

IL Y A DEUX CENTS ANS, LE CODE CIVIL

par

SYLVIE HUMBERT

Maître de conférences en histoire du droit

à la Faculté Libre de Droit de l'Université Catholique de Lille

Rappelons d'abord, comme le fait Robert Badinter dans son ouvrage « Le plus grand bien... » (Fayard, 2004), l'origine du mot code. « Codex » en latin est un livre composé de feuilles de parchemin ou de tablettes écrites et reliées ensemble. Il devint très rapidement d'un usage très pratique pour les fonctionnaires et magistrats romains chargés de faire appliquer les lois des Empereurs (Code Théodosien en 438 et surtout, le Code Justinien en 534 véritable compilation des constitutions impériales du II^e au V^e siècles). Le code est alors devenu synonyme d'un ensemble de lois savamment ordonnées.

La Révolution est connue pour ses références constantes à l'Antiquité et à Rome. Or, il semble très vite évident à la fin du XVIII^e siècle que les textes coutumiers, trop nombreux, devenus archaïques pour certains, manquent d'unité. Il est donc apparu nécessaire des les remplacer par un ensemble cohérent de préceptes réunis en un Code unique. L'époque des Lumières se caractérise également par une volonté de codification : les despotes éclairés se veulent codificateurs. Le premier Code apparaît en Bavière en 1756, suivi par celui de Frédéric II en Prusse et de Joseph II en Autriche. Catherine II, également, se fait conseiller dans ses projets législatifs par Diderot . Chez les philosophes des Lumières, Rousseau, en 1772 dans « ses considérations sur le gouvernement de Pologne », se montre très favorable à une codification : « Il faut trois Codes : l'un politique, l'autre civil et l'autre criminel. Tous trois clairs, courts et précis autant qu'il sera possible. Et l'on n'aura pas besoin d'autres corps de droit ». (cité par Robert Badinter, p.19). Peu d'auteurs de cette époque se sont exprimés avec autant de fermeté sur la nécessité d'un Code. Voltaire n'en parle pas, Montesquieu y est plutôt hostile : « Faire une coutume générale de tous les coutumes particulières serait une chose inconsidérée » (Esprit des lois, livre XXVIII, ch. 37). A cela s'ajoutent de nombreuses résistances politiques. L'Eglise craint la sécularisation d'un certain nombre d'institutions, comme l'état civil, alors sous son autorité. Les parlementaires sont opposés à une unification du droit qui porterait atteinte à leur pouvoir d'appréciation des droits particuliers des provinces. Quant aux cahiers de doléances de 1789, rédigés le plus souvent par des hommes

de loi, ils réclament très largement une réforme approfondie de la législation pénale et de l'organisation de la justice dans l'ensemble du royaume ; mais rares sont ceux qui demandent une unification du droit civil.

Toutefois, la Révolution ne pouvait s'accommoder de législations diverses. Comment, en effet, concevoir une Nation composée de citoyens égaux en droit mais vivants sous l'empire de lois différentes, s'appliquant sur des fractions du territoire national ? L'unification de la loi conduisait naturellement à la codification. Celle-ci intervint dans un contexte particulier. Présentant au peuple la nouvelle Constitution de l'an VIII, Bonaparte, Premier Consul précisa sa pensée : « Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée, elle est finie ». Elle avait détruit beaucoup de choses au nom d'idéaux bien précis, il fallait désormais reconstruire, stabiliser, réordonner : mais sur quelles bases et sur quels principes ? La légende nous confirme qu'une poignée d'hommes a réalisé en très peu de temps l'unification des règles de droit les plus communément acceptées (I) et que leur travail fut le reflet du modèle politique instauré lui aussi pour stabiliser la vie en société (II), ce que la Révolution n'avait pas réussi à faire.

I - Quelle codification et pour quel droit ?

Dès sa prise de pouvoir, Bonaparte a considéré qu'une Constitution politique de la France devait s'accompagner d'une Constitution civile de la société française. Tout Code est une entreprise collective. Un Code civil, c'est selon la définition de Portalis en 1804 : « un corps de lois destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux les hommes qui appartiennent à la même cité » (Robert Badinter, p. 47).

Pas de lois sans légistes : l'influence de Cambacérès, auteur de trois projets de Code civil sous le Directoire, sur le choix des quatre commissaires est certaine. Leur passé politique sous la Révolution n'avait pas fait d'eux des compagnons de route du 2^{ème} consul. Pourquoi Tronchet (75 ans) qui avait défendu Louis XVI devant la Convention, Portalis (54 ans) suspecté de royalisme et banni sous le Directoire après Fructidor, Bigot de Préameneu, avocat à Rennes, ancien monarchiste constitutionnel, président en 1792 de l'Assemblée législative et Malleville, avocat à Bordeaux, ancien membre du Conseil des Cinq-Cents, lié aux monarchistes, furent-ils choisis ? Et pourquoi de préférence à Berlier ou à Merlin de Douai, anciens députés montagnards, tous deux excellents juristes ou à Jacqueminot, député du

Conseil des Cinq-Cents qui venait de rédiger en hâte, avec l'accord de Bonaparte, un avant projet ?

Tous quatre, avocats, sont des hommes d'ordre, hostiles aux audaces de la législation révolutionnaire. Ils pourront donc prendre en compte la vision politique de la société française comme le souhaite Bonaparte. Ils constituent l'équilibre entre les deux composantes du droit de l'Ancien Régime. Fut donc représentées à égalité, la France des coutumes, celle du Parisien Tronchet et du Breton Bigot de Préameneu, et la France du droit écrit, celle du Provençal Portalis et du Girondin Malleville. Parmi ceux-ci, un hommage particulier doit être fait à Portalis qui a eu une influence prépondérante sur les autres rédacteurs mais aussi sur Bonaparte.

A - Portalis, l'âme du Code civil, Bonaparte, le père politique du Code civil

Dans son célèbre « Discours préliminaire au Code civil », Portalis a donné au projet sa dimension politique et juridique.

Ce grand visionnaire, pour qui l'égalité parfaite entre les hommes était impossible, accordait une place primordiale aux personnes : l'individu dans la famille et le propriétaire étaient au centre du Code civil.

Nommé au Conseil d'Etat, il lui revint de présenter au corps législatif le premier titre du projet ainsi que le texte sur le mariage. La discussion au Conseil d'Etat dura près de trois ans. Sur 107 séances, 55 furent présidées par Bonaparte qui préparait lui-même les séances avec le concours discret de quelques juristes qu'il appréciait particulièrement comme Merlin de Douai. Son assiduité témoigne de l'importance politique que revêtait pour lui le Code civil. Le Conseil d'Etat, composé essentiellement de juristes, joua également un rôle éminent. Ainsi fut écarté du projet le « livre préliminaire » de 38 articles proposés par Portalis et qui regroupait les principes du droit naturel inspirés du « Traité des lois » de Domat. Désormais, il fallait laisser de côté les discussions philosophiques et prendre des mesures juridiques adaptées à la société nouvelle que Bonaparte voulait fonder. C'est ainsi que sur deux points essentiels du droit de la famille, le divorce et l'adoption, le projet initial de la commission fut modifié. Contrairement aux vues de Portalis, le divorce par consentement mutuel, répondant désormais à des conditions très strictes, fut admis dans le Code civil. De même l'adoption des majeurs fut établie sur une proposition de Berliet, malgré l'opposition de Tronchet. On devine que dans ces deux cas, Bonaparte n'était pas étranger aux solutions adoptées.

C'est ainsi que le 30 ventôse an XII (21 mars 1804) fut décrétée la loi rassemblant les trente-six lois qui constituera le « Code civil des français », renommé en 1807 « le Code Napoléon ».

B - Peut-on parler de chef-d'œuvre à propos du Code civil ?

Un Code est réussi lorsqu'il ordonne une société selon des principes qu'elle reconnaît comme fondateurs. Tel est le cas pour le Code de 1804 qui transcrit dans l'ordre civil les principes de la Déclaration de 1789.

- le principe d'égalité devant la loi : il existe désormais une seule Loi pour tous les citoyens, sur tout le territoire de la République. C'est la fin des privilèges, des ordres, la destruction définitive de l'aristocratie d'Ancien régime. Les idéaux de la nuit du 4 août ont été transposés dans le domaine civil.
- L'esprit de liberté, héritage des Lumières, inspire les dispositions essentielles du Code et anime tout le domaine des contrats. (900 articles sont encore conservés sur les 2281 consacrés aux contrats.)

Le célèbre article 1134 : « Les conventions (et non le terme contrat qui n'est donc pas défini), légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », donne à chaque citoyen la qualité de législateur dans ses rapports d'intérêt avec les autres. Il entraîne une conséquence importante : la responsabilité, l'obligation de répondre de ses actes qui se traduira au cours du XIX^e siècle par la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle calquée sur celle des père et mère.

- Quant à la propriété, elle devient, dans le Code civil, la pierre angulaire du nouvel ordre social : « l'âme universelle de toute la législation ». La propriété n'est certes pas définie mais le droit de propriété y est présenté comme « le droit de jouir et de disposer de ses biens de la manière la plus absolue » (art. 544), même si cette souveraineté du propriétaire est tempérée par l'exigence « qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements ». Le fondement du droit de propriété est ancien et de tradition scolastique au départ. Les scolastiques (Saint Thomas d'Aquin) sont les premiers à affirmer la prétention innée du droit de propriété : c'est le domaine du créateur qui dispose d'un droit absolu sur sa chose, ce qui en fait un domaine supérieur qui constitue une limite pour la loi. Cette conception du fondement de la

propriété comme acte de création est également présente chez Locke au XVIII^e siècle. Cette conception est reprise ensuite par l'école du droit naturel et des gens (sans Dieu cette fois). La propriété est alors considérée comme un droit qui appartient à tous (cf. Hobbes). La Déclaration de 1789 promeut la propriété au rang des droits naturels et sacrés. Le droit de propriété apparaît depuis comme étant une institution directe de la nature.

- Cette volonté politique d'ancrer la révolution par le droit de propriété, de rallier au nouveau régime le plus grand nombre de propriétaires inspire aussi le droit des successions. Par le partage égal, entre les enfants, du patrimoine du défunt, et la limitation de la quotité disponible, par testament ou donation, en présence d'enfants légitimes, la propriété en France s'est trouvée morcelée en l'espace de quelques générations.

Le Code civil devait ainsi stabiliser la société française au risque, dénoncé par Le Play, de voir le culte de l'enfant unique, seul héritier des biens ou de deux enfants au plus, s'implanter en France et entraîner sa faiblesse militaire face à une Allemagne à la démographie galopante. Le Code civil, source du déclin démographique français : le thème sera ressassé après la défaite de 1870. Déjà en 1814, au congrès de Vienne, le ministre anglais, Lord Castlereagh disait : « Inutile de détruire la France, le Code civil s'en chargera ». (Robert Badinter, p. 79)

La plus grande nouveauté du Code civil est sûrement son caractère laïque. Pour Jean Carbonnier, il s'agit même d'un « non-dit total [...] Les confessions sont absentes du Code, alors qu'elles ne le sont point dans la société. Le droit s'est séparé de la religion, ils demeurent séparés » (cité par Robert Badinter, p.80). Une seule référence malgré tout : un article qui interdit de faire un testament à un ministre du culte. Est ainsi visé le confesseur qui pouvait arracher les dernières volontés au futur défunt !

Le Code civil s'adressait donc désormais en priorité aux Français : propriétaires, bons pères, bons époux, et à l'instar de la constitution de l'an VIII, il était marqué par le principe d'autorité.

II - L'autorité dans la famille.

« Ce qui n'est pas français, c'est de donner l'autorité aux femmes » dira un jour Bonaparte au Conseil d'Etat.

Deux courants de pensée permettent d'expliquer l'évolution de la notion d'autorité dans le Code civil.

Dès le XVI^e siècle, Bodin fonde l'Etat sur « les mesnages » et non sur les individus comme le fera plus tard Rousseau, par exemple. La famille est donc considérée par Bodin comme une cellule essentielle dans l'Etat, dominée par la puissance du mari comme « la République doit l'être par celle du Roi ». Nous sommes alors au début de la monarchie absolue : « Mais quels changement et variété de loi qui puissent être, il n'y a jamais loi ou coutume qui ait exempté la femme d'obéissance et non seulement d'obéissance, mais aussi de la révérence qu'elle doit au mari ».

Cette théorie est également considérée comme conforme à la morale chrétienne et à la nature.

Aux XVII^e et XVIII^e siècles se développent, dans un sens différent, les théories du droit naturel moderne qui ont forgé, pour la première fois, les concepts « d'autorité conjugale » et « d'autorité parentale » ; concepts qui sont les fondements de la légitimité de l'autorité dans le mariage comme dans la famille. D'un côté pour des théoriciens comme Locke, l'autorité conjugale repose sur le consentement des intéressés et non sur les données de la nature. Les premiers jalons de l'affirmation du principe de l'égalité des sexes apparaissent en filigrane. D'un autre côté, conformément à la philosophie utilitariste du XVIII^e siècle, ces mêmes auteurs auxquels se rajoutent la plupart des commentateurs allemands, analysent l'autorité des parents comme une fonction d'éducation qu'ils assurent à leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient capables de se diriger par eux-mêmes. C'est ainsi que dans son « second Traité du gouvernement », Locke nous précise : « L'autorité que les parents ont (...) sur leurs enfants, découle du devoir qui leur incombe de prendre soin d'eux tant qu'ils sont dans la faiblesse de l'enfant »

Ces deux concepts d'autorité conjugale et d'autorité parentale mettront près de deux siècles à pénétrer dans les législations civiles et européennes et, cherchant à légitimer l'autorité des parents au nom du bien des enfants, les représentants de l'école du droit naturel ont préparé la voie aux théories qui feront de l'Etat l'arbitre du bien des enfants. Ils jetteront de ce fait les bases idéologiques de l'intervention de l'autorité publique dans la direction de la famille. Deux théories, l'une au nom du père, l'autre au nom de l'enfant, marqueront le droit des personnes (titre que l'on trouve dans le Code civil et qui ne fait pas allusion au droit de la famille) depuis 1804 et durant ces deux siècles d'existence. Ces deux thèses seront défendues par les différents courants politiques qui suivant le cas et les époques prendront le nom de conservateurs ou réactionnaires, de révolutionnaires ou de libéraux. Mais, c'est au nom de la

première que fut maintenue dans le Code civil la conception archaïque du père, chef de famille.

A – « La famille pilier du Code civil ».

Les rédacteurs du Code civil, fidèles à la tradition juridique d'Ancien Régime appuyée sur un prétendu ordre naturel des choses, ont mis en avant l'importance de la famille dans la société et ont confié au mari et au père toute autorité sur sa femme et ses enfants. En revanche, ils se sont montrés plutôt réticents à définir la notion de famille. La justification qui en fut donnée à l'époque était que cette institution était suffisamment connue de tous pour ne pas être précisée davantage. En réalité, il s'agissait de points sensibles dont il était plus facile de régler l'organisation que de tenter d'en donner une définition consensuelle. Leur objectif avoué était avant tout de rétablir un certain ordre dans la société (ordre dans la famille, ordre dans la propriété). C'est la raison pour laquelle seul le mariage sera organisé dans le code civil alors que le concubinage, loin d'être absent, était alors plutôt considéré comme une dérive des classes populaires. On connaît tous la célèbre définition du mariage donnée par Portalis : « L'homme et la femme s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de leur vie et partager leur commune destinée ».

La première règle dans le Code civil est celle qui a pour objet l'union des sexes. C'est elle qui détermine le sens de la vie de chaque individu : la filiation (légitime...), l'autorité parentale, les incapacités, la communauté des personnes et des biens, les successions...

A cette famille légitime qui sert de modèle aux rédacteurs, il faut un « gouvernement », un chef : ce sera le mari dont l'autorité se prolongera à travers la puissance du père, d'où le nom de puissance paternelle qui ne paraissait pas, avec le recul, correspondre tout à fait à l'état des mœurs de cette époque.

B – La puissance paternelle

Ce terme n'est pas sans rappeler l'origine antique dont les révolutionnaires étaient friands et qui traduisait deux aspects bien distincts.

- le premier fait référence à la famille grecque définie par Aristote sous le terme de oikia qui signifie la maison et qui dans le langage actuel a donné le mot économie. Le chef de famille avait pour mission d'entretenir, de faire

prosperer sa maison et de lui assurer une continuité grâce à sa descendance. Actuellement encore, l'autorité est souvent rattachée dans les esprits à celui qui détient la force dans la famille : force physique, force morale mais également force économique. C'est ainsi que le développement du travail féminin, consécutif à l'égalité des sexes a logiquement conduit à l'autorité parentale et à l'actuelle « coparentalité » .

- Le deuxième aspect de la puissance paternelle est celui du pouvoir conféré au chef qui doit être craint et obéi. Dans le Code civil de 1804, la femme doit obéissance à son mari et les enfants lui doivent un continuel respect en contrepartie de la protection qu'il leur donne. Il fallait donc octroyer au père des moyens coercitifs pour faire respecter l'ordre voulu par la société et en 1804 par l'Empereur. Ce sera le fameux droit de correction par lequel le père pouvait faire enfermer un enfant turbulent ou récalcitrant. C'est ce qui fera dire à Portalis que le père de famille est un magistrat. En effet, le magistrat supérieur, à Rome, était celui qui, en plus des autres pouvoirs (ordonner, régler...) disposait de l'imperium (pouvoir de commandement), l'autorisant à sanctionner et à utiliser la force publique le cas échéant. C'est ainsi qu'en donnant la puissance paternelle au mari et au père, l'Etat, l'Empereur, en faisait un de ses auxiliaires, titulaire d'un élément de puissance publique, au même titre par exemple que les préfets.

Le droit de la famille est donc élaboré à l'époque du Code civil selon un esprit conservateur censé protéger le plus possible les intérêts du père qui étaient essentiellement des intérêts à caractère économiques et patrimoniaux. Les rédacteurs ont ainsi conservé une vision holiste et organiciste de la famille alors que la société avait tendance à se tourner vers l'individualisme . De là par exemple, les règles relatives à l'établissement de la filiation qui renforcent la stabilisation de la famille : on protège le mariage et à travers lui la filiation légitime renforcée par la présomption de paternité. Cette mesure, assortie des limites apportées à l'action en désaveu, constitue une garantie de la tranquillité des familles et met de l'ordre dans les successions. Sur cette philosophie de l'autorité reposera toute la base des rapports sociaux au XIX e siècle : autorité du mari sur la femme, autorité du père sur ses enfants jusque 21 ans, sauf l'enrôlement pour le garçon dans l'armée dès 18 ans car alors l'autorité est assurée par les chefs militaires, autorité du maître sur le salarié (la

parole du patron étant toujours prépondérante), le Code civil est bien le Code « de la bourgeoisie triomphante dont la Révolution a ouvert le règne » (Robert Badinter, p. 81)

On peut donc encore se demander si ce Code civil, à la fois socle philosophique des mœurs et sous la tutelle des lois politiques était aussi libéral comme on l'a longtemps prétendu. Une grande prudence semble en toute hypothèse l'accompagner. Ce Code civil, modèle Français, très fortement rattaché à Napoléon qui lui donnera son nom en 1807, comme tout Empereur l'avait déjà fait avant lui, inspira pourtant très largement le vaste mouvement de codification en Europe au XIXe siècle : on ne peut lui nier son côté attractif.

Un modèle pour l'Europe ?

Napoléon y croyait : « j'ai semé la liberté à pleines mains, partout où j'ai implanté mon Code civil » dira-t-il à Ste Hélène. Mais comme ce Code a été le plus souvent imposé, il a fait l'objet de nombreux rejets tant l'ouvrage était lié à son auteur, si profondément détesté dans les Nations soumises de force aux soi-disant bienfaits du « Code Napoléon ». Dès 1814, l'école historique du droit allemand, en particulier Savigny, a violemment attaqué le Code Napoléon : « qui a pénétré en Allemagne et l'a rongée comme un cancer ».

Par contre, il est le point de départ du processus de diffusion de la codification en Europe car lui ont été reconnues deux grandes qualités. Tout d'abord, c'est un Code laïque, le droit y est sécularisé, jusqu'au mariage pourtant encore fortement ancré dans la société issue de l'Ancien Régime où seule la religion catholique était reconnue. Tous les pays inspirés par cet élan de codification ne se montreront pas aussi tolérants à inscrire une sécularisation aussi poussée : les Codes Autrichiens et Prusses, par exemple, continueront à prévoir des mariages confessionnels. Ensuite, le deuxième mérite du Code civil est sa grande qualité juridique associée à la très belle langue de l'ancien droit. Ceci explique qu'il a été conservé longtemps dans les Etats qui sont restés très proches de la langue française comme en Belgique, en Louisiane... On ne peut aussi nier qu'il a servi de modèle au XIX e siècle à des Codes qui se voulaient modernes, tel qu'en Italie, dans les Etats Allemands, dans la Pologne gouvernée par le Tsar, en Roumanie et dans certains Etats d'Amérique du Sud devenus indépendants.

A l'aube du XXI e siècle, pourrait-on envisager un Code civil européen ? La Codification est restée Nationale malgré l'ambition de Napoléon d'unifier les territoires et les lois. Un Code civil européen entraînerait la mort du Code Napoléon. Est-ce souhaitable ?

Mais en même temps, une constitution politique européenne peut-elle se concevoir sans une constitution civile européenne ?

SYLVIE HUMBERT

Maître de conférences en histoire du droit

à la Faculté Libre de Droit de l'Université Catholique de Lille