

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction

Jean LECLAIR\*

## Résumé

*Si le Code est révolutionnaire, c'est à sa forme qu'il le doit. En effet, il s'agit d'une loi, mais d'une loi qui prétend exprimer la totalité des règles du droit civil français. Le Code est donc en rupture avec l'Ancien droit qui comportait une multiplicité de sources juridiques. Le Code s'imposera comme principale source de droit civil pour tous les citoyens sans exception, et pour tout le territoire de la France. La conséquence révolutionnaire de ce triomphe de la loi, c'est qu'à la diversité fera dorénavant place l'unité et l'uniformité; une unité et une uniformité imposées et contrôlées par l'État. Mais, révolutionnaire dans sa forme, le Code ne l'était pas quant à sa substance. D'une part, le Code Napoléon est extrêmement réactionnaire, car il reconduit en grande partie le contenu de l'Ancien droit. D'autre part, l'autoritarisme en constitue l'une des principales caractéristiques. Toutefois, les codificateurs n'ont pas jeté aux oubliettes toutes*

## Abstract

*The Code owes its revolutionary nature to its form. It is a statute, but one intended to encompass all of the rules of French civil law. It thus breaks with prerevolutionary law, which comprised numerous legal sources. The Code would become the main source of civil law for all citizens, without exception, and it would be applicable to the entire French territory. The revolutionary consequence of this legislative triumph was that diversity would henceforth give way to unity and uniformity –unity and uniformity imposed and controlled by the State. Although the Code was revolutionary in its form, it was not revolutionary in its substance. On the one hand, the Code Napoléon is extremely reactionary because it in large part restates the content of prerevolutionary law. On the other hand, authoritarianism is one of its main characteristics. However, codifiers did not do away with all revolutionary legislative reforms; they would*

---

\* Jean Leclair, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier les professeurs André Morel, Jean-Maurice Brisson, Didier Lluellas, Benoît Moore et Adrian Popovici de l'Université de Montréal, ainsi que le professeur Yves-Marie Morissette de l'Université McGill qui ont lu et commenté une version préliminaire de cet article.

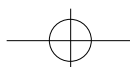
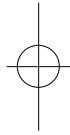
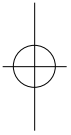


*les réformes législatives révolutionnaires; ils l'auraient voulu qu'ils n'auraient pu le faire. N'en sera conservé cependant que ce qui leur apparaîtra conciliable avec la finalité d'ordre qu'ils poursuivent.*

*Cet article tente également de mesurer la contribution de Bonaparte à la réalisation du projet de codification. Il appert que si les idées de Bonaparte n'ont pas beaucoup influencé le contenu du Code, le projet de codification lui-même n'aurait toutefois jamais été mené à bien n'eût été de son intervention autoritaire.*

*not have been able to even if they had wanted to. Only that which they deemed to be reconcilable with their ultimate goal—order—would be preserved.*

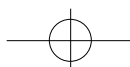
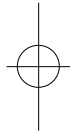
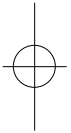
*This article also attempts to assess Bonaparte's contribution to the codification project. While it appears that Bonaparte's ideas had little influence on the content of the Code, the codification project itself would never have been completed had it not been for his authoritarianism.*

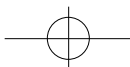
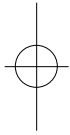
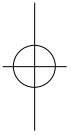




## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	5
<b>I. Une forme révolutionnaire</b> .....	8
A. La multiplicité des sources juridiques dans l'Ancien droit .....	9
B. Les tentatives d'unification du droit durant l'Ancien Régime .....	20
C. Le Siècle des Lumières et la sacralisation de la loi .....	25
<b>II. Un contenu réactionnaire et autoritaire</b> ....	43
A. Le contexte d'adoption du Code .....	43
1. La fin des illusions utopistes et le désir de stabilité .....	44
2. La contribution de Bonaparte .....	47
3. Les codificateurs : des juristes conservateurs .....	53
B. Le contenu du Code .....	58
1. Le primat de la propriété .....	60
2. La famille fondée sur le mariage .....	65
3. La puissance maritale et la puissance paternelle .....	75
<b>Conclusion</b> .....	81







*Il faudroit des Dieux pour donner des loix aux hommes.*

Jean-Jacques ROUSSEAU<sup>1</sup>

*Un Républicain dépend-il de quelque chose?*

*De la loi.*

*Et de quoi encore?*

*De la loi.*

*Mais que reconnaît-il au-dessus de lui?*

*La loi.*

*Quoi! toujours la loi, rien que la loi, et jamais autre chose?*

*Toujours la loi, rien que la loi, et jamais autre chose.*

Catéchisme républicain  
à l'usage des sans-culottes<sup>2</sup>

*Plusieurs lois importantes – le Code Napoléon surtout – se préparaient en effet dans l'intérieur du Conseil d'État et du Tribunal. Quant à cette constante affectation à parler du peuple comme participant au gouvernement, elle ne trompait personne. Tout le monde savait bien que les préfets – et non le peuple – organisaient les différents collèges, mais, [...] on aimait ce langage en croyant y trouver la preuve que le passé ne serait tenu à aucun désaveu, pas même celui de ses doctrines!*

Mathieu MOLÉ<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, « Du Contract social [sic]; ou, Principes du droit politique », dans *Du contract social*, coll. « Folio/Essais », Paris, Gallimard, 1964, texte établi, présenté et annoté par Robert DERATHÉ, p. 169-292 (ci-après cité « *Du contract social* »), L. II, c. VII, p. 203. Toutes les citations tirées des ouvrages de Rousseau respecteront l'orthographe adopté par celui-ci.

<sup>2</sup> 23 frimaire an II (13 décembre 1793); cité par Serge LEROUX, « L'amour des lois en révolution : la finalité morale de la législation », dans Josiane BOULAD-AYOUB, Bjarne MELKEVIK et Pierre ROBERT (dir.), *L'amour des lois – La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec/Paris, P.U.L./L'Harmattan, 1996, p. 163, aux pages 164 et 165.

<sup>3</sup> *Souvenirs de jeunesse (1793-1803)*, Paris, Mercure de France, 1991, p. 260.



Le 30 ventôse an XII, c'est-à-dire le 21 mars 1804, une loi réunit sous le titre du *Code civil des Français*, trente-six lois adoptées entre mars 1803 et mars 1804. Cette loi prendra nom de *Code Napoléon*<sup>4</sup> en 1807, après la création de l'Empire, pour ensuite reprendre son titre original au retour des Bourbons.

Les 2281 articles du Code énoncent la totalité des règles applicables en matière de droit civil. Ce dernier est constitué des règles fondamentales régissant le droit privé, lui-même défini comme l'ensemble des normes juridiques qui ont pour objet de régir les rapports des personnes entre elles<sup>5</sup>. Le droit civil représente donc « le droit commun et le tronc commun »<sup>6</sup> du droit privé. Ne figurent donc pas dans le Code certains secteurs spécialisés du droit privé comme, par exemple, le droit maritime ou le droit commercial<sup>7</sup>.

Dans un premier temps, nous constaterons que, si le Code est révolutionnaire, c'est à sa forme qu'il le doit (I). En effet, il s'agit d'une loi, mais d'une loi qui prétend exprimer la *totalité* des règles du droit civil français. Le Code est donc en rupture avec l'Ancien droit qui comportait une multiplicité de sources juridiques (coutumes, droit romain, droit canonique, ordonnances, etc.). L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII abrogera ces sources dans la mesure où elles se rapportent aux matières visées par le Code<sup>8</sup>. Celui-ci s'imposera alors comme principale source de droit civil pour tous les citoyens sans exception, et pour tout le territoire de la France. La conséquence révolutionnaire de ce triomphe de la loi, c'est qu'à la diversité fera dorénavant place l'unité et l'uniformité, une unité et une uniformité imposées et contrôlées par l'État.

Mais, révolutionnaire dans sa forme, le Code l'était-il également quant à sa substance? Les articles du Code consacrent-ils des

<sup>4</sup> Ci-après appelé « Code » ou « Code Napoléon ».

<sup>5</sup> *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991. Le droit privé s'oppose, on l'aura deviné, au droit public qui, lui, régit les relations des institutions de l'État entre elles (droit constitutionnel) et les relations entre les justiciables et l'État (droit administratif).

<sup>6</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 24<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis. Droit privé », Paris, P.U.F., 1996, p. 101, par. 64.

<sup>7</sup> *Discours préliminaire* au projet de Code présenté au Conseil d'État par M. Portalis, 1<sup>er</sup> pluviôse an IX; reproduit dans *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989 (préface de François EWALD), p. 35, à la page 81 (ci-après cités « *Discours* » et « *Naissance* »).

<sup>8</sup> À propos de l'abrogation de ces sources, lire *infra*, p. 41-43.



règles de droit nouvelles? Le Code transforme-t-il radicalement les mœurs françaises? La réponse est non. D'une part, le Code Napoléon est extrêmement réactionnaire, car il reconduit en grande partie le contenu de l'Ancien droit. D'autre part, l'autoritarisme en constitue l'une des principales caractéristiques (II). Dans l'esprit de ceux qui l'ont rédigé, le Code représente avant tout un instrument de contrôle social destiné à étouffer les passions violentes des individualités. À partir de 1794, on pose un regard méfiant sur l'individualisme, dont l'exacerbation a mené aux sanglants débordements de la Terreur. Ce contrôle, l'État ne l'exercera pas directement. Le droit civil fournira plutôt au père de famille, présumément propriétaire, les moyens d'agir en lieu et place de l'État. Le contrôle sera donc exercé par le mari sur son épouse, par le père sur ses enfants. L'homme sera le chef du gouvernement de la famille, ce microcosme de la société. Le Code, loin d'être un hommage rendu à l'égalité et à la liberté, consacre plutôt, comme nous le verrons, l'inégalité de statut entre le mari et son épouse, le père et ses enfants. Toutefois, les codificateurs n'ont pas jeté aux oubliettes toutes les réformes législatives révolutionnaires; ils l'auraient voulu qu'ils n'auraient pu le faire. N'en sera conservé cependant que ce qui leur apparaîtra conciliable avec la finalité d'ordre qu'ils poursuivent.

Au cours de notre étude, nous tenterons également de mesurer la contribution de Bonaparte<sup>9</sup> à la réalisation du projet de codification. Ignorant les jugements hagiographiques qui font de Napoléon un démiurge, et les jugements injustes qui font de lui une pure construction d'historiens en mal de héros<sup>10</sup>, nous essaierons de poser un regard qu'on espère le plus objectif possible sur son apport véritable. Nous verrons alors que, si les idées de Bonaparte n'ont pas beaucoup influencé le contenu du Code, le projet de codification lui-même n'aurait toutefois jamais été mené à bien n'eût été de son intervention autoritaire.

<sup>9</sup> L'usage veut que l'on dise « Bonaparte » lorsqu'on fait référence à Napoléon *avant* son sacre impérial. Ainsi, le premier tome de la biographie rédigée par André CASTELOTT et intitulé *Bonaparte* (Paris, Librairie Académique Perrin, 1967) se termine-t-il avec le sacre de l'Empereur, alors que le deuxième tome a pour titre *Napoléon* (Paris, Librairie Académique Perrin, 1968).

<sup>10</sup> Jean Cocteau affirmera par exemple que « Napoléon est une mauvaise plaisanterie qui a cessé d'en être une car elle a été bien racontée » : Jean COCTEAU, *Le passé défini: Journal 1954*, t. III, coll. « NRF », Paris, Gallimard, 1989, p.213 (août 1954).





Avant de commencer notre examen, arrêtons-nous un instant sur la notion même de « code ».

Un code est une loi, mais une loi d'une espèce très particulière. Il ne s'agit pas d'une simple compilation ou énumération d'articles qu'aucun lien logique n'unit les uns aux autres. Un code est un *système organisé* de règles générales fertiles en applications possibles et destinées à résoudre (directement ou par voie d'interprétation parfois très libérale) *l'ensemble* des litiges qui se présentent quotidiennement dans un secteur donné. Systématisation et exhaustivité sont donc les deux pierres d'assise d'un droit codifié.

Une codification suppose deux choses. Sur le plan intellectuel, elle implique que le droit est susceptible d'être rationalisé, pensé, construit et présenté de manière logique et systématique. La raison en est le fondement. Dans cette perspective, la loi peut donc déroger aux diktats de la tradition (elle peut aller à l'encontre de ce qu'on a toujours fait, c'est-à-dire abroger ou modifier des coutumes immémoriales) ou, encore, à ceux de la Providence divine (une loi n'a pas à être conforme avec ce que prescrit un droit naturel défini comme l'expression de la volonté divine). Sur le plan politique, la codification suppose l'existence d'un État suffisamment puissant et centralisé pour pouvoir imposer sa normativité à tous les justiciables. En effet, un code est une loi dont la vocation est d'exprimer, explicitement ou implicitement, la presque totalité des règles applicables dans un secteur de droit donné. La loi étant une création de l'État, c'est donc dire que seul un État capable de prétendre détenir un monopole sur la production normative pourra mener à terme une entreprise de codification.

## I. Une forme révolutionnaire

Le Code est révolutionnaire parce que la loi va supplanter toutes les autres sources de droit alors existantes et que, par conséquent, l'unité et l'uniformité vont succéder à la diversité : une seule loi pour tous les Français, de quelque classe sociale qu'ils soient.

Au cours de l'Ancien Régime, certaines initiatives privées et étatiques eurent pour objectif d'unifier (B) les multiples sources juridiques (A) du droit privé prérévolutionnaire. Même si ces tentatives ne rencontrèrent que des succès bien modestes, elles contribuèrent à préparer l'avènement de la codification en favorisant, entre autres choses, l'élaboration d'un droit commun coutumier.



Avec la Révolution, la sacralisation de la loi, cette « bouche » par laquelle s'exprime l'État-législateur, entité puissante et centralisée, contribuera à assurer le succès de l'entreprise de codification (C).

Une étude des sources du droit privé français avant la Révolution nous permettra maintenant de mesurer le changement opéré par l'avènement de la loi.

### **A. La multiplicité des sources juridiques dans l'Ancien droit**

Durant le haut Moyen Âge (du 9<sup>e</sup> au 12<sup>e</sup> siècle), dans la plupart des « états » occidentaux de l'époque, et plus particulièrement la France<sup>11</sup>, aucune autorité (y compris le pouvoir royal) ne fut suffisamment puissante pour s'imposer comme seul pouvoir légitime<sup>12</sup>. En l'absence d'un pouvoir centralisé, et dans un désir bien naturel d'assurer leur propre sécurité, les populations se sont alors regroupées autour de personnes susceptibles de garantir leur protection. Toutes ces microsociétés vivaient les unes aux côtés des autres, sans qu'aucune autorité ne s'impose à toutes. Le régime politique de l'époque, appelé régime féodal, était donc caractérisé par une fragmentation du pouvoir entre plusieurs personnes, par « l'éparpillement aux mains de particuliers des prérogatives essentielles de la puissance publique »<sup>13</sup>.

Il importe de souligner que l'avènement progressif d'un pouvoir royal de plus en plus puissant n'empêchera pas la France de demeurer, jusqu'en 1789, selon l'expression du comte de Mirabeau (1749-1791), « un agrégat inconstitué de peuples désunis »<sup>14</sup>. À

<sup>11</sup> De ces États, il faut exclure l'Angleterre dont l'organisation politique était, pour diverses raisons, beaucoup plus centralisée.

<sup>12</sup> Henri LEGOHÉREL, *Histoire du droit public français*, coll. « Que sais-je? », Paris, P.U.F., 1986, p. 30-47.

<sup>13</sup> Pierre PETOT, *Histoire du droit privé français - La Famille*, Paris, Éditions Loysel, 1992, p. 9; voir également p. 44.

<sup>14</sup> Propos rapportés par Michel WINOCK, *1789 - L'année sans pareille*, nouvelle édition augmentée, coll. « Pluriel », Paris, Olivier Orban, 1988, p. 71. Comme l'affirme Pierre Goubert, « [au 17<sup>e</sup> siècle], la France, chose du roi de France [...], n'offre en rien le caractère d'un État unifié de type moderne. L'influence de la vieille féodalité y est encore patente, bien que souvent gauchie : le royaume est une agglutination, un agglomérat de seigneuries, petites et grandes, formées au cours des siècles, les dernières pouvant être des duchés, des comtés, des baronnies, escortées de tout un train de fiefs et d'arrière-fiefs dépendant d'elles. De bon gré ou parfois de force, ces seigneuries se sont peu à peu agglomérées



l'époque médiévale, tout autant que sous l'Ancien Régime, le seul lien véritable entre tous les habitants du royaume sera constitué par un attachement profond pour le roi, mais un roi qui prend bien garde de respecter les coutumes, c'est-à-dire les privilèges des divers pays<sup>15</sup>. En effet, jamais le roi (même Louis XIV) ne jouira d'un pouvoir absolu sur les plans juridique ou politique<sup>16</sup>; pour dire le vrai, malgré une centralisation progressive du pouvoir, la féodalité

---

autour du noyau central capétien (de la Seine à la Loire) avec leurs lois, leurs institutions, leurs coutumes propres, sans jamais s'y fondre complètement et en renâclant parfois. Cet agrégat ne pouvait former un manteau continu » : Pierre GOUBERT, *Mazarin*, Paris, Fayard, 1990, p. 61 et 62. Plus loin, il ajoute : « Ressort une fois de plus cette constatation renouvelée que la France est une juxtaposition assez mal vécue de provinces, duchés, comtés, grands seigneurs entourés de vastes clientèles personnelles, vassaux pas toujours très fidèles d'un personnage à la fois mystique et sacré, le roi, vers qui montait la religieuse vénération de tout un peuple, qui n'en restait pas moins citoyen de sa province et de son "pays". La Fronde provinciale – ou ce qu'on appelle ainsi – est en somme l'expression à peu près normale de l'ancienne France, profondément divisée, que Louis XIV et ses ministres essaieront non pas d'unifier, mais de faire obéir – ce qu'au fond réussira Napoléon seul, fils de la Révolution jacobine et père d'un centralisme forcené et durable » (*id.*, p. 227).

- 15 P. GOUBERT, *op. cit.*, note 14, p. 64 : « [L]e roi [...] constituait le ciment, presque le seul facteur d'union sinon d'unité entre des provinces à la fois adjacentes, originales, complexes [...] ». Cet attachement du peuple pour le roi ne se démentira pas en 1789; même Louis XVI en bénéficiera comme en témoignent les cahiers de doléances : M. WINOCK, *op. cit.*, note 14, p. 70.
- 16 Pierre GOUBERT, *Louis XIV et vingt millions de Français*, coll. « Pluriel », Paris, Fayard, 1966, p. 77 et 78. L'absolutisme sera, tout au plus, un rêve colbertien (*id.*, p. 127), un objectif à atteindre, mais jamais une réalité politique (P. GOUBERT, *op. cit.*, note 14, p. 65) : « [L]'absolutisme, dans la conception simpliste de quelques historiens pressés, c'est le droit de commandement sans limite et l'obéissance sans phrase. Ce serait là quelque chose d'admirable, si cela s'était produit ». À propos des obstacles à l'avènement d'un tel pouvoir, Goubert souligne la permanence du pluralisme juridique qui fait de la loi du roi une source parmi d'autres, le devoir d'enregistrement qui retarde l'application de la norme royale et, enfin, la lenteur du processus d'impression, de distribution (une chevauchée d'une semaine séparait Paris et Bordeaux (*id.*, p. 233)), de publication (souvent par lecture au prône) de cette norme; par ailleurs, les ordonnances royales sont bien souvent ignorées, les mots « nonobstant le fait du Prince » apparaissant explicitement dans les contrats (P. GOUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 331, 345 et 346). Cela ne signifie pas, toutefois, que les pouvoirs des agents du roi n'aient cessé d'augmenter avec le temps, suscitant ainsi la colère des autorités locales (P. GOUBERT, *op. cit.*, note 14, p. 160; P. GOUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 323, 324 et 344-346). À défaut d'une monarchie absolue, la France connaîtra très certainement une « monarchie administrative » (*id.*, p. 324).



marquera toujours la France d'Ancien Régime<sup>17</sup>. Prévaudra plutôt, « voil[é] sous des bavardages d'absolutisme », un régime constitutionnel de type fédéral<sup>18</sup>.

Au morcellement du pouvoir politique occasionné par les invasions normande et viking du 9<sup>e</sup> au 11<sup>e</sup> siècle faisait écho une fragmentation du paysage juridique. Chaque communauté était régie par un droit coutumier spécifique, un droit de nature essentiellement traditionnelle. En effet, dans ces microsociétés, les choses évoluaient lentement; en réalité, toute « nouvelleté »<sup>19</sup> excitait la méfiance<sup>20</sup>. L'idée même de progrès, de perfectibilité, était étrangère à la mentalité de l'époque, compte tenu de la conception pessimiste du temps entretenue par la population<sup>21</sup>. Quant à

<sup>17</sup> P. GOUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 79 et 80.

<sup>18</sup> P. GOUBERT, *op. cit.*, note 14, p. 67.

<sup>19</sup> *Id.*, p. 81.

<sup>20</sup> Il faut souligner tout de suite que cette crainte de la nouveauté sera caractéristique des mentalités des populations européennes, et ce, jusqu'à la fin du 18<sup>e</sup> siècle. Dans ces sociétés, la tradition est toujours embellie au détriment d'un avenir inquiétant parce qu'incertain. Comme le rappelle avec justesse Jean Delumeau, « [à] notre époque, la nouveauté est un slogan qui paie. Autrefois, au contraire, elle faisait peur » : Jean DELUMEAU, *La peur en Occident, XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>*, coll. « Pluriel », Paris, Fayard, 1978, p. 65. À propos de cette peur de la nouveauté, qui se traduisait entre autres par une résistance à l'introduction de nouvelles taxes ou de nouvelles normes émanant du roi et inconnues jusqu'alors dans le « pays », lire, dans le même ouvrage : p. 65-71. Après avoir brossé un tableau de l'inertie engendrée par cette crainte du changement, Pierre Goubert affirme : « On ne dira jamais assez cette vie cloisonnée, ce patriotisme local, cette horreur sacrée de la nouveauté, ces craintes et ces paniques, qui sont comme la texture même du royaume de France sous l'Ancien Régime. Allez donc faire entendre la voix du Roi au fond des campagnes quand le curé, seul agent de diffusion, sabote, bâcle ou oublie ce rôle, qui fort évidemment n'est pas le sien; quand les tribunaux sont lointains, chers, peu sûrs et peu respectés, la maréchaussée absente, l'intendant inconnu et le subdélégué sans pouvoir? [...] Si, l'œil fasciné par les ors versaillais, l'on oublie le foisonnement incessant de toutes ces manifestations profondes, on n'a rien compris à la France de Louis XIV, à l'impossible tâche que le monarque et ses commis osèrent entreprendre, à l'inertie énorme qui la rendait si difficile » : P. GOUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 354 et 355.

<sup>21</sup> J. DELUMEAU, *op. cit.*, note 20, p. 293 : « Pour les Européens du début des temps modernes, [le temps] n'ouvre guère sur des joies terrestres. Il n'incite pas aux projets. Il ne dirige pas vers un progrès matériel (ou spirituel) ici-bas ». Le temps était perçu comme destructeur. On le représentait souvent sous les traits d'un vieillard (p. 294) : « Mais si le temps est constamment représenté comme un vieillard, c'est parce que cette image est produite par une humanité qui se



l'économie, elle se fondait principalement sur l'exploitation agricole. Le commerce était l'affaire d'une minorité, le commun des mortels produisant uniquement ce dont il avait besoin pour subsister. Le droit tirait donc son fondement et sa légitimité de la tradition. Il était essentiellement composé de règles coutumières générées par les pratiques spontanées des membres de la communauté<sup>22</sup>. Une coutume est une pratique consacrée par le temps et considérée par un groupe comme obligatoire; elle est « un "devenir" perpétuel », comme le dit si joliment Jean Imbert<sup>23</sup>. De telles pratiques, orales par nature, pouvaient être sanctionnées par les parlements, c'est-à-dire les tribunaux de l'époque.

En France, lorsque l'existence d'une coutume était controversée, on recourait à l'« enquête par turbe »<sup>24</sup>, turbe ayant pour origine un mot latin signifiant « foule ». Un groupe de personnes, réputées connaître les coutumes du pays, était alors appelé à informer le tribunal de l'existence ou encore de la portée d'une pratique coutumière donnée. Cette procédure comportant le grave désavantage de reposer sur la probité des membres de la turbe<sup>25</sup>, elle n'était pas pour plaire à tout le monde. Les tribunaux en vinrent donc à décerner des « actes de notoriété », c'est-à-dire des attestations de coutumes aux plaideurs<sup>26</sup>, ce qui apparaissait à ces derniers moins coûteux et plus sûr que l'enquête par turbe.

---

sait et se sent vieille. Aux chrétiens des XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles il apparaît évident, indépendamment même des signes annonciateurs de la fin du monde que présentent les événements contemporains, que l'essentiel de l'histoire humaine est déjà passé. Le temps approche de son terme. Or, les ans n'ont pas apporté la sagesse à l'humanité ». Le passage des années correspondait, croyait-on, à « une progressive dégénérescence morale – mais aussi physique – de l'univers » (p. 294). Bref, « [p]arce que le monde était vieux, tout allait mal et irait bientôt encore plus mal » (p. 295). Une conception volontariste du droit était bien difficile à entretenir dans un tel univers mental.

- <sup>22</sup> En réalité, les praticiens du droit sont les véritables auteurs des coutumes : P. PETOT, *op. cit.*, note 13, p. 13 et 46.
- <sup>23</sup> Jean IMBERT, *Histoire du droit privé*, 7<sup>e</sup> éd., coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 1992, p. 22.
- <sup>24</sup> Jacques ELLUL, *Histoire des institutions – Le Moyen-Âge*, 12<sup>e</sup> éd., t. 3, coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 1993, p. 375.
- <sup>25</sup> D'où le dicton « qui mieux abreuve, mieux preuve ».
- <sup>26</sup> À ce sujet, lire : Hippolyte PISSARD, *Essai sur la connaissance des coutumes en justice, dans l'ancien droit français et dans le système romano-germanique*, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1910, p. 179-183.



On devine aisément que le droit coutumier, bien que susceptible de s'adapter à des circonstances changeantes, n'en était pas moins très conservateur et marqué par l'incertitude. Son évolution marchait au pas des transformations sociales de communautés traditionnelles.

Grande était la diversité des coutumes sur le territoire de la France, compte tenu de la multiplicité des communautés qui la composaient. Lorsque les coutumes régionales seront mises par écrit au 16<sup>e</sup> siècle, on en comptera plus de sept cents sur le territoire français<sup>27</sup>. Comme le disait Voltaire, « [e]n voyageant en France, on changeait aussi souvent de lois [c'est-à-dire de coutumes] que de chevaux »<sup>28</sup>.

Un examen du paysage coutumier permet de diviser la France en deux grandes régions. D'une part, les provinces du Nord, dites « pays de coutumes » et, d'autre part, les provinces du Sud, appelées « pays de droit écrit »<sup>29</sup>. Les premières portaient l'empreinte plus profonde des coutumes des envahisseurs germaniques qui s'installèrent sur le territoire « français » entre le 4<sup>e</sup> et le 6<sup>e</sup> siècle. Le droit romain introduit après la conquête de la Gaule par les légions romaines ne survivra pas, dans ces régions, à la chute de l'Empire<sup>30</sup>. Au contraire, les deuxièmes possédaient un droit coutumier profondément influencé par le droit romain. En effet, à la différence des pays de coutumes, les provinces du Sud avaient fait l'objet d'une romanisation beaucoup plus prononcée. Bref, en raison de « cette prodigieuse diversité des coutumes que l'on rencontrait dans un même empire », comme l'affirmera Portalis, l'un des rédacteurs du Code Napoléon, « on eût dit que la France n'était qu'une société

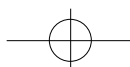
---

<sup>27</sup> J. IMBERT, *op. cit.*, note 23.

<sup>28</sup> Citation rapportée par Philippe MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996, p. 100. Le même auteur rapporte que Voltaire aurait également fait le souhait : « Qu'il n'y ait qu'un poids, une mesure, une coutume ».

<sup>29</sup> L'expression « droit écrit » doit être entendue ici comme signifiant que le droit romain s'est imposé « comme une coutume conforme au droit écrit » : J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 18.

<sup>30</sup> Il ne faudrait pas croire que les provinces du Nord seront complètement imperméables à l'influence du droit romain. Il n'en est rien. Nous constaterons un peu plus loin que certains secteurs du droit privé, par exemple les contrats et les obligations, seront régies, au nord comme au sud, par le droit romain.





de sociétés. La patrie était commune, et les États particuliers et distincts. Le territoire était un, et les nations diverses »<sup>31</sup>.

Ces coutumes, toutefois, ne couvraient pas l'ensemble des matières régies, à partir de 1804, par le *Code Napoléon*. Elles portaient principalement sur tout ce qui touchait le régime foncier, soit cette partie du droit civil qui regroupe « les règles de toute origine régissant l'ensemble des parcelles du territoire »<sup>32</sup>. Le régime foncier vise donc les règles de droit relatives aux donations, à la distinction entre meubles et immeubles, aux actions possessoire et hypothécaire, à la prescription, aux successions et testaments, ainsi qu'aux régimes matrimoniaux. Les coutumes ne disaient généralement mot des conditions de fond et de forme du mariage, de la filiation, des obligations et des contrats.

En matière d'obligations et de contrats, qu'il s'agisse de contrats de vente, de louage, de mandat, de prêt ou de société, c'est plutôt aux règles du droit romain qu'on allait faire appel, dans le sud comme dans le nord de la France. Ce droit romain prenait appui sur les textes des compilations effectuées entre 533 et 565 après J.-C. sous le règne de Justinien, empereur romain d'Orient, compilations réunies sous le titre de *Corpus juris civilis*. Inconnu dans les États « européens » en raison de la chute de l'Empire romain occidental en 476, le *corpus* ne fut redécouvert qu'au 11<sup>e</sup> siècle, à l'occasion de la querelle des investitures opposant le Pape Grégoire VII et l'empereur Henri IV<sup>33</sup>.

Le *Corpus juris civilis* comportait quatre parties<sup>34</sup>. Le *Code* était un registre des constitutions, édits et ordonnances alors applicables (bref, la législation proprement dite); le *Digeste*, quant à lui, regroupait les opinions des juristes romains les plus réputés de l'Antiquité; quant aux *Institutes*, elles représentaient, en quelque sorte, un manuel d'enseignement destiné aux étudiants en droit. Enfin, la dernière partie était consacrée aux *Novelles*, c'est-à-dire les lois ajoutées subséquentement par les empereurs désireux de mettre à jour la compilation. Ce droit cependant n'avait rien de

<sup>31</sup> Discours dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 36.

<sup>32</sup> Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, 6<sup>e</sup> éd., coll. « Domat-Droit privé », Paris, Montchrestien, 1993, n° 1339, p. 439.

<sup>33</sup> J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 17.

<sup>34</sup> *Id.*, p. 16 et 17. Lire également : P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 29-31; Arthur R. HOGUE, *Origins of the Common Law*, p. 22 et 23 (1985).



systématique<sup>35</sup>; le *Corpus juris civilis* ne s'apparentait pas à une codification.

Une fois redécouvert, ce droit romain a été enrichi, modifié et systématisé par les gloses des commentateurs du Moyen-Âge, et ensuite, par les interprétations des romanistes (en France : Jacques Cujas (1522-1590), Jean Domat (1625-1696) et Robert-Joseph Pothier (1699-1772))<sup>36</sup>. Le droit romain est avant tout un droit savant qui sera enseigné dans les universités européennes à partir du 12<sup>e</sup> siècle, mais qui, en raison de son caractère à la fois plus sophistiqué et plus « moderne », en viendra à régir le secteur des obligations et des contrats<sup>37</sup>.

Le droit canonique constitue une autre source fort importante de droit civil durant l'Ancien Régime. Par droit canonique, nous entendons l'« [e]nsemble de[s] règles établies par [l'Église catholique] en vue d'assurer l'organisation et le fonctionnement de son gouvernement et de tracer la conduite de ses membres par rapport aux fins qui lui sont propres »<sup>38</sup>. Ce droit représentera pendant longtemps la source quasi exclusive des règles régissant le mariage (validité, effets, dissolution) et la filiation<sup>39</sup>. Il exercera également

---

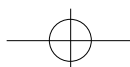
<sup>35</sup> H.J. BERMAN, *Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Culture*, p. 128 et 129 (1983). De plus, le *Corpus* n'était pas confiné aux seules matières de droit civil. Ce « recueil de droit civil » était en réalité un « recueil de droit romain » qui s'intéressait aussi bien aux matières de droit privé qu'aux matières de droit public.

<sup>36</sup> À propos de ces auteurs et de leur contribution respective, lire : P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 73 et 74 (Cujas), p. 81-83 (Domat) et p. 103 et 104 (Pothier).

<sup>37</sup> Toutefois, comme le rappelle John Gilissen, « [il] importe toutefois de ne pas exagérer l'influence du droit romain sur notre droit dans ce domaine. Si les emprunts sont fréquents, nombreuses sont aussi les règles juridiques nées de besoins propres au commerce médiéval. Le droit canonique, de son côté, a également contribué à l'élaboration de maintes règles modernes dans ce domaine. Ainsi, notre droit actuel des obligations est né de la fusion d'une grande part de droit romain avec certaines règles canoniques et avec de nombreuses coutumes médiévales » : John GILISSEN, *Introduction historique au droit – Esquisse d'une histoire universelle du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 637 et 638.

<sup>38</sup> *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, *op. cit.*, note 5.

<sup>39</sup> Les aspects patrimoniaux du mariage seront régis par la coutume et le droit écrit (régimes matrimoniaux, droits successoraux, libéralités entre les époux) : Arlette LEBIGRE, *La justice du Roi – La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1995, p. 256, note 6.







une influence sur le droit des contrats et le droit testamentaire. Pourquoi? L'histoire explique ce phénomène.

En France, entre le 9<sup>e</sup> siècle et le 12<sup>e</sup> siècle, le pouvoir royal ne sera pas en mesure de s'imposer à l'échelle du royaume. Le 9<sup>e</sup> siècle est marqué par la fin du règne des carolingiens (et l'avènement des capétiens), ainsi que par des invasions normande et viking (Danois et Norvégiens). Cet effacement, nous l'avons vu, a entraîné une fragmentation politique et juridique du pays. L'Église, fouettée par les réformes grégoriennes, grandie par l'humiliation de l'Empereur à Canossa, exercera, à partir de la fin du 12<sup>e</sup> siècle, un pouvoir qu'on n'hésite pas à qualifier de transnational<sup>40</sup>. Elle étendra alors la juridiction de ses tribunaux à toutes les matières touchant de près ou de loin un sacrement religieux<sup>41</sup>. En effet, le droit canonique ne s'appliquera pas simplement aux hommes d'Église, mais également aux laïcs, « à propos de ce qui, dans leur comportement, touchait au sacré, et ce champ tendait à s'élargir démesurément, puisque, selon les clercs, le mariage et toute la sexualité, puisque le serment – et l'on prêtait serment à propos de tout – relèvent de la loi divine »<sup>42</sup>. Cette très vaste juridiction *ratione materiae* autorisait l'Église à établir les conditions de validité d'un grand nombre d'actes juridiques.

Ainsi, la juridiction de l'Église à l'égard, par exemple, du serment lui a permis d'exercer une grande influence en matière de droit des contrats<sup>43</sup>. En effet, le droit canonique, en mettant l'accent sur la notion de bonne foi, de respect de la parole donnée, a favorisé l'avènement de la règle en vertu de laquelle un simple échange de consentements suffit à fonder un contrat<sup>44</sup>. Il a permis l'abandon

<sup>40</sup> Raoul Charles van CAENEGEM, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 1992, p. 2.

<sup>41</sup> François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à nos jours*, Paris, Éditions CNRS, 1992 (réimpression de l'édition originale de 1948), par. 139, p. 190 : « L'Église connaît [...] à titre exclusif, de tout ce qui touche aux sacrements ».

<sup>42</sup> Georges DUBY, *Le Moyen Âge, 987-1460*, coll. « Pluriel », Paris, Hachette, 1987, p. 277.

<sup>43</sup> Theodore F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5<sup>e</sup> éd., p. 627 (1956); J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 61.

<sup>44</sup> J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 51. Le juriste Antoine Loysel (1536-1617) se fera plus tard l'écho des canonistes du début du Moyen Âge lorsqu'il affirmera : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain » (*id.*).



des formalités imposées par les droits romain et coutumier<sup>45</sup>. Cette compétence en matière de serment emportait également un pouvoir de juger du parjure, ce qui devait permettre à l'Église d'étendre sa juridiction « aux conflits opposant entre elles les puissances temporelles »<sup>46</sup>.

Par le biais de l'extrême-onction<sup>47</sup>, le droit canonique a pu investir le champ de la réglementation testamentaire. Il faut rappeler que, durant le haut Moyen Âge, lorsque l'Église avait réintroduit l'usage des testaments, ceux-ci remplissaient une fonction strictement religieuse. Il s'agissait d'actes contenant « un règlement de funérailles et des libéralités pieuses pour le salut de l'âme du défunt »<sup>48</sup>. En effet, aux yeux de l'Église, un vrai chrétien devait prévoir l'octroi de quelque offrande charitable dans l'éventualité de son décès. L'absence de testament faisait présumer du refus par une personne de se faire administrer les derniers sacrements, avec la conséquence qu'elle mourrait dans le péché. L'officialité (tribunal ecclésiastique) avait donc juridiction sur toutes les questions relatives à la validité des testaments, sur tous les « effets accessoires de la migration de l'âme dans l'autre monde »<sup>49</sup>.

En raison de l'autorité qu'elle s'est lentement arrogée en matière de mariage, l'Église a pu régir non seulement leurs conditions de validité, mais également toutes les questions relatives à la filiation. En réussissant à imposer sa volonté, l'Église ne remportait pas seulement une victoire juridique. Plus important encore, elle emportait une victoire politique sans précédent. En effet, l'institution du mariage constituera, à partir du 11<sup>e</sup> siècle, un enjeu politique majeur : « Serait-il [le mariage] laissé aux chefs de famille? Passerait-il aux prêtres? Ceux-ci finalement l'emportèrent. Tout ce qui concernait le lien conjugal, donc la transmission du pouvoir, releva désormais –et ce fût d'incalculable conséquence– de la juridiction

---

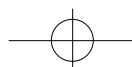
<sup>45</sup> P. PETOT, *op. cit.*, note 13, p. 81 et 82.

<sup>46</sup> G. DUBY, *op. cit.*, note 42, p. 140.

<sup>47</sup> T. F.T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 43, p. 727 et 728.

<sup>48</sup> F. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, note 41, par. 139, p. 191.

<sup>49</sup> John Ashton CLARENCE SMITH et Jean KERBY, *Le droit privé au Canada, Études comparatives/Private Law in Canada, A Comparative Study*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, P.U.O., 1987, par. 91, p. 58.





des administrateurs du sacré »<sup>50</sup>. Ainsi, au 14<sup>e</sup> siècle, les tribunaux laïcs français disputeront aux officialités la compétence pour juger les affaires de mariage, mais continueront néanmoins à accepter que la substance du droit soit définie par l'Église.

Le pouvoir royal ne légifèrera de manière autonome sur le mariage qu'à partir du 16<sup>e</sup> siècle. Cette intervention est concomitante avec l'avènement de la doctrine « absolutiste ». On appellera « droit gallican » ce droit séculier français en matière de mariage<sup>51</sup>. Ainsi, en 1516, le Concordat de Bologne assurera la mainmise du roi sur le clergé en lui accordant la surveillance des élections épiscopales (disposition des bénéfices – sièges épiscopaux et abbayes). Le Pape, quant à lui, se réservera l'investiture spirituelle<sup>52</sup>. Ce concordat est une conséquence du refus de recevoir en France les canons du Concile de Trente (1543-1563) qui fixera les dogmes de la foi catholique jusqu'à Vatican II. À partir du 16<sup>e</sup> siècle, il y a donc affirmation, par le pouvoir séculier, de son autorité en matière de mariage. Cette intervention épousera des formes législatives<sup>53</sup> aussi bien que judiciaires<sup>54</sup>.

Enfin, aux côtés des coutumes, du droit romain et du droit canonique, il faut également compter les interventions législatives proprement dites. On peut dresser la typologie suivante des actes législatifs royaux : 1<sup>o</sup> les ordonnances au sens strict (lois dont la

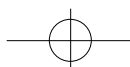
<sup>50</sup> G. DUBY, *op. cit.*, note 42, p. 13. À la même page, l'auteur précise qu'« [e]n 1200, le père de l'époux restait le principal officiant; il lui appartenait d'attirer sur son fils et sur celle que ce fils allait féconder la bénédiction divine ». Le seul rôle confié aux prêtres consistait à bénir le lit nuptial. À cette époque, si les évêques n'étaient pas mariés, à l'inverse, presque tous les prêtres et chanoines l'étaient (*id.*, p. 163); le chanoine est un dignitaire ecclésiastique dont le chapitre peut servir de conseil à l'évêque.

<sup>51</sup> Le mot « gallicanisme » vient du latin médiéval « *gallicanus* » qui signifie « gaulois ». Le gallicanisme s'oppose à l'ultramontanisme.

<sup>52</sup> À ce propos, lire : Emmanuel LE ROY LADURIE, *L'État royal – 1460-1610*, coll. « Pluriel », Paris, Hachette, 1987, p. 194 et 195.

<sup>53</sup> Il édictera, par exemple, des ordonnances destinées à sauvegarder la puissance paternelle et éviter les mésalliances : A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 94.

<sup>54</sup> De manière à faire obstacle au pouvoir judiciaire de l'officialité, une procédure spéciale, « l'appel comme d'abus », permettra que soit déféré aux tribunaux civils tout acte de l'autorité ou de la juridiction ecclésiastique au motif qu'il constitue un abus à l'encontre de la juridiction laïque : F. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, note 41, n<sup>o</sup> 362, p. 481-483. On créera également des crimes comme le crime de « rapt de séduction » : *id.*, n<sup>o</sup> 488, p. 651 et 652.





portée est très large et qui règlent un ensemble de questions), 2<sup>o</sup> les édits (qui visent un point particulier) et 3<sup>o</sup> les déclarations (qui expliquent ou modifient des dispositions antérieures)<sup>55</sup>.

Les interventions législatives en matière de droit privé ont été plutôt limitées avant 1789<sup>56</sup>. Elles visaient plutôt, en principe, des questions de droit public ou de droit administratif<sup>57</sup>. Toutefois, compte tenu de la sclérose du droit coutumier et de la nécessité de réformer et de mettre en ordre le droit, le roi décidera, en 1665, de procéder à une codification de certaines matières se rapportant au droit privé. Jean-Baptiste Colbert (1619-1683), célèbre ministre du roi Louis XIV, fera adopter de grandes ordonnances en matière de procédure civile (1667), de commerce (1681) et de droit maritime (1685). Plus tard, le chancelier Henri-François d'Aguesseau (1668-1751) entreprendra la codification de certaines questions de droit privé fort épineuses : ordonnances sur les donations (1731), sur les testaments (1735) et sur les substitutions (1747). Ces interventions, comme nous le verrons dans la prochaine section, demeureront cependant très limitées.

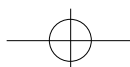
Aux coutumes, au droit romain, au droit canonique et à la législation royale, il faut également ajouter les interprétations données à ces sources par les tribunaux d'Ancien Régime. On ne peut non plus passer sous silence la contribution des auteurs qui, dès le 13<sup>e</sup> siècle, s'attacheront à systématiser ce complexe écheveau de normes juridiques. Parler de diversité n'étonne donc plus. Or ce sont ces sources fort diverses qui, d'un trait de plume, seront abrogées par l'article 7 de la loi du 21 mars 1804<sup>58</sup>, pour être remplacées par le seul Code Napoléon.

<sup>55</sup> Jacques ELLUL, *Histoire des institutions – XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, 11<sup>e</sup> éd., t. 4, coll. « Thémis », P.U.F., Paris, p. 160. À la même page, l'auteur ajoute que, sur le plan formel, on distinguait entre les lettres patentes, prises en conseil, portant le grand sceau, et signées par le roi, des arrêts du Conseil qui ne comportaient pas le sceau. Plus important encore, les premières devaient être enregistrées par le Parlement, formalité dont étaient dispensées les deuxièmes.

<sup>56</sup> André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 5, note 21.

<sup>57</sup> Ce qu'on désignait alors par le vocable « police » : John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, p. 9; voir également : J. ELLUL, *op. cit.*, note 24, p. 374.

<sup>58</sup> Dans la mesure où elles se rapportent aux matières visées par le Code. À ce propos, voir *infra*, p. 41-43.





Nous constaterons maintenant que cette unification du droit avait été préparée par certaines initiatives adoptées par le pouvoir royal au cours des siècles précédents. En effet, il faut se garder d'oublier que la « nouveauté » n'est bien souvent qu'« une lente préparation qui aboutit enfin »<sup>59</sup>.

## **B. Les tentatives d'unification du droit durant l'Ancien Régime**

Il serait erroné de prétendre que l'idée d'élaborer un droit privé commun à tous les Français n'était venue à personne avant 1789<sup>60</sup>. Au contraire, l'entreprise de codification a été rendue possible non seulement grâce à la contribution de certains juristes qui, au cours des siècles, ont tenté de systématiser le droit alors existant, mais également en raison de certaines initiatives du pouvoir royal, dont la principale fut d'ordonner la mise par écrit des coutumes du royaume.

En effet, à l'origine, le droit coutumier se transmettait oralement. La mémoire des anciens en assurait la conservation et la transmission. Au cours du 15<sup>e</sup> siècle, toutefois, les rois ordonnèrent la rédaction de ces coutumes orales. Celle-ci constituera, comme nous le verrons, un premier pas vers une unification du droit privé français.

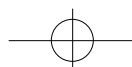
Qu'est-ce qui explique cette volonté du roi d'assurer la mise par écrit des coutumes en vigueur dans le royaume de France? Il ne s'agissait pas pour lui de s'arroger le pouvoir de faire la loi dans les domaines régis par la coutume<sup>61</sup>. Son objectif n'était même pas de

---

<sup>59</sup> Paul HAZARD, *La crise de la conscience européenne, 1680-1715*, Paris, coll. « Le livre de poche », Éditions Arthème Fayard, 1961, p. 421.

<sup>60</sup> À ce propos, lire : Jean-Louis GAZZANIGA, « Le code avant le code », dans Bernard BEIGNIER (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 21-32.

<sup>61</sup> Comme l'affirme Arlette Lebigre, l'idée d'uniformiser le droit était « une démarche intellectuelle aussi étrangère à l'esprit médiéval qu'irréalisable en pratique » : A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 87 et 88. En effet, les justiciables n'avaient que faire d'une telle uniformisation, et le roi se serait attiré la colère des provinces s'il avait tenté d'imposer sa propre normativité. En réalité, le roi s'est plutôt engagé solennellement à respecter cette diversité. Lorsqu'une nouvelle province s'ajoutait au domaine royal, le souverain s'empressait d'en reconnaître les coutumes, franchises et libertés. Le principe de la souveraineté étatique aurait admis qu'un édit puisse contredire une coutume locale. Toutefois, agir de la sorte aurait été politiquement dangereux, car « ce serait attenter aux privilèges,





mettre un terme à la diversité alors prévalante. Au contraire, que ce soit sur le plan de l'objectif qu'elles poursuivaient, ou de la procédure de rédaction qu'elles prévoyaient, ces mises par écrit allaient respecter, en grande partie, le caractère populaire de la coutume<sup>62</sup>.

L'action royale était plutôt orientée vers une amélioration de l'administration de la justice. Elle visait à diminuer la longueur et le coût des procès qu'entraînait la difficulté de prouver l'existence d'une coutume<sup>63</sup>, à garantir la certitude de la règle coutumière en facilitant la connaissance, et à assurer l'uniformité de la jurisprudence des parlements<sup>64</sup>. La procédure de rédaction reconnaissait un rôle fort important aux praticiens et à la population dans le processus de rédaction. Elle respectait donc le caractère populaire du droit tout en reconnaissant la professionnalisation de la coutume<sup>65</sup>.

---

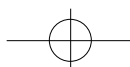
libertés et franchises du pays, violer les engagements pris par le roi lors du rattachement de la province dont le parlement refuserait d'enregistrer le texte royal, donnant l'exemple de la désobéissance aux juridictions inférieures. Plutôt que de provoquer une fronde parlementaire, les rois s'abstiennent d'intervenir dans le contenu du droit [privé] » (*id.*, p. 257, note 10).

<sup>62</sup> Lire : E. LE ROY LADURIE, *op. cit.*, note 52, p. 151.

<sup>63</sup> Quelques coutumiers (rédaction, à titre privé, des coutumes) existaient qui permettaient de faire la preuve de certaines règles. Dans l'ensemble, cependant, ils étaient insuffisants. Les juges devaient donc recourir à la procédure d'enquête par turbe; à ce sujet, voir *supra*, p. 12.

<sup>64</sup> L'article 125 de l'Ordonnance de Montils-lès-Tours adoptée en 1454 énonçait : « Voulant abrèger, les procès et litiges d'entre nos sujets, et les relever des mises et dépenses, et ôter toutes matières de variations et contrariété, ordonnons que les coutumes, usages et styles de notre Royaume soient rédigés et mis par écrit, accordés par les coutumiers, praticiens et gens de chacun desdits pays de notre Royaume » : information tirée de Jean-Louis GAZZANIGA, « Rédaction des coutumes et codification », (1997) 26 *Droits* 71, 74.

<sup>65</sup> C'est l'Ordonnance de Montils-lès-Tours qui fixe pour la première fois la procédure de rédaction à suivre. Elle devait être modifiée et fixée définitivement en 1498. En voici un bref exposé. Nommés par le roi, des commissaires étaient appelés à présider, dans chaque bailliage, la rédaction des coutumes. Dans un premier temps, avec l'aide des notables et des praticiens de l'endroit, le bailli (principal agent judiciaire du roi : J. ELLUL, *op. cit.*, note 24, p. 376) élaborait un projet de rédaction. Après avoir été soumis à l'examen des commissaires, une assemblée des trois États du bailliage était alors réunie pour qu'il en soit discuté. Le Parlement ou le Conseil du Roi étaient par la suite appelés à se prononcer sur les articles soulevant une opposition. Une fois aplanies les difficultés, la coutume était promulguée par le Roi et enregistrée par le parlement. Information tirée de J. ELLUL, *op. cit.*, note 55, p. 40; J.-L.





Toutefois, la rédaction des coutumes a favorisé l'amorce d'une étude systématique de celles-ci par les juristes français. Prenant conscience de l'identité de certains principes coutumiers, et de l'existence d'institutions très voisines les unes des autres, ils contribuèrent à développer un droit commun coutumier<sup>66</sup>. La prééminence acquise par la Coutume de Paris, considérée comme coutume modèle et appelée à s'appliquer dans l'éventualité du silence d'une coutume particulière, devait également favoriser l'avènement d'un droit commun coutumier<sup>67</sup>. L'État prendra acte de cette situation en obligeant, en 1679, les Facultés de droit à enseigner, non seulement les droits romain et canonique, mais également « le droit français contenu dans les ordonnances et les coutumes »<sup>68</sup>.

Arlette Lebigre soutient que, malgré les affirmations d'un Colbert ou, après lui, d'un Louis XV<sup>69</sup>, le roi n'a jamais tenté de s'imposer, et n'aurait pu le faire même s'il l'avait voulu, comme le détenteur exclusif du pouvoir de dire le droit<sup>70</sup>. Lorsqu'il a réussi à réformer le droit privé de manière efficace, c'est que les officiers de justice des différents bailliages avaient approuvé les innovations

---

GAZZANIGA, *loc. cit.*, note 64, 77; lire également : P. PETOT, *op. cit.*, note 13, p. 84-86.

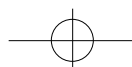
<sup>66</sup> J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 57.

<sup>67</sup> P. PETOT, *op. cit.*, note 13, p. 97-104.

<sup>68</sup> J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 64; J. ELLUL, *op. cit.*, note 55, p. 162. La mise par écrit des coutumes allait également conférer un pouvoir nouveau aux professionnels du droit. Comme le signale Georges Duby, avec la mise par écrit des coutumes (dès le début du 12<sup>e</sup> siècle par les rédacteurs de coutumiers), « [l]'écrit ne l'emportait pas sur la mémoire. Mais il la fixait. La coutume, et ce fut le cas de celles des fiefs, devenait [...] loi. Elle tendait à ressembler à cette loi que l'Église conservait dans ses recueils de décrets. Ainsi, insensiblement, par la progressive extension d'une écriture qui d'ordinaire le renforçait, mais dont il était prisonnier, le pouvoir des seigneurs passait aux mains des professionnels du droit » : G. DUBY, *op. cit.*, note 42, p. 233 et 234; lire également p. 279.

<sup>69</sup> En décembre 1770, dans l'Édit qui défend au parlement de se servir des termes d'unité, d'indivisibilité et de classes..., Louis XV affirme : « Nous ne tenons notre couronne que de Dieu; le droit de faire des lois par lesquelles nos sujets doivent être conduits et gouvernés nous appartient à nous seul, sans dépendance et sans partage » : ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 22, Paris, Belin-Leprieur, 1825, p. 506 et 507.

<sup>70</sup> A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 86-97; voir également : J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 61; P. GOUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 346 et 347.





proposées<sup>71</sup>. La loi n'exerçait donc pas un monopole dans l'expression du droit; elle complétait plutôt les autres sources juridiques. Les tribunaux se sentaient tenus d'obéir tout autant à la coutume, au droit écrit, et à la jurisprudence qu'aux ordonnances et aux édits royaux<sup>72</sup>. En outre, de nouveaux usages, contraires aux règles établies, continuèrent d'ailleurs à voir le jour après la promulgation des coutumes rédigées<sup>73</sup>. Colbert, quant à lui, aurait préféré procéder à une unification générale du droit<sup>74</sup>; il devra toutefois se contenter de codifications limitées de certains secteurs de droit comme le commerce (Ordonnance du commerce de 1673) et le droit maritime (Ordonnance de la marine en 1681). Quant à l'Ordonnance civile de 1667 et à l'Ordonnance criminelle de 1670, elles seront essentiellement relatives à la procédure. Aucune de ces ordonnances ne vise le droit civil proprement dit<sup>75</sup>. Qui plus est, ces ordonnances ne furent pas observées plus fidèlement que celles qui les avaient précédées, et elles reconnaissaient également beaucoup de latitude aux magistrats<sup>76</sup>. Quant aux ordonnances du chancelier D'Aguesseau, elles viseront, elles aussi, des matières très circonscrites<sup>77</sup>.

---

71 A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 95 : « Lorsque le législateur se permet de s'immiscer dans le droit privé, il sert plus souvent la volonté collective ou l'intérêt général que le bon plaisir arbitraire du prince »; Jean Imbert rappelle que, lorsque le roi intervient en matière de droit privé, il « ne le fait que très timidement, et il ne paraît pas [qu'il] se soit écarté des voies tracées depuis toujours par les coutumes ou le droit romain; quand, par hasard il ose quitter les sentiers battus, sa législation n'est adoptée ni par la pratique ni par les Parlements, et reste lettre morte » : J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 61.

72 A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 90.

73 *Id.*, p. 97 et 98; J.-L. GAZZANIGA, *loc. cit.*, note 64, 77.

74 A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 96.

75 H. LEGOHÉREL, *op. cit.*, note 12, p. 70.

76 A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 97. Jacques Ellul prétend au contraire que dès le 17<sup>e</sup> siècle, « la seule source du droit est la volonté royale » : J. ELLUL, *op. cit.*, note 55, p. 160. Contredisant sur ce point Lebigre, il affirme, par exemple, que les nouveaux usages qui apparaissent n'étaient valides que s'ils étaient introduits par une ordonnance royale (*id.*, p. 41). Bref, à partir de cette époque, la coutume n'aurait plus été la source créatrice de droit qu'elle avait été auparavant : « le Roi reste seul créateur du droit et il modifiera progressivement le droit coutumier dans ses ordonnances » (J. ELLUL, *op. cit.*, note 24, p. 375). L'interprétation plus nuancée de Lebigre nous paraît plus plausible, opinion que partage également P. PETOT, *op. cit.*, note 13, p. 84-86.

77 H. LEGOHÉREL, *op. cit.*, note 12, p. 71.





L'aurait-il voulu, Louis XIV n'aurait jamais pu, sans saper les bases de sa propre autorité, mener à terme une véritable entreprise de codification. Celle-ci aurait exigé l'abrogation pure et simple du complexe réseau de normes coutumières qui couvrait la France. Or les multiples privilèges des nobles et du clergé, les deux principaux piliers de l'État monarchique, avaient pour fondement ces coutumes éparses. D'ailleurs, lorsque, sous le règne de Louis XVI, Maupéou tentera d'introduire des modifications radicales au droit féodal, ce sont les classes privilégiées, plus particulièrement les parlements, qui feront échouer l'entreprise<sup>78</sup>. Leur aveuglement allait faire leur perte. Comme l'affirme avec justesse Arlette Lebigre : « Ce subtil équilibre, si caractéristique de l'Ancien Régime, entre la volonté d'unifier et le respect des particularismes, l'affirmation verbale du pouvoir absolu et la tolérance tacite de résistances qu'on préfère ignorer, finira par se briser quand l'enjeu politique aura définitivement faussé les relations du roi et de sa justice »<sup>79</sup>.

La Révolution, en détruisant les bases mêmes de l'Ancien Régime, allait rendre possible la codification du droit privé. D'une part, l'adoption d'un droit privé commun à tous était rendue possible par l'abolition des ordres et des privilèges (durant la nuit du 4 août 1789), ainsi que par la consécration du principe de l'égalité de tous les citoyens dans la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, proclamée le 26 août 1789. D'autre part, le découpage de la France en départements mettait fin aux particularismes locaux fondés sur l'existence des provinces anciennes<sup>80</sup>. Enfin, le triomphe de la raison sur Dieu et la tradition, l'avènement d'un État puissant, s'exprimant au moyen de la loi, source de droit qui prétend pouvoir éclipser toutes les autres, tous ces événements rendront possible la codification du droit privé français.

---

<sup>78</sup> Ce sont également les parlements qui opposèrent la plus grande résistance à l'adoption des réformes proposées par le chancelier D'Aguesseau : P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 90.

<sup>79</sup> A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 98.

<sup>80</sup> Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1996, p. 16. Pour comparer les frontières des anciennes provinces et des nouveaux départements, consulter les cartes reproduites aux pages 812 et 813 de M. CHAMBERS, R. GREW, David HERLIHY, T.K. RABB, I. WOLOCH, *The Western Experience*, 5<sup>e</sup> éd. (1991).



### C. Le Siècle des Lumières et la sacralisation de la loi

À l'époque médiévale et durant l'Ancien Régime, Dieu occupe une place centrale en toutes choses. L'univers entier est conçu comme une projection de la volonté divine. Cette conception théocentrique du monde colonise et le droit et la politique. Ainsi, le droit positif n'est valide que s'il est conforme au droit divin. En outre, Dieu étant la source de toute autorité, il s'en trouvera plusieurs pour affirmer que les rois détiennent leur autorité d'une investiture divine et non d'une quelconque délégation de pouvoir par le peuple<sup>81</sup>; il faut donc leur « obéir sans murmure »<sup>82</sup>. En effet, à cette époque, « [o]béir au roi, c'est obéir à Dieu, roi des rois, source de toute autorité, objet premier de toute obéissance »<sup>83</sup>.

L'Humanisme et la Réforme protestante viendront jeter un pavé dans cette mare d'unanimité. Alors que les humanistes s'attacheront à mettre en valeur l'être humain et sa dignité, lui conférant ainsi un rang plus digne que celui que l'orthodoxie chrétienne lui avait attribué jusqu'alors, la réforme luthérienne mettra l'accent sur l'autonomie de la volonté en affirmant que tout être humain étant fait prêtre par le baptême, il était autorisé, par conséquent, au même titre que les clercs, à se prononcer en matière de foi. Luther se fera ainsi le promoteur d'une certaine forme d'individualisme. Il contribuera également à faire la preuve que toute autorité quelle qu'elle soit, y compris celle de l'Église, pouvait être critiquée et même renversée. Ces deux mouvements, le premier intellectuel et esthétique, le deuxième, religieux, allaient jeter la semence du doute, doute cartésien dira-t-on plus tard, dans l'esprit des hommes. Ce doute ira grandissant et provoquera une « crise de la conscience européenne »<sup>84</sup> à la fin du 17<sup>e</sup> siècle, crise qui posera

---

<sup>81</sup> Au tout début du 18<sup>e</sup> siècle, Jacques Bénigne Bossuet (1627-1704) se fera le défenseur de ce point de vue dans un ouvrage intitulé *Politique tirée de l'Écriture sainte*; à propos des idées de Bossuet, lire : Jean-Jacques CHEVALLIER, *Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours*, coll. « U », Paris, Éditions Armand Colin, 1996, p. 56-66.

<sup>82</sup> *Du contract social*, *op. cit.*, note 1, L. III, c. VI, p. 235.

<sup>83</sup> Jean-Jacques CHEVALLIER, *Histoire de la pensée politique*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 1993, p. 380. Colbert affirmera au 17<sup>e</sup> siècle : « Toute la puissance législative de ce royaume réside dans la personne du souverain » (citation rapportée par J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 289).

<sup>84</sup> P. HAZARD, *op. cit.*, note 59.



en germe les idées (empirisme, déisme, rationalisme et jusnaturalisme) auxquelles s'abreuvèrent les philosophes du siècle suivant; ce sera le « passage du transcendant au positif »<sup>85</sup>, l'avènement des « lumières philosophiques, c'est-à-dire, l'appréciation des choses d'après la raison et non d'après les habitudes »<sup>86</sup>.

Avec le triomphe de la raison-critique, ce mode de connaissance qui consiste à n'admettre rien qui ne se fonde sur l'observation, l'expérimentation et l'examen critique, sont contestées les justifications fondées sur la tradition ou l'intervention de la Providence divine. C'est la raison qui prime, une raison dont tous les êtres humains sont également pourvus. Ainsi, des auteurs comme Hugo de Groot, dit Grotius (1583-1645), et Samuel Pufendorf (1632-1694) affirmeront que le droit naturel n'est pas le simple reflet de la loi divine au sens où l'entendait Thomas D'Aquin (1228-1274), mais bien le reflet de la raison<sup>87</sup>.

Non seulement la raison triomphe-t-elle, mais on l'invoque pour faire de l'être humain l'assise de tout pouvoir politique, la source exclusive de la souveraineté. En effet, si le Siècle des Lumières correspond à une période d'exaltation de la raison humaine, il se caractérise également par une laïcisation des sources de la souveraineté. Ce phénomène entraînera, à son tour, une modification radicale de l'idée qu'on se faisait alors de la loi. Plusieurs philosophes contribuèrent à l'éclosion de cette nouvelle conception de l'ordre politique et de son organe privilégié, la loi<sup>88</sup>. Parmi eux,

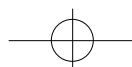
---

<sup>85</sup> *Id.*, p. 298.

<sup>86</sup> Germaine de STAËL, *Considérations sur la révolution française*, Paris, Tallandier, 2000, p. 138 (ouvrage initialement paru en 1818).

<sup>87</sup> À propos de ces trois auteurs, lire : P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 39-45 (D'Aquin), p. 75 et 76 (Grotius) et p. 85-88 (Pufendorf).

<sup>88</sup> Même si nous mettons ici l'accent sur la contribution de Rousseau, il faut bien reconnaître l'influence de la pensée de Charles de Secondat de Montesquieu (1689-1755) sur les rédacteurs du Code. On songe, d'une part, à l'idée qu'il se fait de la loi comme expression de la raison et, d'autre part, à l'importance qu'il accorde à un mode de rédaction législative axé sur la clarté et la simplicité. Dans son ouvrage, *De l'Esprit des lois*, on peut lire à ce sujet : « Le style doit en être concis [...] Le style des lois doit être simple; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie [...] Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre [au sens de « juste milieu »] entendement » : Charles de SECONDAT de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, Paris, Garnier, 1961, p. 290 et 291, Livre XXIX, c. 16. À propos de Montesquieu, lire : P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 93-97; en ce qui concerne





cependant, il en est un qui retiendra plus particulièrement notre attention et ce, en raison de sa conception nettement idéalisée de la loi. Il s'agit de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Le pouvoir politique, soutiendra-t-il, n'est pas fondé, comme on l'a longtemps prétendu, sur une quelconque autorité naturelle dont l'origine serait d'essence divine. Au contraire, « aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable »<sup>89</sup>, que ce soit le père sur ses enfants<sup>90</sup> ou le roi sur son peuple<sup>91</sup>. En réalité, « tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu »<sup>92</sup>. Il en déduit que « restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes »<sup>93</sup>.

Selon lui, les êtres humains, source de toute souveraineté, ont librement conclu un pacte social qui fonde l'organisation politique et juridique de l'État afin d'« assurer les biens, la vie, et la liberté de chaque membre par la protection de tous »<sup>94</sup>. Comment ce pacte

---

son influence sur les rédacteurs du Code civil, lire : Alfredo Mordechai RABELLO, « Montesquieu and the Codification of Private Law (Code Napoléon) », dans Alfredo Mordechai RABELLO (dir.), *European Legal Traditions and Israel – Essays on Legal History, Civil Law and Codification, European Law, Israeli Law*, Jerusalem, Sacher Institute, 1994, p. 39. Voltaire aurait également exercé une certaine influence en louangeant le principe de la primauté du droit : P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 102. Enfin, en ce qui concerne l'influence de l'École de droit naturel sur la pensée juridique française au 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècle, il faut lire : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56.

<sup>89</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. I, c. IV, p. 177.

<sup>90</sup> *Id.*, L. I, c. II, p. 174.

<sup>91</sup> *Id.* Il était fréquent à l'époque de faire découler le pouvoir absolu du roi sur la nation de l'autorité « naturelle » exercée par le père sur la famille. Cette autorité paternelle avait pour origine, quant à elle, le pouvoir souverain initialement accordé par Dieu à Adam.

<sup>92</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. IV, c. II, p. 262. L'article 1 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen* affirmera que « [l]es hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits [...] ». Rappelons que toutes les citations tirées des ouvrages de Rousseau respecteront l'orthographe adopté par celui-ci.

<sup>93</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. I, c. IV, p. 177.

<sup>94</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, « Discours sur l'économie politique », dans *Du contract social, op. cit.*, note 1, p. 61-100, à la page 70 (ci-après cité « Économie politique »). À la question « quelle est la principale finalité de l'association politique? », Rousseau répond : « C'est la conservation et la prospérité de ses membres » (*Du contract social, op. cit.*, note 1, L. III, c. IX, p. 242). Il faut cependant préciser que, pour Rousseau, la liberté importe plus que la paix



permet-il de garantir les droits de tous les cocontractants, et leur permet-il d'échapper à toute oppression? Parce que « chacun se donnant à tous ne se donne à personne »<sup>95</sup>. En effet, le pacte social est une « forme d'association<sup>96</sup> qui défend et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéit pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant »<sup>97</sup>. Rousseau résume ainsi l'essence du pacte social :

*Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout.*<sup>98</sup>

Ce « corps moral et collectif »<sup>99</sup> fondé par le contrat social, cette entité que Rousseau appelle le Souverain, l'État, le corps politique<sup>100</sup>, et qui est investi d'un pouvoir absolu sur tous les associés<sup>101</sup>, qui en dirigera les forces? Ce sera la volonté générale qui « peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution qui est le bien commun »<sup>102</sup>. Or la loi sera l'expression

---

sociale; à la même page, il affirme que « ce qui fait vraiment prospérer l'espèce est moins la paix que la liberté », mais une liberté, on le verra, garantie par un État puissant : *infra*, note 139.

<sup>95</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. I, c. VI, p. 183.

<sup>96</sup> Fondée sur le « consentement unanime » des cocontractants : *id.*, L. IV, c. II, p. 262.

<sup>97</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. I, c. VI, p. 182. De manière à ce que tous soient égaux aux termes du pacte social, chaque associé doit aliéner totalement les droits qu'il détenait dans l'État de nature, car « chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres » : *id.*, p. 182 et 183. Toutefois, il ne s'agit pas tant d'une « aliénation » que d'un « échange avantageux » : « [...] au lieu d'une aliénation, ils n'ont fait qu'un échange avantageux d'une manière d'être incertaine et précaire contre une autre meilleure et plus sûre, de l'indépendance naturelle contre la liberté, du pouvoir de nuire à autrui contre leur propre sûreté, et de leur force que d'autres pouvoient surmonter contre un droit que l'union sociale rend invincible » (*id.*, L. II, c. IV, p. 197). Voir également : *id.*, L. I, c. VIII, p. 186 et 187.

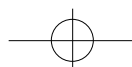
<sup>98</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. I, c. VI, p. 183 (en italiques dans le texte).

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> *Id.*, p. 184.

<sup>101</sup> *Id.*, L. II, c. IV, p. 194.

<sup>102</sup> *Id.*, L. II, c. I, p. 190. La dimension presque mystique de cette « volonté générale » en rend difficile la définition. On sait cependant que, « ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix, que l'intérêt commun qui les unit » (*id.*,





de cette volonté<sup>103</sup>; elle sera « le mouvement et la volonté »<sup>104</sup> du corps politique. Le « peuple » détiendra la puissance législative, car elle « ne peut appartenir qu'à lui »<sup>105</sup>. La loi constituera l'« acte de souveraineté »<sup>106</sup> par excellence.

Cette loi, expression de la volonté générale, ne serait-elle pas susceptible de brimer la liberté des citoyens? Pareille chose est impossible, d'affirmer Rousseau. Pourquoi? D'une part, la loi ne peut viser une personne en particulier ou encore une action particulière<sup>107</sup>, car les « engagements qui nous lient au corps social ne sont obligatoires que parce qu'ils sont mutuels »<sup>108</sup>. En réalité, une telle mesure aurait pour conséquence de détruire le contrat social<sup>109</sup>. D'autre part, dans la perspective rousseauiste, les lois ne

---

L. II, c. IV, p. 196). De plus, Rousseau précise que « [p]our qu'une volonté soit générale, il n'est pas toujours nécessaire qu'elle soit unanime, mais il est nécessaire que toutes les voix soient comptées; toute exclusion formelle rompt la généralité » (*id.*, L. II, c. II, p. 191).

<sup>103</sup> Les lois sont des « actes de la volonté générale » : *id.*, L. II, c. IV, p. 201. L'article 6 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen* reprendra cette formule : « La loi est l'expression de la volonté générale ».

<sup>104</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. II, c. VI, p. 200.

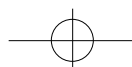
<sup>105</sup> *Id.*, L. III, c. I, p. 217. L'article 3 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen* affirmera que « [l]e principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation [...] ».

<sup>106</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. II, c. IV, p. 196, aux pages 196 et 197, Rousseau ajoute : « Qu'est-ce donc proprement qu'un acte de souveraineté? Ce n'est pas une convention du supérieur avec l'inférieur, mais une convention du corps avec chacun de ses membres : Convention légitime, parce qu'elle a pour base le contract social, équitable, parce qu'elle est commune à tous, utile, parce qu'elle ne peut avoir d'autre objet que le bien général, et solide, parce qu'elle a pour garant la force publique et le pouvoir suprême [« que le pacte social donne au corps politique [...] sur tous les siens » (*id.*, p. 194)].

<sup>107</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. II, c. VI, p. 201 : « en un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative ».

<sup>108</sup> *Id.*, L. II, c. IV, p. 195. Dans J.-J. ROUSSEAU, « Économie politique », *loc. cit.*, note 94, 78, il est dit qu'« il n'est pas plus croyable que la volonté générale consente qu'un membre de l'état quel qu'il soit en blesse ou détruise un autre, qu'il ne l'est que les doigts d'un homme usant de sa raison aillent lui crever les yeux ».

<sup>109</sup> J.-J. ROUSSEAU, « Économie politique », *loc. cit.*, note 94, 78.





peuvent être injustes, « puisque nul n'est injuste envers lui-même »<sup>110</sup>. Les citoyens demeurent libres, même s'ils sont assujettis aux lois, « puisqu'elles ne sont que des régistres de [leurs] volontés »<sup>111</sup>.

Bref, la loi est la seule expression légitime du droit, car elle seule représente la volonté des citoyens, source de tout pouvoir<sup>112</sup>. Les

<sup>110</sup> *Du contract social*, *op. cit.*, note 1, L. II, c. VI, p. 201. De plus, les lois étant l'expression de la volonté générale, et celle-ci ne pouvant jamais prescrire quelque chose d'inique, il s'ensuit que les lois sont toujours justes : « Pourquoi la volonté générale est elle toujours droite, et pourquoi tous veulent-ils constamment le bonheur de chacun d'eux, si ce n'est parce qu'il n'y a personne qui ne s'approprie ce mot *chacun*, et qui ne songe à lui-même en votant pour tous? » (En italiques dans le texte) : *id.*, L. II, c. IV, p. 195.

<sup>111</sup> *Du contract social*, *op. cit.*, note 1, L. II, c. VI, p. 201. Dans les *Fragments politiques*, Rousseau affirme : « On est libre quoique soumis aux loix, et non quand on obeit à un homme, parce qu'en ce dernier cas j'obéis à la volonté d'autrui mais en obeissant à la Loy je n'obéis qu'à la volonté publique qui est autant la mienne que celle de qui que ce soit » : Jean-Jacques ROUSSEAU, *Fragments politiques*, dans *Du contract social*, *op. cit.*, note 1, p. 293-382, à la page 314. Néanmoins, quoiqu'en dise Rousseau, son modèle peut fort bien mener à la tyrannie de la majorité, et à l'oppression de l'individu. En effet, s'il est vrai que seule est aliénée cette partie de la liberté d'un individu « dont l'usage importe à la communauté, [...] il faut convenir aussi que le Souverain seul [c'est-à-dire le peuple] est juge de cette importance » (*id.*, L. II, c. IV, p. 195). De plus, comme la volonté générale est toujours juste et droite (*id.*), le citoyen qui refuserait de se plier à la volonté générale pourrait s'y voir contraint par l'État, « ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre » (*id.*, L. I, c. VII, p. 186). Cette soumission du citoyen qui n'a pas consenti à l'adoption d'une loi ne constitue-t-elle pas une forme d'oppression? Rousseau n'est pas de cet avis : « Quand on propose une loi dans l'assemblée du Peuple, ce qu'on leur [les citoyens] demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur; chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimois être la volonté générale ne l'étoit pas. Si mon avis particulier l'eut emporté, j'aurois fait autre chose que ce que j'avois voulu, c'est alors que je n'aurois pas été libre » (*id.*, L. IV, c. II, p. 262 et 263). L'article 7 *in fine* de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen* spécifiera que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ». En somme, on voit difficilement comment un individu pourrait échapper à la volonté répressive de la majorité.

<sup>112</sup> Néanmoins, dans l'élaboration des lois, le Législateur ne doit pas ignorer « la plus importante de toutes [les sortes de lois] », celle qui « substitue insensiblement la force de l'habitude à celle de l'autorité. Je parle des mœurs,



« sujets en corps »<sup>113</sup>, la nation, l'État parlent par la bouche de la loi, cette « raison publique »<sup>114</sup>. Toute autre norme doit donc y être subordonnée, que ce soit la coutume, la doctrine ou encore la jurisprudence<sup>115</sup>.

Bref, dans la conception rousseauiste, la loi « participe, véritablement [...] du sacré »<sup>116</sup>. Laissons, une fois encore, la parole au philosophe :

*Par quel art inconcevable a-t-on pû trouver le moyen d'assujettir les hommes pour les rendre libres? [...] d'enchaîner leur volonté de leur propre aveu? de faire valoir leur consentement contre leur refus, et de les forcer à se punir eux-mêmes, quand ils font ce qu'ils n'ont pas voulu? Comment se peut-il faire qu'ils obéissent et que personne ne commande, qu'ils servent et n'ayent point de maître; d'autant plus libres en effet que sous une apparente sujétion, nul ne perd sa liberté que ce qui peut nuire à celle d'un autre? Ces prodiges sont l'ouvrage de la loi. C'est à la loi seule que les hommes doivent la justice et la liberté. C'est cet organe salubre de la volonté de tous, qui rétablit dans le droit l'égalité naturelle entre les hommes. C'est cette voix céleste qui dicte à chaque citoyen les préceptes de la raison publique, et lui apprend à agir selon les maximes de son propre jugement, et à n'être pas en contradiction avec lui-même.*<sup>117</sup>

Expression de la raison, la loi ne peut jamais devenir synonyme d'injustice comme a pu l'être la jurisprudence prononcée par les parlements d'Ancien Régime. Cette conception idéaliste de la loi aura pour conséquence d'entraîner, à partir de la Révolution

---

des coutumes et sur-tout de l'opinion » (J.-J. ROUSSEAU, *Fragments politiques*, *op. cit.*, note 111, L. II, c. XII, p. 216, à la page 377.

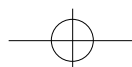
<sup>113</sup> *Id.*, L. II, c. VI, p. 201.

<sup>114</sup> J.-J. ROUSSEAU, « Économie politique », *loc. cit.*, note 94, 65 et 70. Expression que reprendra le commissaire Portalis pour décrire la loi : Titre préliminaire, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Corps législatif, discours prononcé par le conseiller d'État Portalis, l'un des orateurs du gouvernement, 23 frimaire, an X – 14 décembre 1801; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 103, à la page 107.

<sup>115</sup> La Constitution de 1791 affirmera : « Il n'y a pas en France d'autorité supérieure à celle de la loi » (art. 3, T. III, c. II, s. 1). Napoléon craignait tant de voir la doctrine étouffer le Code que lorsque Maleville en publiera un commentaire en 1805, il se serait écrié : « Mon Code est perdu! » : J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 57.

<sup>116</sup> J.-J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 83, p. 117.

<sup>117</sup> J.-J. ROUSSEAU, « Économie politique », *op. cit.*, note 94, p. 70.







française et jusqu'à nos jours, un véritable fétichisme de la loi et, par le fait même, de la volonté générale. Rousseau n'ignore pas ce danger. Si la « volonté générale est toujours droite, [affirme-t-il,] le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé »<sup>118</sup>. C'est pourquoi il estime nécessaire la présence d'un Législateur, « intelligence supérieure »<sup>119</sup> capable « de montrer [à la volonté générale] le bon chemin qu'elle cherche »<sup>120</sup>. Cet « homme extraordinaire »<sup>121</sup> proposerait des lois que seul le peuple souverain serait cependant en mesure d'adopter<sup>122</sup>. Toutefois, comme Rousseau le confesse lui-même, le chemin de l'histoire n'a été que trop rarement fréquenté par des hommes de cette trempe, des hommes dont la « raison sublime »<sup>123</sup> les pousse à mettre leur gloire à faire le bonheur de tous. Il admet bien volontiers qu'« [i]l faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes »<sup>124</sup>.

Quoi qu'il en soit, à l'époque qui nous préoccupe, la loi est pour ainsi dire déifiée<sup>125</sup>. Si, durant le Moyen Âge, « [o]béir au roi, c'est obéir à Dieu »<sup>126</sup>, à l'inverse, au 18<sup>e</sup> siècle, « qui désobéit aux lois, désobéit à Dieu »<sup>127</sup>. Jean Carbonnier parle, à juste titre, de « passion des lois au Siècle des Lumières »<sup>128</sup>. Il rapporte même qu'en 1790, dans le Faubourg Saint-Antoine, un député de

---

<sup>118</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. II, c. VI, p. 202.

<sup>119</sup> *Id.*, L. II, c. VII, p. 203.

<sup>120</sup> *Id.*, L. II, c. VI, p. 202.

<sup>121</sup> *Id.*, L. II, c. VII, p. 204.

<sup>122</sup> *Id.*, L. II, c. VII, p. 205.

<sup>123</sup> *Id.*

<sup>124</sup> *Id.*, L. II, c. VII, p. 203.

<sup>125</sup> À ce propos, lire : Shael HERMAN, « From Philosophers to Legislators, and Legislators to Gods: The French Civil Code as Secular Scripture », *U. Ill. L. Rev.* 597 (1984).

<sup>126</sup> *Supra*, note 83.

<sup>127</sup> « Lettre de Rousseau à Christophe de Beaumont », reproduite par Robert DERATHÉ, dans J.-J. ROUSSEAU, *Du contract social, op. cit.*, note 1, p. 501. Rousseau faisait également figurer « la sainteté du Contrat social et des Loix » au nombre des « dogmes positifs » de la religion civile qu'il proposait : *id.*, L. IV, c. VIII, p. 290.

<sup>128</sup> Jean CARBONNIER, « La passion des lois au Siècle des Lumières », dans *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Deffrénois, 1979, 203-223.



l'Assemblée constituante avait fondé le club des *Nomophiles*, c'est-à-dire « les amis, les amants, les passionnés de la loi »<sup>129</sup>. René Savatier résume bien la situation lorsqu'il affirme : « [...] si étrange que cela paraisse pour un Révolutionnaire, nul n'a eu foi en la Loi, autant que le Révolutionnaire de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. La Loi lui sert d'Évangile, et elle est encore l'Évangile pour Bonaparte, qui se réserve, il est vrai, de confondre bientôt cet évangile avec sa volonté »<sup>130</sup>.

La loi est donc la source de droit la plus légitime puisqu'elle se confond avec la raison<sup>131</sup>. Mais elle possède également des vertus pédagogiques que les autres sources de droit n'ont pas. Or, dans l'esprit des philosophes, le législateur doit également être un pédagogue<sup>132</sup>. Il doit régir et éduquer. Le Siècle des Lumières se distingue d'ailleurs par ce qu'un auteur a appelé « une fureur de la pédagogie »<sup>133</sup>. Il cite en exemple *Émile ou De l'éducation*, ce roman pédagogique de Rousseau sur l'art d'élever un enfant. Le législateur, soutient-on, est mieux placé que personne pour adopter des lois qui seront propres au peuple auquel elles sont destinées. Et le législateur-pédagogue, le « sage instituteur »<sup>134</sup>, pour arriver à ses fins, devra adopter des lois brèves et simples, qui pourront être comprises et même mémorisées par la population. Le principe même de l'égalité suppose que la loi puisse être comprise par tous.

Enfin, la loi possède d'autres vertus susceptibles de satisfaire les intérêts de la classe bourgeoise. Celle-ci a besoin d'un droit uniforme, clair, simplement énoncé, pour faciliter le commerce. En effet, les marchés ne cessent de s'élargir, et l'industrie naissante de croître en importance. Le droit coutumier, trop divers, trop

---

<sup>129</sup> *Id.*, 203.

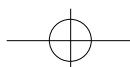
<sup>130</sup> René SAVATIER, *L'Art de faire des lois: Bonaparte et le Code civil*, Paris, Dalloz, 1927, p. 39. À la question « qui tient lieu de Dieu sur la terre? », Napoléon répondra : « Le législateur » (*id.*, p. 36). Il aurait tout aussi bien pu répondre « moi-même », puisqu'il déclarera un jour à son ministre Decrès « Je vous dispense de me comparer à Dieu » : A. CASTELOT, *Napoléon, op. cit.*, note 9, p. 213.

<sup>131</sup> Jean-Claude BÉCANE et Michel COUDERC, *La loi*, coll. « Méthodes du Droit », Paris, Dalloz, 1994, p. 16.

<sup>132</sup> À ce propos, lire : J.-J. ROUSSEAU, « Économie politique », *loc. cit.*, note 94, 72-84.

<sup>133</sup> J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 128, 213.

<sup>134</sup> *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. II, c. VIII, p. 206.





rudimentaire est associé à la féodalité. La bourgeoisie réclame plutôt un droit volontariste. Le législateur apparaît comme le seul à pouvoir procéder à une telle réforme : « On ne veut plus d'une évolution du droit qui serait aussi lente et confuse que celle des mœurs : par la loi, la volonté humaine est capable de rationaliser le droit, et le droit est capable de transformer les mœurs »<sup>135</sup>.

Dans l'imaginaire français de 1789, la loi n'est donc plus synonyme d'arbitraire, mais bien plutôt de justice, puisqu'elle tire sa source de la raison humaine<sup>136</sup>. Or les principaux attributs de la codification étant son immutabilité et sa permanence, celle-ci est apparue, à l'époque révolutionnaire, comme la forme la plus parfaite d'expression du droit<sup>137</sup>. Un code visait à fixer, de manière définitive, les principes généraux du droit<sup>138</sup>. C'est cette sacralisation de la loi qui, en grande partie, rendra possible le succès de l'entreprise de codification. Le code pourra être présenté comme une manifestation de la raison.

Toutefois, il faut bien admettre que la doctrine rousseauiste, en attribuant un rôle central à l'État<sup>139</sup>, favorisera la montée d'un courant étatiste qui culminera en 1793. Dans cette perspective, primauté de la loi signifiera dès lors primauté du législateur<sup>140</sup>. En

<sup>135</sup> J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 128, 213. À l'époque révolutionnaire, les avis étaient partagés sur la question du pouvoir des lois de modifier les mœurs : S. LEROUX, *loc. cit.*, note 2, 166-170.

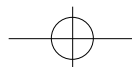
<sup>136</sup> Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de Philosophie du droit* 1939.7, 10.

<sup>137</sup> *Id.*, 15, note de bas de page 1. Il est intéressant de noter que, à l'époque révolutionnaire anglaise, le rapport de la Commission Hale déposé en 1652 allait proposer la codification du droit anglais : Raoul Charles van CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors; Chapter in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 78 et 79.

<sup>138</sup> G. BURDEAU, *loc. cit.*, note 136, 21.

<sup>139</sup> Dans la conception rousseauiste, l'État joue un rôle capital, y compris en matière de protection des droits et libertés. Ainsi, la liberté n'existe que fortement encadrée par l'État : « il faut bien distinguer la liberté naturelle qui n'a pour bornes que les forces de l'individu, de la liberté civile qui est limitée par la volonté générale » (*Du contract social, op. cit.*, note 1, L. I, c. VIII, p. 186 et 187). Plus loin, il affirme que la finalité des « loix civiles », par opposition aux « loix politiques », consiste à placer « chaque Citoyen [...] dans une parfaite indépendance de tous les autres, et dans une excessive dépendance de la Cité; [...] car il n'y a que la force de l'État qui fasse la liberté de ses membres » (*id.*, L. II, c. XII, p. 216).

<sup>140</sup> G. BURDEAU, *loc. cit.*, note 136, 12.





effet, sans désacraliser la loi, le courant étatiste envisage l'État comme une entité ayant une volonté propre, dont la loi est l'expression, et non pas simplement comme un organe destiné à garantir et à favoriser l'exercice des droits individuels des citoyens; en 1789, si « [l]’homme passe avant l’État, [...] en 1793, on placera l’État avant les citoyens et le citoyen avant l’homme »<sup>141</sup>. Cette conception étatiste de la loi, perçue comme expression d'un législateur éclairé, fût-il despote, explique également le succès de l'entreprise de codification.

Un autre facteur était également à l'origine de cette exaltation de la loi, savoir la crainte de l'arbitraire des juges<sup>142</sup>. À toutes les qualités énoncées plus haut, la loi joignait en effet une vertu additionnelle. Dans l'esprit des philosophes du 18<sup>e</sup> siècle, la consécration de sa primauté avait pour conséquence de limiter le pouvoir des juges, pouvoir dont ils avaient si mal usé au cours de l'Ancien Régime<sup>143</sup>. Il faut se rappeler que, à cette époque, les parlements ont été perçus, à juste titre bien souvent, comme gardiens de leurs propres privilèges bien plus que comme gardiens des libertés du peuple. On se défiait de la discrétion dont ils étaient investis : seules les liaient les ordonnances qu'ils daignaient enregistrer et les coutumes qu'ils avaient eux-mêmes reconnues<sup>144</sup>. « Que Dieu nous garde de l'équité des parlements », disait-on à l'époque<sup>145</sup>. La glorification de la loi découle donc de cette volonté de s'assurer que « les juges de la nation ne [soient] [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en

---

<sup>141</sup> *Id.*, 10.

<sup>142</sup> Les paragraphes qui suivent s'inspirent de F. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, note 41, par. 401-408, p. 541-552; J. ELLUL, *op. cit.*, note 24, p. 378 et 379; J. ELLUL, *op. cit.*, note 55, p. 45-48 et 83-86. Lire également : Mario ASCHERI, « Turning Point in the Civil Law Tradition: From *Ius Commune* to the *Code Napoléon* », 70 *Tulane L. Rev.* 1041, 1042 et 1043 (1996).

<sup>143</sup> Il est intéressant de constater que, pour Colbert, la codification, en assurant la certitude du droit, permettait également de mettre fin à la manipulation du droit par le pouvoir judiciaire : « [...] Il n'y a pas de petit conseiller de cour appelée abusivement souveraine qui ne croie être en droit et qui en juge tous les jours contre les termes précis des ordonnances » : citation tirée de A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 39, p. 97). Au sujet de la codification comme limite au pouvoir des juges, lire : R.C. van CAENEGEM, *op. cit.*, note 137, p. 152-155.

<sup>144</sup> Paul OURLIAC, « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits* 1989.9.21, 29.

<sup>145</sup> *Id.*



peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>146</sup>. Cette hantise du « gouvernement des juges » portera Maximilien Robespierre (1758-1794) à affirmer que le mot « jurisprudence » devait disparaître du vocabulaire français<sup>147</sup>. Elle sera la cause directe de la mise en place, en 1790, de la procédure du référé législatif. Aux termes de celle-ci, le Tribunal de cassation était tenu, lorsqu'il était confronté à un texte de loi obscur, de suspendre l'instance et d'en référer au Corps législatif pour que celui-ci statue sur le sens à donner à la loi. Cette procédure sera abolie par la loi du 27 ventôse an VIII (28 mars 1800)<sup>148</sup>.

Durant l'Ancien Régime, la vénalité des charges parlementaires avait eu pour fâcheuse conséquence de conférer à leurs titulaires un degré d'indépendance important. Abrisés derrière ce bouclier d'inamovibilité, les parlementaires usèrent de leur droit de remontrance pour tenir tête au pouvoir royal et faire la promotion de leurs intérêts de caste. Pour bien comprendre le mépris dans lequel les parlements étaient tenus à la veille de la Révolution, un bref examen des rapports qu'ils ont entretenus avec le pouvoir royal est de mise.

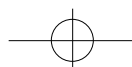
À l'époque médiévale, pour assurer la publicité des ordonnances royales, s'était développée la coutume d'« enregistrer » celles-ci au greffe des parlements (au sens de les transcrire dans un registre). Cette pratique devint obligatoire en 1350. Si, pour le souverain, l'enregistrement n'était qu'une formalité de publication pouvant donner lieu à certaines observations, les parlements, quant à eux, y virent une véritable procédure de consultation qui autorisait, de leur part, un examen au fond de certains actes législatifs royaux. Ainsi se développa la pratique des remontrances aux termes de laquelle si le parlement désapprouvait une ordonnance, il en suspendait l'application jusqu'à ce que le roi ait pris acte des remontrances à lui adressées. Si le roi les désapprouvait, il pouvait

---

<sup>146</sup> C. de SECONDAT de MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 88, p. 171 (Livre XI, c. 6).

<sup>147</sup> Jean-Marie AUGUSTIN, « Les premières années d'interprétation du Code civil français (1804-1837) », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 27, à la page 34, note 22.

<sup>148</sup> Une loi du 16 septembre 1807 allait cependant mettre en place un référé au Conseil d'État : Bernard BEIGNIER, « Les arrêts de règlement », *Droits* 1989.9.45, 49.





envoyer des « lettres de jussion » portant commandement d'enregistrer l'ordonnance, ou encore, il pouvait tenir un « lit de justice »<sup>149</sup> au Parlement, cérémonie au cours de laquelle le Chancelier, en sa présence, requérait l'enregistrement de l'ordonnance.

Au cours du 16<sup>e</sup> siècle et par la suite, les oppositions iront grandissantes entre le roi et le Parlement de Paris<sup>150</sup>. Ce dernier en viendra à vouloir exercer un pouvoir indépendant du roi, aussi bien sur le plan politique que législatif. Il se croit d'ailleurs autorisé à examiner de nouveau les édits, malgré leur enregistrement par suite d'un lit de justice. Il importe de souligner que cette assurance du parlement tient au rôle de première importance qu'il a joué en matière législative, car le roi a souvent fait suite à ses remontrances. Cela découle également de cette vénalité des offices mentionnée plus haut qui imperméabilisait les conseillers à l'encontre des pressions royales.

Au cours de la Fronde (1648-1653), les différentes cours souveraines se fédéreront et tenteront d'imposer au roi des réformes en profondeur du régime politique. Suite à l'échec de la Fronde parlementaire et de la Fronde des Princes, Louis XIV règlera féroce-ment les parlements. En 1673, une décision royale déclare que les « lettres du propre mouvement du Roi » (soit la plupart des actes législatifs) devront être enregistrées immédiatement; aucune remontrance préalable ne sera tolérée; seules les remontrances effectuées après coup, et dans un délai fort court, seront autorisées<sup>151</sup>. On interdit au Parlement de Paris « de prendre à l'avenir aucune connaissance des affaires de l'État et des finances »<sup>152</sup>. Les parlementaires obtempéreront... pour un temps<sup>153</sup>. À la mort du Roi-Soleil, en 1715, le Régent redonnera aux parlements les pouvoirs qui leur avaient été retirés. Ceux-ci en profiteront pour s'opposer systématiquement aux politiques royales par le moyen de refus d'enregistrement, de remontrances, etc. L'attitude très

---

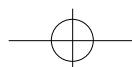
<sup>149</sup> Expression dérivée du lit de repos à dais où le Roi siégeait lors des séances solennelles du parlement.

<sup>150</sup> Du 16<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle, il y aura en France quatorze parlements et quatre conseils souverains. Le plus important des parlements sera celui de Paris : J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 372; Maurice QUENET, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Les cours de droit, 1997, p. 132 et 133.

<sup>151</sup> P. GOUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 116.

<sup>152</sup> Texte cité par P. GOUBERT, *op. cit.*, note 14, p. 302.

<sup>153</sup> *Id.*, p. 302-312; P. GOUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 325 et 326.





rigoureuse adoptée en 1770 par le chancelier Maupeou à l'égard des parlementaires (exil, lettres de cachet, etc.) ne portera que peu de fruits puisque, en 1774, Louis XVI rappelle à nouveau les parlements<sup>154</sup>.

À partir de 1787, le Parlement et les cours souveraines s'opposeront systématiquement à l'enregistrement d'ordonnances qui allaient dans le sens d'une libéralisation et d'une démocratisation sociale (suppression des corporations et des corvées), et d'une instauration d'une monarchie libérale : « Le point de départ de cette opposition est le Parlement. Il a une volonté manifeste de conserver les anciens privilèges et l'inégalité des classes. [...] Ce n'est pas un excès de tyrannie mais l'amorce des réformes et le début du libéralisme qui provoque le courant révolutionnaire »<sup>155</sup>. Devant l'opposition de cette « aristocratie thémistique »<sup>156</sup>, le roi convoque les États généraux pour le 1<sup>er</sup> mai 1789... Le 3 novembre 1789, inquiétée par l'indépendance des parlements ainsi que par leur capacité à intervenir dans les affaires gouvernementales, l'Assemblée constituante les « m[et] en vacances »<sup>157</sup>!

Aux vertus amplement décrites par les philosophes, à ses qualités de concision et de clarté qui emportent l'adhésion bourgeoise, la loi ajoutait donc le mérite de juguler la discrétion des juges. Enfin, la loi était synonyme de changement, alors que la jurisprudence et le droit romain<sup>158</sup> étaient synonymes d'immobilité.

\*

\* \*

L'avènement du Code Napoléon opérera une incontestable révolution dans la façon de concevoir le droit.

Premièrement, la consécration de la loi comme seule norme juridique légitime confère à l'État un monopole dans la création du

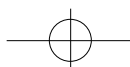
<sup>154</sup> H. LEGOHÉREL, *op. cit.*, note 12, p. 113.

<sup>155</sup> Selon J. ELLUL, *op. cit.*, note 55, p. 267.

<sup>156</sup> R.C.van CAENEGEM, *op. cit.*, note 137, p. 140.

<sup>157</sup> J. ELLUL, *op. cit.*, note 55, p. 305 (l'expression est entre guillemets dans le texte de Ellul).

<sup>158</sup> À l'époque des Lumières, le droit romain fut l'objet de critiques qui contribuèrent également à l'exaltation de la loi : R.C.van CAENEGEM, *op. cit.*, note 137, p. 91.





droit qu'il n'a jamais possédé auparavant ou, à tout le moins, qu'il n'a jamais revendiqué aussi radicalement. La Code deviendra ainsi un moyen privilégié, pour l'État, de contrôler l'ordre social<sup>159</sup>. La codification permettra aussi d'abattre le pouvoir des juges<sup>160</sup>. Ce triomphe de la loi permet enfin de substituer à un régime de très grande diversité des sources juridiques un régime d'uniformité. Le Code Napoléon exprimera l'ensemble des règles fondamentales du droit civil applicables dans tout le territoire de la France<sup>161</sup>. Il faut toutefois signaler que les codificateurs de 1800 n'entretenaient pas, au sujet de cette « exclusivité » du Code, les idées partagées par les « exégètes »<sup>162</sup> qui leur succéderont.

Texte sacré, icône parmi les icônes, le Code sera, aux yeux de certains juristes du 19<sup>e</sup> siècle, un système bien près d'être complet en lui-même<sup>163</sup>. Ils s'entendront tous sur la nécessité d'adopter une approche exégétique, c'est-à-dire une méthode d'interprétation qui accorde la première place au texte même du Code. L'un d'entre eux, Jean-Baptiste-Victor Proudhon (1758-1838), aurait déclaré : « [c]'est dans le Code civil qu'il faut étudier le Code civil »<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> Jacques LAFON, « Le Code civil et la restructuration de la société française », (1985) 42 *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 101, 107.

<sup>160</sup> R.C. van CAENEGEM, *op. cit.*, note 40, p. 14.

<sup>161</sup> En cela, il favorise aussi l'avènement d'un véritable « nationalisme » français : S. HERMAN et D. HOSKINS, « Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations », 54 *Tul. L. Rev.* 987, 1000 (1980).

<sup>162</sup> À propos de l'école exégétique, lire : J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 45-81.

<sup>163</sup> Cette profession de foi, les tenants de la méthode exégétique la fondaient en partie sur l'article 4 du Code qui énonce : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

<sup>164</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 61. Le même auteur rapporte la célèbre profession de foi que Bugnet aurait faite : « Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoléon » : *id.*, p. 50. Quant à Charles Demolombe (1804-1887), il affirmait : « Ma devise, ma profession de foi est aussi : les textes avant tout! » : citation tirée de P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 188. Toutefois, notons que le dogmatisme qu'on prête à ceux qu'on qualifie généralement d'exégètes est peut-être exagéré. Ainsi, selon Jean-Louis Halpérin, les exégètes n'ont pas toujours adopté une attitude parfaitement respectueuse du texte du Code : « Presque tous ces auteurs (souvent au fait de la pratique comme avocats ou magistrats) font appel à la jurisprudence et reconnaissent un large pouvoir d'appréciation au juge. Certains se tournent volontiers vers le droit naturel (Toullier [Charles – 752-1835]), le droit romain (Duranton [Alexandre – 1783-





Les codificateurs n'ont jamais adopté une position dogmatique à l'égard de l'interprétation du Code. Bien que leur principal objectif ait été d'assurer l'uniformité du droit à l'échelle de la nation, ils n'ont jamais prétendu que toutes les réponses se trouvaient dans le Code<sup>165</sup>. Portalis, à propos de la disposition qui allait devenir l'article 4<sup>166</sup>, note que

*le cours de la justice serait interrompu, s'il n'était permis aux juges de se prononcer que lorsque la loi a parlé. Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après une loi, d'après un texte précis : c'est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit, qu'on a toujours prononcé sur la plupart des contestations. Le Code civil ne dispense pas de ces connaissances; au contraire, il les suppose.*<sup>167</sup>

D'ailleurs, l'article 4 du Titre I du Livre préliminaire proposé par les codificateurs reconnaissait explicitement l'incomplétude de la loi : « Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose

1866)) ou l'histoire (Troplong [Raymond – 1795-1869]), même si le « positivisme étatique » gagne progressivement du terrain (avec Aubry [Charles – 1803-1883] et Rau [Frédéric – 1803-1877], puis avec Demolombe) à l'encontre des conceptions jusnaturalistes ou des traditions historiques » : J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 80. Philippe Rémy, quant à lui, va encore plus loin. Il est plutôt d'avis que les exégètes ne se sont jamais agenouillés devant la loi, ni devant le Code : « la méthode exégétique est une méthode de libre recherche – trop libre quelquefois, lui reprocheront les “scientifiques” » (Philippe RÉMY, « Éloge de l'exégèse », *Droits* 1985.1.115, 122). Selon lui, plusieurs des préjugés défavorables à l'œuvre des exégètes (qui, selon lui, n'ont jamais formé d'école), sont fondés sur une lecture superficielle de leurs ouvrages, lecture souvent confinée aux préfaces de ceux-ci. Or, bien souvent, après avoir payé tribut à l'icône nationale dans la préface de son livre, un auteur « en prend ensuite à son aise avec le Code » (*id.*, 121).

<sup>165</sup> M. ASCHERI, *loc. cit.*, note 142, 1045-1050; voir également : Marie-Claire BELLEAU, « Pouvoir judiciaire et codification : perspective historique », (1997-1998) 28 *R.D.U.S.* 67, 83, 98 et 99.

<sup>166</sup> Le texte de cette disposition est reproduit à la note 163.

<sup>167</sup> Titre préliminaire, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, discussion du Conseil d'État, 14 thermidor an IX – 2 août 1801, p. 20-24; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 119; voir également : Titre préliminaire, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, présentation au Corps législatif, exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, l'un des orateurs du gouvernement, 4 ventôse an XI – 23 février 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 130-133. Dans le *Discours* dans *Naissance*, p. 40-48, à la page 46, il affirme : « Quand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives ».



en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois ». Les codificateurs confiaient aux tribunaux le soin de pallier les silences de la loi : « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive »<sup>168</sup>. Ces deux articles, et la presque totalité du Livre préliminaire, ne figureront pourtant jamais dans la version finale du Code. Curieusement, l'opposition viendra de ceux-là même qu'on entendait avantager. En effet, les juges consultés à propos du projet de codification opposèrent un refus féroce à cet accroissement de leur liberté de juger. Accusés de tous les vices, et notamment d'abus de pouvoir, les hommes de loi avaient été exécrés par la Révolution<sup>169</sup>. Traumatés par cette dure expérience, les tribunaux voulurent en prévenir la répétition. Ils exigèrent donc des codificateurs un texte de loi composé de règles claires et précises dont le juge aurait pu être l'esclave<sup>170</sup>. À leurs yeux, toute latitude accordée aux tribunaux était anathème; la jurisprudence elle-même devenait un fléau :

*Il n'est pas besoin d'appeler, de provoquer, pour ainsi dire, les interprétations, les commentaires, les jurisprudences locales. Ces fléaux destructeurs de la loi, qui l'affaiblissent d'abord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne reparaitront que trop tôt. Malheur au temps où, comme par le passé, on cherchera moins ce que la loi dit que ce qu'on lui fait dire! où l'opinion d'un homme que le temps seul aura accréditée, balancera l'autorité de la loi! où une erreur hasardée par l'un, et successivement adoptée par les autres, deviendra vérité! où une suite de préjugés recueillis par des compilateurs aveugles ou serviles, violentera la conscience du juge, et étouffera la voix du législateur!*<sup>171</sup>

Que les codificateurs n'aient pas eu l'intention de prohiber tout recours à l'Ancien droit est également apparent lorsqu'on prend connaissance des discussions entourant l'adoption de ce qui deviendra plus tard l'article 7 de la loi promulgatrice du 21 mars 1804. La version initiale de cette disposition établissait qu'à compter

<sup>168</sup> Article 11 du Livre V du Livre préliminaire proposé par les codificateurs.

<sup>169</sup> Jean-Louis HALPÉRIN, « Haro sur les hommes de loi » *Droits* 1993.17.55.

<sup>170</sup> À ce propos, lire : M.-C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 165.

<sup>171</sup> Observations du Tribunal d'appel de Rouen reproduites dans M.-C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 165, 99, note de bas de page 141.



de l'entrée en vigueur du Code, « les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens [sic] cessent d'avoir force de lois générales ou particulières dans les matières qui sont l'objet de ce code ». L'abrogation ne visait donc que les matières traitées dans le Code; or le Code ne vise pas tous les secteurs du droit privé<sup>172</sup>.

Au cours des discussions entourant cet article, après avoir reconnu qu'« il [était] sans difficulté que les dispositions nouvelles [faisaient] tomber les dispositions antérieures »<sup>173</sup>, Cambacérès avait toutefois plaidé en faveur du maintien de l'Ancien droit pour toutes les matières non touchées par le Code<sup>174</sup>. Bigot de Préameneu, quant à lui, préconisait plutôt l'abrogation totale de l'Ancien droit, même « dans les cas non prévus »<sup>175</sup>. Selon lui, le maintien de l'Ancien droit risquait d'obliger le Tribunal de cassation à rendre des décisions contradictoires sur des questions pourtant similaires. Il devrait, par exemple, renverser les jugements en provenance des ressorts du sud de la France qui contreviendraient aux principes du droit romain, « tandis que la même décision ne donnerait pas ouverture à la cassation, lorsqu'elle aurait été rendue par d'autres tribunaux auxquels le droit romain a toujours été étranger »<sup>176</sup>. Ébranlé par l'argumentation de son collègue, Cambacérès devait consentir à ce que l'infraction « aux lois anciennes » ne donne pas ouverture à la cassation, « pourvu qu'on ne refuse pas d'ailleurs aux juges la faculté de les prendre pour

---

<sup>172</sup> À cet égard, rappelons qu'entreront en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1807, le *Code de procédure civile* et, le 1<sup>er</sup> janvier 1808, le *Code de commerce*.

<sup>173</sup> Jean G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. I, Paris, Treuttel et Würtz, Libraires, 1827, p. 107 et 108; séance du 19 ventôse an XII (10 mars 1804).

<sup>174</sup> Il affirme : « il serait utile de réduire l'article 6 [numérotation originale de l'article 7] à ces termes, afin de laisser aux lois anciennes leur autorité, par rapport aux questions et aux cas qui ne se trouveraient pas décidés par le Code Civil. On ne peut se dissimuler, en effet, qu'il est au-dessus de la prévoyance humaine de tout embrasser dans les lois. C'est donc un avantage de ne pas ôter aux tribunaux le secours qu'ils peuvent trouver dans les lois antérieures, pour se fixer, lorsque le Code Civil ne leur fournira point de lumières » : *id.*, p. 108.

<sup>175</sup> J.G. LOCRÉ, *op. cit.*, note 173, p. 108.

<sup>176</sup> *Id.*, p. 108 et 109.



guides »<sup>177</sup>. Bien que limité, le recours à l'Ancien droit n'était donc pas prohibé<sup>178</sup>.

Enfin, concluons sur ce point en notant que si le Code est révolutionnaire parce qu'il marque l'avènement du légiscentrisme, il l'est également en ce qu'il n'est pas une simple loi. C'est un hommage rendu à la raison. Le droit y est exposé de manière claire, logique et systématique. Toute personne douée d'entendement est présumée pouvoir en appréhender le contenu. Mais qu'en est-il au juste de ce contenu? C'est ce que nous examinerons maintenant.

## II. Un contenu réactionnaire et autoritaire

Si le Code Napoléon est révolutionnaire dans sa forme, il est traditionnel et réactionnaire quant à sa substance. Le pragmatisme y préside bien plus que l'idéalisme, l'autorité bien plus que la liberté. Il faut comprendre que le contexte politique, économique et social de 1800 n'est plus celui de 1789. La France est épuisée. Les idéologues sont écartés au profit des réalistes. Au surplus, une main ferme tient dorénavant les rênes du pouvoir; une main qui n'a pas la mollesse corrompue du Directoire.

Nous constaterons que le Code est, avant toute chose, un instrument de contrôle social, contrôle exercé par le père de famille, présumément propriétaire, détenteur de pouvoirs concédés par l'État, qui règne sur la personne et les biens de son épouse et de ses enfants, comme le chef du gouvernement règne sur la nation. De plus, nous verrons que si les codificateurs n'ont pas voulu répudier l'héritage révolutionnaire, ils n'en conserveront toutefois que ce qui pouvait être réconcilié avec leur conception du nouvel ordre social post-révolutionnaire.

### A. Le contexte d'adoption du Code

Comment peut-on expliquer qu'un code souvent décrit comme révolutionnaire puisse néanmoins être un hommage rendu au conservatisme, à la tradition et à l'autorité? Le contexte social,

---

<sup>177</sup> *Id.*, p. 109.

<sup>178</sup> Toutefois, dans certains secteurs comme celui du régime des biens entre époux, les codificateurs n'ont pas hésité à spécifier qu'en cette matière tout recours à l'ancien droit était formellement interdit : art. 1390.



politique et économique de la France de 1800 explique en partie cette situation (1). Cependant, la personnalité napoléonienne n'y est pas étrangère (2), non plus que celle des codificateurs qu'il a désignés (3).

### **1. La fin des illusions utopistes et le désir de stabilité**

Au moment de la mise en branle du processus de codification par l'émission de l'arrêté consulaire du 24 Thermidor an VIII (12 août 1800), l'idéalisme et l'utopisme de la période révolutionnaire sont fort émoussés. C'est la fin des illusions.

Disparue l'illusion d'une société composée de citoyens honnêtes dans laquelle les règles du droit seraient remplacées par des prescriptions morales et générales, et où des groupes de conciliation seraient substitués aux tribunaux<sup>179</sup>. Envolée également l'illusion d'un législateur qui, en ordonnant la rédaction d'un code de lois civiles « simples, claires, [...] communes à tout le royaume »<sup>180</sup>, croyait pouvoir un jour être en mesure de supprimer les tribunaux et les avocats, puisque, pensait-il, le temps viendrait où, les citoyens connaissant leur droit, ils ne l'enfreindraient plus<sup>181</sup>. Finie l'époque où, dans son premier projet de codification soumis à l'assemblée le 9 août 1793, Cambacérès proposait, entre autres choses, l'administration commune par les deux époux des biens du ménage, l'abolition de la puissance paternelle, l'égalité successorale donnant les mêmes droits aux enfants naturels et légitimes<sup>182</sup>.

L'instauration de la Terreur peu de temps après, ce despotisme de la liberté nécessaire à l'écrasement du despotisme des rois<sup>183</sup>,

---

<sup>179</sup> Jean-Pierre ROYER, *La société judiciaire depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, P.U.F., 1979, p. 209-214.

<sup>180</sup> Dans une loi du 16 août 1790 et dans la Constitution de 1791 : *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 14.

<sup>181</sup> J. GILISSEN, *op. cit.*, not 37, p. 410; voir également : J.-L. HALPÉRIN, *loc. cit.*, note 169, 63 (on se reportera à cet article pour tout ce qui concerne le sort réservé aux juristes durant la période révolutionnaire). On ferma d'ailleurs les portes des facultés de droit en septembre 1793 pour ne les ouvrir à nouveau qu'en 1804 : J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 49.

<sup>182</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 17.

<sup>183</sup> Jean-Paul Marat (1743-1793) affirmait en effet que « [c]'est par la violence que doit s'établir la liberté et le moment est venu d'organiser momentanément le despotisme de la liberté pour écraser le despotisme des rois » : François FURET



allait mettre un terme à cette allégresse en révélant les dérapages dangereux auxquels pouvaient mener des concepts flous comme la liberté, la fraternité et l'égalité<sup>184</sup>. En 1800, il en résultera une méfiance à l'égard du concept de droit naturel, concept qui, durant la Révolution, avait servi de tremplin aux nouvelles règles et aux nouveaux systèmes<sup>185</sup>. Le codificateur Portalis l'invoquera peut-être fréquemment, mais la « nature » à laquelle il fait allusion dégage un parfum plus hiérarchique qu'égalitaire<sup>186</sup>. Bref, dès après la chute de Robespierre et de ses affidés, la classe politique développera une méfiance profonde à l'égard des individualités. Sa « grande et croissante angoisse » sera désormais de « *reconstituer un tissu social indestructible* »<sup>187</sup>.

---

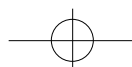
et Denis RICHEL, *La Révolution française*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Pluriel », Paris, Éditions Arthème Fayard, 1973, p. 196.

184 À propos de l'impact de la Terreur sur la conception pessimiste de la nature humaine entretenue par les classes politiques en 1800, lire : Xavier MARTIN, « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », (1987) *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 87, 88-89 (ci-après cité « Individualisme »); Xavier MARTIN, « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits* 1985.2.117, 124-128.

185 X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, 118 et 119. Le fait que Robespierre lui-même, dans sa lutte contre les Girondins, se soit fait le plus ardent défenseur du concept de droit naturel, n'a pas peu contribué à la méfiance dorénavant éprouvée pour cette notion : S. LEROUX, *loc. cit.*, note 2, 170, 172 et 173. À propos de la disgrâce du droit naturel au 19<sup>e</sup> siècle, lire : R.C. van CAENEGEM, *op. cit.*, note 137, p. 91 et 92. Dès le début des réunions du Conseil d'État, le second Consul Cambacérès devait affirmer que « les définitions en général ne doivent pas être placées dans les lois; tout ce qui est doctrine appartient à l'enseignement du droit et aux livres des jurisconsultes » : J. G. LOCRÉ, *op. cit.*, note 173, p. 45, cité par J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 412. Cette prise de position explique en partie l'abandon, en juillet 1801, de la presque totalité des dispositions du « Livre préliminaire : Du Droit et des Lois » qui figure en tête du Code civil. À l'origine, ce livre comportait une liste de définitions générales au nombre desquelles on pouvait compter la définition suivante du droit naturel (art. 1) : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois politiques : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes » (M.-C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 165, 120-124, reproduit le Titre préliminaire en entier). L'opposition des tribunaux d'appel consultés par les codificateurs explique également qu'on ait laissé tomber la plupart des dispositions du Livre préliminaire (*id.*).

186 Jean-François NIORT, « Droit, idéologie et politique dans le Code civil de 1804 », (1992) 29 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 85, 90.

187 X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, 99 (en italiques dans le texte).





D'ailleurs, bien avant l'arrivée de Bonaparte au pouvoir, on assiste à un retour de balancier. Les idées de 1789-1793 font déjà l'objet de contestations. Ainsi, les deuxième et troisième projets de codification respectivement proposés en 1794 et 1796 par le même Cambacérès étaient beaucoup plus modérés que le premier<sup>188</sup>. En 1798 et 1799, des oppositions proviendront des milieux juridique et populaire à l'encontre de certaines innovations législatives révolutionnaires<sup>189</sup>. Par exemple, malgré la suppression par la Convention de la liberté de tester et l'institution de l'égalité entre les héritiers, malgré l'abolition des règles législatives et coutumières relatives à la transmission des biens par succession ou donation, un grand nombre de citoyens, avec la complicité des notaires et des tribunaux locaux, désobéissent au droit révolutionnaire et continuent à appliquer leurs anciennes coutumes<sup>190</sup>. Dès 1794, l'heure sera au conservatisme. Le 18 Brumaire an VIII, c'est-à-dire le 9 novembre 1799, n'opérera donc pas une rupture; il représentera plutôt un « aboutissement d'impatiences accumulées »<sup>191</sup>.

Le régime du Consulat réunit toutes les conditions favorables à la réalisation de la codification. La France a soif de tranquillité après dix années d'instabilité à tout point de vue. Il ne semble pas exagéré d'affirmer que le peuple est dégoûté par cette révolution qui, après les excès meurtriers de la Terreur, débouche maintenant sur l'agiotage du Directoire<sup>192</sup>. Nous l'avons vu, la classe bourgeoise a besoin d'un droit uniforme pour faciliter le commerce. Le droit coutumier, trop divers, est associé à la féodalité. La bourgeoisie réclamait plutôt un droit volontariste. Bref, « [l]a nation, fatiguée de cette caste révolutionnaire, en étoit [sic] arrivée à ce [sic] période des crises politiques où l'on croit trouver du repos par le pouvoir d'un seul »<sup>193</sup>. La table est mise pour Bonaparte. Il s'empare donc

<sup>188</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 17 et 18. À la fin de 1798, Jean-Ignace Jacqueminot (1758-1813) proposera un quatrième projet qui sombrera également dans l'oubli.

<sup>189</sup> *Id.*, p. 18.

<sup>190</sup> Naissance, *op. cit.*, note 7, p. 294.

<sup>191</sup> X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, 107.

<sup>192</sup> A. CASTELOT, *Bonaparte, op. cit.*, note 9, p. 377-380; Xavier MARTIN, « À tout âge? Sur la durée du pouvoir des pères dans le Code Napoléon », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1992.13.227, 253 et 254.

<sup>193</sup> G. de STAËL, *op. cit.*, note 86, p. 349; voir également p. 356, 361 et 370; A. CASTELOT, *Bonaparte, op. cit.*, note 9, p. 380 : « [s]ans l'avouer ouvertement, la France est prête à accepter la dictature ».



du pouvoir le 18 Brumaire an VIII. La Constitution du 22 Frimaire an VIII (13 décembre 1799), dont l'objet est de transformer en Consul le putschiste du 18 Brumaire, sera par la suite « approuvée » par la population lors d'un plébiscite<sup>194</sup>.

Or le projet de codification réussira car Bonaparte y apportera tout le poids de son autorité. Il en fera une priorité. De plus, le succès de l'entreprise reposera sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un code révolutionnaire, mais bien plutôt d'un mélange d'ancien et de nouveau, qui laisse beaucoup de place à l'ancien.

## 2. La contribution de Bonaparte

Lorsqu'il s'empare du pouvoir, Bonaparte a 30 ans. Il n'en est encore qu'à ses premiers pas sur le chemin de la gloire. Il est maigre et pâle, dit-on, mais déjà animé de cette fougue et de cette autorité bientôt légendaires. Voici comment le décrit Charles Maurice de Talleyrand-Périgord (1754-1838), son futur ministre des relations extérieures, lorsqu'il le rencontre pour la première fois le 6 décembre 1797 : « Au premier abord, Bonaparte me parut avoir une figure charmante; vingt batailles gagnées vont si bien à la jeunesse,

---

<sup>194</sup> Témoin privilégié des événements de cette époque, Laure Permon Junot, duchesse D'Abrantès (1784-1838), résume ainsi le climat qui prévaut alors à Paris : « On était si fatigué du Directoire que tout à sa place eût été accueilli. On fut donc heureux d'avoir à obéir à une autorité qui présentait une garantie; car le passé répondait de l'avenir que le général Bonaparte annonçait à la France. On ne voyait que lui dans cette trinité consulaire; [...] le jeune général servait seul de point de mire à des yeux fatigués de larmes, qui depuis si longtemps cherchaient, sans l'apercevoir, un fanal qui leur indiquât un port » : *Mémoires de la Duchesse D'Abrantès - Souvenirs historiques sur la Révolution et le Directoire*, t. II, À La Cité des Livres, Paris, 1928, p.306. Il ne faut toutefois pas exagérer l'enthousiasme populaire. En réalité, la France désavoue le Directoire plus qu'elle n'approuve Bonaparte; comme le résume avec justesse Germaine de Staël : « on ne l'aimait pas, mais on le préférait » : G. de STAËL, *op. cit.*, note 86, p. 361. S'il est vrai que 1 500 000 personnes (lire « hommes de plus de 21 ans ») approuvèrent la constitution, et que seulement quelque milliers s'y opposèrent, il faut cependant garder deux choses en mémoire. D'une part, la procédure de vote était rien moins que démocratique. Dans chaque municipalité, un bureau de vote avait été mis en place comportant un registre de signatures pour les oui, et un registre de signatures pour les non! Le caractère public du vote n'encourageait donc pas la dissidence. D'autre part, si le nombre de « oui » impressionne, le nombre d'abstentions est également éloquent. Seulement 25 à 30% des électeurs exercèrent leur droit de vote : Claude LANGLOIS, « Enquête sur les Français antibonapartistes », (1989) 124 *L'Histoire* 50, 53 et 54.





à un beau regard, à de la pâleur et à une sorte d'épuisement »<sup>195</sup>. Un mois après son accession au pouvoir, Napoléon aurait exposé comme suit son programme politique : « Voici le but où je dois atteindre pendant ma magistrature : consolider la République; la rendre redoutable à ses ennemis. Pour consolider la République, il faut que les lois soient fondées sur la modération, l'ordre et la justice. La modération est la base de la morale et la première vertu de l'homme. Sans elle, l'homme n'est qu'une bête féroce. Sans elle, il peut bien exister une faction, mais jamais un gouvernement national »<sup>196</sup>. L'ordre, il va sans dire, est également garant de la stabilité du régime napoléonien.

Bonaparte fera donc de la codification une priorité, car elle sert ses intérêts. Il veut « renforcer l'unité nationale autour d'un État puissant dont la loi est la principale expression », tout en « garantissant un minimum de liberté civile en échange d'une forte diminution de la liberté politique »<sup>197</sup>. Le droit civil aura donc pour mission de consolider l'ordre politique<sup>198</sup> en « prépar[ant] les consciences à l'obéissance »<sup>199</sup>. Sous le couvert d'une politique destinée à réintroduire une plus grande modération dans les mœurs, Bonaparte entend faire du Code un instrument de contrôle social. Le Code assurera la « mise au pas des individualités »<sup>200</sup> afin de « restaurer [...] une cohésion sociale définitive qui [puisse garantir] la *conservation* du corps national »<sup>201</sup>. Enfin, le prestige associé à l'adoption du Code permettra à Bonaparte de dissimuler, sous la toge du Législateur, le glaive du dictateur<sup>202</sup>.

<sup>195</sup> Georges LACOUR-GAYET, *Talleyrand*, Paris, Payot, 1990, réimpression de l'original publié entre 1928 et 1931, p. 271.

<sup>196</sup> A. CASTELOT, *Bonaparte*, *op. cit.*, note 9, p. 451.

<sup>197</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 18 et 19. À propos du sort des droits de la personne sous le régime napoléonien, lire : Jean TULARD, « Napoléon et les droits de l'homme », (1989) *Revue des sciences morales et politiques* 267; voir également : C. LANGLOIS, *loc. cit.*, note 194.

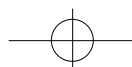
<sup>198</sup> J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 186, 88-92.

<sup>199</sup> *Id.*, 98.

<sup>200</sup> X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, 109. À partir de 1794, l'« aspiration obsessionnelle post-thermidorienne » (*id.*, 121) des classes politiques consistera à « assurer solidement les individualités en vue de la coexistence sociale » (*id.*, 103).

<sup>201</sup> *Id.*, 114.

<sup>202</sup> Pierre VILLENEUVE de JANTI, *Bonaparte et le Code civil*, Domat-Montchrestion, Paris, 1943, p. 22 et 23. À la page 49, le même auteur ajoute: « [Il] attendait d'un





Pour mesurer la contribution de Bonaparte au succès de l'œuvre de codification, la procédure d'adoption des lois sous le régime de la Constitution consulaire doit être brièvement examinée.

La Constitution de l'an VIII, imposée par Bonaparte un peu plus d'un mois après son coup d'état, met en place une « dictature de salut public »<sup>203</sup>. Elle confie le pouvoir exécutif à un Premier Consul, nommé pour dix ans<sup>204</sup>, lui-même assisté de deux autres consuls, dont le mandat ne dure qu'un an et dont la voix au chapitre n'est que consultative.

Le pouvoir d'initier les lois appartient au Premier Consul, en l'occurrence Bonaparte. Les projets qu'il autorise sont préparés par la Section de législation, l'une des cinq sections du Conseil d'État. Tous les membres du Conseil et des sections (au nombre de quarante) sont nommés par lui. Une fois un projet de loi rédigé, il est examiné par les membres du Conseil d'État, sous la présidence du Premier Consul ou, en son absence, d'un des deux autres consuls<sup>205</sup>. La discussion terminée, le Premier Consul peut décider de déférer ou non l'étude du projet aux assemblées législatives.

Le pouvoir législatif proprement dit est partagé entre le Tribunal qui délibère, mais ne vote pas, et le Corps législatif qui vote, mais ne délibère pas (le « corps des muets » disait Sieyès<sup>206</sup>). Lorsque les tribuns ont terminé leurs débats, ils émettent « un vœu d'adoption ou de rejet »<sup>207</sup> que trois de leurs représentants vont présenter au Corps législatif. De son côté, le gouvernement délègue trois membres du Conseil d'État pour exposer son point de vue. Une fois entendus les six délégués, le Corps législatif doit adopter ou rejeter en bloc le projet de loi présenté. Quant au pouvoir judiciaire, il n'est plus « délégué à des juges élus à temps par le peuple »<sup>208</sup> et qui n'ont

---

Code voté promptement un prestige personnel certain et la consolidation du régime de trêve qu'il avait instauré ».

<sup>203</sup> J. TULARD, *loc. cit.*, note 197, 272.

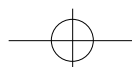
<sup>204</sup> À partir de 1802, le Premier Consul sera nommé à vie.

<sup>205</sup> En ce qui concerne le projet de Code civil, en l'absence du Premier Consul, le Second Consul Cambacérès présidera les séances du Conseil d'État.

<sup>206</sup> J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 398.

<sup>207</sup> *Id.*, p. 396-398.

<sup>208</sup> *Constitution du 3-14 septembre 1791*, Titre III, art. 5, dans Maurice DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, 6<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 1971, p. 13.





pas à faire la preuve d'une quelconque connaissance du droit. Le Premier consul se voit investi du pouvoir de nommer les juges<sup>209</sup> qui, sauf exception, seront tous des juristes.

Ceci étant dit, nous verrons maintenant que la contribution de Bonaparte au succès de l'entreprise de codification épousera plusieurs formes.

Premièrement, il tient absolument à ce que le Code voit le jour. Les délais qu'il fixe aux codificateurs pour la rédaction du projet de loi sont étonnamment courts. Dans l'arrêté consulaire du 12 août 1800, par lequel sont nommés les quatre codificateurs, un délai de six mois leur est accordé. Ils le rédigeront en quatre, ce qui, malgré la matrice que constituaient les trois premiers projets élaborés par Cambacérès, tient tout de même du tour de force.

Deuxièmement, l'intérêt de Bonaparte pour le Code est attesté par le fait qu'il présidera 55 des 107<sup>210</sup> séances du Conseil d'État au cours desquelles le projet sera discuté<sup>211</sup>. À l'automne 1802, Bonaparte assistera à quelques-unes des séances de la troisième session des travaux du Code, et ce, malgré qu'il passe le plus clair de son temps à Boulogne, où se masse alors une gigantesque armée destinée à envahir l'Angleterre<sup>212</sup>. Bien qu'il ait été légèrement intimidé par des juristes qui avaient parfois deux fois son âge<sup>213</sup>, gêne encore plus grande du fait qu'il n'avait lui-même aucune formation en droit, Bonaparte, au cours de ces réunions, exprimera ses opinions d'une manière coupante et autoritaire. « Je nie cela » dit-il péremptoirement pour signifier son désaccord<sup>214</sup>. Dans une

<sup>209</sup> *Constitution du 22 Frimaire an VIII*, Titre IV, art. 41, dans *id.*, p. 114. Le sénatus-consulte du 18 Floréal an XII édictera que « [l]a justice se rend au nom de l'empereur par des officiers qu'il institue » : P. OURLIAC, *loc. cit.*, note 144, 31.

<sup>210</sup> P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 9 et 82 parle plutôt de 106 séances.

<sup>211</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 20. Avant d'être discuté au Conseil d'État, le projet de loi avait été expédié pour examen au Tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel. Les observations qu'ils fournirent contribuèrent sensiblement à l'amélioration du projet : M.-C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 165; J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 412.

<sup>212</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 10; P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 157.

<sup>213</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 11, 12 et 20.

<sup>214</sup> *Id.*, p. 9; Antoine Claire THIBAudeau, *Mémoires sur le Consulat, 1799 à 1804*, Paris, 1827, cité dans Naissance, *op. cit.*, note 7, p. 201. Si ses opinions sont



lettre adressée à son frère Jérôme, roi de Westphalie, on reconnaît à nouveau le militaire habitué à commander plus qu'à proposer : « Je compte plus sur l'effet du code pour l'extension et l'affermissement de votre pouvoir, que sur le résultat des plus grandes victoires. N'en différez en rien l'établissement. On ne manquera pas d'y faire des objections : opposez-y une ferme volonté »<sup>215</sup>. Malgré la crainte qu'il inspirait, il n'en reste pas moins qu'à l'époque du Consulat, Bonaparte favorisera les échanges à bâtons rompus et une grande liberté d'expression lors des discussions au Conseil d'État<sup>216</sup>. La compétence du Premier Consul dans certains domaines juridiques spécialisés étonne parfois; sans vouloir rien ôter à son mérite, le juriste Philippe-Antoine Merlin de Douai (1754-1838), son répétiteur particulier, y est sûrement pour quelque chose<sup>217</sup>.

Troisièmement, le Premier Consul mettra son autorité au service d'une éradication de l'opposition politique au projet. Ainsi, lorsque les premières parties du Code furent examinées par le Tribunat, les adversaires de Bonaparte réussirent à en obtenir le rejet. Bonaparte n'étant pas encore Napoléon, certains n'hésitèrent pas à claironner bien haut leur mépris pour le nouveau chef de gouvernement. Ainsi, le tribun Duveyrier alla jusqu'à dire : « Dans ces lieux, si l'on osait parler d'une idole de quinze jours, nous rappellerions qu'on vit abattre une idole de quinze siècles [...] »<sup>218</sup>. L'« idole de quinze jours » n'entendant pas à rire, les « 10 ou 15 métaphysiciens bons à jeter au feu »<sup>219</sup>, pour reprendre son expression, furent remplacés, quelques mois plus tard, par des réalistes. Dès lors, on ne parla plus de résistance. En outre, pour éviter de nouveaux affrontements, la procédure dite des « communications officieuses » fut élaborée, aux termes de laquelle les membres du Tribunat étaient consultés par le Conseil avant que le projet ne leur fût officiellement soumis pour examen<sup>220</sup>. Ainsi, les

---

présentées fermement, elles manquent parfois de cohérence. Un jour favorable à ceci, demain il préférera cela : R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 11-15.

<sup>215</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 3.

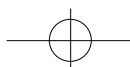
<sup>216</sup> P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 47 et 62.

<sup>217</sup> A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56, p. 25.

<sup>218</sup> A. CASTELOT, *Bonaparte, op. cit.*, note 9, p. 452.

<sup>219</sup> P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 140.

<sup>220</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 23; voir également : *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 27 et 28.





difficultés étaient aplanies puisque, lorsqu'ils étaient enfin appelés à étudier le projet, les tribuns, comme le dit si joliment Savatier, « ne pouvaient pousser l'amour de la parole jusqu'à se faire opposition à eux-mêmes »<sup>221</sup>.

Quatrièmement, Bonaparte a très certainement influencé le mode de rédaction des articles du Code. En effet, il insistait pour qu'un non-juriste comme lui soit en mesure de comprendre le sens des articles de la loi. Ce souci de clarté et de simplicité guidera les codificateurs dans leur entreprise de rédaction<sup>222</sup>. Cette exigence de simplicité s'accordait également avec le principe d'égalité consacré par la Révolution. Un texte clair pouvait être entendu par tous les citoyens. La concision et la clarté du texte constitueront d'ailleurs une des principales causes du succès de la codification. Le style des codificateurs fera époque. Stendhal lui-même affirmera lire tous les jours quelques articles du Code dans l'espoir de voir la concision du style des codificateurs déteindre sur le sien<sup>223</sup>. Il est vrai que les formules employées par ceux-ci donnent parfois l'impression qu'ils frappent des médailles plutôt qu'ils n'écrivent des lois.

Bref, on peut affirmer que la principale contribution de Bonaparte est d'avoir permis la réalisation du Code. Il a mis son autorité, parfois despotique, au service de l'entreprise de codification. Une formule de Savatier résume bien son apport : il a été l'« auteur du Code, plutôt que de son contenu »<sup>224</sup>. Toutefois, comme nous le verrons maintenant, la plus grande contribution de Bonaparte consiste à s'être rallié des juristes représentant les deux grandes traditions juridiques du pays et provenant d'horizons politiques modérés, sinon conservateurs. De cet amalgame allait

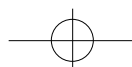
---

<sup>221</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 23.

<sup>222</sup> *Id.*, p. 21; P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 171 et 172.

<sup>223</sup> Dans une lettre du 30 octobre 1840 adressée à Balzac, Stendhal déclare : « En composant la "Chartreuse", pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel » : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56, p. 220, note de bas de page 663.

<sup>224</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 23. Comme le dit Philippe Malaurie, « [l]a Révolution décida la codification et n'aboutit qu'aux projets avortés de Cambacérès et de Jacquinet (sic). Ce qui lui a manqué, ce n'était ni la science, ni la persévérance, mais la volonté et le pouvoir. Cette volonté et le pouvoir, Bonaparte les a eus » : P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 186.





naître un compromis acceptable pour tous ceux qui comptent alors dans la France de 1800<sup>225</sup>.

### 3. Les codificateurs : des juristes conservateurs

Comme nous l'avons évoqué plus haut, en août 1800, le temps n'est plus aux facéties. Le temps n'est plus aux idéologues. Napoléon, d'ailleurs, ne les tenait pas en haute estime. À son retour précipité de Russie en 1812, il les accusera de tous les maux : « C'est à cette ténébreuse métaphysique, dira-t-il, qui, en recherchant avec subtilité les causes premières, veut sur ces bases fonder la législation des peuples, au lieu d'approfondir les lois à la connaissance du cœur humain et aux leçons de l'histoire, c'est à cette métaphysique qu'il faut attribuer tous les malheurs qui éprouvent notre belle France »<sup>226</sup>.

Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), François-Denis Tronchet (1726-1806), Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu (1747-1823) et Jacques Maleville (1741-1824), les quatre codificateurs nommés dans l'arrêté consulaire de 1800<sup>227</sup>, ne sont pas de cette trempe « métaphysicienne »<sup>228</sup>. Aucun d'entre eux n'est dans sa prime jeunesse. À l'époque de leur nomination, ils ont respectivement 54<sup>229</sup>, 74, 59 et 53 ans. Ce sont tous des professionnels du

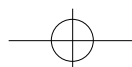
<sup>225</sup> Un autre mérite de Napoléon, sinon le principal selon André-Jean Arnaud, a été « d'introduire la *vie* dans le Code : du mariage des sourds-muets jusqu'à la situation du soldat en campagne, rien ne lui échappe » (en italiques dans le texte) : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56, p. 25.

<sup>226</sup> J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 128, p. 223; voir également : G. de STAËL, *op. cit.*, note 86, p. 431. Il ne faudrait tout de même pas en conclure que Napoléon entendait renier tous les principes de 1789, au contraire. Pareille répudiation aurait d'ailleurs été irréconciliable avec son propre passé d'ancien jacobin. Enfin, l'aurait-il voulu qu'il aurait été politiquement dangereux de le faire : P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 25 et 76.

<sup>227</sup> Les trois premiers sont nommés Commissaires du Gouvernement pour la rédaction du Code civil. La tâche principale de Maleville était d'agir à titre de secrétaire : G. CORNU, *op. cit.*, note 32, n° 276, p. 103.

<sup>228</sup> Les informations qui suivent à propos des codificateurs sont tirées de Jean-Michel PUGHON, *Le Code civil*, coll. « Que sais-je? », Paris, P.U.F., 1992, p. 13-15; R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 6 et 7; J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 411 et 412; J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 19 et 20.

<sup>229</sup> La contribution de Portalis à l'œuvre de codification sera d'autant plus remarquable qu'il était, à l'époque, complètement aveugle : M. MOLÉ, *op. cit.*, note 3, p. 412; A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56, p. 32.





droit qui ont été formés sous l'Ancien Régime. Ce ne sont donc pas des amateurs ou des idéologues. En revanche, il ne s'agit pas non plus de savants. Si Bonaparte a choisi de confier à des praticiens et non aux assemblées le soin de préparer le Code, c'est qu'il ne veut pas que, à l'instar des projets précédents, le Code périsse étouffé sous le verbiage des parlementaires<sup>230</sup>.

Ce quatuor compose un juste équilibre entre les deux grandes traditions juridiques françaises. Portalis et Maleville, tous deux méridionaux, représentent les pays de droit écrit, alors que Tronchet et Bigot de Préameneu, originaires du Nord, incarnent les pays de coutumes. De cette manière, le Code ne pourra être autre chose qu'une tentative de compromis entre ces deux héritages. On notera que, parmi les codificateurs, il n'en existe aucun qui puisse plaider la cause du droit révolutionnaire. Merlin de Douai, « le prince des jurisconsultes révolutionnaires »<sup>231</sup>, aurait pu le faire, s'il n'avait été écarté en raison de ses opinions extrêmes et du rôle politique qu'il avait tenu sous le Directoire; il n'entrera au Conseil d'État que sous l'Empire. Il exercera toutefois une influence indirecte, en tant que répétiteur du Premier Consul<sup>232</sup>.

Les opinions politiques des codificateurs, quant à elles, se rejoignent sur un point : la modération. Ainsi, Portalis, arrêté en 1793 et libéré après la chute de Robespierre le 9 Thermidor an II (27 juillet 1794), siégera par la suite au Conseil des Anciens sous le Directoire où il se fera, entre autres, le défenseur des prêtres réfractaires<sup>233</sup>. Ses opinions politiques rendirent sa position précaire, si bien qu'après le coup d'état du 18 Fructidor an V (4 septembre 1797), il prendra la fuite pour ne revenir qu'au lendemain du 18 Brumaire. Tronchet, quant à lui, ne manquait pas de courage puisqu'il fut l'un des avocats de Louis XVI. Il s'opposera même à la transformation des États Généraux en Assemblée nationale. Inquiet pour sa sécurité, il devait se cacher pour ne réapparaître qu'à l'époque du Directoire. Maleville et Bigot de Préameneu, pour leur part, s'étaient également faits les défenseurs

---

<sup>230</sup> P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 18, 19 et 35.

<sup>231</sup> *Id.*, p. 35.

<sup>232</sup> Voir *supra*, note 217.

<sup>233</sup> C'est-à-dire ceux qui refusaient de prêter serment à la *Constitution civile* du clergé du 12 juillet 1790. Celle-ci prévoyait, entre autres choses, l'élection populaire des prêtres et des évêques : S. HERMAN, *loc. cit.*, note 125, 615.



du roi. Le premier n'en traversa pas moins tous les régimes de l'époque révolutionnaire en occupant des fonctions judiciaires importantes. Le deuxième, moins chanceux, devra se cacher au lendemain de la prise des Tuileries du 10 août 1792. Il réapparaîtra uniquement après la prise du pouvoir par Bonaparte.

Sans vouloir renier l'héritage révolutionnaire, l'expérience personnelle des codificateurs les porte à jeter un regard très sceptique sur la bonté naturelle des êtres humains et sur les vertus des réformes radicales. Leur approche consistera donc à reconduire l'Ancien droit, en faisant un compromis entre les deux traditions juridiques du pays, tout en conservant, sous bénéfice d'inventaire, les principaux acquis des années 1789-1792, soit la propriété privée, l'égalité dans les successions légitimes, le mariage civil et une version fort édulcorée du divorce. Seront cependant écartées les innovations les plus spectaculaires de cette époque (par exemple, les droits reconnus aux enfants naturels), parce que jugées incompatibles avec les convictions religieuses et morales des codificateurs, ainsi qu'avec la conception de l'ordre social chère à Bonaparte<sup>234</sup>. Bref, dira-t-on avec justesse<sup>235</sup>, les codificateurs seront des « disciples et non des prophètes ».

Dans son célèbre *Discours préliminaire au projet du Code civil*<sup>236</sup>, après avoir souligné le danger des changements intempestifs<sup>237</sup>, Portalis explique les motifs qui ont amené les codificateurs à adopter

<sup>234</sup> A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56, p. 39.

<sup>235</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 19.

<sup>236</sup> Philippe Malaurie, dans un accès d'enthousiasme peut-être un peu excessif, le décrit comme le « plus beau texte juridique sur la législation qui en tout temps et en tout lieu ait jamais été écrit » : P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 143.

<sup>237</sup> *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 38 et 39 : « [Le législateur] ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer [...] ». Les inclinations jansénistes de Portalis peuvent expliquer sa retenue, sinon sa méfiance, à l'égard des vertus de la loi, manifestation de la





une politique axée sur la reconduction de l'Ancien droit, l'établissement d'un compromis entre les deux traditions juridiques du Nord et du Sud, ainsi que la préservation d'un nombre limité d'innovations révolutionnaires :

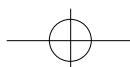
*Nous avons respecté, dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique, ou qui, par elles-mêmes, nous ont paru évidemment préférables à des institutions usées et défectueuses. Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover. On ne doit point céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles, ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes.*

*Nous avons fait [...] une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple, à moins qu'il ne soit exterminé, ou qu'il ne tombe dans une dégradation pire que l'anéantissement, ne cesse jamais, jusqu'à un certain point, de se ressembler à lui-même. Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes; si, en matière d'institutions et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumières ne sont trop souvent que le théâtre des excès.<sup>238</sup>*

---

Raison, comme instrument de changement; à propos du jansénisme de Portalis, voir : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56, p. 58.

<sup>238</sup> Discours dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 52 et 53. Un peu plus tôt (p. 48), il avait déclaré que « [l]es codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ». Selon André-Jean Arnaud, le code n'est pas tant une transaction entre les droits coutumier et romain, mais bien plutôt entre ces derniers et la Raison telle qu'entendue par les auteurs du Code : « En effet, les rédacteurs du *Code civil* ont moins cherché à se faire des concessions mutuelles entre romanistes et auteurs coutumiers, qu'à puiser, dans chaque législation, les règles conformes à la Raison » : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56, p. 215 et 216; voir également *infra*, note 244.





D'autres personnes interviendront dans le processus d'élaboration du Code qui viendront infléchir la tendance parfois trop conservatrice des codificateurs. Bonaparte, comme nous le verrons, ne sera pas sans influencer la rédaction de certains articles. Au surplus, les autres membres du Conseil d'État qui prendront part aux discussions sont, pour la plupart, des juristes imprégnés des idées révolutionnaires; il en va de même de Merlin de Douai, le répétiteur de Bonaparte<sup>239</sup>. Enfin, il serait injuste d'oublier le second Consul, Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824), ce juriste remarquable qui avait présenté les trois premiers projets de Code. Cet homme, dont les mauvaises langues disaient qu'il « était le plus propre à mettre de la gravité dans la bassesse »<sup>240</sup>, n'en fut pas moins, comme devait le reconnaître Accolas, l'un de ses détracteurs, « l'âme des discussions d'où sortit l'oeuvre napoléonienne »<sup>241</sup>. Tout comme les codificateurs, il se montrera hostile aux approches doctrinales, aux définitions et aux formulations trop générales<sup>242</sup>.

Bref, au nombre des mérites de Bonaparte, on peut également compter celui de s'être associé des hommes modérés<sup>243</sup> qui, en procédant à un heureux mélange des traditions juridiques du Nord et du Sud<sup>244</sup>, allaient confectionner une oeuvre de compromis qui aurait l'heur de plaire aux classes politiques en place<sup>245</sup>.

<sup>239</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 20.

<sup>240</sup> A. CASTELOT, *Bonaparte, op. cit.*, note 9, p. 448.

<sup>241</sup> J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 16. Pour un jugement de même nature, voir : *Discours dans Naissance, op. cit.*, note 7, p. 39.

<sup>242</sup> Voir *supra*, note 185.

<sup>243</sup> Au lendemain de la mort de Napoléon le 5 mai 1821, le Prince de Talleyrand fera l'éloge de cette qualité qu'avait l'Empereur de consulter avant d'agir (G. LACOUR-GAYET, *op. cit.*, note 195, p. 956) : « Du côté du jugement, il n'était pas si fort; mais encore, quand il voulait se donner le temps, il savait profiter du jugement des autres. Ce n'était que rarement que son mauvais jugement l'emportait, et c'était toujours lorsqu'il ne s'était pas donné le temps de consulter celui des autres »; celui du prince par exemple...

<sup>244</sup> En réalité, il semblerait que l'influence des pays de coutume ait été plus grande que celle des pays de droit écrit : J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 21; voir également : G. CORNU, *op. cit.*, note 32, n° 279, p. 103 et 104. Ainsi, par exemple, le régime matrimonial légal applicable à tous les Français, à défaut de contrat au contraire, sera la communauté de biens d'origine coutumière et non le régime dotal issu de la tradition de droit écrit; voir également *supra*, note 238.

<sup>245</sup> P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 144 et 145.



## B. Le contenu du Code

Le Code Napoléon est réactionnaire dans son contenu. Son succès auprès des classes dominantes reposera précisément sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un code révolutionnaire, mais bien plutôt d'un mélange d'ancien et de nouveau, mélange qui laisse beaucoup de place d'ailleurs à l'ancien. Pour l'essentiel, il reconduit les règles de l'Ancien droit français<sup>246</sup>, tout en consacrant les principaux acquis de la Révolution, au nombre desquels on peut compter la propriété privée, le mariage civil et le divorce. Nous nous attachons plus spécialement à l'examen de ces trois institutions.

Le Code est, en outre, fortement marqué par le pessimisme des codificateurs qui, témoins des excès de la Révolution, jetaient un oeil sceptique sur la prétendue bonté naturelle des êtres humains<sup>247</sup>. On devine qu'à leurs yeux l'intérêt est le principal moteur des actions humaines, et ce, même au sein de la cellule familiale<sup>248</sup>. Le Code ne vise donc pas tant à accorder une liberté absolue à la personne, mais bien plutôt à « soumettre l'intérêt individuel [...] à

---

<sup>246</sup> M. ASCHERI, *loc. cit.*, note 142, 1049 et 1050.

<sup>247</sup> X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, p. 117 et 118. En cela, leur conception de l'être humain, à l'instar de celle de Bonaparte, se rapproche beaucoup plus de celle de Thomas Hobbes (1588-1679) que de celle de Rousseau : *id.*, p. 91-93, 108, 117 et 118; Xavier MARTIN, « Nature humaine et Code Napoléon », *loc. cit.*, note 184, 126 et 127; J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 186, 86, 93-96. S'il est vrai de dire que Rousseau, à la différence de Hobbes, ne considère pas que l'homme, dans l'état de nature, est un loup pour l'homme, mais que c'est plutôt la vie en société qui le corromprait, il faut toutefois admettre, qu'il voit en lui un être sans maturité et ce, à tout âge (X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 295). Dans les *Fragments politiques*, *op. cit.*, note 111, p. 376, il affirme : « L'erreur de la plupart des moralistes fut toujours de prendre l'homme pour un être essentiellement raisonnable. L'homme n'est qu'un être sensible qui consulte uniquement ses passions pour agir, et à qui la raison ne sert qu'à pallier les sottises qu'elles lui font faire ».

<sup>248</sup> Pour des illustrations, lire : J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 15, 29, 51, 71 et 72. Pour une étude très approfondie de cette question, lire : X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 263-269.



l'intérêt collectif »<sup>249</sup>. La « bête féroce »<sup>250</sup> doit être contrôlée. L'État a besoin d'ordre. Or l'État sera « le maître [...] de cette politique de maintien de la paix bourgeoise qui passe par la famille, "petite patrie" à l'image et au service de la grande »<sup>251</sup>. La famille légitime sera la cellule de contrôle de la société<sup>252</sup>. Une famille qui aura pour chef le mari et le père. C'est au sein de la famille que se fera l'apprentissage de l'obéissance<sup>253</sup>. En effet, comme l'affirme Portalis :

*Notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoi qu'on en dise, à l'esprit de cité. [...] [E]t c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens. Or, il appartient essentiellement aux institutions civiles de sanctionner et de protéger toutes les affections honnêtes de la nature.*<sup>254</sup>

Comme on pourra le constater, la famille avec la propriété sont donc au cœur du Code; une famille marquée par une profonde inégalité de statut entre le mari et son épouse, et entre le père et ses enfants. L'article 1 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* a beau affirmer que les « hommes naissent et demeurent

<sup>249</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 22. La conception du rôle de l'État des codificateurs s'apparente à celle de Rousseau. Selon lui, un gouvernement légitime se doit de « fai[re] régner la vertu », c'est-à-dire qu'il doit, par le biais de l'éducation publique, inculquer « l'amour de la patrie » à tous les citoyens (J.-J. ROUSSEAU, « Économie politique », *loc. cit.*, note 94, 74 et 76). Il ajoute : « C'est ainsi qu'un gouvernement attentif et bien intentionné, veillant sans cesse à maintenir ou rappeler chez le peuple l'amour de la patrie et les bonnes mœurs, prévient de loin les maux qui résultent tôt ou tard de l'indifférence des citoyens pour le sort de la république, et contient dans d'étroites bornes cet intérêt personnel, qui isole tellement les particuliers, que l'état s'affoiblit par leur puissance et n'a rien à espérer de leur bonne volonté » (*id.*, p. 84). Dans la conception rousseauiste, même la liberté n'existe qu'étroitement encadrée par l'État : voir *supra*, note 139.

<sup>250</sup> *Supra*, note 196.

<sup>251</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 22 et 23.

<sup>252</sup> Le tribun Gillet devait affirmer qu'« après de grandes secousses politiques, l'ordre de la société ne peut être raffermi qu'en redoublant de précautions pour conserver l'ordre des familles », propos rapportés par X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 237.

<sup>253</sup> J. LAFON, *loc. cit.*, note 159, 104 et 105.

<sup>254</sup> *Discours dans Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 90.



libres et égaux en droits », l'égalité dont on parle ici est celle des « hommes<sup>255</sup> adultes propriétaires, paysans ou bourgeois commerçants »<sup>256</sup>. Napoléon n'aurait-t-il pas lui même affirmé que « [l]'égalité n'existe qu'en théorie »<sup>257</sup>?

### 1. Le primat de la propriété

Du 10<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle, la pleine propriété est un régime d'exception. Seul l'alleu s'y apparente<sup>258</sup>. Les tenures, en fief et en censive, représentent le régime foncier le plus commun à cette époque. La concession d'une terre en fief ou en censive ne confère pas la pleine propriété à celui qui l'obtient. Au contraire, plusieurs saisines peuvent coexister sur un même héritage. La propriété n'est pas absolue, elle est fragmentée entre plusieurs personnes<sup>259</sup>. Celles-ci, en échange de leur droit sur une terre, sont tenues de rendre des services; services « nobles » si elles tiennent leurs terres en fief, « roturiers ou économiques » si elles les tiennent en censive.

Le fief est une tenure noble à caractère militaire et politique. Le vassal, en contrepartie de la concession qui lui est faite d'une terre, doit acquitter un service d'« aide et conseil », c'est-à-dire qu'il doit accompagner son seigneur à la guerre, lui fournir conseil lorsqu'il en fait la demande et, parfois, lui procurer une aide financière. La censive, quant à elle, est une tenure roturière dont la finalité est

<sup>255</sup> À ce propos, lire : Xavier MARTIN, « Sur l'homme de la Déclaration des droits », *Droits* 1988.8.83. En réaction au phallocentrisme de la Déclaration, Olympe de Gouge rédigea une Déclaration des droits de la femme en 1791 : Yves MADIOT, *Les droits de l'homme*, coll. « Le monde de... », Paris, MA Éditions, 1987, p. 125.

<sup>256</sup> J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 186, 100; S. HERMAN, *loc. cit.*, note 125, 601 : « *the emerging bourgeois class was the principal subject and audience of the French Civil Code* »; une bourgeoisie, cependant, fortement assujettie à la loi. À noter que le Conseil d'État était « composé, sinon exclusivement de grands bourgeois, du moins uniquement de gens aisés » : P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 170 et 171.

<sup>257</sup> A. CASTELOT, *Bonaparte, op. cit.*, note 9, p. 467.

<sup>258</sup> J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 39-41.

<sup>259</sup> Il s'agit d'un « mode d'exploitation du sol par lequel la propriété est fractionnée en cascade depuis le roi jusqu'au censitaire » : Jean-Maurice BRISSON, « L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou Les rivages inconnus du droit », dans Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, coll. « Le droit aussi... », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 61, 84.



économique. En échange de la terre qui lui est concédée, le tenancier est tenu à des redevances en nature ou en argent. Les plus connues sont très certainement la corvée et le paiement du cens<sup>260</sup>.

Comme nous l'avons vu, la propriété d'une terre concédée est fragmentée entre toutes les personnes qui peuvent prétendre pouvoir y exercer un droit réel<sup>261</sup>. Ainsi, le « domaine éminent » était réputé appartenir au seigneur, alors que le « domaine utile » était détenu par le tenancier<sup>262</sup>.

Dans la nuit du 4 août 1789, l'Assemblée constituante décréta la « destruction de la féodalité » et prononça l'abolition de tous les droits réels féodaux qui grevaient les propriétés<sup>263</sup>. L'article 17 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* devait affirmer que la propriété était « un droit inviolable et sacré ». L'article 544 du Code allait confirmer le caractère libre, absolu et individuel de la propriété :

**544.** *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens [sic].*

Le droit de pleine propriété est donc consacré, c'est-à-dire une propriété libre de toutes charges ou redevances seigneuriales. Cette consécration du droit à la pleine propriété constitue, avec le contrat,

<sup>260</sup> J. ELLUL, *op. cit.*, note 24, p. 177; J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 576.

<sup>261</sup> À noter qu'une terre pouvait faire l'objet d'une multitude de concessions successives. Ainsi, un roi pouvait concéder une terre en fief à un duc, lequel pouvait en concéder une parcelle en arrière-fief et ainsi de suite jusqu'à ce que la terre soit finalement attribuée en censive à un tenancier donné. À ce propos, lire : H. J. BERMAN, *op. cit.*, note 35, p. 305.

<sup>262</sup> J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 48; J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 576; J. ELLUL, *op. cit.*, note 24, p. 176. Il importe peut-être de souligner qu'au 17<sup>e</sup> siècle, la noblesse détient deux tiers au moins des terres du royaume et les trois quarts des seigneuries, alors que l'Église possède environ un dixième des terres et un cinquième des seigneuries : P. GOUBERT, *op. cit.*, note 14, p. 168. À propos de ce que l'on est tenu d'appeler l'« expropriation » des petits possédants au cours du 17<sup>e</sup> siècle, lire : *id.*, p. 289 et 290.

<sup>263</sup> En réalité, cette abrogation fut plus symbolique que réelle. Seulement une partie des droits féodaux furent abolis en août 1789; d'autres furent déclarés rachetables. Ce rachat souleva de si sérieux problèmes que la Convention en décréta l'abrogation pure et simple le 17 juillet 1793. Cette date sonne véritablement le glas du régime foncier féodal. Des extraits du décret de l'Assemblée nationale du 4 août 1789 et du décret de la Convention du 17 juillet 1793 sont reproduits dans J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 440.



le principal pilier du Code civil<sup>264</sup>. L'insistance sur le caractère absolu du droit conféré visait, en premier lieu, à l'opposer au morcellement féodal du droit réel qu'on venait justement d'abolir et, en deuxième lieu, à rassurer les acquéreurs de biens nationaux, inquiets qu'ils étaient de se voir dépouiller de leurs biens par les anciens propriétaires<sup>265</sup>.

Les codificateurs sont proprement lyriques lorsqu'ils décrivent le droit de propriété. Portalis le décrira comme « l'âme universelle de toute la législation »<sup>266</sup>, « un droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver »<sup>267</sup>. Il affirme même que le droit de propriété n'est pas source d'inégalité entre les hommes<sup>268</sup>. Le droit de propriété absolu serait un droit dont l'origine n'est pas la loi positive, mais la loi de nature :

*L'homme naît avec des besoins; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété.*

*Personne n'aurait planté, semé ni bâti, si les domaines n'avaient été séparés, et si chaque individu n'eût été assuré de posséder paisiblement son domaine.*

*Le droit de propriété en soi est donc une institution directe de la nature.*<sup>269</sup>

---

<sup>264</sup> A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 56, p. 171-214.

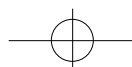
<sup>265</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 25. À propos de la nationalisation des biens du clergé, lire : Pierre MIQUEL, *Histoire de la France*, t. I, coll. « Marabout Université », Paris, Librairie Arthème Fayard, 1976, p. 268.

<sup>266</sup> Livre Second, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, Titre deuxième, *De la Propriété*, présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Portalis, 26 nivôse an XII – 17 janvier 1804; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 271-287, à la page 286.

<sup>267</sup> *Id.*, p. 285.

<sup>268</sup> *Id.*, p. 275 et 276.

<sup>269</sup> *Discours dans Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 85 et 86.





[L]e principe du droit [individuel de propriété] est en nous; il n'est point le résultat d'une convention ou d'une loi positive; il est dans la constitution même de notre être [...] <sup>270</sup>

Cette conception idéologique de la propriété peut nous surprendre. On pourrait croire qu'elle tire sa source des souvenirs douloureux de l'Ancien Régime. En effet, pour les révolutionnaires de 1789, la liberté est étroitement associée à la consécration d'un droit de propriété absolu, c'est-à-dire libre de toutes charges ou redevances seigneuriales<sup>271</sup>. La plupart des inégalités caractéristiques de l'Ancien Régime tiraient leur source du régime foncier féodal qui assurait aux privilégiés le contrôle du territoire et des revenus qu'il produisait. C'est pourquoi l'abolition « symbolique » des droits féodaux durant la nuit du 4 août 1789 fut-elle l'une des

<sup>270</sup> Livre Second, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, Titre deuxième, *De la Propriété*, présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Portalis, 26 nivôse an XII – 17 janvier 1804; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p.271, à la page 273; voir également : p.271 et 272. Cependant, il semble que, pour ne pas heurter Napoléon, Portalis ait nié le caractère « naturel » du droit de propriété : J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 186, 103. Xavier Martin soutient même que, en réalité, les codificateurs ont préféré voir dans le droit de propriété une « création artificielle de l'État » plutôt qu'un droit naturel : X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, 118. Le discours de Portalis, fait-il remarquer, n'est pas toujours un reflet fidèle des discussions qui ont été tenues au Conseil d'État (*id.*, 115, note 99).

Quant à Rousseau, même s'il ne semble jamais avoir considéré le droit de propriété comme un droit naturel (à ce propos, lire : Robert DERATHÉ, dans *Du contract social*, *op. cit.*, note 1, p. 14, 15 et 446; P. MALAURIE, *op. cit.*, note 28, p. 110), il n'en considère pas moins que « la propriété est le vrai fondement de la société civile, et le vrai garant des engagements des citoyens : car si les biens ne répondoient pas des personnes, rien ne seroit si facile que d'éluder ses devoirs et de se moquer des lois » (J.-J. ROUSSEAU, « Économie politique », *loc. cit.*, note 94, 85; voir également : 91 et 92). Dans les *Fragments politiques*, *op. cit.*, note 111, p. 305, on peut lire : « Car tous les droits civils étant fondés sur celui de la propriété, sitôt que ce dernier est aboli aucun autre ne peut subsister. La justice ne seroit plus qu'une chimère, et le gouvernement qu'une tyrannie, et l'autorité publique n'ayant aucun fondement légitime, nul ne seroit tenu de la reconnoître, sinon en tant qu'il y seroit contraint par la force ».

<sup>271</sup> À cela s'ajoute l'idée d'une propriété individuelle. En effet, l'ancien droit reconnaissait plutôt un caractère communautaire au concept de propriété foncière; les biens appartenaient à la famille au sens large. Ainsi, par exemple, le « retrait lignager » permettait à un parent de la famille de racheter, dans un délai qui ne pouvait aller au-delà de un an et un jour, un immeuble vendu à un tiers en lui remettant le prix qu'il avait payé au jour de la vente.





initiatives les plus spectaculaires de l'Assemblée constituante<sup>272</sup>. Il semble toutefois que cette vénération du droit de propriété tient à une toute autre raison.

Selon Xavier Martin, le droit de propriété emporterait l'admiration des codificateurs au motif qu'il constitue la plus sophistiquée des mesures de contrôle social<sup>273</sup>. Le culte rendu à la propriété procède de ce qu'elle « est la source de toutes les affections morales »<sup>274</sup>. Elle permet au père d'exercer un contrôle sur ses enfants, par le moyen des donations et de la quotité disponible en matière testamentaire, en « fix[ant] utilement [leurs affections], en les fige[ant] dans l'expectative ou la crainte des bienfaits ou repréailles patrimoniaux »<sup>275</sup>.

L'article 544 reconnaît un droit qui, en toute apparence, est illimité. À la vérité, il demeure assujéti au pouvoir d'un État fort apte à la fois à le protéger et à en limiter les dérèglements. En effet, comme le dira le tribun Grenier, « l'esprit se refuse à voir ériger l'abus de la propriété en droit »<sup>276</sup>, d'où les limites susceptibles d'être imposées par l'État, dans l'intérêt du public (expropriation, propriété publique de certaines mines, forêts, etc.). Comme le rappelle Portalis, « [l]a vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun.

---

<sup>272</sup> La crainte de voir réapparaître, sous une autre forme, les rapports inégalitaires typiques de l'Ancien Régime explique l'adoption de l'article 686 qui, tout en autorisant l'établissement de servitudes, interdit d'imposer des services à une personne ou en faveur d'une personne : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public ». Voir également l'article 18 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.

<sup>273</sup> X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192.

<sup>274</sup> Expression employée par le tribun Grenier le 6 pluviôse an XII – 25 janvier 1804 rapportée par X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 298.

<sup>275</sup> X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 298. Cette conception de la propriété, comme moyen de contrôler les actions d'autrui, s'apparente à celle de Rousseau : *supra*, note 270.

<sup>276</sup> Livre Second, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, Titre deuxième, *De la Propriété*, discours devant le Corps législatif, discours prononcé par le tribun Grenier, 6 pluviôse an XII – 25 janvier 1804; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 268.



[...] Il faut donc des lois pour diriger les actions relatives à l'usage des biens, comme il en est pour diriger celles qui sont relatives à l'usage des facultés personnelles »<sup>277</sup>. En 1804, le droit de propriété est assujéti aux intérêts de l'État, et, plus particulièrement, à ceux de Bonaparte<sup>278</sup>. En contrepartie de son assujéttissement aux impératifs étatiques, le droit de propriété, de par sa reconnaissance explicite par l'État dans les dispositions du Code, bénéficiait enfin d'une solide protection. Il faut garder en mémoire que, malgré sa consécration officielle dans la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, l'année 1789 marque le début d'une violation du droit de propriété sans égale dans toute l'histoire de la France<sup>279</sup>. Les acquéreurs de biens nationaux figureront d'ailleurs au premier rang des chantres de l'intervention étatique.

Bref, le droit de propriété reconnu par le Code remplit une fonction politique capitale dans la mesure où il garantit à l'État la reconnaissance des « détenteurs insomniaques de biens nationaux »<sup>280</sup> et parce qu'il permet aux pères de contrôler les frasques de leurs enfants en exerçant sur eux une pression successorale<sup>281</sup>.

## 2. La famille fondée sur le mariage

L'époque révolutionnaire représente le triomphe de l'individualisme. On jette aux oubliettes tous les corps intermédiaires qui s'étaient interposés jusqu'alors entre l'État et l'individu, que ce soit la province, l'Église, les ordres proprement dits (noblesse, clergé, tiers-état), la seigneurie, etc. La loi Le Chapelier de 1791 interdiera même les associations d'ouvriers; elle fait suite à l'abolition des corporations<sup>282</sup> durant la nuit du 4 août 1789<sup>283</sup>. L'aversion

<sup>277</sup> Livre Second, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, Titre deuxième, *De la Propriété*, présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Portalis, 26 nivôse an XII – 17 janvier 1804; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 271, à la page 276.

<sup>278</sup> J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 186, 102-104.

<sup>279</sup> X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, p. 118.

<sup>280</sup> *Id.*

<sup>281</sup> Nous reviendrons sur ce point un peu plus loin.

<sup>282</sup> Pour une description des corporations ou « communautés de métiers », lire : J. ELLUL, *op. cit.*, note 24, p. 226-230.

<sup>283</sup> À propos de la loi Le Chapelier, lire : R.C. van CAENEGEM, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, p. 185 et 186 (1995).



éprouvée pour toute forme d'association obligatoire explique peut-être le silence de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* au sujet du droit d'association.

Le mariage et la famille subissent les contrecoups de cette révolution qui place l'individu au centre de tout. Le mariage cesse d'être un sacrement pour n'être plus qu'un contrat fondé sur le consentement de deux personnes douées de raison. « La loi, affirme la Constitution du 3 septembre 1791, ne considère le mariage que comme contrat civil »<sup>284</sup>. L'institution du mariage était ainsi sécularisée pour la première fois en France. Comme on le verra, au nom de cette conception individualiste du mariage, une loi de 1792 autorisera le divorce, même pour cause de simple incompatibilité d'humeur alléguée par un seul des conjoints.

L'attitude des codificateurs à l'égard du mariage diffère radicalement de celle des révolutionnaires. Pour les premiers, le mariage est un contrat, soit, mais un contrat très particulier qui intéresse l'État tout autant que les époux<sup>285</sup>. Il joue un rôle d'intégration et d'harmonie sociales<sup>286</sup> :

*Les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'État. Chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes.*<sup>287</sup>

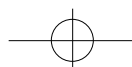
*On aurait en effet une idée bien peu exacte de son importance et de sa dignité, si l'on ne voulait y voir qu'un pacte naturel ou une convention civile; il est encore, plus que tout cela, un engagement social et comme*

<sup>284</sup> Titre II, art. 7, dans M. DUVERGER, *op. cit.*, note 208, p. 12.

<sup>285</sup> Portalis affirme : « [L]e mariage ne subsiste pas pour les époux seuls; il subsiste pour la société, pour les enfants; il établit une famille » : Livre Premier, *Des personnes*, Titre sixième, *Du divorce*, discussion du Conseil d'État, séance du 14 vendémiaire an X – 6 octobre 1801; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 184, à la page 186. Il ajoute : « Dans le mariage, on ne stipule pas seulement pour soi [...]; on stipule pour l'État, on stipule pour la société générale du genre humain » : *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 65. Rousseau partageait également ce point de vue : « Le mariage [...] étant un contract civil, a des effets civils sans lesquels il est même impossible que la société subsiste » (*Du contract social*, *op. cit.*, note 1, L. IV, c. VIII, p. 291).

<sup>286</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 26.

<sup>287</sup> *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 68.





*un traité public dont les époux sont à la fois les parties et les ministres.*<sup>288</sup>

Le mariage restera donc un contrat fondé sur le consentement libre des époux (art. 146)<sup>289</sup>, mais un contrat solennel (publication des bans et célébration par un officier public (art. 165)<sup>290</sup>) et de nature essentiellement perpétuelle, ce qui rendra sa résiliation difficile, comme nous le verrons plus loin. Le mariage, toutefois, demeurera laïque, car la liberté de religion l'exige<sup>291</sup>. La France ne doit pas avoir de religion d'État : « la loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes »<sup>292</sup>.

La seule institution qui tienne est donc la famille légitime. Le concubinage est mal vu (« ces unions passagères et fugitives que le

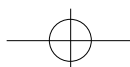
<sup>288</sup> Livre Premier, *Des personnes*, Titre cinquième, *Du mariage*, communication officielle au Tribunal, rapport fait par le Tribun Gillet, 23 ventôse an XI – 14 mars 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 190, à la page 191; voir également : Livre Premier, *Des personnes*, Titre sixième, *Du divorce*, communication officielle au Tribunal, rapport fait au Tribunal par M. Savoie-Rollin, 27 ventôse an XI – 18 mars 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 175, à la page 179.

<sup>289</sup> Il s'agit là d'une évolution importante par rapport à l'ancien droit qui ne faisait pas grand cas du consentement des époux (J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 22), comme en témoignent d'ailleurs les comédies de Molière.

<sup>290</sup> Le caractère public du mariage est nécessaire afin de préserver l'intégrité de la famille légitime : « [S]ans un mariage public et solennel, toutes les questions de filiation resteraient dans le nuage; la maternité pourrait être certaine, la paternité ne le serait jamais » : *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 68. Bonaparte partage cette opinion : « L'officier civil marie sans aucune solennité. Il faut quelque chose de moral. Voyez les prêtres. Il y avait un prône. Si cela ne servait pas aux époux qui pouvaient être occupés d'autre chose, cela était entendu par les assistants » : A.C. THIBAudeau, *op. cit.* note 214, p. 433, cité par P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 91.

<sup>291</sup> La liberté de religion était garantie, dans les limites prescrites par la loi, par l'article 10 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*. Dans une lettre adressée à Voltaire le 18 août 1756 (reproduite par R. DERATHÉ dans *Du contract social*, *op. cit.*, note 1, p. 500), Rousseau affirmait : « [Q]uand un homme sert bien l'État, il ne doit compte à personne de la manière dont il sert Dieu »; voir également : *Du contract social*, *op. cit.*, note 1, L. IV, c. VIII, p. 290.

<sup>292</sup> Livre Premier, *Des personnes*, Titre cinquième, *Du mariage*, présentation au Corps législatif et exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 16 ventôse an XI – 7 mars 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 170, à la page 172.





plaisir produit et qui finissent avec le plaisir »<sup>293</sup>) et la loi s'en désintéresse<sup>294</sup>. Quant aux enfants naturels, « ces clandestins de la croisière sociale »<sup>295</sup>, ils sont à nouveau traités de manière discriminatoire, alors qu'on avait amélioré leur sort durant la Révolution<sup>296</sup>. L'accent mis sur la famille légitime explique également avec quelle méfiance les codificateurs abordent le sujet de l'adoption. Celle-ci ne sera permise qu'aux personnes de l'un ou l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter (art. 343); l'adopté devra être majeur (art. 346); il pourra ajouter le nom de l'adoptant au sien (art. 347), mais il restera dans sa famille naturelle, et y conservera tous ses droits (art. 348)<sup>297</sup>. Toutefois, l'institution qui suscitera les plus ardents débats au Conseil d'État sera très certainement celle du divorce. Celui-ci représente le plus dangereux écueil contre lequel peut venir se briser la famille.

Durant l'époque révolutionnaire, le mariage étant considéré comme un simple contrat fondé sur le consentement des époux, on a jugé que, lorsque les conjoints ne tombaient plus d'accord que sur la rupture, le lien matrimonial pouvait être dissous. Cambacérés pouvait alors affirmer, sans crainte de se faire contredire, que « [c]e que la volonté a fait, la volonté peut le changer »<sup>298</sup>. Une loi fut donc adoptée le 20 septembre 1792, autorisant le divorce, pour cause d'adultère, pour sévices, pour cause d'émigration de l'un des conjoints, par consentement mutuel et, finalement, pour incompatibilité d'humeur, ce motif pouvant être allégué par un seul des conjoints. La volonté de l'individu avait donc préséance sur la

<sup>293</sup> *Discours dans Naissance, op. cit.*, note 7, p. 63.

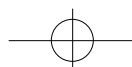
<sup>294</sup> J.-M. PUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 115.

<sup>295</sup> X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, 131.

<sup>296</sup> « La faveur du mariage, le maintien des bonnes mœurs, l'intérêt de la société veulent que les enfants naturels ne soient pas traités à l'égal des enfants légitimes » : *Discours dans Naissance, op. cit.*, note 7, p. 89. Bonaparte lui-même n'en pensait pas grand bien comme en témoignent les propos rapportés par R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 33.

<sup>297</sup> Bonaparte affirmera : « Le mariage est, dit-on, assez en vogue. On a raison, mais il faut faire de manière qu'il y soit toujours. Pour que l'adoption soit dans nos mœurs actuelles, elle ne doit être qu'un supplément rare aux effets du mariage, et non un moyen de s'y soustraire » : propos cités par P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 123.

<sup>298</sup> Propos rapporté par F. EWALD, *Naissance, op. cit.*, note 7, p. 196.





stabilité de l'institution matrimoniale. Durant les deux premières années de sa mise en oeuvre, si on célébra à Paris quelque 7500 mariages, en contrepartie, on prononça 2500 divorces<sup>299</sup>.

Les codificateurs ont réagi contre ce « torrent d'immoralité »<sup>300</sup>. Pour eux, comme pour Montaigne que cite Portalis, « le mariage est une chose trop sérieuse pour qu'on doive [sic?] en sortir par une porte aussi enfantine que la légèreté »<sup>301</sup>. Le mariage intéresse non seulement les époux, mais également l'État. Même s'ils penchent en faveur de l'indissolubilité du mariage, le principe de la liberté de religion portera toutefois les codificateurs à conclure au maintien du divorce<sup>302</sup>. En effet, plusieurs religions pratiquées sur le territoire français autorisent d'y recourir. Néanmoins, l'intérêt des mœurs, soutiendront-ils, exigera qu'on en rende l'obtention difficile : « il faut que les lois opposent un frein salutaire aux passions »<sup>303</sup>. Comme l'affirme Portalis, « notre but, dans les lois projetées sur le divorce, a été d'en prévenir l'abus, et de défendre le mariage contre le débordement des mœurs. On va au mal par une pente raide; on ne retourne au bien qu'avec effort »<sup>304</sup>. Dans la perspective pessimiste des codificateurs, l'être humain est le jouet de ses propres passions; l'État doit donc intervenir pour contrôler celles-ci.

Cette réticence à l'égard du divorce se traduira par une reconnaissance limitée des causes y donnant ouverture. La peur du déshonneur et la crainte du ridicule influenceront fortement la rédaction des articles en cette matière.

Les seules causes autorisées de divorce sont la condamnation d'un époux à une peine infamante, l'adultère, les excès, les sévices

---

<sup>299</sup> J. GILISSEN, *op. cit.*, note 37, p. 519.

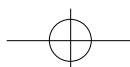
<sup>300</sup> Expression rapportée par J. GILISSEN (*id.*), mais dont il ne précise par l'auteur.

<sup>301</sup> Livre Premier, *Des personnes*, Titre sixième, *Du divorce*, discussion du Conseil d'État, séance du 14 vendémiaire an X – 6 octobre 1801; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 184.

<sup>302</sup> *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 61; voir également : Livre Premier, *Des personnes*, Titre sixième, *Du divorce*, discussion du Conseil d'État, séance du 14 vendémiaire an X – 6 octobre 1801; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 197, à la page 199. Comme nous le verrons plus loin, le souci dynastique de Bonaparte y est peut-être également pour quelque chose.

<sup>303</sup> *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 62.

<sup>304</sup> *Id.*, p. 67 et 68.





ou injures graves (art. 229-233). À cela, il faut ajouter le divorce par consentement mutuel. Attardons-nous un instant à certaines de ces causes. Nous constaterons que plusieurs d'entre elles témoignent d'« une savante hypocrisie »<sup>305</sup>. En effet, comme le dira lui-même Bonaparte<sup>306</sup>, l'objectif sera de « [t]rouver un mode et des formes qui conciliaient l'usage du divorce avec le juste désir d'éviter le scandale ».

L'adultère, cette « affaire de canapé »<sup>307</sup>, figure en tête des causes de divorce. En effet, il n'est pire éclaboussure ni plus grand ridicule (pour l'homme, cela va sans dire, puisque c'est toujours de lui dont s'inquiètent les membres du Conseil d'État). Aux termes de l'article 229, le mari peut demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme. Dans une version préliminaire de cette disposition, le divorce ne pouvait être prononcé que si l'adultère de l'épouse était « accompagné d'un scandale public, ou prouvé par des écrits émanés d'elle »<sup>308</sup>. C'est donc moins l'infidélité qui était condamnée que l'atteinte à la réputation. L'article 230 précise que l'épouse, quant à elle, ne pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari que si ce dernier a hébergé sa concubine dans la maison commune<sup>309</sup>! En outre, dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable (homme ou femme) ne pourra jamais se marier avec son complice (art. 298). Cependant, le même article décrète que la femme adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps indéterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années. La rigueur choquante des sanctions imposées à l'épouse fautive se justifie, dit-on, en raison des conséquences plus graves qu'emporte sa faute, c'est-à-dire l'introduction d'un

---

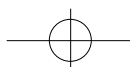
<sup>305</sup> *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 206.

<sup>306</sup> Propos rapportés par P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 109.

<sup>307</sup> Expression employée par Napoléon et rapportée par A.C. THIBAudeau, *op. cit.*, note 214, p. 447-449, cité par P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 107.

<sup>308</sup> J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 32.

<sup>309</sup> Cet article sera repris par les codificateurs du *Code civil du Bas Canada* (art. 188) et ne sera abrogé qu'en 1954! : *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1954-55, c. 48.





« étranger » dans la famille<sup>310</sup>; pareil événement mettrait en péril la stabilité de la sacro-sainte institution.

La preuve d'excès, de sévices ou d'injures graves (art. 231), quant à elle, ne donnait pas automatiquement ouverture au divorce. L'article 259 établit que, même si les sévices sont prouvés, « les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce »; une année de séparation pourra dès lors être imposée à l'issue de laquelle le divorce devra être prononcé (art. 260). On constate, ici encore, la réticence des codificateurs à autoriser la rupture d'un contrat qu'ils souhaiteraient indissoluble.

L'article 231 a fait l'objet, au Conseil d'État, de discussions qui, aujourd'hui, pourraient faire sourire. Les rédacteurs se sont fort sérieusement demandé s'il serait à propos d'autoriser le mari à invoquer les sévices graves qu'il aurait subis aux mains de son épouse. Pareille allégation ne couvrirait-elle pas un époux de ridicule<sup>311</sup>? Cet article devait être conservé malgré cet inconvénient car, selon Bonaparte, il avait le grand avantage de pouvoir dissimuler l'adultère. L'union pouvait ainsi être rompue sans qu'il y ait scandale. « Tout est perdu, fors l'honneur » aurait pu dire le mari trompé. L'article 231 fut donc maintenu.

On se souviendra que, durant la période révolutionnaire, l'incompatibilité d'humeur alléguée par un seul des conjoints constituait une cause licite de divorce. Les codificateurs s'y opposeront féroce­ment car, affirme Portalis, cette cause « sera le moyen de ceux qui n'en ont point. Le plus important, le plus auguste des contrats, n'aura aucune consistance, et n'aura aucune sorte de respect; les mœurs seront sans cesse violées par les lois »<sup>312</sup>.

Bonaparte, quant à lui, est favorable à cette cause de divorce, au motif qu'elle permet, à l'instar de l'article 231, d'éviter le scandale

<sup>310</sup> J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 32. À ce propos, voir les commentaires de Portalis dans Livre Premier, *Des personnes*, Titre cinquième, *Du mariage*, présentation au Corps législatif et exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 26 ventôse an XI – 17 mars 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 369, à la page 370.

<sup>311</sup> J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 33.

<sup>312</sup> *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 64. Voir également les motifs qu'il avance dans Livre Premier, *Des personnes*, Titre sixième, *Du divorce*, discussion du Conseil d'État, séance du 14 vendémiaire an X – 6 octobre 1801; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 197-200, p. 186-189.





ou le ridicule. Voici comment il tente –vainement– de convaincre les membres du Conseil d'État de la nécessité de maintenir l'incompatibilité d'humeur comme cause de divorce :

*Il faut aussi considérer le bonheur des individus; que direz-vous à une femme qui [...] demandera le divorce pour impuissance de son mari? Vous n'en parlez pas. Cela arrivera cependant; en vain crierez-vous alors au scandale. Plusieurs membres du Conseil allèguent les bonnes mœurs pour rejeter le divorce pour cause d'incompatibilité. Cela n'est pas exact. Un mari sait que sa femme est adultère : s'il a des mœurs, elle lui sera insupportable; il ne pourra pas vivre avec elle. Il ne veut pas, par pitié pour elle, demander le divorce pour cause d'adultère; il ne le veut pas pour lui, à cause du ridicule qui, dans nos mœurs, rejait sur le mari; il ne le veut pas pour les enfants, qui seraient déshonorés par la mauvaise conduite de leur mère.<sup>313</sup>*

D'humeur incompatible à propos de l'incompatibilité d'humeur, Bonaparte et les codificateurs ne parvinrent à aucun compromis. Ceux-ci l'emportèrent finalement et la disposition fut abandonnée. La maintenir n'aurait-il pas été une concession faite aux passions débridées de l'être humain, à ce « relâchement actuel des mœurs »<sup>314</sup>?

Les codificateurs n'accueillirent pas le divorce par consentement mutuel avec plus d'enthousiasme. Pour Bigot de Préameneu<sup>315</sup>, Tronchet<sup>316</sup> et Portalis<sup>317</sup>, reconnaître cette cause de divorce, qui n'est rien d'autre au fond qu'une incompatibilité d'humeur partagée par les deux époux, équivaudrait à consacrer l'égoïsme des époux au détriment des droits de la société et des enfants issus du mariage. Pour d'autres, comme Bonaparte, cette cause de divorce, de

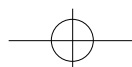
<sup>313</sup> Citation tirée de A.C. THIBAUDEAU, *op. cit.*, note 214, reproduite dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 202. Tronchet répondra ainsi à cet argument : « Mais, dit-on, c'est une condition bien dure que de vivre avec un époux, ou une épouse, qu'on sait criminel, mais dont on ne peut prouver le crime. Cet inconvénient existe; mais ce n'est qu'un mal particulier : un mal public est un bien plus grand malheur. » : Livre Premier, *Des personnes*, Titre sixième, *Du divorce*, discussion du Conseil d'État, séance du 16 vendémiaire an X – 8 octobre 1801; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 191-195, p. 194 et 195.

<sup>314</sup> Expression employée par Portalis le 5 vendémiaire an X, 27 septembre 1801, rapportée par X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 292.

<sup>315</sup> J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 34

<sup>316</sup> Livre Premier, *Des personnes*, Titre sixième, *Du divorce*, discussion du Conseil d'État, séance du 16 vendémiaire an X – 8 octobre 1801; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 191, aux pages 192-195.

<sup>317</sup> *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 64 et 65.





même que la simple incompatibilité d'humeur, constituerait encore une fois un bon moyen d'étouffer des scandales comme l'adultère<sup>318</sup>. Et cette fois, Bonaparte n'entend pas lâcher prise. Cet appui au divorce par consentement mutuel n'aurait pas été, dit-on<sup>319</sup>, tout à fait désintéressé. À l'époque où se tiennent ces discussions, Bonaparte entretient déjà de sérieux doutes sur la fertilité de son épouse Joséphine<sup>320</sup>. C'est donc le dynaste, le futur empereur préoccupé par sa succession, qui se serait alors exprimé au Conseil<sup>321</sup>. En réalité, Bonaparte semble plutôt s'être fait l'écho d'une certaine partie de la population; il est difficile d'inférer de son attitude une intention déguisée de s'assurer un moyen de mettre fin à son union avec Joséphine<sup>322</sup>.

<sup>318</sup> J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 34. Pour se convaincre de l'hypocrisie à la source de l'adoption des dispositions sur le divorce par consentement mutuel, il faut lire la discussion du Conseil d'État du 6 nivôse an X -27 décembre 1802- reproduite dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 206-219.

<sup>319</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 42.

<sup>320</sup> Encore qu'il n'est pas encore certain si le blâme doit lui être attribué. Ce n'est qu'après l'accouchement de Marie Walewska, en octobre 1809, que seront définitivement écartées ses inquiétudes au sujet de sa propre capacité à procréer : A. CASTELOT, *Napoléon*, *op. cit.*, note 9, p. 322 et 323.

<sup>321</sup> René Savatier rapporte que Joséphine, fort inquiète, se serait informée chaque soir, auprès de son impérial époux, des décisions qui s'étaient prises au Conseil d'État à l'époque où était discutée la question du divorce : R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 42,.

<sup>322</sup> P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 98-113, qualifie de « tenace légende » l'idée d'un Bonaparte imposant à la France le divorce par consentement mutuel et ce, dans un but entièrement intéressé. L'auteur, dont le phallocentrisme, en passant, n'a d'égal que celui de Bonaparte, présente plusieurs arguments convaincants à l'appui de sa thèse. D'une part, la dissolution du mariage de Napoléon et Joséphine relevait et sera d'ailleurs considérée comme relevant du droit public et non du droit privé (p. 101); nul besoin donc de mettre le Code au diapason de la volonté consulaire. D'autre part, le maintien du divorce était désiré, non seulement par une partie importante de la population (p. 102 et 103), mais avait également été recommandé par plusieurs tribunaux importants, dont la Cour d'appel de Paris (*id.*). Enfin, il eût été politiquement maladroit de supprimer le divorce si tôt après avoir rétabli en France le culte catholique aux termes du Concordat de 1801 intervenu entre Pie VII et Bonaparte; agir de la sorte aurait pu faire craindre à la population un retour en force de l'Église (p. 102, 103 et 112). L'auteur en vient donc à la conclusion suivante : « Compromis entre la théorie philosophique d'un individualisme outrancier et la notion religieuse du mariage, la doctrine du Premier Consul est une transaction faisant la part des idées du temps; quoiqu'il en soit, il a certainement obéi, ou à une conviction personnelle, ou au désir de flatter les philosophes, ou encore de maintenir une institution chère aux



On en arrivera à un compromis. Le divorce par consentement mutuel sera autorisé, mais son obtention rendue très difficile. Ainsi, le consentement mutuel des époux ne sera point admis, si le mari a moins de vingt-cinq ans, ou si la femme est une mineure de vingt-et-un ans et moins (art. 275). De plus, le divorce par consentement mutuel ne sera autorisé qu'après deux ans de mariage (art. 276). Les difficultés qui voient le jour au début d'une union, allègue-t-on, ont tendance à s'aplanir assez rapidement. Il ne le sera pas non plus après vingt ans (art. 277), car « des difficultés supportées aussi longtemps peuvent l'être éternellement »<sup>323</sup>. Enfin, le consentement mutuel des époux, à lui seul, n'est pas suffisant s'il n'est autorisé par les pères et mères, ou par les autres ascendants vivants des époux (art. 278)<sup>324</sup>!

Bref, le Code Napoléon traduit une vision très conservatrice de la famille, celle-ci étant perçue comme un agent d'harmonie, pour ne pas dire de contrôle social. Conformément à cet esprit, seule la famille légitime est reconnue, c'est-à-dire celle qui se fonde sur le mariage. Tout ce qui est susceptible de porter ombrage à celle-ci est radicalement limité (droits des enfants naturels, recours au divorce et à l'adoption).

Cependant, pour constituer un agent de contrôle efficace, encore faut-il que cette « petite patrie »<sup>325</sup> ait un « maître et [un] chef »<sup>326</sup>, un « magistrat »<sup>327</sup>. Ce sera le mari et le père, cet auxiliaire privilégié de l'État<sup>328</sup>.

---

partisans de 1789 – mais, c'est évident, il n'a eu aucune visée personnelle dans cette discussion » (p. 112 et 113).

<sup>323</sup> J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 34

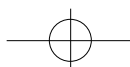
<sup>324</sup> Lors de la Restauration, le divorce sera aboli (en 1816) pour n'être réintroduit qu'en 1884. Compte tenu du peu d'attachement manifesté par les codificateurs pour cette institution, Xavier Martin voit dans cette abolition, non pas « une entorse aux intentions du Code Napoléon » mais, au contraire, « leur parachèvement » : X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, 121.

<sup>325</sup> *Supra*, note 254.

<sup>326</sup> Treilhard, membre du Conseil d'État, dans Livre Troisième, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, Titre cinquième, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, discussion du Conseil d'État, 6 vendémiaire an XII – 29 septembre 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 378, à la page 379.

<sup>327</sup> *Discours* dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 57.

<sup>328</sup> À ce propos, lire : X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 280-282.





### 3. La puissance maritale et la puissance paternelle

La puissance du mari et du père sur les personnes de sa femme et de ses enfants est presque absolue. Il exerce sa « magistrature » sur le « gouvernement de la famille »<sup>329</sup>, comme Bonaparte le fait sur la France entière, et bientôt sur une grande partie de l'Europe.

#### - La puissance maritale

Si la femme célibataire n'est pas totalement incapable, le mariage la fait basculer dans l'univers des mineurs et des interdits, c'est-à-dire les majeurs qui sont dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489). Cette condition, il importe de le souligner, n'est pas nouvelle; elle existait déjà à l'époque de l'Ancien Régime.

Incapable de contracter (art. 1124), la femme mariée a besoin du consentement de son mari pour à peu près tout ce qu'elle entreprend<sup>330</sup>. Après avoir rappelé que « [l]e mari est le chef de ce gouvernement [la famille] », que « [l]a femme ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari », et que « [c]elui-ci administre tout, il surveille tout, les biens et les mœurs de sa compagne »<sup>331</sup>, Portalis justifie cet état de choses en affirmant que « c'est le plus fort qui est appelé à défendre et à soutenir le plus faible »<sup>332</sup>. Cette

<sup>329</sup> *Discours dans Naissance, op. cit.*, note 7, p. 56 et 57.

<sup>330</sup> 217. La femme [...] ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.

<sup>331</sup> *Discours dans Naissance, op. cit.*, note 7, p. 73.

<sup>332</sup> *Id.* Ce point de vue est également celui de Rousseau : « Par plusieurs raisons tirées de la nature de la chose, le pere doit commander dans la famille. Premièrement, l'autorité ne doit pas être égale entre le pere et la mere; mais il faut que le gouvernement soit un, et que dans les partages d'avis il y ait une voix prépondérante qui décide. 2°. Quelque légères qu'on veuille supposer les incommodités particulieres à la femme; comme elles font toujours pour elle un intervalle d'inaction, c'est une raison suffisante pour l'exclure de cette primauté : car quand la balance est parfaitement égale, une paille suffit pour la faire pencher. De plus, le mari doit avoir inspection sur la conduite de sa femme : parce qu'il lui importe de s'assurer que les enfans, qu'il est forcé de reconnoître et de nourrir, n'appartiennent pas à d'autres qu'à lui. La femme qui n'a rien de semblable à craindre, n'a pas le même droit sur le mari » : J.-J. ROUSSEAU, « Économie politique », *loc. cit.*, note 94, 64. Rassurons nos lectrices (et nos lecteurs!) en leur rappelant que certains hommes, comme le philosophe Condorcet (1743-1794) par exemple, ne voyaient entre les sexes « aucune



conception des femmes, perçues comme des êtres fragiles, « [d]estiné[s] par la nature aux plaisirs d'un seul et à l'agrément de tous »<sup>333</sup>, est éloquemment traduite par l'article 213 qui déclare que « [l]e mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari »<sup>334</sup>. Dans l'esprit des codificateurs, la femme « est une éternelle mineure dont la décrépitude [...] relaie sans cesse la faiblesse »<sup>335</sup>.

Les problèmes matrimoniaux de Bonaparte avec Joséphine n'auraient peut-être pas été étrangers à cet asservissement de la femme<sup>336</sup>. Lors de la discussion du mot « obéissance » figurant à l'article 213, Bonaparte s'était exclamé :

*Ce mot là est bon pour Paris surtout où les femmes se croient le droit de faire ce qu'elles veulent. Je ne dis pas que cela produise de l'effet sur toutes; mais enfin cela en produira sur quelques-unes. Les femmes ne s'occupent que de plaisir et de toilette. Si l'on ne vieillissait pas, je ne voudrais pas de femme. Ne devrait-on pas ajouter que la femme n'est*

---

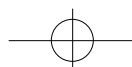
différence qui ne soit l'ouvrage de l'éducation » (citation rapportée par F. EWALD, *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 365), opinion partagée par Georges Couthon (1755-1794) qui affirmait que « la femme est née avec autant de capacité que l'homme » et que « si jusqu'ici elle en a moins montré, ce n'est pas la faute de la nature, mais celle de nos anciennes institutions » : P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 96; voir, à la même page, l'opinion de Camille Desmoulins (1760-1794)).

<sup>333</sup> Livre Premier, *Des personnes*, Titre cinquième, *Du mariage*, présentation au Corps législatif et exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 26 ventôse an XI – 17 mars 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 369, à la page 370.

<sup>334</sup> Portalis affirme : « La force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme. [...] Ce ne sont point les lois, c'est la nature même qui a fait le lot de chacun des deux sexes. La femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible; l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort » (*id.*). On croirait entendre Arnolphe : MOLIÈRE, *L'École des femmes*, 1662, Acte III, Sc. II, vers 699-712. À propos de la conception infantilisante que l'on avait de la femme à cette époque, lire : X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, p. 233.

<sup>335</sup> X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 239. Signalons que les articles mentionnés dans ce paragraphe avaient tous leur équivalent dans le *Code civil du Bas Canada*, et qu'ils ne seront abrogés qu'en 1964 par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1963-1964, c. 66.

<sup>336</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 130, p. 28 et 29. Encore faut-il ne pas trop exagérer le rôle de Bonaparte à cet égard. En effet, l'étude de Xavier Martin (*loc. cit.*, note 192) et une lecture des Travaux préparatoires (reproduits dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7) démontrent clairement que les idées du Premier Consul étaient partagées avec enthousiasme par les membres du Conseil d'État.





*pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plaît pas à son mari? Les femmes ont toujours ces mots à la bouche : Vous voulez m'empêcher de voir qui me plaît!*<sup>337</sup>

En contrepartie de ce devoir d'obéissance, le mari était obligé de recevoir son épouse et de lui fournir tout ce qui était nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état (art. 214).

Enfin, signalons que l'autorité dont dispose le mari dans l'administration des biens du ménage est très importante, que ce soit aux termes du régime légal de communauté des meubles et des acquêts ou en vertu des régimes dotal ou de séparation de biens<sup>338</sup>.

### **- La puissance paternelle**

En 1804, Cambacérès n'a probablement plus souvenir d'avoir affirmé, en 1793, qu'« il n'y a[vait] plus de puissance paternelle » et que « c'était tromper la nature que d'établir ses droits par la contrainte »<sup>339</sup>. Le Code Napoléon sera, au contraire, un hymne à la « plus sacrée de toutes les magistratures, la magistrature paternelle »<sup>340</sup>. En cette matière, le Code ira au-delà des prescriptions de l'Ancien droit.

À la lecture des articles du Code et des Travaux préparatoires, il est indubitable que, dans l'esprit de ceux qui ont participé à son élaboration, les enfants sont « ingrats, insolents, indisciplinés et avides »<sup>341</sup>. L'intérêt seul détermine leurs actions<sup>342</sup>. Ils sont sujets

<sup>337</sup> A.C. THIBAUDEAU, *op. cit.* note 214, p. 435 et 436, cité dans P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 97.

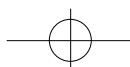
<sup>338</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 29; J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 106-113.

<sup>339</sup> *Rapport fait à la Convention nationale* par Cambacérès sur le 1<sup>er</sup> projet de Code civil, 9 août 1793; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 366; X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 301, le décrit d'ailleurs comme le « chantage reconverti de la mort du pouvoir des pères ».

<sup>340</sup> Livre Premier, *Des personnes*, Titre neuvième, *De la puissance paternelle*, présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Réal, 3 germinal an XI – 25 mars 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 376.

<sup>341</sup> Propos du tribun Duveyrier prononcés le 26 ventôse an VIII - 17 mars 1800; rapportés par X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 292. Au sujet de l'opinion des codificateurs à propos des enfants, lire : *id.*, 230-254.

<sup>342</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 80, p. 30; J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 29.





aux passions les plus violentes. Leur insubordination est notoire. La Révolution n'est-elle pas, en partie, le fait d'une jeunesse décidée à briser les chaînes de la puissance paternelle<sup>343</sup>? C'est pourquoi les codificateurs jugeront nécessaire de les maintenir sous la tutelle de leurs parents (lire « leur père ») pendant une très longue période de temps, mais encore attribueront-ils au père un pouvoir de discipline extrêmement rigoureux<sup>344</sup>.

La disposition initiale du titre « De la puissance paternelle », qui contient « les principes dont les autres ne font que développer et fixer les conséquences »<sup>345</sup>, précise que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère (art. 371). Xavier Martin y voit la volonté des codificateurs de reconnaître au père une autorité viagère, autorité qui s'exercera *de facto* par le moyen d'une « pression successorale »<sup>346</sup>. Outre le chantage successoral auquel peut se livrer le père, le Code lui reconnaît de multiples moyens d'exercer son emprise sur la personne de son enfant.

---

<sup>343</sup> X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 245-254. Le 28 août 1792, l'Assemblée législative abolit la puissance paternelle romaine viagère qui sévissait dans le midi (*id.*, 247). Le 20 septembre suivant, un décret fixera à 21 ans l'âge de la majorité (*id.*, 231).

<sup>344</sup> Alors que dans l'« Économie politique » (*op. cit.*, note 94, p. 64 et 65), Rousseau estime que les enfants doivent toujours obéir à leur père « d'abord par nécessité, ensuite par reconnaissance », il devait, par la suite, affirmer que les enfants n'étaient tenus à ce devoir d'obéissance « qu'aussi longtemps qu'ils ont besoin de lui [le père] pour se conserver » : *Du contract social, op. cit.*, note 1, L. I, c. II, p. 174.

<sup>345</sup> Conseiller d'État Bigot de Préameneu, 8 vendémiaire an XI, 30 septembre 1802, propos cités par X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 228.

<sup>346</sup> *Id.*, 290 et 291 : « [C]e dont notamment la classe politique élaborant l'ouvrage attend de l'ordre social, c'est d'un vigoureux exercice de l'autorité paternelle, sur des progénitures que le rétablissement d'une latitude testamentaire aura ferrées, durablement, à l'hameçon successoral ». Un impératif de brièveté nous empêche d'examiner la question du droit des successions et de son impact sur les rapports enfants-parents. Sur cette question, il faut lire la prose élégante de X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192.



Ainsi, l'enfant demeure assujetti à l'autorité de ses parents jusqu'à sa majorité<sup>347</sup> ou son émancipation<sup>348</sup> (art. 372). Cette autorité, le père l'exerce seul durant le mariage (art. 373). Le joug paternel peut prendre plusieurs formes. D'une part, l'enfant qui veut quitter la maison paternelle doit obtenir la permission de son père, « si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus » (art. 374). Si le père est puissant, l'État l'est plus encore<sup>349</sup>. D'autre part, le père qui a « des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant » pourra exercer des moyens de correction draconiens. Premièrement, « si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois » (art. 376). Deuxièmement, à partir de l'âge de seize ans jusqu'à la majorité ou l'émancipation, « le père pourra seulement [!] requérir la détention de son enfant pendant six mois »; toutefois, le magistrat qui « délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, [...] pourra, dans le premier cas, abrégier le temps de la détention requis par le père » (art. 377).

En matière de mariage, le consentement des parents (« en cas de dissentiment, le consentement du père suffit ») est requis lorsque le fils n'a pas encore 25 ans et la fille 21 ans (art. 148)<sup>350</sup>. Cette

<sup>347</sup> La majorité de droit commun est fixée à vingt et un ans (art. 488). Craignant les dangers d'une jeunesse secouée de violentes passions, les codificateurs ont longuement hésité avant de maintenir la majorité révolutionnaire de 21 ans. L'alternative aurait consisté à réintroduire la majorité coutumière de 25 ans : X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 230-245.

<sup>348</sup> Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage (art. 476). Toutefois, même non marié, le mineur peut être émancipé par ses parents à partir de l'âge de 15 ans (art. 477). Pour ce faire, le père ou la mère n'ont qu'à faire une déclaration en ce sens devant un juge de paix.

<sup>349</sup> À noter que tous les pouvoirs exercés par le père le sont au nom de l'État : X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 283-290. Le père exerce une « parcelle de puissance étatique dont la loi juge utile de le constituer dépositaire » : X. MARTIN, « Individualisme », *loc. cit.*, note 184, 133.

<sup>350</sup> Seuls l'homme de 18 ans révolus et la fille de 15 ans révolus peuvent contracter mariage (art. 144). Pourquoi cette discrimination? Doit-on l'attribuer à la reconnaissance, par les codificateurs, d'une maturité plus précoce chez la femme que chez l'homme? On aurait tort de le croire. Le motif est en réalité beaucoup moins flatteur : « La femme, vieillissant plus vite, il serait contraire à





disposition a essentiellement pour objet d'opposer un frein aux passions de l'individu<sup>351</sup>. Un mariage doit être stable; il faut donc éviter les unions décidées sur le coup de la passion. Portalis justifie ainsi que l'âge de la majorité soit plus élevé en matière de mariage que pour les autres actes juridiques : « Un acte tel que le mariage décide du bonheur de toute la vie; il serait peu sage, quand il s'agit d'une chose qui tient de si près à l'empire des passions les plus terribles, de trop abréger le temps pendant lequel les lois associent la prudence des pères aux résolutions des enfants »<sup>352</sup>. Pourtant, ne serait-il pas possible que les pères abusent de leur droit? Portalis y va ici d'une réponse qui pourrait faire dissenter bien des psychanalystes : « Les pères aiment plus leurs enfants que les enfants n'aiment leur père »<sup>353</sup>. Rappelons qu'un mariage contracté sans le consentement des parents peut être annulé sur leur demande (art. 182).

Même après l'âge prévu par l'article 148, les fils de moins de 30 ans et les filles de moins de 25 ans sont tenus de demander « par un acte respectueux et formel », soit un acte notarié, le consentement de leur père et de leur mère (art. 151). En cas de refus, cet acte respectueux doit être notifié deux autres fois, de mois en mois. Cette formalité accomplie, le mariage peut être célébré malgré l'objection persistante des parents (art. 152). Après 30 ans, l'envoi d'un seul acte suffira (art. 153). À cet égard, les exigences imposées par le Code dépassent celles de l'Ancien droit<sup>354</sup>.

Une fois majeur, émancipé et marié, l'enfant est-il enfin libéré du pouvoir exercé par son père? Pas tout à fait, car, nous l'avons vu, l'article 371 précise que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. Il leur doit également des aliments s'ils sont dans le besoin (art. 205). En effet, malgré son émancipation, « [l]a nature et la reconnaissance [...] présentent alors [à l'enfant] les

---

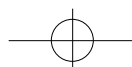
son intérêt [aux dires des codificateurs] de retarder le moment de son mariage. Elle ne ferait que languir, au risque de perdre de ses attraits et donc des chances de s'établir » : J.-M. POUGHON, *op. cit.*, note 228, p. 24. Le consentement des parents est également obligatoire, comme nous l'avons vu précédemment, en matière de divorce par consentement mutuel.

<sup>351</sup> *Id.*, p. 23.

<sup>352</sup> *Discours dans Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 74.

<sup>353</sup> Portalis, 16 ventôse an XI, 7 mars 1803; cité par X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 292. Pour d'autres citations du même genre, lire : *id.*, 292 et 293.

<sup>354</sup> X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 234 et 235.





auteurs de ses jours sous l'aspect d'une divinité domestique et tutélaire. Ce n'est plus un devoir dont il s'acquitte envers eux, c'est un culte qu'il leur rend toute sa vie »<sup>355</sup>. Les époux, quant à eux, ont le devoir de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203).

Enfin, le pouvoir du père s'étend également aux biens de ses enfants dont il a la jouissance jusqu'à leur émancipation ou jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans accomplis (art. 383).

Au contraire de ce qu'ont pu affirmer certains juristes, et non des moindres<sup>356</sup>, le Code n'a pas pris « le parti des enfants contre les pères »<sup>357</sup>; bien au contraire, « le Code Napoléon, c'est bien *le parti des pères* contre les enfants »<sup>358</sup>.

\*

\* \*

Le Code Napoléon est révolutionnaire par sa forme. Il s'agit d'une loi, et plus spécifiquement, d'une codification, c'est-à-dire une présentation logique et systématique du droit applicable dans un secteur donné, en l'espèce, le droit civil. À ce titre, il constitue un hommage rendu à la raison. Il symbolise également la puissance de l'État-nation, détenteur du monopole de dire et de casser la loi.

Le Code Napoléon, cependant, est plutôt réactionnaire et autoritaire quant à son contenu. Il met l'accent sur le contrôle et l'ordre social. Le père, le mari, le propriétaire sont les agents privilégiés de cette politique de contrôle. L'autorité y importe plus que la liberté; c'est en ce sens qu'on peut affirmer avec Jean Imbert que « ce monument [est] plus napoléonien que révolutionnaire »<sup>359</sup>.

Quant à Bonaparte, son plus grand mérite est d'avoir mis son autorité au service de la réalisation du projet. On lui doit également

---

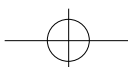
<sup>355</sup> Livre Premier, *Des personnes*, Titre neuvième, *De la puissance paternelle*, présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Réal, 3 germinal an XI – 25 mars 1803; reproduit dans *Naissance*, *op. cit.*, note 7, p. 376, p. 378.

<sup>356</sup> Jean CARBONNIER, « Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique », *Droit prospectif. Revue de la Recherche juridique*, 1981.3.327.

<sup>357</sup> *Id.*, 330.

<sup>358</sup> X. MARTIN, *loc. cit.*, note 192, 292 (en italiques dans le texte).

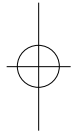
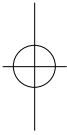
<sup>359</sup> J. IMBERT, *op. cit.*, note 23, p. 96.





d'avoir insisté pour que le texte soit rédigé dans un style dépouillé qui puisse être compris des non-juristes. Enfin, il a eu l'habileté politique de s'entourer de personnes en provenance d'horizons juridiques différents. Le compromis qui en a résulté explique, en partie, la réception favorable qui a été faite au Code par les classes dominantes de l'époque.

Prisonnier à l'île Sainte-Hélène, Napoléon avait raison d'affirmer : « Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles [...] Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires... Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil, ce sont les procès-verbaux de mon Conseil d'État »<sup>360</sup>. En effet, non seulement le Code civil est-il toujours en vigueur en France (dans une version modifiée, cela va de soi), mais il a exercé une influence bien au-delà des frontières de la France<sup>361</sup>. Toutefois, n'en déplaise aux thuriféraires, le Code n'a jamais été le creuset où se seraient fondues et confondues les idées de liberté, d'égalité et de fraternité; bien au contraire.



---

<sup>360</sup> Charles Tristan de MONTHOLON, *Récits de captivité*, t. 1, 1847, p. 401, cité par P. VILLENEUVE de JANTI, *op. cit.*, note 202, p. 182.

<sup>361</sup> Ainsi, dans la mesure où ses dispositions pouvaient être réconciliées avec le droit privé du Bas-Canada, les rédacteurs du *Code civil du Bas Canada* s'en inspireront : André CABANIS, « Le code hors la France », dans B. BEIGNIER (dir.), *op. cit.*, note 60, p. 33, à la page 49.

