

vagues ; une majorité n'était pas parvenue à se dégager pour adopter un véritable Code civil, comme le montre l'indécision des Conventionsnels à propos du divorce ou des enfants naturels. En dépit de sa volonté d'unité, l'Assemblée n'arriva pas à relancer le processus de codification du droit civil interrompu au début de l'an III. Le 9 fructidor an III¹, il fut décidé d'établir cinq commissions dont l'une devait réviser le Code civil et, le 23 fructidor an III, la Convention chargea la Commission des Onze, à laquelle étaient adjoints Cambacérès et Merlin, de « réviser et coordonner dans l'ordre convenable les articles qui ont été décrétés soit avant, soit après le 9 thermidor, pour composer un Code civil, et d'en faire incessamment un rapport »². Ces déclarations d'intention n'eurent guère de conséquences. Seul Merlin de Douai parvint à faire adopter presque sans discussion, le 3 brumaire an IV, un *Code des délits et des peines* comprenant plus de 600 articles consacrés essentiellement à la procédure pénale. Faut-il invoquer la lassitude de Cambacérès, l'absence d'accord sur les règles du nouveau droit familial ou tout simplement le manque de temps ? La réaction était en marche depuis le printemps 1795, mais nul ne savait où elle devait s'arrêter : il était encore un peu tôt pour un troisième projet de Code civil et comme la Constituante avait laissé à la Législative le soin d'unifier le droit civil, la Convention léguait aux assemblées du Directoire le dossier de plus en plus complexe de la codification.

Chapitre 8

Les revirements du Directoire

A première vue, les assemblées du Directoire n'ont fait que gérer l'héritage de la période thermidorienne en matière de droit civil : incapables d'innover et de faire aboutir la codification, les membres du Conseil des Cinq-Cents et du Conseil des Anciens ont continué à discuter et à remettre en cause les lois antérieures sur le divorce, les successions et les enfants naturels. Le Directoire poursuit ainsi l'œuvre de destruction de la législation révolutionnaire entamée en l'an III. Le bilan de cette période n'est cependant pas aussi négatif et l'on sait aujourd'hui quel rôle ont joué la propagande napoléonienne et le prestige attaché aux grandes réformes du Consulat pour exagérer les tares du régime précédent et gommer les réalisations du Directoire. Le troisième projet de Code civil de Cambacérès présenté en 1796 servit grandement à l'élaboration rapide du Code de 1804. Comme pour les deux projets précédents, il faut s'interroger sur les causes exactes de l'abandon d'un texte de plus de mille articles qui présentait d'innombrables qualités techniques.

Non seulement la période du Directoire ne se résume pas à un stérile retour du balancier après les audaces des lois de l'an II, mais l'évolution du droit civil n'a pas été rectiligne de 1795 à 1799. A l'intérieur du grand mouvement de reflux, on peut distinguer des vagues successives et des courants contradictoires. La succession de coups d'Etat caractéristique de cette période a provoqué toute une série de retournements de majorité. Le droit civil a ainsi tangué, tantôt à droite, tantôt à gauche au gré des fluctuations politiques et des hésitations de nombreux députés-juristes. Ces revirements ne sont pourtant pas synonymes de confusion et le fait que de nombreuses discussions n'aient débouché sur aucune décision concrète ne signifie pas que le

1. *PVC*, t. 59, p. 88, et t. 68, p. 212-213.

2. *RMU*, t. 25, p. 710.

débat d'idées ait été complètement improductif. Le Directoire est une période riche en discours et en écrits sur le droit civil : ces quatre années ont donné lieu à une recomposition du *paysage juridique* et à un brassage d'idées qui ont préparé intellectuellement la codification du Consulat. Au sortir de la Terreur qui avait vu l'effacement, volontaire ou forcé, de nombreux juristes, les années 1796-1799 ont ouvert de nouvelles perspectives aux professionnels du droit et vu le retour en force de certains avocats qui avaient participé à la *première révolution* de 1789. Pour la petite cohorte d'anciens *jurisconsultes* susceptibles de faire renaître la doctrine et d'influencer la législation, le Directoire a été le début du renouveau.

La dernière chance de Cambacérès

Grâce au décret des deux tiers, qui assurait la prépondérance des anciens Conventionnels dans les premières assemblées du Directoire, Cambacérès était assuré de trouver au moins une place de député dans le régime mis en place en octobre 1795. Elu au Conseil des Cinq-Cents, il dut cependant s'apercevoir rapidement qu'il ne tiendrait pas un des premiers rôles dans le cadre des nouvelles institutions : non seulement il ne fut pas choisi par les assemblées pour faire partie du Directoire de cinq membres qui dirigeait l'exécutif, mais son élection avec moins de cent voix à la modeste fonction de secrétaire du Conseil des Cinq-Cents¹ montrait les limites de son influence. Les élections de l'an IV avaient vu une forte poussée de la droite et le nouveau tiers était composé de républicains fort tièdes et d'anciens Feuillants qui souhaitaient poursuivre la réaction entamée par la Convention thermidorienne. Cambacérès, malgré sa prudence et son opportunisme, pouvait apparaître comme un homme trop compromis par son attitude en l'an II.

Dans les deux Conseils, la place des juristes était toujours aussi importante : aux côtés de collègues de Cambacérès à la Convention, comme Berlier et Oudot, siégeaient d'anciens membres de la Constituante ou de la Législative qui n'avaient pas voté, ni sans doute approuvé, la législation civile des années 1793-1794. Parmi les membres du Conseil des Cinq-Cents et du Conseil des Anciens, on trouvait

ainsi des hommes comme Lanjuinais, Tronchet, Portalis, Pastoret, Muraire, Dumolard, Maleville ou Durand-Maillane qui avaient été inquiétés ou s'étaient tenus en retrait sous la Terreur.

En vertu de l'article 67 de la Constitution de l'an III, les assemblées du Directoire ne pouvaient pas former de comités permanents mais uniquement des commissions spéciales et temporaires pour l'examen d'une question déterminée. Il était donc impossible de recréer le comité de législation avec les compétences étendues qu'il avait eues sous la Convention thermidorienne. Le Conseil des Cinq-Cents sentit pourtant la nécessité d'une structure pour relancer le processus de codification. Dans le courant du mois de brumaire an IV (novembre 1795), l'Assemblée décida la création d'une commission chargée de simplifier et classer les lois : officiellement, il ne s'agissait pas de rédiger un nouveau projet de Code civil mais de reprendre le plan de classification des lois civiles commencé sous la Convention en l'an II². Initialement, cette commission devait être composée de sept membres qui furent désignés le 22 brumaire an IV : Cambacérès fut élu en tête avec 219 voix, suivi de Berlier, Pastoret, Génissieu, Défermon, Pons de Verdun et Dumolard³. En nivôse an IV, l'effectif de la commission fut porté à 25 membres répartis en cinq sections, dont une seule paraît s'être occupée des lois civiles³. A l'équipe primitive vinrent se joindre des anciens du comité de législation (Oudot, Bezard, Garrau-Coulon et Treillard), des Conventionnels thermidoriens (Camus, Daunou, Quinette, Debry et Lecointe-Puyraveau) et quelques nouveaux députés moins connus comme Duhot, Guillemot et Parisot.

C'est au sein de cette commission de classification des lois que fut élaboré le troisième projet de Code civil, dans des conditions encore moins bien connues que pour les deux autres projets. Ce troisième projet porte la date du 16 prairial an IV (4 juin 1796) et la signature de Cambacérès, Guillemot, Oudot, Duhot, Berlier et Parisot. Il semble donc que le travail ait été effectué de janvier à juin 1796 par la section civile de la commission de classification des lois. Dans cette équipe réduite, Cambacérès, et ses deux collaborateurs Oudot et Berlier, ont probablement joué un rôle déterminant face aux personnalités apparemment moins affirmées de Guillemot, Duhot et Parisot.

Le rapport préliminaire, présenté par Cambacérès en messidor

1. PV 500, 11 brumaire an IV, p. 26 ; 17 brumaire an IV, p. 71-72. Cette commission hérita des archives du comité de législation.

2. PV 500, 22 brumaire an IV, p. 123.

3. PV 500, 13 nivôse an IV, p. 183 ; 14 nivôse an IV, p. 211 ; 13 messidor an V, p. 310.

an IV, est un mélange subtil de continuité et de rupture avec les deux projets précédents. D'un côté, il reprend, parfois mot pour mot, les discours antérieurs de Cambacérès : sont ainsi réutilisés des paragraphes entiers du rapport préliminaire de 1794, de l'intervention de Cambacérès le 16 frimaire an III à propos de la durée de la grossesse et, ce qui est plus troublant, du texte anonyme de l'an III qui critiquait certains aspects du projet de Code, en particulier l'administration commune par les deux époux¹. Ce dernier fait pourrait indiquer que Cambacérès était l'auteur de ces objections présentées contre le projet officiel de fructidor an II, œuvre du même Cambacérès... A moins que ce dernier se soit rallié plus tard aux raisons d'un autre membre du comité de législation. On retrouve ici toute l'ambiguïté de l'homme aux trois Codes. Quoi qu'il en soit, les objectifs de la codification demeurent toujours identiques d'un projet à l'autre : « substituer aux lois anciennes un Code de lois simples pour « fixer le vaisseau de l'Etat ». Le plan du troisième projet de Code civil reste très proche des modèles précédents avec trois livres sur les personnes, les biens et les obligations et, comme dans le second projet, un rôle central donné au droit de propriété : les personnes sont les titulaires du droit de propriété, les choses sont les objets de ce droit et les obligations sont contractées par les personnes « relativement au droit de propriété ».

D'un autre côté, ce discours préliminaire de 1796 présente bien des différences par rapport à ses deux prototypes de 1793 et 1794. Sensiblement plus long, il contient beaucoup plus de précisions et de justifications juridiques. Les considérations politiques dominaient dans le premier rapport Cambacérès, les développements philosophiques l'emportaient dans le deuxième, la technique et le vocabulaire juridique reviennent en force dans le troisième. Cambacérès n'hésite pas à parler des *imperfections* du projet de 1793 et de l'irréalisme du projet de 1794, réduit à un *recueil de préceptes*. La longueur du troisième projet était justifiée par la nécessité plusieurs fois rappelée de donner un *régulateur* aux juges qui *ne sont point législateurs*. Tout en conservant la méfiance traditionnelle des révolutionnaires à l'égard de l'interprétation judiciaire, Cambacérès n'en reconnaît pas moins un rôle essentiel aux tribunaux civils et envisage même que le Code soit complété par l'expérience, la sagesse et la méditation. De manière encore plus frappante, ce troisième discours préliminaire n'hésite pas à se rattacher à la

1. Fenet, t. I, p. 156 ; AN, D XXXIX 3.

tradition juridique prérévolutionnaire, en faisant expressément référence aux textes et à certaines solutions de l'ancien droit. Cambacérès ne passe plus sous silence les projets des *bons esprits* qui réclamaient depuis des siècles la codification du droit civil. Bien plus, il invoque le droit romain, fait l'éloge des dispositions de la coutume de Paris sur les servitudes urbaines et avoue une partie de ses sources en citant Montesquieu et Pothier. Il n'apparaît plus gêné de reconnaître en 1796 un héritage qu'il était prudent de ne pas revendiquer en 1793.

Notons aussi la volonté de Cambacérès de prendre en compte les critiques adressées depuis thermidor à la législation révolutionnaire. A propos des enfants naturels, Cambacérès évoque ainsi « certaines idées d'immoralité », le « libertinage » et les fruits de « la débauche et de la prostitution ». A propos du mariage, « établi au premier rang de la société », il affirme la « nécessité d'écarter le système licencieux de la polygamie » et parle sur le divorce des « modifications dont l'expérience a fait découvrir le besoin ». Concessions de vocabulaire à l'air du temps ou changement radical dans les conceptions de l'ordre moral ? Nous verrons, en traitant des dispositions elles-mêmes du projet, que les deux interprétations sont possibles. Les inflexions sont beaucoup moins sensibles dans le domaine du droit des biens et des obligations : la propriété est toujours présentée comme un droit sacré, mais soumis à l'intérêt général ; le but des lois successorales demeure l'égalité et l'uniformité en favorisant « sans crises la division des fortunes » ; les obligations librement contractées sont, comme en l'an II, considérées comme des lois pour les parties.

L'analyse des 1 104 articles du projet confirme cette volonté de *réaction modérée* et de fidélité aux principes, sinon aux détails, de la législation révolutionnaire. Le troisième projet de Cambacérès, qui représente trois fois le volume du deuxième et une fois et demi celui du premier, tempère les audaces des projets ou des textes antérieurs ; il continue néanmoins à s'en inspirer assez largement.

Ainsi le titre I^{er} du livre I, sur l'état civil, reprend les principales dispositions de la loi du 20 septembre 1792. Les articles sur la tenue des registres d'état civil sont extrêmement détaillés et s'accompagnent de modèles d'actes. Il est notamment précisé que tous les actes doivent être reçus en présence de deux témoins sachant signer, ce que ne disait pas la loi de 1792. Un article entend limiter également l'usage des sur-noms, à la fois pour interdire les « qualifications féodales ou nobiliaires » et pour réagir contre certaines pratiques des sans-culottes.

Le titre II sur la paternité et la filiation est, lui aussi, plus développé

que dans les projets précédents. Les principes de base restent toujours les mêmes qu'en 1793 et qu'en 1794 : la présomption de paternité et l'interdiction absolue de la recherche en paternité non avouée. Les prévisions apportées par le troisième projet concernent le délai normal de la grossesse, fixé à neuf mois et demi conformément aux résultats du débat de frimaire an III, et les preuves de la possession d'état pour l'action en reconnaissance d'enfant légitime qui sont empruntées au droit canonique et à la jurisprudence des parlements. Dans ce titre II figurent enfin des dispositions sur l'adoption désormais interdite aux parents qui ont déjà des enfants : Cambacérès a fini par abandonner la règle contraire retenue en 1793 et reprise, après des hésitations, en 1794. L'adoption ne doit plus être qu'un substitut à la filiation naturelle.

Dans le titre III sur les mineurs et la tutelle, on retrouve la même fidélité d'ensemble aux deux Codes précédents et la même tendance à revenir aux modèles anciens, notamment à Pothier. L'organisation du conseil de famille est précisée et surtout le rôle du juge de paix est considérablement accru : il doit assister au conseil de famille, peut le convoquer et prononce en cas de partage des suffrages. De manière générale, le contrôle des instances judiciaires sur la tutelle est renforcé, ce qui n'est pas sans rappeler l'esprit de l'institution sous l'Ancien Régime. Signalons aussi l'exclusion de la tutelle des femmes, autres que la mère ou l'aïeule, qui témoigne de l'antiféminisme des rédacteurs.

Après le titre IV sur les majeurs interdits, qui augmente également les pouvoirs du tribunal civil, le titre V sur le mariage et le titre VI sur les droits des époux marquent bien l'évolution de la pensée de Cambacérès. Comme dans le deuxième projet de Code, il n'y a pas de définition du mariage et les conditions de l'union matrimoniale sont reprises de la loi du 20 septembre 1792. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales est complété par l'interdiction de se référer à l'ancien droit ; à défaut de convention, le régime légal reste celui de la communauté. Il n'est fait aucune mention du régime dotal, qui peut donc être librement stipulé à condition que les parties en précisent toutes les clauses dans leur contrat¹. La grande nouveauté porte sur le régime de la communauté légale. Le troisième projet abandonne l'idée de l'administration commune : selon l'article 293, « le mari administre

1. J. Brisset, *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*, Paris, PUF, 1967, p. 39.

seul la communauté ». La rupture avec le principe antérieur de l'égalité des époux est encore plus nette dans les articles suivants qui organisent l'incapacité de la femme mariée sous le régime de la communauté. Les dispositions sur les récompenses et le droit de la femme de renoncer à la communauté sont empruntées aux coutumes de Paris et d'Orléans. Concernant les avantages entre époux, le troisième projet reprenait les dispositions de la loi du 17 nivôse an II et ajoutait un gain de survie légal du tiers en usufruit des immeubles du conjoint prédécédé : Cambacérès lui-même parlait d'une « sorte de douaire ». L'ancien droit matrimonial réapparaissait au grand jour.

Le changement était beaucoup moins sensible dans le titre VII sur le divorce. Le projet de 1796 maintenait les trois modes de divorce institués par la loi de 1792 avec les grandes lignes de la procédure établie pour chacun de ces modes. Le conseil de famille, qui examinait les demandes en divorce par consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur, devait désormais se réunir en présence du juge de paix, ce qui confirmait la réhabilitation de l'autorité judiciaire. Le projet revenait surtout à l'esprit de la loi de 1792, en prévoyant des *délais d'épreuve* et un minimum de quatre mois pour prononcer le divorce : il s'agissait manifestement de désamorcer les critiques contre les abus des divorces pour incompatibilité d'humeur. Il n'y avait pas, cependant, de profonde réforme et *a fortiori* aucune remise en cause du droit révolutionnaire en la matière.

A propos du livre second sur les biens, nous avons déjà noté la place centrale donnée à la propriété définie comme « le droit de jouir et de disposer à son gré en se conformant aux lois établies pour la nécessité commune ». Le troisième projet de Cambacérès conservait de nombreux articles présentés en 1793 et faisait encore plus d'emprunts à Pothier. Une des rares nouveautés significatives concerne les rentes foncières, en principe rachetables sauf clause contraire, dont la durée est limitée à dix ans, au lieu de vingt ans dans le premier projet. Manifestement les rentes perpétuelles continuaient à évoquer la féodalité honnie.

Les évolutions réapparaissent avec le titre VI du livre II sur les donations. Le changement porte, d'abord, sur la quotité disponible entre vifs ou à cause de mort. En présence d'héritiers en ligne directe, cette quotité reste fixée au dixième des biens, conformément à la loi du 17 nivôse an II. En ligne collatérale, en revanche, la quotité disponible, jusque-là limitée au sixième, devait être portée à la moitié entre vifs et au tiers à cause de mort. Cet accroissement sensible de la faculté

de disposer s'inspirait des propositions faites par Oudot pendant l'an III et témoignait d'une hostilité moins marquée qu'en l'an II à l'égard des libéralités. L'égalité absolue, maintenue entre enfants, ne paraissait plus aussi rigoureuse entre collatéraux. D'autres indices attestaient l'amorce d'un retour aux dispositions de l'ancien droit : les testaments étaient abolis mais les donations à cause de mort, révocables jusqu'au trépas, y ressemblaient beaucoup tandis que les donations entre vifs redevenaient révocables pour ingratitude du donataire.

En ce qui concerne les règles de la succession *ab intestat*, l'ordre successoral établi par la loi du 17 ventôse était maintenu, notamment l'exclusion des père et mère par les frères et sœurs du défunt qui avait été remise en question dans le projet de Code civil de 1794. Les règles concernant les partages étaient précisées : le Code préconisait d'éviter si possible de diviser les exploitations et rétablissait la possibilité d'annuler un partage en cas de lésion du quart. En revanche, ce troisième projet de Code civil apparaissait beaucoup plus restrictif que les deux précédents à propos des droits successoraux des enfants naturels et adoptifs. Les premiers conservaient les mêmes droits que les enfants légitimes s'ils avaient été reconnus avant le mariage, mais ils ne recevaient plus que la moitié d'une portion s'ils étaient reconnus postérieurement au mariage et s'ils se trouvaient en concurrence avec les enfants légitimes. Ce recul des conceptions égalitaires faisait réapparaître une *ligne de démarcation* entre enfants nés dans le mariage et hors du mariage. Il en allait de même pour les enfants adoptifs, dont la portion était réduite à la moitié, au lieu des deux tiers dans le deuxième projet Cambacérès, de celle des *enfants du sang*. Les codificateurs entendaient marquer une certaine défaveur à l'encontre de cette innovation révolutionnaire, dont ils voulaient désormais réserver l'usage aux parents sans enfants.

Pour terminer ce rapide examen du livre II sur les biens, il faut signaler quelques solutions nouvelles dans le titre IX sur la prescription. Probablement par souci de compromis, le délai commun de prescription avait été fixé à quinze ans, au lieu de vingt ans dans le premier projet, et de dix ans dans le second. Cette prescription permettait toujours l'acquisition d'un bien sans exigence du juste titre ou de la bonne foi. Notons également l'article 688 du projet, selon lequel « la possession d'un meuble en fait présumer la propriété, hors à l'égard de celui qui l'a volé ». Nous trouvons là un précédent au fameux article 2279 du Code civil de 1804, inspiré par la doctrine de Bourjon et la pratique du Châtelet de Paris au XVIII^e siècle. Les deux

projets précédents de Cambacérès n'avaient pas admis cette présomption de propriété, ce qui laisserait supposer une nouvelle étude de la question à partir des textes de l'ancien droit.

Comme l'annonçait Cambacérès dans son rapport préliminaire, le livre III sur les obligations restait dans la ligne des deux projets précédents, largement inspirés des traités de Pothier ou, en ce qui concerne la responsabilité délictuelle, des conceptions des jusrationalistes. On retrouve ainsi les règles de base du nouveau droit des obligations : « Sans consentement et sans concours de volonté, point de convention », « Toute convention, quelle qu'en soit la cause, fait loi entre ceux qui l'ont formée », « Les conventions sont susceptibles de toutes les dispositions non prohibées par la loi », « Celui qui cause un dommage est tenu à le réparer, quel que soit le fait qui y donne lieu. » Enfin, sur les hypothèques, le projet renvoyait au Code hypothécaire du 9 messidor an III, sous réserve des modifications que le Corps législatif paraissait déterminé à lui apporter, depuis que la date de mise en application de ce Code avait été plusieurs fois prorogée¹.

L'impression globale qui ressort de l'étude de ce troisième projet est celle d'un travail cohérent et détaillé, dont beaucoup de dispositions furent reprises dans le Code de 1804. Par rapport aux projets précédents et aux lois de l'an II, on constate une fidélité d'ensemble et, sur certains points sensibles, une réaction qui va à l'encontre des conceptions égalitaires de la période jacobine. Cambacérès put ainsi affirmer avoir maintenu toutes les dispositions présentées à la Convention qui étaient « avouées par l'opinion publique, ou qui étaient concordantes avec le principe d'égalité et de liberté qui est la base de notre organisation sociale »². On peut bien sûr penser que ce projet trahit les idéaux de l'an II, en rétablissant l'incapacité de la femme mariée ou en réduisant la part successorale des enfants naturels. Mais ces changements affectent des questions déjà débattues en août 1793 à propos desquelles Cambacérès n'avait admis qu'à contrecoeur certaines audaces. Il nous semble donc que la continuité l'emporte sur la rupture : c'est précisément une des causes d'échec de ce troisième projet de Code civil.

1. Lois des 26 frimaire, 19 ventôse et 19 prairial an IV.

2. *MU*, n° 270, 24 prairial an IV, p. 1080.

Echec et mat

Dans l'intervalle entre la présentation et le début de la discussion du projet Cambacérès, le Conseil des Cinq-Cents traita de nombreuses questions de droit civil et parut s'orienter vers un réexamen du droit révolutionnaire beaucoup plus sévère. Le troisième projet de Code civil se trouva ainsi dépassé, dans le sens de la réaction, avant même d'avoir été réellement discuté.

La première question qui intéressa les assemblées fut celle des enfants naturels et du sort à réserver à l'effet rétroactif de la loi du 12 brumaire an II : sans surprise, le Conseil des Cinq-Cents fut saisi, dès nivôse an IV (janvier 1796) de pétitions à ce sujet¹. Après avoir formé une première commission, le Conseil des Cinq-Cents désigna, le 18 pluviôse an IV, Desmolin, Oudot et Laplaigne pour présenter un rapport sur la loi du 12 brumaire an II. L'on paraissait s'orienter vers une remise en cause de cette loi, même si la présence d'Oudot traduisait une volonté de continuité avec les propositions faites en l'an II et en l'an III².

Ce fut Desmolin, un nouveau député peu connu, qui présenta le rapport le 18 ventôse an IV. Il préconisait d'abolir l'effet rétroactif de la loi du 12 brumaire an II, mais de maintenir les bases de cette loi qui avait assuré un *droit de famille* aux enfants naturels. Desmolin suggérait même le maintien de toutes les transactions et de tous les jugements passés en force de chose jugée à propos des enfants naturels³. L'abolition de l'effet rétroactif n'aurait donc eu que peu de conséquences pratiques et la plupart des bénéficiaires de la loi seraient restés en possession de leur part successorale. Un projet concurrent fut aussitôt présenté par Blutel, un ancien avocat à Rouen qui avait fait partie du groupe des Thermidoriens à la Convention. Blutel fut adjoint à la commission existante et soumit à la discussion un nouveau rapport le 17 prairial an IV⁴. Beaucoup plus sévère que Desmolin à l'égard de l'effet rétroactif, Blutel se prononçait en faveur de l'annulation de tous les accords et jugements rendus en vertu de cet effet *vicieux*.

1. AN, D XXXIX 4.

2. PV 500, 19 nivôse an IV, p. 268-269 ; 18 pluviôse an IV, p. 300-301 ; 24 pluviôse an IV, p. 390.

3. MU, n° 221, 18 ventôse an IV, p. 882.

4. AN, AD XVIII 8.

Un large débat s'engagea, au sein des assemblées, sur la loi du 12 brumaire an II, au moment même où Cambacérès présentait son projet de Code civil (24-25 prairial an IV). Les arguments utilisés un an plus tôt à propos de la loi du 17 nivôse furent repris à l'encontre ou en faveur de la rétroactivité. De manière assez surprenante, il y avait encore des défenseurs du principe de la rétroactivité : ainsi Riou, député du Finistère, réaffirma la validité de l'effet rétroactif, en citant Domat et Cicéron¹. Lanthenas, un des pionniers du combat pour l'égalité successorale, prétendit qu'on avait « beaucoup monté les esprits sur la manière de considérer l'effet rétroactif » et que la loi du 12 brumaire an II avait « favorisé les amis de la Révolution »². Les défenseurs des enfants naturels essayèrent surtout de se battre pour obtenir le maintien des accords et des jugements passés en vertu de l'effet rétroactif. Desmolin tenta d'expliquer que la meilleure solution consistait à voter rapidement un Code civil qui mettrait fin à la loi *provisoire* du 12 brumaire : « Laissez-la donc tomber et périr d'elle-même... le passé, il ne faut pas s'en occuper... laissez donc mourir la loi de brumaire par le coup fatal que lui portera le Code civil », conseillait-il aux membres du Conseil des Cinq-Cents³.

Mais les partisans du *statu quo* apparurent vite minoritaires face à ceux qui entendaient en finir avec la rétroactivité et même avec la loi du 12 brumaire an II considérée par Duprat comme « subversive de tous les principes de morale et d'ordre social »⁴. Le Conseil des Cinq-Cents décida que les enfants naturels viendraient aux successions ouvertes après le 4 juin 1793, date du premier décret de la Convention qui avait reconnu leurs droits. Le 25 prairial an IV fut adopté un amendement de Bordas conditionnant le droit des enfants naturels de succéder à leurs collatéraux au décès de leur père et mère postérieurement au 4 juin 1793. Ce fut, nous le verrons, l'origine de nouvelles difficultés... Le Conseil des Cinq-Cents décida, le même jour, l'anéantissement de tous les actes qui avaient été la suite de l'effet rétroactif. Il restait à déterminer le sort des enfants naturels qui se trouvaient ainsi déçus. Blutel avait proposé de leur laisser un tiers de la portion des enfants légitimes, alors que Dubois-Dubais et Dumolard ne voulaient rien concéder aux enfants naturels pour « rappeler l'union conjugale à sa pureté primitive »⁵. Pons de

1. AN, AD XVIII 60.

2. MU, n° 269, 24 prairial an IV, p. 1075.

3. MU, n° 271, 25 prairial an IV, p. 1082-1083.

4. MU, n° 270, 24 prairial an IV, p. 1079.

5. MU, n° 272, 26 prairial an IV, p. 1088.

Verdun fut un des derniers à admettre seulement une *légère démarcation* entre enfants naturels et légitimes. Son discours suscita des murmures dans l'Assemblée qui n'était plus habituée à entendre des théories aussi égalitaires. Finalement, les enfants naturels déçus par l'abolition de l'effet rétroactif reçurent une pension égale au *revenu* du tiers de la portion des enfants légitimes. On revenait, pour ceux qui avaient bénéficié pendant deux ans de l'effet rétroactif, aux règles de l'Ancien Régime : les enfants naturels n'avaient droit qu'à des aliments, et non à une véritable part successorale. La discussion devant le Conseil des Cinq-Cents se termina par un discours de Cambacérès¹ qui confirma l'interprétation restrictive de la loi du 12 brumaire an II qu'il avait déjà donnée en l'an III : seuls des témoignages écrits de paternité pouvaient faire la preuve de la possession d'état et les enfants dont les parents étaient morts après le 12 brumaire an II devaient attendre de voir leurs droits réglés par le Code civil ; dans l'intervalle, évalué à un mois ou un mois et demi par Cambacérès, les tribunaux pouvaient accorder des secours alimentaires aux enfants naturels. Cambacérès entendait donc, lui aussi, limiter au maximum le champ d'application de la loi du 12 brumaire.

La résolution du Conseil des Cinq-Cents fut examinée assez rapidement par le Conseil des Anciens. Murairé présenta un rapport favorable au projet, en faisant une critique en règle des lois rétroactives « nées au milieu des incidents révolutionnaires » et du « chaos dans lequel l'anarchie révolutionnaire avait jeté la législation même »². La majorité des Anciens fut d'accord pour voter la résolution qui devint la loi du 15 thermidor an IV (2 août 1796). Cette loi pouvait apparaître comme une suite logique de celle du 3 vendémiaire an IV qui avait aboli l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse. Mais il s'agissait aussi d'une nouvelle étape dans le démantèlement de la législation civile révolutionnaire et d'une grave menace pour le projet de Cambacérès : le principe de l'égalité entre enfants naturels et légitimes avait été violemment attaqué par de nombreux orateurs et l'équilibre du projet de Code civil, qui réduisait les droits successoraux des enfants naturels mais reposait globalement sur le maintien des principes admis de 1792 à 1794, était déjà remis en question. De plus, la réforme votée en thermidor an IV était loin de régler tous les problèmes : quatre mois après, un nouveau rapport fut présenté aux Cinq-Cents, le 19 frimaire an V, suite à la pétition d'un mineur Maupeou, petit-fils naturel du

1. MU, n° 273, 26 prairial an IV, p. 1089.

2. MU, n° 323, 15 thermidor an IV, p. 1290.

célèbre chancelier qui prétendait succéder à son oncle¹. Le rapporteur Siméon attirait l'attention de l'Assemblée sur le caractère rétroactif de l'article 4 de la loi du 15 thermidor : en subordonnant les droits des enfants naturels sur la succession de leurs collatéraux à la mort de leurs parents postérieurement au 4 juin 1793, cet article laissait supposer qu'on ne pouvait succéder à ses collatéraux qu'en représentant ses père et mère. Siméon affirma que les enfants naturels avaient droit d'hériter de leurs collatéraux morts après le 12 brumaire an II, quelle que soit la date de la mort de leurs père et mère.

Le projet de Siméon fut soumis à la discussion en nivôse an V : Bordas, qui était à l'origine de la disposition incriminée, tenta de s'opposer à son abrogation, en invoquant à nouveau l'ordre moral². Nugue avança des arguments plus techniques³ : selon lui, on ne pouvait autoriser à revendiquer des successions collatérales des enfants naturels dont le père était mort, sans les avoir reconnus, des dizaines d'années auparavant. La discussion raviva l'opposition entre partisans et adversaires de la législation de l'an II. Tandis que Dumolard et Pas-toret reprenaient leur croisade contre les amours criminels, le concubinage et le divorce, les anciens Conventionnels Thibaudeau, Bezaud et Pons de Verdun serraient les rangs pour défendre les *droits sacrés* des enfants naturels⁴. La question n'était toujours pas réglée au moment du renouvellement du Corps législatif en germinal an V. Pour compléter le tout, le Conseil des Cinq-Cents fut saisi des hésitations des tribunaux sur la loi applicable aux successions ouvertes après le 12 brumaire an II : une nouvelle commission, avec Siméon, Cambacérès, Oudot, Bezaud et Favard fut désignée le 28 germinal an V⁵.

Au moment où s'ouvrait cette discussion interminable sur les enfants naturels, le Conseil des Cinq-Cents examinait une autre question relative au droit des successions qui allait, elle aussi, retarder l'examen du Code civil. La loi du 8 avril 1791 qui supprimait toutes les exclusions coutumières en raison du sexe s'était heurtée à des résistances, notamment en Normandie. Des héritiers mâles, soutenus par quelques juristes, avaient invoqué les dispositions de cette loi qui maintenaient les avantages stipulés par contrat de mariage pour récla-

1. PV 500, 19 frimaire an V, p. 295 ; rapport de Siméon, AN, AD XVIII 63.

2. MU, n° 110, 19 nivôse an V, p. 441.

3. AN, AD XVIII 53.

4. MU, n° 112, 19 nivôse an V, p. 446 ; n° 117, 24 nivôse an V, p. 446 ; n° 162, 8 ventôse an V, p. 647.

5. PV 500, 16 ventôse an V, p. 382 ; 28 germinal an V, p. 527-528.

mer l'application des renonciations à succession traditionnellement imposées aux filles dotées. Dès novembre 1791, Tronchet et Ferey avaient réfuté dans une consultation cette interprétation tendancieuse de la loi du 8 avril 1791 mais la controverse avait persisté jusqu'en 1793¹. La question avait perdu tout intérêt avec la loi du 17 nivôse qui ordonnait un partage égalitaire des successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Elle revint au premier plan après l'abrogation de l'effet rétroactif qui entraînait un troisième partage des successions échues entre juillet 1789 et novembre 1793. Les Cinq-Cents formèrent une commission plusieurs fois remaniée et un rapport fut présenté par Favard, le 20 ventôse an IV². Cet ancien avocat expliqua que la loi du 8 avril 1791 avait abrogé les renonciations conventionnelles des filles comme les exclusions coutumières : les unes et les autres, « fondées sur les mêmes préjugés, la faveur des mâles et la vanité des familles » étaient contraires à l'égalité. Les exceptions prévues par l'article VIII de cette loi concernaient uniquement les dispositions contractuelles en faveur des personnes mariées et non des renonciations qui étaient « l'ouvrage de la domination et souvent même de l'oppression ».

Un projet de résolution, qui maintenait le principe d'égalité successorale en faveur des filles, fut adopté par les Cinq-Cents au cours du mois de germinal an IV après un bref examen³. Le débat s'amplifia devant le Conseil des Anciens qui désigna une commission de cinq membres : Porcher, Portalis, Mazade, Murair et Régnier. Le rapport de Régnier⁴ invoquait « la voix touchante de la nature » et attaquait les coutumes d'exclusion, « monuments grossiers de l'ignorance et de la servitude ». Ce langage, qui rappelait l'enthousiasme des Constituants, cachait en fait des désaccords au sein de la commission et des réserves sur la rédaction de la résolution. La discussion au sein du Conseil des Anciens ranima toutes les vieilles querelles sur le droit des successions. Tandis que Legendre exhortait les législateurs à maintenir l'égalité « envers et contre tous », Goupil allait jusqu'à prétendre que le projet rentrait « parfaitement dans l'exécrable système des aplanisseurs ». La résolution fut jugée rétroactive par Maleville et Durand-Mailane qui estimaient que la loi du 8 avril 1791 avait aboli les exclusions coutu-

1. AN, D III, 339, et AD XVIIIIC 326, n° 25 et 26.

2. PV 500, 20 nivôse an IV, p. 290 ; 21 pluviôse an IV, p. 360 ; 20 ventôse an IV, p. 324-325 ; rapport de Favard, AN, AD XVIIIIC 31.

3. PV 500, 1^{er} germinal an IV, p. 4 ; 15 germinal an IV, p. 322 ; 21 germinal an IV, p. 451 ; 23 germinal an IV, p. 473.

4. MU, 14 messidor an IV, p. 1151-1155.

mières mais non les renonciations contractuelles, « effet de stipulations passées dans un temps où elles étaient autorisées par la loi ». L'Assemblée fut surtout influencée par un long discours de Tronchet, que sa réputation de juriste le plus éminent de la Constituante désignait comme un oracle en la matière. Selon Tronchet, les renonciations contractuelles, dont il reconnaissait le caractère abusif, avaient été abolies par la loi du 5 brumaire an II et devaient être respectées avant cette date. Tronchet affirmait également que « l'anarchie révolutionnaire » s'était étendue au moment de la Terreur jusque dans la législation civile¹. Ces réflexions très politiques eurent sans doute autant d'influence que les arguments techniques dans le rejet à la *presque unanimité* de la résolution. Les juristes conservateurs avaient marqué un point au Conseil des Anciens.

La question fut remise à l'étude par le Conseil des Cinq-Cents dès le 4 fructidor an IV : un nouveau projet présenté par Henry Larivière tenait compte des objections de Tronchet². Cambacérès intervint pour répondre à ceux qui souhaitaient l'ajournement jusqu'à la discussion du Code civil : il s'agissait selon lui d'une difficulté ponctuelle, intéressant surtout la Normandie³. Après une discussion sans passion, la résolution fut votée par les Cinq-Cents le 23 brumaire an V⁴ et renvoyée à nouveau au Conseil des Anciens. En dépit de l'hostilité de principe d'une minorité des Anciens, autour de Goupil-Préfelin, et malgré les critiques techniques de Tronchet, la résolution finit par être adoptée le 18 pluviôse an V⁵. Comme pour les enfants naturels, ce débat traduisait un recul des idées égalitaires et avait mobilisé bien des énergies pendant plus d'un an aux dépens de l'examen du projet Cambacérès.

Entamé beaucoup plus tard que les discussions sur les enfants naturels et sur les successions, le débat sur le divorce⁶ diminua encore davantage les chances de succès de la codification. L'attaque fut lancée au Conseil des Cinq-Cents, le 24 brumaire an V (18 novembre 1796), par Renault de l'Orne qui orienta toute la polémique à venir en s'en prenant au divorce pour incompatibilité d'humeur. Renault de l'Orne dénonçait les abus d'une procédure qui excitait au « libertinage » et à la « débauche » : « Qu'y a-t-il de plus immoral que de permettre à

1. MU, n° 287, p. 1148 ; n° 289, p. 1156-1162.

2. PV 500, 29 fructidor an IV, p. 559 ; 21 vendémiaire an V, p. 444.

3. MU, n° 35, 21 vendémiaire an V, p. 100.

4. MU, n° 56, p. 224 ; n° 57, p. 226.

5. RMU, t. 28, p. 558.

6. Dès le début de l'an IV des pétitions avaient été adressées à ce sujet au Corps législatif, AN, D XXXIX 4.

l'homme de changer de femme comme d'habit, et à la femme de changer de mari comme de chapeau ? » Malgré Boissy d'Anglas, un des députés les plus en vue à la droite de l'Assemblée, les Cinq-Cents prononcèrent l'ajournement jusqu'à la discussion du Code civil annoncée depuis la fin de l'an IV.

Trois jours plus tard, la question revenait à l'ordre du jour, Villers et Philippe Delleville réclamant à leur tour la suspension des demandes en divorce pour incompatibilité d'humeur afin de « faire cesser le mariage de chair humaine que les abus du divorce ont introduit dans la société »². Tout cela ressemblait fort à une offensive concertée contre la loi du 20 septembre 1792. Cambacérès dut sentir le danger puisqu'il intervint pour mettre en garde l'Assemblée contre une décision hâtive, tout en promettant *incessamment* la discussion du Code civil : l'ordre du jour fut voté.

Le 11 frimaire an V (2 décembre 1796), Cambacérès prit l'initiative pour essayer d'organiser l'examen de son projet. Dans un assez long discours³, il proposa « les moyens les plus propres à régler l'ordre de cette importante discussion ». Il fit référence à *l'impatience publique* qui réclamait un nouveau droit sur le divorce, les enfants naturels et les successions. Ce n'est pas par hasard que Cambacérès citait ces trois questions sensibles, puisqu'elles étaient discutées au sein des assemblées depuis plusieurs mois. En conséquence, Cambacérès suggérait d'examiner prioritairement le premier livre sur les personnes et les dispositions du second livre sur les successions qu'il prévoyait de soumettre au Conseil juste après le titre sur la paternité et la filiation et avant celui sur le divorce. Cambacérès demandait surtout que son projet soit la seule base de la discussion : il désirait qu'aucun amendement ne fût adopté sans un rapport de la commission de classification des lois à laquelle serait adjoint l'auteur de l'amendement. Manifestement, Cambacérès essayait de freiner l'appétit de changement des députés les plus hostiles au droit révolutionnaire. Le même jour, Philippe Delleville était, à nouveau, monté à la tribune pour dénoncer le « débordement dévastateur » du divorce⁴.

Le plan présenté par Cambacérès fut adopté et les deux premières lectures du Code prévues par la Constitution eurent lieu le 15 et le 29 frimaire an V. Avant qu'il ait pu avoir lieu la troisième et dernière

1. MU, n° 57, 24 brumaire an V, p. 227.

2. MU, n° 60, 27 brumaire an V, p. 239.

3. RMU, t. 28, p. 501-502.

4. MU, n° 73, 11 frimaire an V, p. 291.

lecture¹, le Conseil des Cinq-Cents avait décidé d'examiner séparément la question du divorce. Le 5 nivôse an V, le citoyen Bertrand, capitaine au troisième régiment de dragons, avait présenté une pétition contre le divorce pour incompatibilité d'humeur et Favard avait persuadé l'Assemblée de faire étudier l'éventuelle suspension de la loi par une commission². Cette pétition d'un militaire qui se plaignait de la cupidité de sa femme était bien de nature à impressionner l'Assemblée : l'on peut se demander si les adversaires du divorce n'avaient pas réussi, par un stratagème, à obtenir ce qu'ils cherchaient depuis deux mois. La commission fut composée de Favard, Boissy d'Anglas, Méaulle, Blutel et Cambacérès qui tenta peut-être d'éviter une remise en cause trop profonde de la loi du 20 septembre 1792. Dans son rapport, présenté le 20 nivôse an V (9 janvier 1797), Favard affirma que les membres de la commission avaient été unanimes pour proposer la suspension des demandes en divorce pour incompatibilité d'humeur. En fait, ce rapport était plein de contradictions : d'un côté, Favard se refusait à « préjuger la question générale du divorce » ; de l'autre, il reprenait les attaques lancées contre la loi du 20 septembre 1792, votée *in extremis* par la Législative et accusée d'avoir désuni « plus de vingt mille époux »³. Surtout, Favard laissait entendre que, si l'Assemblée décidait de maintenir le divorce pour incompatibilité d'humeur, il y aurait « bien d'autres modifications à y faire ».

Lecoite-Puyraveau protesta sur-le-champ contre l'injure qui avait été faite à la Législative en parlant d'acte *in extremis* pour la loi du 20 septembre 1792⁴. Le 28 nivôse an V, partisans et pourfendeurs du divorce s'affrontèrent, comme l'avaient fait quelques mois auparavant défenseurs et adversaires des enfants naturels : Ludot, Golzart et Boissy d'Anglas réclamèrent un frein à la « maladie contagieuse » qu'était selon eux le divorce, tandis que Lecoite-Puyraveau, Pons de Verdun et Oudot justifiaient le motif d'incompatibilité d'humeur pour couvrir d'un « voile officieux » les « maux qui ne peuvent être rendus publics sans scandale »⁵.

La discussion sur le projet Favard fut ajournée à trois jours mais, avant qu'elle ne reprenne, Cambacérès prononça un nouveau discours, le 3 pluviôse an V, sur le Code civil⁶. On retrouve dans ce discours

1. pv 500, 15 frimaire an V, p. 230 ; 29 frimaire an V, p. 413 ; 27 nivôse an V, p. 459.

2. MU, n° 97, 5 nivôse an V, p. 387.

3. AN, AD XVIII A 31.

4. MU, n° 112, 20 nivôse an V, p. 448.

5. MU, n° 120, 28 nivôse an V, p. 479-480.

6. RMU, t. 28, p. 532-533.

toutes les ambiguïtés de Cambacérès : comme souvent, il essaye de reprendre à son compte les critiques pour tenter de les réfuter. Cambacérès fait ainsi allusion aux adversaires de la codification, probablement songe-t-il à Montesquieu, qui ont jugé cette *conception chimérique*. Cette idée, dit Cambacérès, « n'a rien de contraire à nos vues, et à la marche que nous avons proposé de suivre » ! Si l'on suit Cambacérès, on peut concilier l'unification des lois civiles avec une démarche prudente dans la réforme du droit lui-même. L'orateur entend ensuite répondre à ceux qui trouvent que son projet de Code « contient trop d'innovations » dont certaines seraient « funestes aux mœurs et à la sociabilité ». Il refuse de prendre l'initiative de changer les lois sur le divorce, les enfants naturels et les successions : la mission de la commission était « de simplifier, de classer, de rectifier et non pas de détruire ». Toujours sur la défensive, Cambacérès essaye de persuader les législateurs que l'esprit de système, l'irréflexion sont du côté de ceux qui veulent abroger des « institutions déjà placées dans le Code de nos lois ». Sans nommer personne, Cambacérès vise manifestement les députés qui, depuis le début de la session, réclamaient une révision des lois civiles au nom de l'ordre moral. Cambacérès sent bien que la majorité est prête à ruiner son troisième projet de Code civil, il tente désespérément d'entamer la discussion pour provoquer un sursaut républicain en faveur du droit nouveau.

Cambacérès parut d'abord l'emporter : le Conseil des Cinq-Cents décida d'examiner le titre sur la paternité et la filiation du projet de Code civil. Mais la brèche ouverte par le débat sur le divorce n'était toujours pas colmatée et les deux discussions se déroulèrent de front, au début du mois de pluviôse an V, ce qui était pour le moins périlleux. Les 4, 5, 11 et 12 pluviôse an V, le débat sur le divorce se développa dans une atmosphère de plus en plus politisée : Mailhe, Siméon et Dumolard dénoncèrent dans le divorce une « subversion radicale du corps social », une incitation à la « prostitution légale »¹. Bancal renchérit en accusant Rousseau de tous les maux avec sa description d'un « état imaginaire d'où peut-être sont dérivées toutes les opinions imaginaires et absurdes qui ont suivi la révolution ». A l'opposé Darracq, Lecointe-Puyraveau et Pons de Verdun défendirent le divorce en reprenant l'argument de la liberté individuelle et en s'en prenant aux « erreurs sacerdotales »².

1. MU, n° 125, 4 pluviôse an V, p. 500.

2. MU, n° 126, 4 pluviôse an V, p. 502 ; n° 135, 12 pluviôse an V, p. 539-540.

Au milieu de cette bataille sur le divorce, Cambacérès essayait de faire voter les premiers articles de son Code sur la filiation. Le 9 pluviôse an V, l'article sur la présomption de paternité était *unaniment adopté* ainsi qu'un article prévoyant que cette présomption pourrait être écartée « lorsqu'il y a impossibilité physique que l'enfant soit engendré du père ». Mais Cambacérès devait faire face à une offensive de Pastoret qui proposait de discuter des principes généraux sur la puissance paternelle, l'adoption ou le mariage¹. Le risque était grand de voir l'Assemblée prendre une direction tout à fait différente de celle préconisée par Cambacérès. Ce dernier, apparemment décidé à défendre seul son projet jusqu'au bout, rappela dans quelles conditions avaient été abandonnés les deux Codes précédents et la nécessité de ne pas s'égarer en débats inutiles. Dans ce long discours, le second prononcé en quelques jours, on sent Cambacérès désabusé au souvenir de ses échecs passés, mais encore assez combatif pour faire approuver le respect de l'ordre de la discussion.

Moins d'un mois plus tard, Cambacérès avoua pourtant son échec. Prenant la parole le 8 ventôse an V², il constata que seulement deux articles de son projet avaient été adoptés. Alors que les nouvelles élections approchaient, l'Assemblée était accaparée par toutes sortes de débats qui l'empêchaient de se consacrer au Code civil : la question du nouveau Code hypothécaire, les projets de loi sur les transactions entre particuliers et sur la contrainte par corps³ encombraient déjà l'ordre du jour. Surtout, les passions politiques étaient avivées par les procès de Babeuf et l'affaire des *conspirateurs royaux*⁴. Cambacérès proposait donc de renvoyer l'examen du Code civil et de discuter uniquement, si le temps le permettait, la *révision* des lois sur les enfants naturels, le divorce, l'adoption et les successions. Concession finale à la droite de l'Assemblée ou pirouette adroite de la part de Cambacérès qui constatait l'enlisement des discussions ? La seconde hypothèse est confortée par le fait que la commission chargée d'étudier les changements à faire dans ces quatre parties fondamentales de la législation civile ne semble jamais avoir été formée. Selon Thibaudeau, Cambacérès finit par « prendre de l'humeur » de l'ajournement continu de la discussion par des assemblées où chaque avocat voulait dire son mot, « sans compter les ora-

1. RMU, t. 28, p. 541.

2. MU, n° 161, 8 ventôse an V, p. 643.

3. La contrainte par corps fut rétablie par la loi du 24 ventôse an V ; cf. Sagnac, p. 344.

4. Il s'agit du procès de Brotier et de ses complices.

teurs qui n'y entendaient rien »¹. Il est certain que le troisième projet Cambacérés fut victime des *mœurs parlementaires* du Directoire et du défaut de planification de l'ordre du jour. Surtout, Cambacérés avait pu constater que, pour la troisième fois, il n'avait pas de majorité pour adopter son Code. Reconnaissons-lui au moins un certain courage dans la défense de ce troisième projet qu'il assumait seul. Au printemps 1797, Cambacérés se trouvait dans le camp des perdants : le 15 ventôse an V, une semaine après l'abandon du Code, il était tiré au sort parmi les Conventionnels qui devaient quitter le Corps législatif et étaient soumis à l'épreuve presque impossible de la réélection².

De droite et de gauche

Les élections de l'an V marquent, dans l'histoire du Directoire, le début d'une période de grande instabilité avec une série de *coups d'Etat* et de *changements de majorité* à l'intérieur des assemblées. La législation civile et les projets de codification subirent le contrecoup de ces revirements successifs qui diminuèrent considérablement l'efficacité du travail parlementaire. Les résultats des élections législatives du printemps 1797 furent conformes aux prévisions faites pendant une campagne électorale longue et acharnée : le nouveau tiers comportait une majorité écrasante de royalistes et de *constitutionnels* qui participaient aux réunions de Clichy, tandis que les Conventionnels essayaient une défaite cuisante avec seulement 11 réélus sur 216 sortants³. Parmi les vaincus se trouvait Cambacérés qui n'avait réuni que 80 voix sur 265 dans l'assemblée électorale de l'Hérault⁴. L'échec de Cambacérés compromettrait un peu plus les chances de succès de la codification et remettrait en cause le fonctionnement de nombreuses commissions. Au Conseil des Cinq-Cents, la commission de classification des lois existait toujours, mais beaucoup de ses membres avaient quitté l'Assemblée. La nouvelle majorité, dont les contours se dessinèrent à partir du 1^{er} prairial an V (20 mai 1797), ne parut pas très pressée

1. A.-C. Thibaut, *Mémoires sur la Convention et le Directoire*, Paris, 1824, t. II, p. 149-150.

2. MU, n° 167, 15 ventôse an V, p. 668.

3. D. Woronoff, *La république bourgeoise de thermidor à brumaire (1794-1799)*, Paris, Ed. du Seuil, coll. « Points Histoire », 1972, p. 71.

4. AN, C 510, 37.

d'investir cette commission¹. Elle se contenta, dans un premier temps, de demander un rapport sur l'état des travaux présentés, le 13 messidor an V (1^{er} juillet 1797), par Oudot, un *survivant* de l'équipe de Cambacérés². Les Cinq-Cents décidèrent ensuite de renouveler complètement la commission : seuls furent maintenus Parisot, Guillemot et Lemerer, tandis qu'Oudot était remercié en raison de ses idées trop avancées³. La nouvelle majorité désigna des Clichyens comme Henry Larivière, Quatremère, Boissy d'Anglas, Camille Jordan, Pastoret et, parmi les plus modérés, Siméon, Dumolard et Emmery. Il n'était pas question, dans ces conditions, de reprendre l'étude du projet de Code civil de Cambacérés ; les Clichyens préférèrent rouvrir les débats entamés quelques mois auparavant sur le divorce et les enfants naturels pour essayer d'en orienter l'issue selon leurs principes.

Très logiquement, ce fut le débat sur le divorce qui fut le premier relancé en mai 1797 : la presse royaliste avait attaqué la loi sur le divorce pendant toute la campagne électorale⁴. Dès le 10 prairial an V⁵, Béraud du Rhône demanda la reprise de la discussion sur le divorce pour incompatibilité d'humeur et Bergier dénonça violemment le projet Cambacérés, « un recueil complet d'institutions barbares, bizarres au moins, proscrites par la raison et l'expérience et vomies par la révolution ». Ce débat sur le divorce ne se déroula cependant pas comme l'avaient espéré les députés les plus réacteurs. Favard, qui faisait figure de *centriste*, se contenta de reprendre son projet de suspension provisoire des demandes en divorce pour incompatibilité d'humeur et les républicains modérés contre-attaquèrent sur le terrain qu'avaient choisi les adversaires de la législation révolutionnaire. Sans doute pour éviter dans l'immédiat le vote de la suspension, Félix Faulcon proposa habilement d'*épurer* le divorce. Il reçut aussitôt le soutien de Thibaut et d'Oudot qui voyaient probablement là une bonne occasion de sauver au moins une partie de la législation révolutionnaire⁶. Malgré la droite de l'Assemblée, la priorité fut accordée au projet de Félix Faulcon. Au lieu du grand débat annoncé, celui-ci suggéra finalement de « remédier provisoirement aux abus révoltants » en ajoutant à la loi du 20 septembre 1792 un délai supplémentaire de

1. PV 500, 4 prairial an V, p. 184 ; 20 prairial an V, p. 532 ; 23 prairial an V, p. 597.

2. MU, n° 291, 13 messidor an V, p. 1163.

3. PV 500, 16 messidor an V, p. 369.

4. Fr. Olivier-Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804*, th. droit, Paris, 1901, p. 191-192.

5. MU, n° 253, 10 prairial an V, p. 1012.

6. MU, n° 266, p. 1066-1069 et AN, AD XVIII A 30.

six mois pour la prononciation des divorces pour cause d'incompatibilité. La montagne accouchait d'une souris, mais tout le monde paraissait satisfait : le projet fut *unanimement adopté* le 28 prairial an V¹.

Devant le Conseil des Anciens, le rapport sur cette résolution fut présenté plus de deux mois après, le 27 thermidor an V (14 août 1797), par Portalis². Trois semaines plus tard survenait le coup d'Etat anti-royaliste du 18 fructidor et le débat n'eut pas le temps d'avoir lieu dans l'intervalle. Il est impossible de savoir quel aurait été le vote de l'Assemblée, où le parti de la réaction paraît avoir été moins influent qu'aux Cinq-Cents, mais le discours de Portalis reflète bien l'opinion des adversaires de la législation révolutionnaire. De plus, des pans entiers de ce discours ont été repris par Portalis au moment de la rédaction du Code civil. Nous voyons se fixer ici, dès août 1797, quelques-uns des thèmes essentiels qui inspirèrent la codification consulaire.

Dans ce discours-programme, Portalis fait l'apologie du mariage, « un acte purement naturel, réglé par la loi civile, béni ou sanctifié par la religion », « institué par le Créateur ». Le mariage est, selon lui, un « contrat perpétuel par sa destination » : ce n'est pas une société ordinaire, mais « la plus sainte, la plus inviolable de toutes les sociétés ». Sur le divorce, Portalis est d'avis qu'il ne faut point le prohiber parce qu'il est fondé sur la liberté des cultes qui est un élément essentiel de la « situation politique et religieuse de la France ». Mais la loi ne doit laisser que la *faculté du divorce* : le divorce doit être seulement toléré et non encouragé comme un *droit*. Portalis s'en prend bien sûr au divorce pour incompatibilité d'humeur qui donne « à chacun des époux le funeste droit de dissoudre le mariage à sa volonté ». Il propose de soumettre l'époux qui répudie à des sacrifices d'intérêt et à des délais salutaires pour décourager ceux qui voudraient utiliser ce type de divorce.

Pour toutes ces raisons, Portalis se prononçait contre le projet de Félix Faulcon, jugé insuffisant, et demandait l'abandon des institutions révolutionnaires « qui ne sont que des abus » et « ont singulièrement altéré le gouvernement domestique » ; sans doute, pensait-il que la nouvelle majorité avait le temps devant elle pour élaborer une nouvelle loi sur le mariage et le divorce. C'est, en effet, toute une théorie sur la législation civile que Portalis esquisse dans ce long discours. Il

1. MU, n° 274, 18 prairial an V, p. 1095.
2. AN, AD XVIII^eC 453.

insiste sur l'action du temps en matière de législation et met en doute la possibilité d'une codification du droit civil. Il s'agit au départ d'argumenter contre ceux qui proposaient de renvoyer la réforme du divorce à la discussion du Code civil. Portalis affirme alors qu'un Code comme celui des Romains a été l'ouvrage des siècles et qu'il est impossible de tout régler par des lois précises : « Renonçons à la dangereuse ambition de faire un nouveau Code civil... le projet d'un Code général ne peut donc raisonnablement fixer l'attention du Corps législatif. » Il faut s'en tenir à l'héritage des Anciens, notamment en matière de contrats où les principes du droit romain ont été « consacrés par le suffrage de toutes les nations », et faire des lois uniquement sur les mariages, le gouvernement domestique et les successions. Portalis souhaitait l'abandon des projets de codification, jugés trop révolutionnaires dans la forme comme dans le fond, et le vote de lois *réactionnaires* qui reviendraient sur les réformes accomplies depuis 1792. Des lois de circonstance qui auraient été, en quelque sorte, l'inverse des lois de l'an II... Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que les députés royalistes se soient désintéressés du projet Cambacérès et aient envisagé seulement la réforme de la législation sur le divorce et les enfants naturels.

Le sort des enfants naturels fut, en effet, la seconde question de droit civil que la majorité issue des élections de l'an V décida de soumettre à la discussion. Les pétitions qui continuaient à parvenir aux Cinq-Cents et les jugements de référé transmis par le Directoire traduisaient toujours une grande incertitude sur ce sujet¹. Le 18 messidor an V, un rapport fut présenté par Siméon, le beau-frère de Portalis, au nom d'une commission formée en germinal an V et privée, par le résultat des élections, de la participation de Cambacérès et Bezaud. Siméon y reprenait une thèse développée par Merlin de Douai dans le message du Directoire exécutif du 12 ventôse an V : la loi du 12 brumaire an II s'appliquait essentiellement au passé, les enfants dont les parents étaient morts après le vote de la loi devaient faire la preuve d'une reconnaissance publique par leur père et non d'une simple *possession d'état*. L'effet de la loi du 12 brumaire an II se serait ainsi limité aux successions ouvertes entre juin et novembre 1793 ! Après avoir abrogé l'effet rétroactif, on s'appropriait à abolir l'effet futur. D'après Siméon, les enfants naturels avaient été « trop maltraités » sous

1. pv 500, 17 prairial an V, p. 421 ; 26 messidor an V, p. 603 ; 29 messidor an V, p. 678 ; 18 thermidor an V, p. 432-433 ; 29 thermidor an V, p. 671.

l'Ancien Régime et « trop favorisés » dans le nouveau : il proposait d'accorder à l'avenir aux enfants naturels reconnus par leur père une quote-part héréditaire réduite à un tiers, lorsqu'ils étaient en concours avec des enfants légitimes, et à la moitié en présence de collatéraux¹. Le rapport de Siméon annonce, avec plusieurs années d'avance, le sort malheureux des enfants naturels dans le Code civil de 1804. Notons aussi l'anti-féminisme de l'orateur qui s'exclamait : « On a beau réclamer la faiblesse des femmes : dans l'art de plaire et d'aveugler, elles sont le sexe fort et habile. » Et Siméon, comme Portalis, mettait en doute la possibilité de parvenir d'un seul coup à un Code civil : « C'est cette prétention d'enfanter un Code comme la fable nous peint Jupiter faisant sortir Minerve tout armée, de son cerveau, qui nous laisse depuis si longtemps dans les ruines des anciennes lois, dans le chaos des nouvelles et les inconvénients de celles qu'exigent les cas particuliers. » Les deux beaux-frères étaient d'accord pour rejeter les idées de codification et militer en faveur d'une législation conservatrice en matière familiale.

Le coup d'Etat du 18 fructidor an V arrêta net ces projets : le rapport Siméon allait être discuté quand le Directoire fit voter par les Conseils terrorisés la déportation de 42 députés des Cinq-Cents et de 11 députés des Anciens (19 fructidor an V - 5 septembre 1797). Parmi les pros crits figuraient Portalis, Siméon, Pastoret, Henry Larivière et Boissy d'Anglas qui avaient mené l'attaque pendant trois mois contre la législation révolutionnaire. Le coup d'Etat entraîna un renouvellement de la commission de classification des lois, le 26 fructidor an V : les *fructidorisés* furent remplacés par des républicains attachés aux lois de l'an II comme Oudot, Garran-Coulon, Pons de Verdun et Riou² qui demandèrent la réimpression du projet Cambacérés. Mais, très vite, l'attention des Conseils fut accaparée par les questions laissées en suspens avant le coup d'Etat : à nouveau, les discussions sur le divorce et les enfants naturels éloignaient les perspectives d'un vrai débat sur la codification.

En ce qui concerne le divorce, le Conseil des Anciens reprit l'examen de la résolution inspirée par Félix Faulcon et combattue par Portalis. En une séance, le premier jour complémentaire de l'an V, le Conseil transforma en loi la résolution : une solution de compromis qui avait l'avantage de rassurer les partisans du divorce tout en ajou-

1. AN, AD XVIIIIC 453.

2. PV 500, 26 fructidor an V, p. 189 ; 4 et 8 vendémiaire an VI, p. 39 et 153.

tant un délai supplémentaire de six mois pour satisfaire les adversaires du divorce pour incompatibilité d'humeur.

Les discussions sur les enfants naturels eurent, au contraire, tendance à s'éterniser. Il fallait, d'abord, régler les droits des enfants naturels dans les successions de leurs collatéraux et trancher la controverse sur la loi du 15 thermidor an IV. Un nouveau rapport fut présenté par Favard qui aboutissait à la même conclusion que celui de Siméon, presque un an auparavant : la loi du 15 thermidor an IV devait être réformée car elle faisait dépendre le droit de successibilité des enfants naturels d'une condition qui n'était pas exigée par la loi du 12 brumaire¹. Dujardin et Nugue répétèrent leurs arguments contre le projet : la discussion sur l'interprétation de la loi du 12 brumaire an II devenait réellement byzantine, tout le monde étant d'accord sur le fond pour critiquer cette loi. Finalement, la résolution proposée par Favard fut adoptée et votée par les Anciens, le 2 ventôse an VI : l'article 4 de la loi du 15 thermidor an IV fut rapporté pour le passé².

Les assemblées eurent ensuite à décider si la loi du 12 brumaire an II était applicable ou non aux successions ouvertes depuis novembre 1793 : le débat s'étendit sur plus de six mois et fut fertile en rebondissements. Il y avait pourtant urgence à se prononcer pour le législateur saisi du problème depuis mars 1797 et toujours assailli de pétitions et de référés des tribunaux³. Ce fut encore Favard qui fut chargé du rapport et développa la thèse selon laquelle la loi du 12 brumaire an II ne s'appliquait qu'au passé et renvoyait au Code civil pour les successions ouvertes après brumaire an II : autrement dit, les enfants naturels qui prétendaient à ces successions devaient avoir été reconnus par leur père devant un officier public, l'état des enfants ne devant pas dépendre « d'un genre de preuve aussi incertain que celui de simple présomption »⁴. Il s'agissait bien de diminuer un peu plus les droits des enfants naturels, même si Favard proposait d'accorder à ceux qui pouvaient prouver la *possession d'état* des secours évalués à un tiers de la portion des enfants légitimes.

La discussion du rapport Favard⁵ relança la controverse : pour Beyts, Desmolin et Riou, on ne pouvait donner un effet rétroactif au

1. AN, AD XVIIIIC 453.

2. *MU*, n° 56, 22 brumaire an VI, p. 225-226 ; 7 et 8 frimaire an VI, p. 301 et 304 ; Garaud, p. 129.

3. PV 500, 11, 17, 18 et 25 vendémiaire an VI, p. 170, 280, 292 et 475 ; 21 et 24 brumaire an VI, p. 434 et 481.

4. Rapport du 13 pluviôse an VI (1^{er} février 1798), AN, AD XVIIIIC 453.

5. *MU*, n° 152, 28 et 29 pluviôse an VI, p. 610-611.

projet de Code civil en exigeant la reconnaissance publique. Pons de Verdun s'écria qu'on voulait anéantir les « bienfaits de la loi du 12 brumaire sous un prétexte qui n'est pas même spécieux ». Probablement ébranlé par ces discours, le Conseil des Cinq-Cents rejeta le projet Favard.

Desmolin, l'infatigable défenseur des enfants naturels depuis l'an IV, fut chargé de présenter un nouveau rapport : il proposait d'admettre les enfants naturels aux successions ouvertes depuis brumaire an II avec la seule preuve de la *possession d'état*. Le 16 floréal an VI (5 mai 1798), Desmolin fit adopter « sans difficulté et sans opposition » son projet par les Cinq-Cents. Les défenseurs des enfants naturels avaient marqué un point, profitant peut-être de la poussée de la gauche jacobine avant le coup d'Etat du 22 floréal an VI.

Au Conseil des Anciens, le rapporteur désigné fut Tronchet, auteur d'une consultation allant dans le même sens que Desmolin². Mais Tronchet tomba malade et le rapport fut finalement présenté par Lenoir-Laroche qui conclut sans conviction à l'adoption de la résolution. Après l'audition d'une dizaine d'orateurs en thermidor an VI, les adversaires du projet l'emportèrent³. Manifestement, la majorité des Anciens était plus hostile à la cause des enfants naturels que la majorité des Cinq-Cents. Ce débat souvent fastidieux est révélateur de l'impuissance des assemblées du Directoire incapables de s'entendre, alors même qu'il s'agissait d'interpréter une loi antérieure. La controverse juridique sur la loi du 12 brumaire an II tourne parfois au ridicule quand on constate que la quasi-unanimité des députés se retrouvent pour refuser l'égalité successorale entre enfants légitimes et enfants naturels. Mais il y a comme une peur invincible de légiférer pour l'avenir : après juillet 1798, on ne parla pratiquement plus des enfants naturels⁴.

Les législateurs tournaient en rond, comme à propos des successions où revenaient périodiquement des propositions pour interpréter ou modifier les lois antérieures⁵. Personne n'osait faire de propositions

1. MU, n° 228, 16 floréal an VI, p. 915.

2. J.-L. Halpérin, Note sur une consultation et un discours inachevé de Tronchet, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1986, p. 221-230.

3. MU, n° 313, 314, 316, 317 et 318, p. 1256, 1259, 1268, 1271-1272 et 1275-1276.

4. MU, n° 28, 26 vendémiaire an VII, p. 114.

5. MU, n° 76, 9 frimaire an VI, p. 306 ; n° 113, 17 nivôse an VI, p. 456 ; n° 357, 24 fructidor an VI, p. 1432. Le Conseil des Cinq-Cents passa à l'ordre du jour le 8 nivôse an VII sur un référé du Tribunal de cassation relatif à la question de la *refente* dans la loi du 17 nivôse an II, AN, AD V 2.

nouvelles et constructives : les difficultés provoquées par l'adoption *nationale* de Suzanne Lepeletier donnèrent lieu à quelques discours en l'an VI, mais ne suscitèrent aucun débat sérieux sur une institution qui n'avait toujours fait l'objet d'aucune réglementation¹.

En même temps, ces discussions souvent sans issue sur le droit civil avaient tendance à se dépolitiser. Après le coup d'Etat du 18 fructidor, le *retour de balancier* avait été très limité. L'offensive entamée par les royalistes contre les institutions révolutionnaires en l'an V avait été stoppée, mais une majorité de députés continuaient à accuser d'immoralité les lois civiles de l'an II. Même les républicains se montraient désireux de rétablir la *pureté* du mariage, comme en témoigne la loi du 13 fructidor an VI (30 août 1798) sur les fêtes décadaires qui essayait de donner plus de solennité à la célébration des mariages chaque décade². Dans le long débat sur les enfants naturels, le camp des partisans de la *possession d'état* avait regroupé des royalistes comme Tronchet ou Rallier et des républicains comme Desmolin, Riou, Pères et Pons. L'opposition bipolaire entre *modérés* et *révolutionnaires* faisait place à une palette plus diversifiée d'opinions.

Dans ces conditions, propices à la réflexion juridique mais peu favorables à l'élaboration de textes législatifs d'envergure, la perspective de codification, sans être totalement oubliée, était dans l'impossibilité d'aboutir. Il fut encore question de l'élaboration d'un Code civil au début de la session de l'an VI (mai 1798), quand Eschassériaux aîné proposa de profiter de « temps moins orageux » pour reprendre ce travail important qui était le « besoin le plus pressant de la République ». Pison du Galand fit adopter, le 4 prairial an VI, un arrêté qui prévoyait de discuter successivement de l'état des personnes, des biens, des contrats et des successions³. Puis, comme il arriva si souvent au sein des assemblées du Directoire, le sujet disparut de l'ordre du jour pendant plusieurs mois.

A la fin de 1798⁴, Jacqueminot présenta le programme d'une commission spéciale, composée de Favard, Génissieu, Berlier, Guyot-Desherbiers et d'Outrepoint, qui devait « préparer le travail important de réforme de la législation civile ». Jacqueminot, ancien avocat à Nancy, se faisait l'apôtre d'une voie moyenne entre les projets de Cambacérès et les idées exprimées par Portalis en l'an V, en faveur des

1. AN, AD XVIIIIC 453.

2. Fr. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 148 et 182.

3. MU, n° 242, 1^{er} prairial an VI, p. 971-976 ; n° 246, 4 prairial an VI, p. 986.

4. PV 500, 26 frimaire an VII, p. 527 ; MU, n° 100, 4 nivôse an VII, p. 407-408.

maximes anciennes et du droit romain. Sans renoncer à la perspective de codification et sans vouloir détruire la législation révolutionnaire, il proposait de « rédiger sur chaque objet principal une loi particulière », en traitant d'abord du droit des personnes. Il entendait aussi « protéger les propriétés », en rejetant tout système de « nivellement universel », et en accordant « des préférences aux enfants légitimes sans vouer les autres à un abandon cruel ». Avec des principes aussi généraux, Jacqueminot pouvait espérer rallier une majorité allant des anciens Conventionnels, comme Berlier, aux républicains les plus modérés, comme Favard. Dans la dernière année d'existence du régime, les assemblées du Directoire furent incapables de faire progresser le *Code par parties* dont rêvait Jacqueminot. De cette nouvelle tentative, il resta seulement des ébauches qui servirent à Jacqueminot pour présenter son projet au début du Consulat.

Jacqueminot participa également à l'élaboration d'un nouveau *Code hypothécaire* composé de deux lois datées du 11 brumaire an VII (respectivement de 59 et 37 articles) et d'une loi du 21 ventôse an VII sur l'organisation de la conservation des hypothèques¹. La loi du 9 messidor an III avait été, en effet, ajournée puis écartée : les assemblées du Directoire avaient voulu reprendre toute la question en l'an V. Il avait fallu plusieurs projets successifs et deux ans de discussion technique et approfondie pour que les deux Conseils s'accordent sur les principes d'un second Code hypothécaire : inscription de toutes les hypothèques, y compris les hypothèques judiciaires et légales, publicité de toutes les mutations d'immeubles, *spécialité* des hypothèques conventionnelles. Ces textes votés en l'an VII étaient d'une excellente facture et, de l'avis de nombreux juristes du XIX^e et du XX^e siècle, bien supérieurs aux articles du Code civil en la matière. Les assemblées du Directoire n'étaient donc pas incapables d'élaborer des lois civiles de grande ampleur. Mais la longue gestation de ce Code hypothécaire démontrait l'inadaptation des mécanismes de la Constitution de l'an III : le Conseil des Anciens ne pouvait pas amender les résolutions votées par les Cinq-Cents et ses membres étaient souvent amenés à rejeter un projet dont ils désapprouvaient seulement un ou deux articles. Plusieurs *navettes* avaient été nécessaires pour parvenir au vote définitif. Comment mener à bien une telle opération dans le domaine du droit de la famille où n'existait pas encore un consensus comparable à celui qui s'était réalisé autour de la défense de la propriété ?

1. Cf. sur les débats relatifs à ces lois AN, AD XVIIIIC 484.

Pendant ce temps, le retour des hommes de loi, évincés sous la Terreur, se poursuivait. L'installation du régime du Directoire avait correspondu à une nouvelle réforme de l'organisation judiciaire : les tribunaux de district avaient été supprimés et il n'y avait plus désormais qu'un tribunal civil par département. Avec le rétablissement d'un suffrage censitaire, ce regroupement favorisa l'élection comme juges d'hommes de loi et de notables, alors même que la législation n'imposait aucune condition de capacité pour devenir magistrat. Dans les tribunaux dont la composition a été étudiée, à Paris, dans la Sarthe, les Côtes-du-Nord ou le Rhône, on constate la forte présence des anciens avocats et procureurs et même l'élection de ci-devant magistrats de l'Ancien Régime à côté de juges choisis dès 1790¹. L'on sait que le Directoire procéda à de nombreuses nominations de juges, en vertu de lois de circonstance, mais ces ingérences du pouvoir exécutif ne paraissent pas avoir affecté gravement la composition sociologique des tribunaux. Parmi les juges nommés, il y eut aussi des hommes de loi qui avaient exercé sous l'Ancien Régime, aux côtés d'anciens Conventionnels. La plupart des magistrats paraissent avoir été de nouveau des juristes professionnels alors que la suppression de l'arbitrage forcé par la loi du 9 ventôse an IV (28 février 1796) redonnait aux tribunaux un rôle primordial dans l'application du droit civil. Face à l'incapacité des assemblées à répondre aux nombreux référés adressés par les diverses juridictions, le Tribunal de cassation développait sa propre jurisprudence, dans des domaines aussi sensibles que l'interprétation des lois des 12 brumaire et 17 nivôse an II. La *société judiciaire* retrouvait ainsi une certaine autonomie par rapport au pouvoir législatif.

Parallèlement, le nombre des défenseurs officiels semble avoir augmenté, les anciens avocats et avoués cherchant à se distinguer de la *tourbe des avocats des prisons* dont la corruption et la cupidité étaient dénoncées par toutes les autorités. L'*Almanach* de l'an V publia à nouveau une liste d'hommes de loi auprès du Tribunal civil de la Seine et du Tribunal de cassation où l'on retrouvait quelques survivants de l'ordre des avocats au parlement de Paris et une vingtaine d'ex-avocats aux conseils du roi. Une sorte de barreau informel se reconstituait, tandis que d'anciens *jurisconsultes* rouvraient des cabinets et donnaient

1. A. Douarche, *Les tribunaux civils de Paris pendant la Révolution (1791-1800)*, Paris, 1907, t. II, p. 248-253 ; M. Reinhard, *Le département de la Sarthe sous le régime directorial*, th. Lettres, Paris, Saint-Brieuc, 1935, p. 208-211 ; R. Durand, *Le personnel judiciaire dans le département des Côtes-du-Nord sous la Révolution française*, *La Révolution française*, 1921, p. 218 et s. ; sur le Rhône, AN, C 482, 80.

des consultations, dont certaines étaient imprimées et alimentaient la discussion sur les points les plus controversés de la législation révolutionnaire. Parmi ces *juriconsultes*, on rencontre Ferrey, Tronchet, Lanjuinais, Muraire, Bigot de Préameneu, Thibaudau et même Cambacérès qui ne dédaigna pas cette activité, sans doute lucrative. Presque tous les futurs rédacteurs du Code civil se retrouvent dans ce petit cercle de consultants¹.

Ce nouvel essor un peu anarchique des professions juridiques suscita à la fin de 1797 des projets législatifs en faveur du rétablissement des avoués. Si les députés étaient unanimes pour déplorer « l'improbité, l'ignorance et le charlatanisme » de certains défenseurs officiels, les opinions divergeaient sur les remèdes à employer. Les Cinq-Cents votèrent une résolution établissant des *hommes de loi* auprès des tribunaux, mais, devant les Anciens, Régnier critiqua les pouvoirs de police donnés aux tribunaux par le texte proposé : la résolution fut rejetée et la question ne revint plus à l'ordre du jour².

À la même époque, la publication d'un certain nombre d'ouvrages et la mise en place de cours de législation dans les écoles centrales attestaient le timide renouveau de l'enseignement et de la doctrine juridiques. Conformément à la loi du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795), une école centrale avait été créée dans chaque département avec un cours de législation destiné aux élèves de seize à dix-huit ans inscrits dans la troisième section de ces écoles. En l'an VII, une enquête du ministère de l'Intérieur montra que ces cours de législation avaient attiré peu d'auditeurs, la plupart des classes se situant entre cinq et quinze élèves³. Les administrations départementales avaient eu du mal à recruter des enseignants et le corps professoral était très hétérogène. Cependant, des juristes aussi compétents que Lanjuinais, Proudhon, Berriat Saint-Prix et Henrion de Pansey enseignèrent la législation dans les écoles centrales.

Les réponses à cette enquête constituent un précieux témoignage sur les conceptions juridiques en vogue à la fin du Directoire. On y dénote l'influence, au moins superficielle, des théories de Grotius, Pufendorf et Burlamaqui sur le droit naturel. On y constate égale-

1. AN, AD II 34 ; cf. X. Martin, Politique et droit privé après Thermidor, *La Révolution et l'ordre juridique privé*, p. 173 et 182.

2. Discours de Pison du Galand et de Régnier, 9 frimaire et 29 ventôse an VI, AN, AD XVIII 56 et 59.

3. J.-L. Halpérin, Une enquête du ministère de l'Intérieur sous le Directoire sur les cours de législation dans les écoles centrales, *Annales d'Histoire des Facultés de Droit*, 1986, n° 3, p. 57-82.

ment la place encore importante tenue par les sources de l'ancien droit : les coutumes, le droit romain et les œuvres de Domat et Pothier sont largement cités. Le droit romain, en particulier, paraît avoir fait l'objet d'un intérêt renouvelé dans les dernières années de la Révolution : il est enseigné dans les pays de droit écrit et sert de référence à tous ceux qui souhaitent rebâtir une science juridique, comme Goulliart, auteur d'une *Exposition des règles du droit ancien* parue en l'an VII. Pour autant, les lois révolutionnaires, et même les projets de Code civil de Cambacérès, ne sont pas ignorés et font l'objet de commentaires tantôt approbateurs, tantôt critiques. À un niveau souvent modeste, les professeurs de législation des écoles centrales se sont efforcés de faire la synthèse du droit révolutionnaire et de l'ancien droit. Il y eut beaucoup de discussions sur la finalité de ces cours de législation et des propositions furent faites aux Cinq-Cents, en l'an VII, pour établir des écoles spéciales de droit. Au moment où s'affirmait à nouveau le particularisme des professions juridiques et judiciaires, les assemblées se faisaient l'écho des revendications en faveur d'un enseignement supérieur approprié pour former de véritables juristes.

Ces juristes qui donnaient des consultations, enseignaient dans les écoles centrales ou siégeaient dans les tribunaux, quel jugement portaient-ils sur la législation révolutionnaire ? On a bien l'impression que la majorité condamnait les grandes lois civiles de la Révolution accusées d'incohérence ou d'immoralité. La période du Directoire correspondrait ainsi à un *déphasage* entre la réalité juridique et la perception qu'en avaient les juristes : tandis que le corps social réagissait avec une relative quiétude à la législation civile nouvelle, les hommes de loi développaient une analyse rétrospective de plus en plus critique de cette législation. Après l'abrogation de l'effet rétroactif, le trouble provoqué par les lois civiles des années 1792-1794 paraît s'être, en effet, considérablement atténué. La loi du 17 nivôse continuait à être appliquée pour les successions ouvertes après 1793 et il semble même que beaucoup de familles renoncèrent à effectuer un nouveau partage des successions ouvertes entre 1789 et 1793 conformément à la loi du 3 vendémiaire an IV¹. La loi du 12 brumaire an II ne paraît pas avoir donné lieu à une multitude de procès et les demandes des enfants

1. B. Pinelli, *La pratique notariale sous la Révolution. L'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an II sur les successions*, th. droit, dactylo, Paris V, 1980, p. 667 ; cf. AN, D XXXIX 4 et 5 sur les plaintes provoquées par le nouveau droit successoral.

naturels furent sans doute entravées par une jurisprudence de plus en plus restrictive, notamment de la part du Tribunal de cassation. Enfin, le nombre des divorces avait tendance à diminuer partout en France, malgré une augmentation de la part représentée par les divorces pour incompatibilité d'humeur après l'abrogation de la loi du 4 floréal an II¹. En dépit de cet *apaisement*, les juristes et les intellectuels rendaient les lois sur le divorce, les successions et les enfants naturels particulièrement responsables de la dissolution des liens sociaux. Le désarroi des esprits et la crise sociale étaient rattachés aux effets, en fait mal connus, du relâchement du cadre familial traditionnel. Quelques scandales étalés avec complaisance dans les salons parisiens provoquaient ce *choc en retour* et à l'exagération des *excess* prétendument provoqués par la nouvelle législation civile. Xavier Martin a montré comment les *Idéologues* ont développé, dans ce climat, une philosophie individualiste et pessimiste, largement influencée par Hobbes, qui débouchait sur une aspiration à la reconstitution d'un ordre social fondé sur la famille, la propriété et la stabilité des transactions². Ainsi se mettaient en place, à la fin du Directoire, presque tous les éléments du cadre intellectuel de la codification napoléonienne : la pensée juridique qui allait présider aux réussites du Consulat avait déjà largement commencé à prendre corps.

L'aboutissement consulaire

Chapitre 9

Consacré comme un des symboles de l'unité nationale, longtemps objet de vénération de la part des juristes, le Code civil de 1804 n'a pas cessé d'alimenter commentaires et controverses. Depuis le *Livre du Centenaire* qui, en 1904, dressait un premier bilan critique de la codification, les études se sont multipliées et ont profondément renouvelé notre vision des sources doctrinales, de l'ambiance idéologique et de la portée symbolique du Code civil. Nous n'aurons pas la prétention de refaire l'histoire de la rédaction du Code de 1804 : il s'agit plutôt, en guise d'épilogue, de relever quelques-uns des éléments de continuité ou de rupture entre le droit révolutionnaire et le droit codifié de la période consulaire. Pourquoi Bonaparte a-t-il réussi là où Cambacérès avait échoué ? A cette interrogation, la propagande napoléonienne et, à sa suite, beaucoup de juristes du XIX^e siècle ont répondu : parce que le Code de 1804 était une œuvre de génie, inspirée par un génie, alors que les codes de Cambacérès n'étaient que le produit informe d'une « législation incohérente et monstrueuse »¹. A ce premier argument s'en ajoute souvent un second puisé dans le *Discours préliminaire* de Portalis : un bon Code civil ne pouvait naître au milieu des crises politiques, il fallait une stabilisation pour que s'édifie une législation durable. L'opposition des contenus, le poids des circonstances : ces deux arguments ne sont pas sans valeur, à condition qu'on pousse un peu plus loin l'analyse de la conjoncture et des choix effectués de 1800 à 1804 au lieu de se contenter de dénigrer le droit révolutionnaire.

1. Fr. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 163.

2. X. Martin, L'individualisme libéral en France autour de 1800. Essai de spectroscopie, *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 1987, n° 4, p. 87-101.

1. Nous empruntons cette expression à une brochure de propagande de l'an VIII citée par X. Martin, Politique et droit privé après Thermidor, *La Révolution et l'ordre juridique privé*, p. 183-184.

Les conditions de la réussite

On discute à l'envi depuis bientôt deux siècles sur la part exacte prise par Bonaparte à l'élaboration du Code civil. Quelles que soient les nuances que l'on apporte au portrait du Premier consul législateur, un fait demeure : « Le Code civil est inséparable de la personne de Bonaparte »¹, il est né de la rencontre d'un homme et d'une situation. Nul ne peut nier l'intérêt qu'a pris Bonaparte à la codification : cet intérêt s'est manifesté dès les premiers jours qui ont suivi le coup d'Etat de brumaire an VIII. Alors même que le nouveau régime n'était pas organisé, Bonaparte a « appelé de ses vœux » la rédaction d'un Code civil et a encouragé le travail dirigé par Jacqueminot² au sein de la commission législative du Conseil des Cinq-Cents, sorte de *Parlement croupion* provisoirement maintenu le temps que soit rédigée la Constitution de l'an VIII. La loi du 19 brumaire an VIII (10 novembre 1799) avait expressément chargé les deux commissions législatives de 25 membres chacune qui remplaçaient les Cinq-Cents et les Anciens de préparer un Code civil.

La codification s'inscrit parfaitement dans le *grand dessein* napoléonien et le Droit tient une place de premier plan dans la doctrine de l'Etat consulaire puis impérial. Bien évidemment, Bonaparte, arrivé au pouvoir par un coup d'Etat, n'est pas un modèle de respect de la légalité et des droits de l'homme. Pour lui, la raison d'Etat et sa gloire personnelle priment le Droit. Mais il peut être de bonne politique d'unifier le droit et de maintenir une façade legaliste. Dans l'attachement maintes fois proclamé par Bonaparte au Droit et à la Justice, il y a une grande part de machiavélisme et une petite part de l'héritage révolutionnaire du culte de la Loi. La *liberté civile*, mentionnée avec l'égalité des droits dans le serment du sacre de l'empereur, est la contrepartie nécessaire de l'autoritarisme politique. Tout le système repose sur la distinction entre une sphère politique, où le gouvernement règne en maître absolu, et la sphère privée des relations entre individus, qui est le domaine des lois civiles votées par le Corps législatif. Comme si les citoyens avaient échangé leurs droits politiques

1. J. Carbonnier, *Le Code civil*, dans *Les lieux de mémoire : la Nation*, sous la direction de P. Nora, Paris, Gallimard, 1986, t. II, p. 295.
2. Fenet, t. I, p. 331.

contre la garantie d'un statut civil fixe et égalitaire. Le gouvernement impérial est intervenu dans l'économie, il a développé son emprise sur les esprits et les âmes par le contrôle de l'enseignement et de l'Eglise. Il n'a pas été cependant un gouvernement *totalitaire* et a su faire preuve d'un relatif libéralisme et d'un certain respect pour l'intimité des familles.

En même temps, le Code civil fut pour Bonaparte un moyen de modeler la société par les lois, à défaut de la *régénérer* complètement comme le souhaitait le législateur de 1793. Le Code civil fait partie de ces *masses de granit* que le Premier consul voulait jeter sur le sol de France en vue d'agglomérer des individus isolés comme des grains de sable. La codification devait contribuer à consolider le nouvel ordre social issu de la Révolution, en consacrant les droits des propriétaires : il s'agissait, selon Locré, de rétablir « l'édifice social ébranlé sur sa base la plus solide, sur les lois régulatrices et protectrices de la propriété »¹. Autant dire que l'ascension de la bourgeoisie est au cœur de ce nouveau droit.

La codification du droit civil répond ainsi à l'ambition première du régime instauré après le coup d'Etat du 18 brumaire : *achever*, aux deux sens du mot, la Révolution. Les consuls ne proclamaient-ils pas le 15 décembre 1799 : « Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée ; elle est finie ? » Ce programme n'a en lui-même rien d'original, la volonté de terminer la Révolution n'ayant cessé d'être proclamée depuis la fin de 1789. Mais, dix ans après, un gouvernement fort se donne les moyens de procéder à cette stabilisation. Si la paix extérieure n'a été que passagère de 1802 à 1803, la paix intérieure a été rétablie par une politique mêlant fermeté et compromis, répression et réconciliation nationale. Là aussi, la codification est en parfaite harmonie avec les intentions et les réalisations de Bonaparte. L'idéal d'unité nationale fait partie du legs révolutionnaire repris par le Premier consul qui y ajoute la volonté de pacification. Le régime consulaire s'attache aussi à rétablir une application ferme et uniforme des lois et à structurer une administration efficace et centralisée pour remédier aux carences, exagérées par la propagande mais cependant réelles, de l'*anarchie* directoriale. Réforme administrative, réorganisation judiciaire et codification vont de pair dans ces premières années du nouveau régime si riches en réussites institutionnelles.

1. Locré, p. VII.

On n'a peut-être pas assez insisté sur les conséquences, y compris en matière de législation civile, de la stabilisation financière opérée de 1800 à 1804. Dans ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, la voie avait été tracée par le Directoire qui était revenu à la monnaie métallique, après l'abandon de l'assignat (février 1796) et l'expérience ratée des mandats territoriaux (mars 1796 - février 1797). Mais la situation restait obérée par les séquelles de l'effondrement du papier-monnaie et les contraintes de la guerre. Il avait fallu une quinzaine de lois, votées entre l'an IV et l'an VI¹, pour tenter de régler le sort des obligations contractées avant ou pendant la dépréciation du papier-monnaie. Au grand dam des créanciers, les sommes stipulées en valeur nominale dans les obligations contractées pendant la chute des assignats avaient été réduites, en suivant des tableaux de dépréciation, à leur valeur réelle en numéraire au moment du contrat². Le Consulat consacra le retour au numéraire, arriva en 1802 à équilibrer le budget de l'Etat et créa la Banque de France (1800) puis le franc germinal (1803). Toutes les conditions étaient désormais remplies pour assurer le respect des contrats dont l'article 1134 du Code civil allait faire la *loi des parties*.

Faut-il ajouter aux éléments de la conjoncture favorables à la codification le rétablissement du culte catholique et l'accord intervenu avec la papauté par la signature du Concordat en juillet 1801 ? Il est certain qu'il y a une forme de complémentarité entre le Code civil et le Concordat qui vont, tous les deux, dans le sens de la pacification d'une société régulée par le retour à une morale traditionnelle³. Le chef de l'Etat, bientôt consacré comme le père de ses sujets, les pères de famille et les pères spirituels ont cause liée pour défendre l'ordre familial. Cependant, le projet de Code civil fut rédigé par la commission gouvernementale avant la conclusion du Concordat et ses rédacteurs n'étaient pas tous doublement intéressés, comme Portalis, à la réalisation de la codification et à l'obtention d'un accord avec l'Eglise. Le Code civil n'a pas été interprété par les hommes du Consulat à la lumière du Concordat et les objectifs des deux textes, comme leur domaine d'application, restent assez différents.

Outre la situation politique et sociale, un des facteurs essentiels de

1. A. Vincenti, *Le tribunal départemental du Vaucluse de l'an IV à l'an VII*, th. droit, Montpellier, Avignon, 1928, p. 202-213.

2. Cf. pour les débats à ce sujet, AN, AD XVIIIIC 434 et 435.

3. X. Martin, *Approche du droit révolutionnaire et du Code Napoléon : précautions de méthode, La famille, la loi, l'Etat*, p. 246.

la réussite de Bonaparte réside, à notre avis, dans l'attitude du Premier consul à l'égard des juristes. Tout en imposant ses vues, Bonaparte a recherché les conseils de spécialistes qu'il savait admirablement flatter en ayant l'air de solliciter leur avis. Il est ainsi arrivé à rallier les juristes à son entreprise de codification, comme il avait su séduire les savants dès la campagne d'Egypte et, pendant un temps au moins, attirer à lui les *Idéologues* et de nombreux intellectuels.

Le gouvernement consulaire est parvenu à réunir une *équipe* exceptionnelle de juristes autour de la rédaction du Code civil. Rappelons tout d'abord la présence, comme deuxième consul auprès de Bonaparte, de Cambacérès. Le choix de l'ancien Conventionnel rassure les membres des assemblées révolutionnaires et garantit le refus de tout compromis avec les Bourbons. En même temps, Bonaparte ne pouvait ignorer les compétences juridiques de Cambacérès qui avait attaché son nom aux tentatives précédentes de codification et connaissait bien le personnel des tribunaux, comme ancien ministre de la Justice du Directoire. Dans son entreprise de séduction des juristes, Bonaparte, peut-être conseillé par Cambacérès, réussit un coup de maître en choisissant les quatre membres de la commission chargée par le gouvernement de préparer le projet de Code civil. Un savant dosage a présidé à la sélection des quatre commissaires : Portalis, Maleville, Tronchet et Bigot de Préameneu. Géographiquement, un Provençal, un Périgourdin, un Parisien et un Breton représentent, de manière équilibrée, pays de coutumes et de droit écrit. Professionnellement, ces quatre anciens avocats au parlement sont des juristes de tradition qui ont aussi l'expérience du droit et de la justice de la Révolution. Maleville a été juge au Tribunal de cassation de 1791 à 1795 et Bigot de Préameneu président de section du Tribunal civil de la Seine sous le Directoire. Politiquement, ce sont quatre *modérés* qui n'ont pas rejeté les principes de 1789 mais ont été emprisonnés ou menacés sous la Terreur. Tronchet a été un des oracles juridiques de la Constituante, puis a défendu Louis XVI devant la Convention avant de siéger, aux côtés de Maleville, parmi les monarchistes constitutionnels du Conseil des Anciens. Portalis a été plus compromis avec les royalistes : frappé par le coup d'Etat du 18 fructidor an V, il a dû se réfugier en Suisse puis en Allemagne et n'est rentré en France, grâce à Bonaparte, qu'en février 1800. Le principal artisan de la rédaction du Code civil est un *fructidorisé* qui doit tout, à commencer par son retour d'exil, au Premier consul¹. Aucun de ces quatre juristes n'a siégé à la Convention

1. L. Schimschewitsch, *Portalis et son temps*, th. droit, Paris, 1936, p. 49-50.

et tous les quatre ont un point de vue très critique sur la législation civile de la Révolution. Non seulement leurs idées sont en harmonie avec celles de la majorité des juristes du Consulat, mais ils bénéficient d'une haute réputation de science et d'intégrité qui les met au-dessus de tout soupçon, sinon de toute critique.

Au Conseil d'Etat, qui examina et discuta le projet préparé par les quatre commissaires, Bonaparte a réuni d'autres grands juristes de la Révolution capables de contrebalancer l'influence de Portalis ou de Tronchet. A la section de législation ont ainsi été nommés des hommes de la Révolution apparemment attachés aux principes républicains : Boulay de La Meurthe, qui avait approuvé le coup d'Etat du 18 fructidor, Berlier, dont on a vu le rôle au sein du comité de législation de la Convention, Réal, ancien substitut du procureur de la commune de Paris, et Treillard, Conventionnel puis membre du Directoire exécutif. Parmi les autres conseillers d'Etat, Emmery, qui est passé par la Constituante et le Tribunal de cassation, et Thibaut, député de la Plaine à la Convention et partisan de la conciliation au sein des assemblées du Directoire, représentent une sensibilité plus modérée, de même que Regnault de Saint-Angély. Enfin siègent au Tribunal de cassation, appelé à donner son avis sur le projet de Code civil, d'anciens législateurs révolutionnaires comme Oudot et Merlin de Douai. Ce dernier a accepté, au début du Consulat, la place relativement modeste de substitut du commissaire du gouvernement au Tribunal de cassation. Comme à Sainte-Hélène, Napoléon lui reconnut un rôle de premier plan dans la discussion du Code civil, certains en ont conclu qu'il avait donné des leçons particulières de droit au Premier consul. Bonaparte, tout en écartant Merlin de la commission de rédaction en raison de son impopularité et de ses idées trop *avancées*, aurait forgé sa propre opinion au contact de l'ancien Conventionnel. En fait, nous avons vu que Merlin ne s'était jamais passionné pour les projets de Code de Cambacérès et n'avait pas professé des idées particulièrement révolutionnaires en matière de législation civile. On ne peut donc pas parler à notre avis de mise à l'écart de ce juriste, pas plus qu'on ne peut prouver son influence sur Bonaparte. Ce qu'il faut surtout noter, c'est la présence, dans chacune des institutions appelées à participer à l'élaboration du Code civil, des principaux *députés-juristes* de la Révolution savamment répartis pour équilibrer, voire neutraliser, des tendances politiques jusque-là divergentes.

A des niveaux plus modestes, le Premier consul est parvenu à satisfaire les intérêts d'un grand nombre d'hommes de loi, en reconstituant

une *société judiciaire* cohérente. La réorganisation judiciaire effectuée sous le Consulat se fonde sur un compromis entre l'idée de hiérarchie judiciaire, empruntée à l'Ancien Régime, et le schéma d'une organisation rationalisée qui vient de la Révolution. Surtout, en ce qui concerne les hommes, le nouveau statut de la magistrature ainsi que le rétablissement des avoués puis des avocats offrent de nombreuses perspectives de carrière aux juristes professionnels. En l'an VIII, le système révolutionnaire d'élection des juges a été abandonné au profit de la nomination par le gouvernement de magistrats désormais inamovibles. Les juristes ont été les grands bénéficiaires de ce changement radical dans la procédure de recrutement des juges. Bonaparte, peu au fait des questions judiciaires, a nommé ceux que lui présentaient Cambacérès et Abrial, le ministre de la Justice. Les magistrats choisis en l'an VIII sont, en très grande majorité, des hommes de loi qui ont siégé dans les tribunaux de la Révolution. Comme il y avait relativement peu d'hommes compétents dans les petites villes, Cambacérès et Abrial se sont tournés vers ceux qui avaient exercé des fonctions judiciaires sous la Constituante, la Convention et le Directoire. Il en résulta un recrutement éclectique, parfois de qualité médiocre¹ mais de nature à combler de très nombreux juristes désormais prêts à chanter les louanges du retour à l'ordre. Alors que la Convention s'était brisée contre les professionnels du droit, le régime consulaire s'est attiré la sympathie des juristes en recomposant une magistrature respectée.

Dès l'an VIII également, la profession d'avoué a été rétablie et organisée. Une fois de plus, le Consulat a fait aboutir en quelques mois un projet qui avait traîné pendant des années sous le Directoire. Les auxiliaires de justice étaient de nouveau des professionnels pourvus d'un monopole et soumis à des règles de discipline. Les huissiers et les notaires recurent eux aussi une nouvelle organisation. La renaissance de la profession d'avocat fut plus laborieuse puisqu'il fallut attendre la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) pour que soient officiellement établis des tableaux d'avocats auprès des tribunaux et le décret du 14 décembre 1810 pour que soient créés des ordres. La loi du 22 ventôse an XII, promulguée presque au même moment que le Code civil, réglementa les études de droit et établit des écoles de droit plus tard transformées en facultés. En dépit de certaines lenteurs, cette résurrection des anciennes professions, avec leur organisation corporative, renouait avec l'Ancien Régime.

1. J. Bourdon, *La réforme judiciaire de l'an VIII*, th. Lettres, Rodez, 1941, t. II, p. 601-606.

Le ralliement des juristes, souvent attachés à la tradition, s'effectuait sous le signe de la réaction, ou du moins dans une ambiance idéologique qui accentuait le mouvement d'hostilité au droit révolutionnaire des années 1792-1794 dont nous avons vu le développement sous la Convention thermidorienne et le Directoire. C'était le programme des *fructidorisés*, ou au mieux des *modérés* du Directoire, qui triomphait dans les esprits de la majorité des juristes du Consulat. Tandis que les victimes du coup d'Etat du 18 fructidor, comme Portalis, Siméon et Murair, reprenaient à propos du mariage, de la famille et des mœurs, le discours qu'ils avaient tenu en l'an V, les anciens députés du Directoire clamaient plus fort leur répulsion pour les lois révolutionnaires relatives au divorce et aux enfants naturels. Même les anciens Conventionnels ralliés à Bonaparte, comme Cambacérès, Merlin de Douai et Berlier, ne montraient guère d'ardeur, c'est le moins qu'on puisse dire des deux premiers, à défendre les lois de l'an II qu'ils avaient votées et souvent fait voter. Faut-il parler, pour Cambacérès ou Berlier, de reniement ou faut-il invoquer le climat de la Terreur pour expliquer des thèses ardemment soutenues en l'an II et rapidement oubliées en l'an VIII ? Indéniablement, la pensée de ces hommes a évolué et s'est rapprochée de celle d'un Portalis ou d'un Tronchet : dans le *compromis*, ce sont les *progressistes* qui ont fait le chemin le plus long pour rejoindre les *modérés* et même certains *réactionnaires*. Bonaparte n'a pas mis sur la touche les grands juristes révolutionnaires, même s'il ne leur pas a donné un rôle de premier plan dans la rédaction du projet gouvernemental : ce sont ces juristes eux-mêmes qui ont volontairement accepté de sacrifier une grande partie du nouveau droit de la famille, peut-être pour sauver d'autres acquis de la Révolution.

Ce *consensus* des juristes, dont les linéaments remontaient au Directoire, est pratiquement acquis dès le début du Consulat. Le projet Jacqueminot, rédigé pendant la période intérimaire entre le Directoire et le Consulat, est un excellent témoignage de ce nouveau climat. Jacqueminot a travaillé à ce projet avec des hommes aussi différents que Cambacérès, Thiers, Favard et Tronchet, pour ne citer que les principaux. Et l'introduction de son projet reflète parfaitement la nouvelle *philosophie* des juristes. Jacqueminot y fait l'éloge de la Constituante et dénonce le « fanatisme d'une égalité follement interprétée » qui rejait sur les lois civiles de la Convention. L'*épuration des mœurs* passe par la défense du mariage, la diminution des divorces, le rétablissement du « légitime empire » de l'autorité paternelle, l'élargissement de la faculté

de disposer et la restriction des droits des enfants naturels¹. Sur tous ces principes, les juristes du Consulat seront globalement d'accord, les divergences n'apparaissant que sur l'étendue de la réaction par rapport aux lois révolutionnaires.

Le succès de l'entreprise consulaire de codification s'explique également par la procédure suivie dans l'élaboration du Code civil. Cette procédure, qui mêle concertation et autoritarisme, s'est révélée efficace : elle a permis de mieux dégager l'entente des juristes, tout en brisant les oppositions politiques. La préparation du Code civil a été précédée de l'examen d'une loi sur les successions, votée le 4 germinal an VIII (25 mars 1800), qui a servi à notre avis de répétition générale. Cette loi augmentait la quotité disponible, en reprenant les propositions du projet Jacqueminot, elles-mêmes très proches de celles du comité de Constitution en avril 1791 : le père de famille, qui avait moins de quatre enfants, pouvait disposer par donation ou testament d'un quart de ses biens, y compris en avantageant un de ses héritiers. Ce texte constituait la première grande atteinte à la loi du 17 nivôse depuis la Convention thermidorienne. L'orateur du Conseil d'Etat, Boulay de La Meurthe, dénonça le « système d'interdiction » de la loi du 17 nivôse et exalta l'autorité paternelle, « si légitime et si sacrée, si étroitement liée à l'intérêt des bonnes mœurs »². Paradoxalement, Boulay de La Meurthe faisait preuve de scepticisme sur les possibilités de rédaction d'un Code civil : « Vouloir changer tout à coup les lois d'un tel peuple et le ramener brusquement à un système uniforme, c'est un contresens dans lequel on n'est tombé que trop souvent dans le cours de la Révolution. » Les théories exprimées par Portalis en 1797 revenaient au premier plan et paraissaient éloigner les perspectives de codification.

La discussion de ce projet de loi par le Tribunat montra, en tout cas, qu'il existait une majorité prête à soutenir les nouvelles orientations du droit civil. Il y eut bien quelques voix, comme celle d'Andrieux, pour attaquer ce « lambeau » de Code civil qui tendait à recréer le droit de primogéniture contraire à l'esprit d'égalité³. Mais, en dépit de ces échos discordants, le projet obtint une large majorité au Tribunat (53 voix contre 35) et au Corps législatif (213 voix sur 266). De manière significative, il fut soutenu non seulement par des juristes qui avaient participé à l'élaboration du projet Jacqueminot

1. Fenet, t. I, p. 331 et 405.

2. AP, I, p. 336, 19 ventôse an VIII.

3. AP, I, p. 471-476, 478-479 et 489-491.

comme Favard, mais aussi par des hommes politiques proches des *Idéologues* comme Benjamin Constant qui approuva l'idée de rendre à la puissance paternelle l'arme des libéralités en donnant « un motif de plus à l'obéissance des enfants »¹. On eut beau reprendre les arguments du débat d'avril 1791 contre la faculté de tester, et même invoquer les mânes de Mirabeau, la majorité se prononça en faveur des idées qui avaient été exprimées neuf ans plus tôt par Tronchet et Le Chapelier. Les lois égalitaires de l'an II n'avaient presque plus de partisans.

Après ce ballon d'essai, le processus de codification fut véritablement mis en marche avec la désignation, le 24 thermidor an VIII (12 août 1800), des quatre commissaires chargés de préparer un projet de Code civil avant brumaire an IX. Notons la nouveauté qui consistait à faire rédiger un Code civil par une commission restreinte émanée du gouvernement et non par un comité plus ou moins étoffé composé de membres des assemblées. Ce changement est, bien sûr, la conséquence de la prééminence nouvelle du pouvoir exécutif ; il fut également facteur de rapidité et de cohérence. La commission dépassa de deux mois le délai qui lui avait été initialement imparti², mais rendit son travail, le 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), ce qui prouve l'apport considérable fourni par les travaux antérieurs. L'avant-projet fut ensuite envoyé, pour observations, au Tribunal de cassation et à tous les tribunaux d'appel, démarche heureuse qui associait les juges à l'élaboration du Code, tout en servant d'exutoire à l'expression des particularismes locaux. En fait, ces observations ne paraissent pas avoir remis en cause l'économie générale du projet gouvernemental qui fut globalement approuvé. Le Tribunal de cassation émit, cependant, quelques réserves : une majorité de ses membres se prononça, avec un certain nombre de conditions restrictives, pour le divorce « sans cause précise et déterminée » et en faveur de l'adoption, institution que la commission gouvernementale avait complètement écartée. Le premier tribunal de la République s'opposa également au système hypothécaire proposé par la commission gouvernementale et un juge de cassation critiqua l'extension de la quotité disponible³. Ces derniers sursauts révolutionnaires, à vrai dire très limités, ne se retrouvent guère dans les observations des tribunaux d'appel⁴.

1. AP, I, p. 488.

2. Ch. Durand, *L'exercice de la fonction législative de 1800 à 1814*, Aix, 1955, p. 112.

3. Fenet, t. II, p. 486-497, 607 et s., 699-700.

4. J. Brisset, *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*, Paris, PUF, 1967, p. 57 ; Fr. Olivier-Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804*, th. droit, Paris, 1901, p. 204.

L'étape suivante fut l'examen du projet au sein du Conseil d'Etat à partir de messidor an IX. Sur bien des points, cette discussion, qui s'étala sur presque trois ans et 107 séances, dont 55 présidées par Bonaparte¹, fut déterminante. C'est ainsi que fut écarté le *Livre préliminaire* de 39 articles proposé par Portalis, qui s'inspirait du *Traité des lois* de Domat et regroupait toute une série de règles de droit naturel et de morale². Au début de l'an X, le Conseil d'Etat consacra plusieurs séances à la question du divorce. Le projet de la commission gouvernementale, visiblement inspiré par Portalis, était très restrictif : le divorce n'était possible que pour des causes déterminées, en cas de faute d'un des époux. Le divorce pour incompatibilité d'humeur ou par consentement mutuel était rejeté. Or, ces deux modalités de divorce furent défendues par Bonaparte, Berlier, Thibaudeau et, dans une moindre mesure, Emmery et Cambacérès³. Finalement, le Conseil d'Etat se prononça pour un projet de Boulay, amendé par Cambacérès sous l'impulsion de Bonaparte, qui admettait le divorce par consentement mutuel, en le soumettant à des conditions *pénibles* et des épreuves. Le débat sur l'adoption, qui se déroula en frimaire an X et au début de l'an XI⁴, opposa de même les adversaires de cette institution révolutionnaire, comme Tronchet et Maleville, et ses partisans au premier rang desquels figuraient Berlier, toujours convaincu des bienfaits de l'adoption comme « consolation des mariages stériles », et le Premier consul plus sensible aux avantages politiques et personnels qu'il pouvait en tirer. Il fallut pas moins de six rédactions successives et des interventions répétées de Bonaparte pour arriver à un compromis soumis au Tribunal en nivôse an XI.

Avant même que l'ensemble du Code ait été discuté par le Conseil d'Etat, les premiers titres furent présentés, sous forme de projets de loi séparés, aux assemblées : le Tribunal, chargé par la Constitution de l'an VIII d'émettre un vœu, positif ou négatif, sur les projets gouvernementaux et le Corps législatif, le corps des *muets*, qui se contentait d'accepter ou de rejeter la transformation du texte en loi. L'histoire de cette discussion est bien connue : le titre préliminaire sur la publication, les effets et l'application des lois fit l'objet

1. Ch. Durand, *op. cit.*, p. 116.

2. B. Beignier, Portalis et le droit naturel dans le Code civil, *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 1988, n° 6, p. 86.

3. Fenet, t. IX, p. 259 et s., 278-279, 290-291 et 311 ; D. Rougnot-Valdeyron, Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1975, p. 484-485.

4. Fenet, t. X, p. 247 et s., p. 364 et s.

d'un vœu défavorable du Tribunal (par 65 voix contre 13) avant d'être rejeté par le Corps législatif par 142 voix contre 139 ; le titre sur la jouissance et la privation des droits civils fut lui aussi désapprouvé par le Tribunal (11 nivôse an X) et le titre sur les actes de l'état civil ne fut approuvé par le Tribunal qu'après une discussion serrée (7 nivôse an X). Bonaparte réagit violemment à cette fronde parlementaire : il retira les projets en discussion (12 nivôse an X) et procéda, par un stratagème constitutionnel et avec la complicité du Sénat, à l'épuration des assemblées privées de leurs éléments les plus contestataires comme Andrieux, Thiesse, Chazal, Chénier et Benjamin Constant. Ce coup d'éclat à la limite du coup d'Etat permit, en l'an XI et en l'an XII, le vote par des assemblées domestiquées des 37 projets de loi qui constituaient le Code civil.

Alors que Cambacérés s'était heurté à des assemblées toutes-puissantes, Bonaparte eut les moyens de faire cesser toute opposition parlementaire. Le Code de 1804 fut, d'une certaine manière, imposé par des méthodes autoritaires. Il convient cependant d'être très attentif aux raisons de l'opposition des assemblées. Dans les votes de l'an X, la susceptibilité des députés, froissés de n'avoir pas été associés à la préparation du Code et placés dans l'impossibilité constitutionnelle de proposer des amendements, ainsi que la conjoncture politique ont joué un rôle sans doute plus important que les critiques adressées au contenu des textes discutés. De plus, ces critiques ne portent pas tant sur les grandes orientations du Code civil que sur des imperfections de rédaction et des notions de droit public.

Ainsi, le premier projet sur la publication et les effets des lois a été attaqué parce que ce préambule de huit articles était assez mal rédigé et indigne de former un *portique* au Code civil¹. Le mode de publication des lois, qui faisait seulement allusion à la promulgation par le Premier consul et faisait intervenir une présomption de connaissance de la loi à partir de délais calculés selon les distances, fut également très critiqué, y compris par des juristes peu suspects d'hostilité au gouvernement comme Favard². L'article qui imposait aux juges de se prononcer même dans le silence de la loi fut dénoncé par Garat-Maillasson comme un risque d'abus et d'excès de pouvoirs des tribunaux³. Publication des lois, pouvoirs des juges et rôle de la jurisprudence : ce

1. AP, III, p. 42-47, discours d'Andrieux.
2. AP, III, p. 115-117.
3. AP, III, p. 81-88.

furent des questions de droit constitutionnel, et non de droit civil, qui dominèrent cette discussion.

De même, l'opposition au deuxième texte sur la jouissance et la privation des droits civils se concentra sur trois points essentiels qui touchaient au droit des gens : l'éventualité d'un retour en France des enfants d'émigrés, le rétablissement du *droit d'aubaine* et la réglementation de la mort civile¹. Quant au troisième projet sur les actes d'état civil, il fut attaqué par Benjamin Constant en raison d'un article qui autorisait la mère d'un enfant naturel à déclarer le nom du père dans l'acte de naissance². Benjamin Constant dénonçait le risque des « impositions des femmes sans mœurs » : il ne reprochait pas au projet son excessive dureté à l'égard des enfants naturels mais l'inutilité d'une telle déclaration de la mère. Les *Idéologues* n'entendaient pas défendre le droit révolutionnaire contre le caractère *réactionnaire* du Code civil mais plutôt dénoncer la dérive institutionnelle qui réduisait le pouvoir des assemblées.

Une fois épuré, le Tribunal obtint seulement quelques modifications de détail dans les textes qui devaient composer le Code civil. Cette docilité était bien sûr la conséquence de l'épuration de l'an X : les tribuns les plus fidèles aux idéaux révolutionnaires avaient été écartés de l'Assemblée. Mais il faut noter que la majorité des tribuns étaient hostiles au divorce par consentement mutuel, peu favorables à l'adoption et partisans d'un renforcement de la puissance paternelle³. Sur ces questions essentielles pour le nouveau droit civil, il n'y a jamais eu de forte opposition au sein des assemblées : les choix du gouvernement faisaient l'objet d'une large acceptation par les contemporains. Voté par des moyens autoritaires, le Code civil était fondamentalement une œuvre de compromis.

La rançon du succès

Dans le *Discours préliminaire*, Portalis a exposé, au nom des quatre membres de la commission gouvernementale, les principes qui ont inspiré la rédaction du Code civil. Les formules de Portalis sont passées à la postérité : « Les lois sont faites pour les hommes, et non les

1. AP, III, p. 167, 175, 194-197, 209, 247 et 353-356.
2. AP, III, p. 262-265 et 305-309.
3. Ch. Durand, *op. cit.*, p. 130-133.

hommes pour les lois », elles « doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites », « les Codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas » et enfin, pour résumer la méthode suivie par les commissaires, « nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes ». Cette fameuse *transaction* est devenue le symbole même de la *sagesse* et de la *modération* du Code civil. Il faut prendre garde d'expliquer le Code de 1804 uniquement à la lumière de ce *Discours préliminaire*. Portalis lui-même a apporté, dans d'autres textes, certaines nuances à ces principes apparemment bien tranchés. De plus, il a dû consentir à certains abandons, comme celui du *Livre préliminaire* fondé sur le droit naturel.

Il n'en reste pas moins que les sentences de Portalis, influencé à la fois par Montesquieu, Burke et la nouvelle philosophie de l'histoire dont il a pu voir la naissance en Allemagne¹, reflètent bien la *modestie* des rédacteurs du Code civil qui ont souhaité trouver des solutions moyennes, au risque d'abandonner toute perspective de réforme ou de création juridique. Le Code de 1804 n'innove pas, il se contente de reprendre, de choisir et de consacrer certaines des institutions et des règles juridiques issues de l'ancien droit et du droit révolutionnaire : sa principale originalité, c'est en fait l'absence d'originalité dans le contenu « fourni par le droit du passé ou le droit de la veille »². Cela ne signifie pas que ce Code se réduise à une compilation, mais il est resté quelque chose, dans le texte de 1804, du scepticisme exprimé par Portalis en 1797 : par certains aspects, le Code de 1804 est un code *conformiste*, qui se veut expressément conforme aux mœurs, et un code *minimaliste*, qui privilégie l'héritage de la tradition juridique par rapport à la volonté créatrice.

On n'en finirait pas de discuter pour savoir si le Code civil est plus réactionnaire que révolutionnaire ou plus révolutionnaire que réactionnaire. Dans la perspective qui est la nôtre, et qui consiste à ne pas séparer le Code de 1804 des projets révolutionnaires antérieurs, il semble qu'on puisse distinguer trois morceaux dans le *Code Napoléon* : une part *révolutionnaire* sur les biens et les contrats qui se situe dans la lignée des projets de Cambacérès, une part *réactionnaire* sur la famille qui s'inspire à la fois de l'ancien droit et des idées des députés royalistes de

1. L. Schimschewitsch, *op. cit.*, p. 139-142.

2. A. Esmein, L'originalité du Code civil, dans *Livre du centenaire du Code civil*, Paris, 1904, t. I, p. 5.

l'an V, et enfin une part *transactionnelle* sur les régimes matrimoniaux et les successions.

Le Code de 1804 n'a pas complètement répudié l'héritage de la Révolution : pour les contemporains, il a été fondamentalement le code de l'égalité, le recueil, écrivait Berlier « où, sans distinction de classes ni de personnes, la loi s'adressait à tous »¹. Certes, cette égalité nous paraît aujourd'hui aller de soi et se résumer parfois à un principe contrarié par la législation napoléonienne elle-même. L'esclavage a été rétabli dans les colonies en 1802, la succession de l'étranger résidant en France reste, à défaut de réciprocité, soumise au *droit d'aubaine* et l'on peut dire qu'il y a dans le Code civil des personnes *plus égales* que d'autres : les maris par rapport aux femmes, les parents par rapport aux enfants, les employeurs par rapport aux employés... L'égalité règne surtout entre les pères de famille propriétaires et les rédacteurs du Code n'ont pas hésité à soutenir l'idée d'une inégalité naturelle entre les hommes. Il n'en reste pas moins que le Code rejette cette « foule de distinctions qui ont disparu et qui ne peuvent plus revivre », il ne connaît qu'un homme abstrait et indifférencié. La rupture est complète avec l'Ancien Régime et ses trois ordres.

Parce qu'il est la loi commune de tous les Français, le Code civil est empreint de laïcité et de tolérance. Là aussi, on pourrait trouver dans la législation napoléonienne postérieure des atteintes, au détriment des Juifs avec le *décret infâme*, à l'égalité des citoyens de toute religion. Mais le Code maintient l'état civil créé par la loi du 20 septembre 1792 et considère le mariage comme une question purement civile : le mariage civil est même une obligation qui doit nécessairement précéder l'éventuelle cérémonie religieuse. Comme le dit Portalis, « les citoyens peuvent professer diverses religions, mais il faut des lois pour tous ». Sur ce point également, il y a continuité avec la législation révolutionnaire.

La force avec laquelle est affirmé le droit de propriété dans le Code de 1804 constitue aussi un héritage de la Révolution. Les rédacteurs du Code ont répété à l'envi que le droit de propriété était « l'âme universelle de toute la législation », un « droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent ». Certaines des affirmations de Portalis, sur le caractère de *droit naturel* de la propriété et sur la nécessité d'écarter de « fausses doctrines »², pourraient faire croire à un

1. Th. Berlier, *Précis de la vie politique de Théophile Berlier*, Dijon, 1838, p. 90.

2. Ewald, p. 86 et 271-272.

changement par rapport aux conceptions révolutionnaires. Mais les thèses, pour le moins nuancées, de Portalis sur l'essence naturelle du droit de propriété ne faisaient pas l'unanimité¹. Tous les juristes étaient d'accord depuis la Déclaration des droits de 1789 pour reconnaître au droit de propriété un caractère *inviolable et sacré* et Cambacérès, en l'an IV, avait déjà fait de ce principe l'idée centrale de son plan de Code civil.

Si les rédacteurs du Code de 1804 ne craignaient ni l'emphase, ni la redondance, l'exaltation du droit de propriété ne débute donc pas avec le fameux article 544 qui, en s'inspirant notamment de Pothier², définit la propriété comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». D'ailleurs, cet enthousiasme des hommes du Consulat à faire le dithyrambe de la propriété n'a pas principalement pour but d'écarter le spectre d'une révolution sociale. Toutes ces symphonies autour de la propriété étaient destinées aux oreilles des acquéreurs de biens nationaux dont Napoléon promet de défendre les droits lors de son sacre. Le Code civil, dira-t-on, porte au pinacle la propriété bourgeoise, mais il ne faut pas oublier qu'il légitime la propriété révolutionnaire et consacre la propriété libérée des droits féodaux. Les dispositions relatives aux servitudes, qui interdisent formellement d'imposer des services à une personne en faveur d'une autre personne, et celles sur les rentes foncières, qui déclarent ces droits essentiellement rachetables, prouvent que les rédacteurs du Code étaient encore hantés par un possible retour de la féodalité. Enfin, Portalis n'a pas oublié qu'un propriétaire ne doit pas abuser de son droit pour nuire à autrui quand il affirme qu'il « faut 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 »³.

S'il est un point sur lequel le respect des propriétés a conduit les rédacteurs du Code à s'éloigner des solutions révolutionnaires, c'est à propos des transactions immobilières et des hypothèques. Le désir de préserver le secret des familles et la fidélité à l'ancien droit l'ont emporté sur les exigences de publicité et de sécurité reconnues par la loi de brumaire an VII : les rédacteurs du Code civil ont opté pour la clandestinité des mutations de propriété immobilière et pour l'absence de publicité des hypothèques légales.

1. Portalis reconnu que « ce n'est pas dans le droit naturel qu'il faut chercher les règles de la propriété » (Fenet, t. XII, p. 258).

2. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGD, 1969, p. 187.

3. Ewald, p. 276.

En matière de contrats, le Code de 1804 n'est pas en rupture avec la législation révolutionnaire. Le célèbre article 1134 du Code civil, selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », a été précédé, comme on l'a vu, par une proposition du même style dans les deuxième et troisième projets de Cambacérès. Ce que les philosophes du droit appelleront *l'autonomie de la volonté* puise bien sa source dans l'idéologie révolutionnaire. Certes, ce volontarisme est limité par la Loi commune, celle du législateur : seules les conventions *légalement formées* obligent, le contrat n'est qu'une émanation de la loi et il s'agit tout autant de rappeler les contractants au respect de la parole donnée que de magnifier leur pouvoir créateur¹. Mais les projets de Cambacérès imposaient, eux aussi, aux contractants le respect des lois, de *l'honnêteté publique* et de *l'ordre social*. La comparaison entre la loi et le contrat, déjà présente en droit romain et chez Domat, a acquis une nouvelle dimension avec la Révolution et le culte de la Loi.

De manière générale, il y a, dans tout le droit des obligations, de nombreux points communs entre les projets de Cambacérès et le Code de 1804. Le plus souvent, le texte de 1804 est encore plus précis... et encore plus proche de Pothier que les projets de 1793 et 1796. Si la formulation du fameux article 1382, avec la mention de la faute, est originale, le principe d'une clause générale de responsabilité civile se trouvait déjà dans les codes révolutionnaires. Les travaux préparatoires du Code civil se font encore l'écho de la suppression des contraintes du régime corporatif, de l'admission du prêt à intérêt ou de la libération des ventes d'immeubles vis-à-vis des entraves seigneuriales ou familiales : autant de *conquêtes* de la Révolution maintenues par le Code de 1804. Même le silence du Code civil sur les ouvriers et sa conception individualiste de la liberté du travail fondée sur un rapport prétendu équilibré entre l'employeur et l'employé ne sont pas en opposition avec la législation révolutionnaire. Est-il besoin de rappeler que c'est la loi Le Chapelier de juin 1791 qui a interdit les syndicats professionnels et les actions collectives ? A la suite de Pothier, Cambacérès considérait lui aussi le contrat de travail comme un *bail de main-d'œuvre* et son projet de 1793, qui employait le terme *ouvrier*, se bornait à interdire les engagements perpétuels, disposition reprise par l'article 1780 du Code civil. La seule nouveauté en 1804 réside dans le

1. X. Martin, *L'individualisme libéral en France autour de 1800. Essai de spectroscopie, Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 1987, n° 4, p. 125.

fameux article 1781 qui prévoyait qu'en cas de litige avec l'ouvrier sur le salaire le maître serait cru sur parole. Un article fondamentalement inégalitaire mais qui n'a pas choqué les anciens révolutionnaires qui siégeaient au Conseil d'Etat¹ !

Si l'on considère, au contraire, les dispositions du Code civil sur la famille, l'opposition avec le droit révolutionnaire et le caractère *réactionnaire* du texte de 1804 apparaissent beaucoup plus nettement. Encore faut-il dire que l'opposition est surtout sensible par rapport aux lois des années 1792-1794 et à certains des projets restés sans application de Cambacérès. Le retour à l'ordre familial avait déjà été largement entamé sous le Directoire et les dispositions du Code de 1804 ne sont souvent que le prolongement des idées exprimées par les *Clichyens* en l'an V ou des propositions faites par Jacqueminot en l'an VIII.

Le Code civil revient à un modèle traditionnel d'organisation familiale, qu'on pourrait qualifier de *patriarcal*, en raison des larges pouvoirs donnés au père de famille. Les articles 371 et suivants du Code civil organisent une *puissance paternelle* rigoureuse : le père seul exerce l'autorité sur les enfants pendant le mariage et dispose de « moyens de correction ». Il peut ordonner la détention jusqu'à un mois de l'enfant de moins de seize ans et peut requérir du juge la détention jusqu'à six mois de l'enfant de plus de seize ans. Plus question d'un tribunal de famille pour trancher les conflits entre le père et l'enfant : le juge n'intervient que dans les cas les plus graves. Remarquons cependant que le Code civil ne revient pas brutalement à la puissance paternelle romaine ou à celle des pays de droit écrit sous l'Ancien Régime. Il ne s'agit pas d'une puissance perpétuelle : la majorité reste fixée à vingt et un ans, conformément aux lois de 1792, même si le consentement des parents au mariage est nécessaire jusqu'à vingt-cinq ans pour les hommes. De plus, la loi du 16-24 août 1790 admettait elle aussi l'enfermement de l'enfant désobéissant, il est vrai après une délibération du tribunal de famille contrôlée par le président du tribunal de district. Déjà, sous le Directoire, quelques députés avaient demandé le renforcement de la puissance paternelle. Les tribunaux de famille étaient discrédités et ne trouvèrent que quelques défenseurs parmi les juges des tribunaux d'appel ou les membres du Conseil d'Etat comme Berlier². En revanche, l'intervention du juge

1. A. Castaldo, L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil : le maître est cru sur son affirmation..., *Revue historique de Droit français et étranger*, 1977, p. 215-216.

2. Fenet, t. X, p. 494.

pour accepter ou refuser l'arrestation de l'enfant de plus de seize ans fut obtenue par Cambacérès contre le projet initial de la commission. Même dans la réaction, il y a toujours une part de modération !

Le Code civil revient à la tradition juridique de l'ancien droit en réaffirmant la suprématie du mari et l'incapacité de la femme mariée : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari », la femme mariée « ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ». En fait, l'incapacité de la femme mariée n'avait jamais été supprimée par les révolutionnaires et, après avoir vainement proposé l'administration commune des biens du mariage par les époux en 1793, Cambacérès avait prudemment battu en retraite en 1796. Ici encore, la rupture avec la Révolution apparaît davantage dans le ton employé que dans les dispositions techniques elles-mêmes. Les rédacteurs du Code de 1804 ont fait preuve, en effet, d'un anti-féminisme militant. Les déclarations misogynes de Napoléon ne se comptent pas et Portalis comme Cambacérès étaient convaincus de la « prééminence de l'homme »¹. Par réaction contre les tendances *égalitaires* de la Révolution, bien limitées entre hommes et femmes, le Code civil a porté de graves atteintes au principe d'égalité : l'adultère de la femme suffit pour faire prononcer le divorce², alors que la demande formée par la femme trompée n'est recevable que si le mari a « tenu sa concubine dans la maison commune ».

De manière très significative, l'article 229 sur l'adultère de la femme est le premier du long titre de plus de 80 articles que le Code civil de 1804 consacre au divorce. La discussion au sein du Conseil d'Etat aboutit à un texte de compromis qui ne fut appliqué que douze ans, jusqu'à la suppression du divorce en 1816. On est frappé, aujourd'hui, par le caractère restrictif des dispositions du Code : outre l'adultère, les seules causes admises dans le divorce *pour faute* sont les *excès, sévices ou injures graves* et la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. Quant au divorce par consentement mutuel, il apparaît comme un *trompe-l'œil*, vu les conditions et les épreuves auxquelles sont soumis les demandeurs : âge des époux (art. 275 et 277), durée du mariage comprise entre deux et vingt ans (art. 276 et 277), consente-

1. Ewald, p. 370.

2. M. Bordeaux, Le maître et l'infidèle. Des relations personnelles entre mari et femme de l'ancien droit au Code civil, *La famille, la loi, l'Etat*, p. 439.

ment obligatoire des parents (art. 283), abandon de la moitié des biens de chacun des deux époux à leurs enfants (art. 305), interdiction de contracter un nouveau mariage avant trois ans (art. 297)... Le divorce est ainsi enserré dans un cadre autoritaire qui devait en rendre l'usage extrêmement rare. A tel point que, pour Xavier Martin, la loi de 1816 ne serait pas une « entorse aux intentions du Code Napoléon » mais leur « parachèvement »¹. Pourtant, les contemporains ont été sensibles au maintien du divorce et certains ont cru, ou voulu croire, que le divorce par consentement mutuel serait fréquemment utilisé. La réaction, très sensible par rapport à la loi de 1792, l'était moins par rapport aux projets des *fructidorisés*, des royalistes de l'an V qui avaient cru l'emporter grâce à Portalis et à Maleville. Le seul maintien du divorce empêche de parler d'un retour pur et simple à l'ancien droit.

Parce que la législation révolutionnaire s'était montrée très audacieuse en faveur des enfants naturels, ou du moins avait tenté de l'être par la loi du 12 brumaire an II, parce que les projets de Cambacérès avaient accordé une place importante à l'adoption, le Code civil apparaît, en comparaison, hostile aux enfants naturels et adoptifs. Les dispositions sur l'adoption, qui réservent la faculté d'adopter aux personnes de plus de cinquante ans sans enfants et interdisent l'adoption avant la majorité de l'adopté, semblent aujourd'hui conçues de manière particulièrement irréaliste². Comme pour le divorce, on pourrait parler d'une concession de façade aux partisans du droit révolutionnaire. Mais le plus étonnant n'est-il pas que l'adoption ait été possible, sans interdire l'adoption d'un enfant naturel et avec un droit de successibilité de l'adopté sur les biens de l'adoptant plus étendu que celui prévu par Cambacérès dans son troisième projet ? En cette matière, le Code civil de 1804 ne s'aligne pas sur les mœurs et on y perçoit encore un faible écho des conceptions révolutionnaires dans le rôle donné à la volonté individuelle dans l'établissement des liens de filiation.

Entre les enfants naturels et les enfants légitimes, le Code civil a rétabli une stricte ligne de démarcation. Pour Bonaparte, « la société n'a pas intérêt à ce que les bâtards soient reconnus ». Le vocabulaire employé est déjà tout un programme : on parlait d'enfants *nés hors du mariage* en l'an II, on stigmatise à nouveau les *bâtards*. Les enfants

naturels, véritablement considérés comme des intrus dans la famille, subissent les rigueurs additionnées des règles les plus désavantageuses venues de l'ancien droit et du droit révolutionnaire. D'un côté, le Code de 1804 emprunte au droit révolutionnaire l'interdiction en recherche de paternité non avouée, sauf au cas extraordinaire d'enlèvement de la mère au moment de la conception (art. 340). De l'autre, il refuse, comme l'ancien droit, à l'enfant naturel reconnu la qualité d'héritier à l'égard de ses parents. L'enfant naturel n'est qu'un *successeur irrégulier* admis seulement à recueillir, dans les biens de ses père et mère, un tiers (en présence d'enfants), la moitié (en présence d'ascendants ou de frères et sœurs) ou les trois quarts (en présence de collatéraux) d'une portion héréditaire (art. 757). En outre, la reconnaissance pendant le mariage d'un enfant naturel, né avant le mariage en dehors du couple légitime, ne peut nuire ni à l'époux, ni aux enfants nés du mariage (art. 337). Le Code de 1804 est très proche des propositions faites par Siméon en l'an V et par Jacqueminot en l'an VIII. Réactionnaire dans son inspiration, le droit familial du Code civil ne s'inscrit pas moins dans la continuité *thermidorienne*. C'est par rapport à un droit révolutionnaire relativement éphémère, en partie conceptuel et largement critiqué depuis 1795, que l'opposition est la plus nette. L'on comprend que les anciens députés du Directoire, encore très nombreux dans les assemblées, n'aient pas été surpris par les dispositions proposées sous le Consulat.

Ainsi, même dans ce que nous avons appelé la part *réactionnaire* du Code civil, l'esprit de compromis n'est pas absent. Il apparaît encore plus nettement dans la part *transactionnelle* consacrée aux régimes matrimoniaux et aux successions, part dans laquelle une large place est laissée à la volonté des parties. Dans le domaine des régimes matrimoniaux, on l'a vu, l'œuvre de la Révolution était relativement réduite : à travers les projets de Cambacérès et de Jacqueminot¹ avait cependant triomphé l'idée que la communauté devait être le régime légal, s'imposant dans toute la France aux époux qui n'avaient pas fait de contrat de mariage. Le texte rédigé par la commission gouvernementale en l'an VIII reprend de nombreux articles du projet Jacqueminot et ne consacra que cinq articles au régime dotal, l'inaliénabilité dotale devant faire l'objet pour être reconnue d'une stipulation expresse. De 1796 à 1800, il n'y avait pas donc eu d'évolution sensible : le Code civil devait consacrer la victoire du régime de commu-

1. X. Martin, art. cité, p. 121.

2. H. Fulchiron, *Nature, fiction et politique, l'adoption dans les débats révolutionnaires, La famille, la loi, l'Etat*, p. 216-217.

1. Ce projet ne faisait aucune mention du régime dotal (J. Brisset, *op. cit.*, p. 46).

nauté des pays de coutumes, tout en laissant aux parties la liberté de conclure un contrat de mariage selon un autre régime.

La version définitive du Code civil sur les régimes matrimoniaux ne fut élaborée qu'en l'an XII. Suite aux réclamations vigoureuses mais relativement isolées du tribunal d'appel de Montpellier, grâce aux interventions au sein du Conseil d'Etat de Maleville et de Cambacérés, le régime dotal obtint finalement un traitement plus favorable : ce régime faisait désormais l'objet d'un chapitre particulier d'une quarantaine d'articles et, même si la communauté était confirmée comme le *droit commun de la France*, l'article 1391 paraissait mettre presque au même niveau le régime dotal et le régime de communauté. *In extremis*, les rédacteurs du Code ont donc décidé de ne pas forcer la dose d'unité législative et de ménager les susceptibilités des habitants des pays de droit écrit qui craignaient que la communauté soit une « pomme de discorde » entre le Nord et le Midi. Il est significatif qu'au cours de la discussion Portalis se soit montré hostile à l'idée même d'un régime légal : « Rien n'oblige à établir un droit commun qui donne aux époux un contrat de mariage lorsqu'ils n'en ont pas voulu »¹. Le législateur laissait les mœurs faire évoluer les pratiques, dans le sens du déclin du régime dotal et du développement du régime de communauté. Ce *recul*, tardif et assez surprenant par rapport aux objectifs unitaires de la codification, renouait avec la méthode prudente du chancelier Daguesseau.

En terminant sur le système successoral, nous saisissons encore mieux cet *esprit* du Code civil et ses liens avec l'histoire du droit révolutionnaire. Dans ce domaine, les rédacteurs du Code ont fait preuve du maximum d'éclectisme, parvenant à un compromis, considéré comme incohérent par les uns et comme *général* par les autres. En ce qui concerne l'ordre de dévolution des successions *ab intestat*, le Code civil, en retenant le principe de l'unité du patrimoine, choisit un système très proche du droit romain qui avait les faveurs d'un grand nombre de juristes au XVIII^e siècle. Un système fondé sur l'égalité entre parents au même degré et les affections présumées du défunt qui abandonne certaines des *outrances* de la loi du 17 nivôse an II, comme la représentation à l'infini. Le Code civil, en limitant les droits successoraux des parents au douzième degré (art. 755), consacre également le resserrement de la famille autour d'une cellule moins large. Notons aussi l'adoption de la technique de la *fente*,

reprise de la loi du 17 nivôse, qui partage toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux en deux parts égales : l'une pour les parents du côté paternel, l'autre pour les parents du côté maternel¹.

Pour les successions testamentaires, le projet de la commission gouvernementale reprenait les dispositions de la loi du 4 germinal an VIII accordant aux enfants une *légitime* d'au moins les trois quarts des biens de leurs parents. Au cours de la discussion au Conseil d'Etat furent rappelés la plupart des arguments traditionnels en faveur ou à l'encontre de l'égalité successorale. Maleville proposa de revenir à la *légitime* de moitié du droit parisien afin de ne pas trop resserrer « les limites du pouvoir paternel », tandis que Tronchet et surtout Berlier défendaient la quotité disponible limitée prévue dans le projet initial. Comme souvent, la solution définitive, qui s'éloignait davantage de l'égalité révolutionnaire, fut suggérée par Cambacérés : c'est le second consul qui, dans une nouvelle palinodie², imagina la *légitime graduée*, de moitié en présence d'un enfant, des deux tiers avec deux enfants, des trois quarts en présence de trois enfants ou plus. L'article 913 du Code civil consacra cette quotité disponible d'une part d'enfant qui, combinée avec le droit d'avantager un enfant par rapport à un autre (art. 919), laissait au père de famille un large pouvoir de récompenser et de punir, sans revenir à un quelconque droit d'exhérédation. Tout en prohibant les substitutions (art. 896), le Code civil permettait de donner ou de léguer la quotité disponible à un ou plusieurs descendants, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître des donataires (art. 1048). La création des *majorats* en 1806-1808 rompit avec ces principes en rétablissant une véritable forme de substitutions et d'ainesse. En tout cas, l'initiative était laissée aux chefs de famille : les habitants des pays coutumiers pourraient rester fidèles aux habitudes d'égalité successorale, tandis que ceux des pays de droit écrit pourraient *faire un aîné*. Alors que le Code civil a été accusé tout au long du XIX^e siècle, de Balzac à Le Play, de *hacher* le sol, il laissait la porte ouverte au maintien des pratiques régionales. Comme en matière de régimes matrimoniaux, la distinction entre pays de coutumes et pays de droit écrit survivait, d'une certaine manière, à la codification.

1. Malgré Cambacérés qui avait proposé de revenir à la règle *paterna paternis, materna maternis* (Fenet, t. XII, p. 15).

2. Fenet, t. XII, p. 256-260 et p. 312-316.

Il y a, dans le choix de ces solutions, une sorte de numéro d'équilibre entre les différentes sources et les diverses tendances du droit français. Une preuve supplémentaire de tout ce qui sépare et unit le Code de 1804 et le droit révolutionnaire. Fondé sur les principes de 1789, rejetant l'égalité telle qu'elle était conçue de 1792 à 1794, prolongeant le discours moralisateur du Directoire, le Code civil reste nourri du droit révolutionnaire. Qu'il l'adopte ou qu'il réagisse contre ce droit, il en est bien l'héritier. Le moindre des paradoxes vient du fait que ce Code, beaucoup plus long que les projets révolutionnaires qui l'avaient précédé, laissait un large empire à l'usage et à la jurisprudence. Sur bien des points, le législateur avait renoncé à imposer : la codification de 1804, qu'on l'approuve ou non, était selon l'expression de Portalis « sobre de nouveautés ».

Conclusion

En 1804, la France possède enfin un code de lois civiles communes pour tout son territoire et pour tous ses habitants. Le rêve fait par Dumoulin au *xvi^e* siècle a été réalisé, le vœu des rédacteurs de la Constitution de 1791 a été accompli. Et pourtant cette unification est synonyme d'échec pour les réformateurs qui, pendant la Révolution, avaient fondé leurs espoirs sur l'élaboration rapide d'un Code simple et profondément novateur. Le processus d'élaboration du Code civil, étalé sur plus de dix ans, a été plus lent que prévu et le texte finalement adopté est à la fois le plus long et le moins révolutionnaire de tous ceux qui ont été proposés. Bonaparte a réussi là où la Révolution avait échoué et l'achèvement de l'unité juridique s'est fait au prix d'un renoncement à certaines audaces du droit révolutionnaire.

A partir de ce constat, juristes et historiens ont eu la tentation d'affirmer la *supériorité* du droit napoléonien sur le droit révolutionnaire et de rechercher un critère discriminant pour opposer les deux législations. Ainsi Portalis, dans le *Discours préliminaire*, affirmait que « l'esprit révolutionnaire » consistait à « sacrifier tous les droits à un but politique » : en période de révolution, « on ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique et général ; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public ». Cette explication, fondée sur la distinction du *juridique* et du *politique*, a été reprise de nombreuses fois par la suite : trop teintées d'idéologie et trop dogmatiques, les lois des années 1792-1794 mériteraient à peine, selon certains, le nom de droit civil. Le Code de 1804, avec ses références au droit naturel déagagé par l'expérience des siècles et son pragmatisme, représenterait au contraire l'idéal d'un droit civil pur et quasi intemporel.