelles sources nos jurisconsultes

(1) Tacite, *De claris orat.*, 28.

(2) *Id.*

(3) Columelle, XII, *préface*.

du 16^e siècle allaient s'inspirer, se formant ainsi un type de convention. Mais à quoi bon tous ces portraits satiriques? On sait bien que les femmes ont leurs défauts : n'ont-elles pas aussi des qualités excellentes qu'une bonne ordonnance domestique fait tourner à l'avantage commun? Quand même on pourrait leur reprocher à toutes l'entêtement que Montaigne donne, comme apanage, aux femmes de la Gascogne (1); quand elles auraient, au lieu de la douceur qui leur est naturelle, l'emportement dont d'Argentré les gratifie, n'est-il pas vrai qu'elles ont certainement en partage la diligence de la mère de famille, la tendre sollicitude qui veille sur les enfants (2), l'économie (3), le dévouement, l'affection, vertus essentielles qui mettent, dans le mariage, *l'utilité, la justice, l'honneur et la constance* (4)? Cicéron, plus juste que beaucoup de ses compatriotes, a remarqué que, si l'homme est plus propre aux travaux extérieurs, la femme

(1) Liv. 2, chap. 32.

(2) *Mater, cujus præcipua laus erit tueri domum et inservire liberis.*

Tacite, *De claris orat.*, 28.

(3) *Infrà*, n° 1566.

4) Montaigne, 3, 5.

convient davantage aux travaux intérieurs et aux soins domestiques (1). L'un amasse, l'autre conserve; l'un supporte les fatigues des armées, de l'agriculture, du commerce, de l'étude; l'autre, ceux de la maternité et du gouvernement de la maison. La femme est timide, voilà pourquoi elle est vigilante : car la timidité contribue à entretenir la vigilance : *Metus plurimum confert ad diligentiam custodiendam* (2). Les époux ont besoin l'un de l'autre : *Alterum alterius indigere natura voluit*. L'avantage qui manque à l'un, c'est l'autre qui le possède, et réciproquement : *Quod alteri deest, præstò plerumque est alteri*.

Voilà de quelle morale nos légistes du 16^e siècle auraient dû s'inspirer pour expliquer le système de la communauté, ce progrès de la civilisation chrétienne. Ce fut un tort de leur part d'avoir cédé à d'autres dispositions d'esprit. Mais ce qu'il y a de certain, c'est que la jurisprudence coutumière, dominée par la puissance des mœurs, porta des jugements tout différents sur les rapports conjugaux; qu'elle mit toute la

(1) *Æconomic.*, loc. cit.

Columelle a cité ce fragment dans son livre *De re rusticâ*, XII, préface.

(2) *Loc. cit.*