

servateur, il est stationnaire; il a le défaut de ses qualités, comme on le dit aujourd'hui d'une manière assez bizarre; il préserve la femme de toute perte, il ne l'associe à aucun progrès. La diligence de la mère de famille est cependant un élément d'activité et de prospérité, qu'un régime intelligent doit exciter; la femme romaine se vantait de cette diligence laborieuse: *altera diligentiam matrisfamilia jactat* (1); la femme française peut rivaliser avec elle par cette qualité solide d'une bonne mère et d'une épouse. Mais le régime dotal ne sait pas tirer parti de cette vertu; il ôte à la femme toute émulation, en attribuant au mari seul tous les bénéfices des soins actifs de la femme. La société d'acquêts, jointe au régime dotal, corrige ce vice d'organisation. Cette sorte d'association limitée avait une grande vogue dans le ressort du parlement de Bordeaux (2); elle y subsiste encore, et il serait à désirer qu'une si sage combinaison s'étendît à d'autres contrées pour y

(1) Pétrone, *Satyr.* 67.

(2) M. Tessier a fait un traité de la *Société d'acquêts*, où ce point de l'ancienne jurisprudence bordelaise est traité avec beaucoup de savoir et d'exactitude.

tempérer les vices inhérents à la dotalité pure (1).

Il faut voir maintenant le système des pays coutumiers.

Là, l'invasion des Francs avait pénétré d'une manière plus profonde que dans les contrées conquises par les Wisigoths et les Burgondes. Les bandes des Francs, plus nombreuses, s'étaient posées sur le sol en grande partie désert; elles avaient créé des établissements dans les campagnes, opéré des défrichements, construit des villages, et l'élément germanique avait énergiquement conservé son originalité, en présence des populations indigènes, beaucoup plus rares que dans le Midi. A la longue, il s'était opéré, dans le droit des vainqueurs et des vaincus, une fusion pareille à celle du langage. De même que la langue cessa d'être l'idiome teutonique et la langue latine, pour devenir la langue française, de même le droit ne fut plus ni le droit salique, ni le droit romain. Ce sont ces pays qu'on appela pays de coutume, par opposition aux pays de droit écrit, et dont les Méridionaux disaient au 11<sup>e</sup> siècle :

(1) La société d'acquêts était également pratiquée en Normandie, mais sur des bases particulières.

*Aliæ partes, ubi sacratissimæ leges incognitæ sunt* (1).

Dans ces pays, le régime dotal disparut entièrement. Il fut remplacé par le régime de la communauté, combinaison tout à fait inconnue du monde romain, sinon dans son principe (2), au moins dans son application systématique et dans son développement régulier, complet et populaire (3).

Mais comment le régime de la communauté a-t-il pris cette grande autorité? qui lui a donné cette extension si considérable?

Cette question a fort occupé les savants. Tous ne sont pas tombés d'accord.

Les uns ont cru trouver, dans un usage gaulois

(1) *Petri except.*, liv. 2, § 31.

(2) On voit des sociétés ordinaires entre mari et femme :

L. 16, § 3, D., *De alim. legat.*

L. 31, § 3, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

V. Martial, cité ci-dessus.

(3) Bouhier sur Bourgogne, t. 1, p. 175, croit cependant voir l'origine de la communauté dans les lois romaines. Il semblerait que ce serait aussi l'opinion de M. Giraud (*Essai sur l'histoire du droit français*, t. 1, p. 56).

rappelé par César, le berceau de la communauté (1). Mais cette opinion n'est pas soutenable. Si la communauté était un de ces débris vivaces du droit celtique, pourquoi ne se serait-elle maintenue que dans les pays coutumiers? pourquoi pas aussi dans les pays du Centre et du Midi? pour quelle raison aurait-elle absolument péri ici, tandis que là elle aurait poussé des racines qui auraient étouffé le régime dotal?

Si d'ailleurs on y regarde de près, on reconnaîtra tout de suite que le régime celtique est fort différent de la communauté. En voici, en effet, le mécanisme : la femme apporte une dot; le mari fait de son côté une mise égale. Après une estimation, qui a pour but de constater cette égalité, on fait masse de ce double apport; on en met les fruits en réserve. Le survivant gagne le tout, avec les fruits du temps écoulé (2). Qu'y a-t-

(1) Lebrun, chap. 1.

Coquille, quest. 64.

Cette opinion est celle qui prévaut dans les discours des orateurs du gouvernement sur le Code civil.

Groleg.

(2) « Viri, quantas pecunias ab uxoribus, dotis nomine, receperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione factâ, communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur; fruc-

il de semblable entre cette combinaison aléatoire, ce gain réciproque de survie, et la communauté (1)? Et cette totalité des fruits que l'on met en réserve, par une conception tellement singulière, qu'on ne voudrait pas le croire, si César n'en était le garant (2), quel rapport a-t-elle avec la communauté, qui consacre au contraire les fruits aux dépenses quotidiennes du ménage?

D'autres ont cherché l'origine de la communauté dans les entrailles du droit germanique (3); mais il est impossible à la critique de l'y trouver (4). Si elle en fût émanée, elle aurait vécu de bonne heure sur toute l'étendue de l'Allemagne; elle s'y perdrait, comme en France, dans la nuit des temps, tandis qu'elle est, sinon inconnue, du moins exceptionnelle pendant la durée du moyen âge, et ne date, comme droit commun, que

---

» tusque servantur. Uter eorum vitâ supererit, ad eum pars  
» utriusque, cum fructibus superiorum temporum, pervenit.»  
(César., *De bello gallico*, 6, 20.)

(1) M. Laferrière, *Hist. du droit français*, t. 1, p. 169.

(2) V. Heineccius, *Elem. juris germanici*, § 233.

(3) M. Zœpfl, *Revue étrangère de M. Félix*, 1842, p. 178.

(4) M. Laferrière, *Revue étrangère*, 1847, p. 862.

du mouvement industriel et commercial du 16<sup>e</sup> siècle (4). Nous allons étudier d'ailleurs, dans un instant, le véritable esprit du droit germanique, et nous acquerrons la conviction intime que la communauté est étrangère à ses combinaisons. Je dis donc que la communauté ne doit pas être reportée au droit germanique, et je pense avec Montesquieu (2) qu'elle est du droit français (5).

Chez les Germains, le mari achète la femme (4). *Si vir virginem mercetur, pretio empta sit*, dit la loi des Saxons (5). Nous avons déjà vu cet usage régner dans les temps héroïques de la Grèce et dans l'antiquité orientale. Il existe encore dans les lois indiennes (6) et dans la législation du Coran (7).

---

(1) MM. Genouillac, p. 252 et 253.

Laboulaye, p. 375 et 376.

(2) Montesquieu, VII, 15.

(3) M. Klimrath, *Revue de législation*, t. 4, p. 60 et 61.

(4) Saumaise, p. 145 et 146.

(5) T. 6.

(6) Lois de Manou : 8, — 41, 46, 217.

9, — 72, 82, 174, 182.

(7) T. 1, chap. 4.

C'est l'usage des peuples peu avancés en civilisation. Tacite l'a constaté chez les Germains dans ce passage célèbre : *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant. Munera, non ad delicias quæsitæ, nec quibus nova nupta comatur, sed boves, ac frænatum equum, cum frameâ gladioque. Atque invicem ipsa armorum aliquid viro adfert* (1). Mais, si j'ose le dire, Tacite a parlé de cet usage sans le bien comprendre, et pour trouver une occasion de faire la critique de ses compatriotes. Il croit que le mari donne une dot à l'épouse : ces mots sont tout à fait impropres pour le temps où vivait l'illustre historien ; ils prouvent qu'il n'a pas une véritable intelligence de ce qu'il raconte. Il ne s'agit pas du tout d'une dot dans le sens des Romains. C'est un achat, c'est un prix, ce n'est pas une dot. Sans doute, quand les idées se seront modifiées et adoucies, ce prix d'achat se transformera en une dot honorable. Mais, à l'époque de Tacite, la férocité germanique n'y voit que le prix d'un droit qu'on achète. De plus, Tacite n'a pas l'air de se douter pourquoi ces présents consis-

---

(1) *Germanic.*, 18.

tent dans des objets qui ne sont pas à l'usage d'une femme : des bœufs, un cheval bridé, une framée et un glaive ; il ne trouve là que le sujet d'une satirique allusion au luxe des Romains, sans s'apercevoir que ce genre de cadeaux serait inexplicable, si c'était un simple présent de noces adressé à l'épouse. Mais tout devient clair et profond dans ces sévères institutions, quand on sait que c'est là un prix véritable, que le mari paye aux parents de la future, pour acheter d'eux le *mundium* qu'ils ont sur elle, c'est-à-dire la tutelle sous laquelle ils la retiennent d'après le droit germanique (1). La femme ainsi achetée passe de la tutelle de ses parents sous la tutelle de son mari : car il faut qu'elle soit toujours en puissance, tantôt sous le *mundium* de son père ou de sa famille, tantôt sous le *mundium* de son mari.

Quand le christianisme eut converti les populations teutoniques, et substitué à la célébration du mariage germanique les cérémonies de l'Église, la personnalité de la femme se dégagait davantage de l'enveloppe dans laquelle elle était rete-

---

(1) Du Cange, v° *Mundium*.

Muratori, dissert. 22, *Antiq. mediæ ævi*, t. 2.

nue dans sa famille. La nécessité de son consentement lui assigna un rôle principal dans le grand acte de la vie par lequel elle se donnait un époux. Jadis c'était ses parents qui la donnaient au mari et en faisaient tradition (1). Sous l'influence des idées chrétiennes, ce fut elle qui se donna à son époux avec l'assistance de ses parents. De là, il arriva que, bien que le prix se conservât, il devint la propriété de la femme et non plus de ses parents; il fut pour elle un avantage, connu, dans les diverses législations barbares, sous les noms de *sponsalium* (2), *dos* (3), *pretium nuptiale* (4). C'est ce que nous voyons dans Grégoire de Tours, quand il parle des villes que Galswinde, sœur de la reine Brunehault, acquit en dot lorsqu'elle vint en France (5). La même transformation s'opéra en Lombardie, où la *meta*, prix du *mundium* de l'épouse, se montre avec les caractères d'une

- 
- (1) L. lombarde de Rotharis, 216.  
L. des Burgondes, t. 66. Montesquieu a signalé ces lois comme très-judicieuses (*Esprit des lois*, 28, 1).
- (2) L. de Rotharis, 1, 126.
- (3) L. Wisigothe, 111, 1, 4;  
111, 2, 8.
- (4) Loi des Burgondes.
- (5) 9, 20.

dot donnée à la jeune fille et dont elle a la propriété (1). L'épouse acquérait le domaine du *pretium nuptiale*, de la dot, par la cérémonie salique de la *festuca et andelangum* (2); l'époux acquérait le *mundium* de l'épouse, ou la puissance maritale, par la cérémonie du sol et du denier, *per solidum et donarium*, qui fut employée dans le mariage de Clovis et de Clotilde (3). Les formules franques sont remplies de cette cérémonie (4).

Cette dot était donnée à la femme en toute propriété (5).

Et, comme les lois canoniques exigèrent que la dot intervint dans le mariage pour le distinguer

- 
- (1) Muratori, diss. 20.  
L. Rotharis, 178 et 190.
- (2) *Formul. Lindenbr.*, 75, 79. Du Cange, v° *Andelangum*.  
Heineccius, *Antiq. Germ.*, 1, § 183; 2, § 76.
- (3) *Fredeg.*, C., 18.
- (4) *Form. de Bignon*, 5;  
de *Lindenbr.*, 75, 79.  
Burchard, *Decret.*, 9, 1 et 2; et 19, cap. 5.
- (5) *Lindenbrog.*, form. 75, 79.  
Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 237.

du concubinat (1), il arriva, par une confusion de la dot germanique et de la dot romaine, que cette dot offerte à l'épouse devint un élément essentiel du mariage légitime (2).

Outre la dot, l'épouse reçoit de son mari un présent appelé *morgengab*, ou don du matin (3). « *Tam in dote quàm in morgangibâ, hoc est in dono matinali,* » dit Grégoire de Tours (4). Ce n'était plus le prix du *mundium*, du pouvoir marital acheté par l'époux : c'est le prix de la beauté de l'épouse et de son inno-

(1) Concile d'Arles (534).

Papian., 37.

Capital., 6, 135; 7, 179.

Burchard, *Decret.*, 9, 1 et 2; 19, 5.

Goldast, form. 9.

(2) Benoît Levite, *Concile d'Arles* (524).

Le père Daniel, *Hist. de France*, t. 1, p. 156.

(3) Grégoire de Tours, lib. 9, cap. 20.

L. Rotharis, 199.

Ripuar., 37, § 2.

Burg., 42, § 2.

Alam., 56, § 2.

Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 214.

(4) *Loc. cit.* V. Du Cange, v° *Morganegiba*.

cence (4). La vierge seule, et non la veuve, a droit au don du matin, qui suit les noces, tandis que la dot les précède (2). Nous avons déjà vu cet usage en vigueur chez les Grecs. Il paraîtrait qu'il existait aussi chez les Romains (3); mais il était dans les mœurs et pas dans les lois, au lieu que chez les Germains, il était une institution liée au mariage et entourée de la faveur légale (4). Tous les peuples primitifs obéissent à cette pensée inhérente à la barbarie, de se glorifier, comme d'une conquête, des prémices de la femme, et de manifester leur joie grossière par des libéralités.

(1) Muratori, t. 2, diss. 20.

Galland, *Franco-Allem.*, p. 323.

Du Cange, *loc. cit.*

Delaurière, *id.*

Heineccius, *loc. cit.*, § 215.

(2) Muratori, *Charte de 1185*.

Galland, p. 422.

Du Cange, *loc. cit.*

(3) Juvenal, 6, 199 :

Nec illud

Quod primâ pro nocte datur, quàm lance beatâ

Dacicus et scripto radiat Germanicus auro.

(4) Muratori, *loc. cit.*

Luitprand., 2, 1.

Heineccius, *loc. cit.*, § 216.

Plus tard, le *morgengab* et le *pretium nuptiale* se confondirent et donnèrent naissance au douaire, institution très-célèbre dans nos coutumes. Le *morgengab* avait un caractère trop charnel pour la spiritualité que le christianisme a mise dans le mariage; il ne pouvait subsister sans se dénaturer. Le *pretium nuptiale*, ou dot germanique, bien que ramené à des conditions plus honorables pour la femme, rappelait encore jusqu'à un certain point cet achat de l'épouse, qui répugne à la dignité de la femme; un tel préjugé devait nécessairement s'effacer (1). Le douaire naquit de ces modifications dans les mœurs et de cet affranchissement moral de la femme. Il est certain, du reste, que le douaire est la dot germanique (2), et c'est avec raison que Bouteiller a dit: « *Le douaire est pour les femmes et le dos pour les hommes.* » Mais il est aussi le *morgengab*: car, en Lombardie, il se montre sous les caractères d'un don du matin (3); dans plusieurs diplômes germaniques,

(1) *Neque pretio puella vendatur*, dit la loi anglo-saxonne. L. *Canuti regis*, 72.

(2) Delaurière sur Loisel, 1, 111, 1.

(3) Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 240.

il se confond avec le *morgengab* (4); et la règle de notre vieux droit: « Au coucher gagne la femme son douaire (2), » n'était qu'une suite de la définition du *morgengab*: *Premium defloratæ virginitatis*.

En se métamorphosant en douaire, le *morgengab* fut attribué à la veuve. Il finit ensuite par être attaché à la célébration du mariage, et non plus à la cohabitation charnelle. De son côté, la dot germanique, transformée en douaire, devint un gain de survie, et se changea en usufruit.

Avant Philippe-Auguste, le douaire était conventionnel. Ce fut à ce prince qu'on dut l'établissement du douaire coutumier (3). On a prétendu infirmer ce point d'histoire (4), en faisant observer que la loi ripuaire fixait le taux de la dot à 50 solidi (5); qu'il en était de même dans

(1) *Dotalitium*, quod dicitur Morgengabe (Dipl. de 1229, *Hist. episc. Worms.*, p. 166).

(2) Loisel, 1, 3, 5.

(3) Beaumanoir, chap. 13, n° 12. Delaurière sur Loisel.

(4) M. Laboulaye, p. 119 et 120.

(5) 37, 1, 2.

la loi des Alemanni (1). Mais le royaume de Philippe-Auguste n'était pas sujet à ces lois; et c'est un tort, dans l'interprétation des lois barbares, d'argumenter d'un siècle à un autre siècle. Rien de si mobile, de si variable et de si fragile que leurs dispositions si souvent éclipsées par la coutume. Il est si vrai que le douaire était conventionnel, que, lors de la célébration du mariage, le prêtre faisait dire à l'homme: « Du » douaire qui *devise entre mes amis et les tiens, je » te doue* (2). »

Je n'insisterai pas plus longtemps sur les destinées ultérieures du douaire. Il suffit de dire que, dépouillé de l'ancien caractère attaché au *pretium nuptiale* et au *morgengab*, il ne se présenta plus, en définitive, que comme une libéralité « faite à la » femme pour conserver la mémoire de la dignité » et honneur des maisons de leurs maris (3). » A l'époque où les titres se rédigeaient en latin, on trouve assez souvent le douaire appelé *donatio*

(1) T. 55.

(2) V. Du Cange, *Dos, doarium*.  
Beaumanoir, chap. 15, n° 12.

Coquille, *Instit. au droit français, T. des douaires*.

(3) Coquille, *loc. cit.*

*propter nuptias* dans les chartes (1). Mais le douaire n'avait aucun rapport avec la donation *propter nuptias*: pour en donner la preuve, il suffit de dire que le douaire appartenait même à la femme qui n'avait pas de dot (2).

Le douaire coutumier a péri avec le Code civil. La pensée de la loi qui nous régit aujourd'hui est qu'il n'y a pas d'avantages de plein droit d'époux à époux, et que c'est à la seule volonté des parties à assurer, par sa prévoyance, le sort de l'épouse survivante. Nous pensons que le Code civil est ici, comme presque toujours, dans le vrai. Qui peut mieux que la convention pénétrer dans la position respective des conjoints, et apprécier la nécessité d'une libéralité? la loi ne risquerait-elle pas de procéder à l'aventure, si elle instituait pour la femme des avantages de survie sans stipulation? n'arrive-t-il pas souvent que l'épouse est la plus riche, et que le décès de son mari, tout en la laissant *esbahie et déconfortée*, comme dit Beau-

(1) Heineccius, *Elem. juris germanici*, p. 233 et 234.  
Coquille, *loc. cit.*

(2) *Id.*  
Loisel, 1, 3, 17.



manoir (1), met dans ses mains d'opulentes reprises et une grande fortune disponible? n'est-il pas à craindre qu'un douaire assigné, sans nécessité, ne diminue la succession du père au préjudice des enfants, et ne prive ces derniers d'une dot et d'un établissement? La convention est un bien meilleur régulateur des besoins de la famille. Elle peut faire tout ce qu'il y a de bon et d'honorable pour la femme, dans les limites de la portion disponible. Qu'elle parle donc : qu'elle se prononce en connaissance de cause. Quant à la loi, elle irait au delà de son véritable domaine, si elle intervenait, avec son niveau absolu, dans des solutions si variables (2).

(1) Chap. 15, n° 1.

(2) Montaigne a fait, sur les gros douaires, des observations dont la justesse ne saurait être méconnue ; écoutons-le parler (*Essais*, liv. 2, ch. 8) :

« J'ay veu encore une aultre sorte d'indiscrétion en aucuns pères de mon temps, qui ne se contentaient pas d'avoir privé, pendant leur longue vie, leurs enfants de la part qu'ils devaient avoir naturellement en leurs fortunes, mais laissent encore après eux à leurs femmes cette même auctorité sur tous leurs biens, et loy d'en disposer à leur fantaisie. Et ay cogneu tel seigneur, des premiers officiers de notre couronne, ayant, par espérance de droit à venir, plus de cinquante mille escus

Nous disions tout à l'heure que la femme germaine était dans une tutelle continuelle. Voilà

---

de rente, qui est mort nécessaire et accablé de dettes, aagé de plus de cinquante ans, sa mère, en son extrême décrépitude, jouissant encore de tous ses biens par l'ordonnance du père, qui avait, de sa part, vescu près de quatre-vingts ans. Cela ne me semble aucunement raisonnable ; pourtant trouvé-je peu d'avancement à un homme de qui les affaires se portent bien, d'aller chercher une femme qui le charge d'une grande dot : *il n'est point de dette étrangère qui apporte plus de ruine aux maisons*. Nos prédécesseurs ont communément suyvi ce conseil bien à propos, *et moy aussi* ; mais ceux qui nous desconseillent les femmes riches, de peur qu'elles soient moins traitables et recognoissantes, se trompent de faire perdre quelque réelle commodité pour une si frivole conjecture. A une femme déraisonnable, il ne couste non plus de passer par-dessus une raison que par-dessus une aultre ; elles s'arment le mieulx où elles ont plus de tort. L'injustice les alleiche, comme les bonnes l'honneur de leurs actions vertueuses, et en sont débonnaire d'autant plus qu'elles sont plus riches, comme plus volontiers et glorieusement chastes de ce qu'elles sont belles. C'est raison de laisser l'administration des affaires aux mères pendant que les enfants ne sont pas en aage selon les loix, pour en manier la charge ; mais le père les a bien mal nourris, s'il ne peut espérer qu'en leur maturité ils auront plus de sagesse et de suffisance que sa femme, *veu l'ordinaire faiblesse du sexe*. Bien serait-il toutefois, à la vérité, contre nature de faire despendre les mères de la discrétion de leurs enfants ; *on leur doit donner largement de quoy maintenir leur estat, selon*

pourquoi son mari l'achetait. Cet achat la mettait sous sa dépendance, son autorité, sa tutelle; ce qui est d'accord avec les lois de tous les pays barbares. « Les hommes sont supérieurs aux » femmes, dit le Coran, parce que Dieu leur a » donné la prééminence, et qu'ils les achètent » de leur propre bien. » Le mari german exerçait sur sa femme la justice domestique; il pouvait la mettre à mort pour des motifs raisonnables (1). Aussi le mari l'appelle-t-il *ancilla*, tandis qu'elle l'appelle *dominus* (2). Elle était incapable des actes de la vie civile, si elle n'était autorisée par son mari (3). Elle entraînait avec tous ses biens dans son *mundium* (4). Mais il ne paraît pas que le mari eût le droit de disposer seul des propres de sa femme.

---

*la condition de leur maison et de leur âge, d'autant que la nécessité et l'indigence est beaucoup plus malséante et malaysée à supporter à elles qu'aux mâles, il faut plutôt en charger les enfants que les mères.»*

(1) Capit. de Louis-le-Débonnaire, 5, 300: *Sine causâ interfectâ.*

(2) Du Cange, v° *Maritus dominus*.  
Marculf, *form.* 1, 12; 2, 7, 8, 17.

(3) L. Rotharis, 205.

(4) Cauciani, 2, 476.

De nombreuses chartes recueillies par Muratori prouvent au contraire que la femme conservait la propriété de ses biens personnels; qu'elle seule pouvait les vendre avec l'autorisation du mari; que le mari ne figurait aux actes d'aliénation que pour protéger sa femme, l'autoriser (1). Voilà ce qui se passait au 11<sup>e</sup> siècle, suivant les coutumes saliques, lombardes et allemandes. Le mari est en effet plutôt un tuteur qu'un maître; son autorité est celle d'un protecteur, et non pas d'un propriétaire. C'est en quoi le *mundium* german diffère de la *manus* romaine. En effet, dans les mœurs germanes, la femme, malgré le *mundium*, a toujours le caractère d'associée de son mari, de compagne de ses travaux: *laborum periculorumque socia*, dit Tacite. Cette position d'associée tempère l'autorité maritale; elle enlève au *mundium* la dure logique du droit aristocratique de Rome. C'est de là que découle notre système de la puissance du mari, qui tient compte du droit de la femme, de sa personnalité, et que Beaumanoir représente comme un droit de *mainbournissières*, de protection (2).

---

(1) Dissert. 22.

(2) Chap. 21, n° 2.

V. la tr.-anc. cout. de Bretagne, art. 40.