

SÉANCE I

Laurence Depret

CODE CIVIL ET LES PRINCIPES DE 1789

Comme l'oeuvre de codification elle-même¹, les principes directeurs du Code civil de 1804, n'ont rien d'une génération spontanée éclose par le génie des rédacteurs. Ils s'inscrivent dans l'histoire et dans l'histoire de la pensée philosophique et juridique. Leur formulation précise vient comme un enfant au terme d'une grossesse.

L'unité d'un pays passe généralement par l'unité territoriale et politique; celle-ci est acquise en France dès l'Ancien Régime; elle trouve son expression juridique dans une constitution coutumière reposant sur les Lois fondamentales. Il restait à la Révolution de parachever cette évolution, en donnant à la France une Constitution écrite fondée sur les principes de souveraineté nationale et de séparation des pouvoirs.

L'unité juridique du droit privé a longuement résisté à la volonté politique des rois de France, même dans les derniers siècles de la Monarchie Absolue, alors même que les principes d'un droit moderne, transformaient la substance et la forme du droit, dans le sens de l'unification.

C'est, en effet, le mérite de la doctrine, tant coutumière, canoniste que romaniste, à partir du XVI^e siècle, d'avoir fait évoluer l'idée du droit naturel, et d'être ainsi venue au secours de la volonté royale: le monopole législatif du souverain annonçait le règne de la LOI. Dès lors, NATURE et RAISON deviennent principes directeurs dans le droit. Dans le domaine du droit public, comme dans celui du droit privé, ces principes commencent à modifier la perception de l'individu et des choses, même si l'on reste encore enserré dans les cadres hérités du Moyen-Âge ou accumulés au cours des siècles postérieurs.

¹ Portalis dans le *Discours préliminaire*, cf. P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, t. 1, p. 476: „Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas” (en italique dans le texte).

Ces principes conduisent à modifier la structure sociale d'ordres à laquelle se superposent des phénomènes de classe, au cours d'une évolution où les lois économiques sont conçues comme des lois naturelles, et la place dans la société, en fonction du MÉRITE. De là, vient la conception de DROITS assortis de DEVOIRS de l'homme responsable: les droits individuels, les droits civils, les droits politiques, tous fondés sur le principe de LIBERTÉ.

RAISON, NATURE, LIBERTÉ, principes déjà affirmés au siècle des Lumières, sont dans „l'air du temps”, et pénètrent tout naturellement l'idéologie révolutionnaire².

Ainsi, les principes de 1789 peuvent-ils être définis comme la consécration des principes dégagés par la pensée philosophique et juridique des deux siècles précédents, augmentés de quelques nouveaux principes issus de la Révolution elle-même. Ces nouveaux principes trouvent leur expression juridique dans le décret du 4-16 août 1789 qui abolit la féodalité et les inégalités héritées de l'Ancien Régime, et plus fondamentalement et tournée vers l'avenir, dans la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* du 26 août 1789. La *Déclaration solennelle* des Constituants expose „les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme”: la LIBERTÉ, l'ÉGALITÉ en droit, la PROPRIÉTÉ „droit inviolable et sacré”, garantie de la Liberté. Le *Préambule* de cette *Déclaration* donne „ces principes simples et incontestables” comme destinés à inspirer le législateur pour „le maintien de la Constitution” et „le BONHEUR de tous”³.

La *Déclaration*, trouve sa place en tête de la Constitution de 1791, puis de bien d'autres.

Il restait à satisfaire l'aspiration à une „constitution civile” des Français, la codification du droit privé réclamé dans les cahiers de doléances après les tentatives d'unification des assembles révolutionnaires, le 23 mars 1804 vient le Code civil des Français, dernière des „masses de granit” Consulaires, précédant de peu le I^{er} Empire.

On peut se demander si, dans une telle conjoncture – et après dix ans de bouleversements politiques – l'effort législatif des assemblées révolutionnaires en matière de droit privé aboutissant au Code civil de 1804, les „principes de 1789” sont bien les principes directeurs du Code civil – Portalis, dans le *Discours préliminaire* prononcé le 24 Thermidor de l'An VIII, lors de la présentation du projet arrêté par la commission de gouvernement, nous donne

² I. Imbert, *L'origine idéologique du „Principe de 1789”*, [dans:] *Les Principes de 1789*, Colloque d'histoire des idées politiques, Aix-Marseille 1989, p. 11-34.

³ Sur la définition des „principes” et du „bonheur”, P. M. Thomann, *Revolution der Gesellschaft durch Naturrecht. Die Präambel der Menschenerklärung von 1789: Ein gewollt zweideutiger Kompromiss*, „Ius Commune” 1988, 37, p. 1137-1159.

une indication précieuse: „Nous devons exposer les principes qui ont motivé nos projets de loi [...], et indiquer les rapports que ces projets peuvent avoir avec le bien général, avec les moeurs publiques, avec le BONHEUR des particuliers, et avec l'état présent de toutes choses"⁴.

Ainsi, le Code civil, comme la *Déclaration des Droits*, se donne comme objectif le BONHEUR. C'est par une conception nouvelle de l'homme et de la société que l'on se propose de réaliser cette idée du bonheur dans le droit, qui tient autant au respect de „l'esprit des siècles" que de l'esprit de la Révolution, l'un tempérant l'autre. Le Code civil se propose donc comme objet le BONHEUR CIVIL, celui de l'homme, par l'exaltation de la liberté individuelle, celui „des peuples" constitué par la somme des bonheurs individuels, comme la Nation est constituée par la somme des citoyens.

Cette conception, à la fois philosophique et pragmatique du bonheur civil défini par le Code, met en évidence le rôle de la LOI, moyen privilégié dans la hiérarchie des sources du droit, pour établir, garantir et rendre durable le bonheur.

En nous appuyant fermement sur le *Discours préliminaire*, nous tenterons de faire apparaître l'usage des principes de 1789 dans le Code civil, par rapport à la finalité du bonheur:

- le bonheur par la loi,
- le bonheur civil.

I. LE BONHEUR PAR LA LOI

Dans la *Déclaration*, la loi est définie comme „l'expression de la volonté générale" (art. 6), mais qui n'a pour objet que „Le droit de défendre les actions nuisibles à la société" (art. 5)⁵. Le *Discours Préliminaire* va bien dans le même sens: „Ce qui n'est pas contraire aux lois est licite"⁶.

Les rédacteurs du Code civil ajoutent: „Dans chaque cité, la loi est une déclaration solennelle de la volonté du souverain sur un objet d'intérêt commun"; les lois sont „des actes de souveraineté"⁷.

Dans la *Déclaration*, la souveraineté réside dans la Nation, représentée par l'Assemblée. Sous le Consulat, le processus législatif, qui intéresse l'élaboration

⁴ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 482; cf. aussi p. 467 qui justifie par avance l'exposé des principes: „Il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les (= les lois) aimer que de les changer".

⁵ Et „Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas".

⁶ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 479.

⁷ *Ibidem*, p. 477-478.

du Code civil, est fragmenté⁸; la part importante du Premier Consul y est évidente, ce que l'orateur de la commission souligne par un éloge dithyrambique „au héros qui anime tout par son génie” et ne trouve „sa gloire” qu'au „bonheur” des Français, dont le Code civil est le moyen privilégié⁹. On pourrait penser que le souverain et législateur sont ici moins représentés par la Nation et ses représentants que par le „premier magistrat” que la Nation a établi. Dès l'élaboration du Code civil, le Consulat comporte l'affirmation d'un pouvoir personnel, où le principe de séparation des pouvoirs est symbolique. Cependant, déjà dans l'esprit de la majorité des Constituants, la fonction législative est une fonction noble: elle appartient à qui la mérite¹⁰. Cette conception triomphe dans le *Discours préliminaire*.

Une „bonne” loi civile doit être élaborée au moment opportun, et comporter des caractères précis pour répondre à la finalité du BONHEUR.

A. Conjoncture et loi civile

Si la fonction législative est l'affaire de qui la mérite, la loi, pour assurer le bonheur, ne peut pas être élaborée dans n'importe quelles conditions. C'est là

⁸ On se souvient que sous l'impulsion de Bonaparte, la commission est créée sous le Consulat par la loi du 24 Thermidor An VIII; elle est composée de Tronchet, Président du Tribunal de Cassation, représentant la tendance de la coutume de Paris; Portalis, commissaire du Gouvernement près le Tribunal des Prises, représentant la tendance de droit écrit; Bigot de Preameneu, commissaire du Gouvernement près le Tribunal de Cassation; Malleville, juge au Tribunal de Cassation. Le projet, rédigé en 4 mois est communiqué pour examen au Tribunal de Cassation et aux Tribunaux d'Appel, qui communiquent leurs observations. Ensuite commence la procédure législative, conforme à la Constitution de l'An VIII: 1) le projet est soumis pour examen au Conseil d'État qui lui donne sa forme; 2) le Tribunalat examine le projet un avis positif ou négatif; 3) le Corps législatif vote sans discussion, ni modification – Le Tribunalat, hostile au départ, rejette tout le titre I^{er}. Après une mise en sommeil de quelques mois, Bonaparte réduit le Tribunalat de moitié en le débarrassant des opposants. Une procédure officieuse est instituée entre le Conseil d'État et le Tribunalat; celui-ci fait ses observations, après quoi la communication officielle du projet fait l'objet d'un avis favorable de pure forme. Les 36 titres composant le projet, votés successivement, sont réunis en un corps de lois unique sous, le nom de Code civil des Français par la Loi du 30 Ventôse An XII (21 mars 1804).

⁹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 476: „Aussi la rédaction du Code civil a d'abord fixé la sollicitude du héros que la Nation a établi son premier magistrat, qui anime tout par son génie, et qui croira toujours avoir à travailler pour sa gloire, tant qu'il lui restera quelque chose à faire pour notre bonheur”. Le Mémorial de Sainte-Hélène de Las Cases fait écho à l'éloge de Portalis: „Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles – ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil, ce sont les procès-verbaux du Conseil d'État” – cité par Albert Sorel dans le *Code Civil 1804–1904. Le Livre du Centenaire*, t. 1, Paris 1979, p. XXIII s.

¹⁰ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 467: „Il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer d'un coup de génie et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un état”; à quoi fait écho la déclaration pragmatique de Napoléon à Sainte-Hélène: „Ma politique est de gouverner les hommes comme le plus grand nombre veut l'être” – cité par A. Sorel, *op. cit.*.

que Portalis prend ses distances avec la législation révolutionnaire: les bouleversements politiques ne sont pas favorables à l'établissement de bonnes lois, même s'ils ont été à l'origine d'une remise en cause globale des cadres juridiques, qui aboutit à l'unité du droit¹¹. Ainsi, la Révolution est-elle devenue l'occasion favorable pour achever l'oeuvre de codification, mais la législation civile qu'elle a suscitée est frappée de soupçon.

En effet, pour faire de bonnes lois, il faut une situation stabilisée et pacifiée: „Aujourd'hui la France respire; et la constitution, qui lui garantit son repos, lui permet de penser à sa prospérité”¹². Paix et repos, dans l'État et dans les activités des particuliers, sont la conjoncture favorable à l'établissement du bonheur civique et civil par la loi.

B. Caracteres de la loi civile

C'est dans ce contexte favorable que la loi peut acquérir les qualités essentielles qui lui sont propres. Ces qualités sont bien éloignées de l'„esprit révolutionnaire”, destructeur et partial, sacrifiant tout à la raison d'État¹³ et de plus démagogique, par l'élaboration de lois „politiques” destinées à attirer la faveur du public „pour faire goûter le régime qu'il s'agit d'établir”¹⁴. Or, pour remplir sa finalité de bonheur, la loi doit avoir des qualités bien précises:

- elle doit être simple et claire dans son expression,
- elle doit être sage et raisonnable, conforme au droit naturel quant à sa substance.

1. D'abord la loi doit être simple et claire. Ce n'est pas chose facile dans l'élaboration d'un Code civil: „Le grand art est de tout simplifier en prévoyant

¹¹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 464: „Tout à coup une grande révolution s'opère. On attaque tous les abus; on interroge toutes les institutions [...]; et bientôt la prudence [...], fait place au désir de tout détruire. Alors on revient aux idées d'uniformité dans la législation: parce qu'on entrevoit la possibilité de les réaliser”.

¹² *Ibidem*, p. 465; cf. p. 512: „La paix, en donnant un nouvel essor au commerce, en diminuant les dépenses de l'État, et en mettant un terme aux opérations forcées du gouvernement, rétablira l'équilibre, et fera rentrer les affaires dans le sein de la probité”.

¹³ *Ibidem*, p. 465: „Nous appelons esprit révolutionnaire le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'État” (en italique dans le texte). La critique s'adresse de façon évidente au Gouvernement révolutionnaire et à la théorie de Robespierre.

¹⁴ *Ibidem*, p. 465. Cette critique sévère de la législation révolutionnaire et ses excès politiques ne manque pas de sel, au regard des institutions du Consulat et de l'Empire; p. ex. l'institution des majorats, les titres, dignités et décorations... On peut également y trouver une contradiction dans le discours de Portalis, cf. *ibidem*, p. 467 et note 4.

tout”¹⁵. Il faut donc éviter de faire inutilement des lois et „se proportionner à la multiplicité et à l’importance des objets sur lesquels il faut statuer”¹⁶. Il ne faut cependant pas trop „simplifier les lois, au point de laisser les citoyens sans règle et sans garanties sur leurs plus grands intérêts”.

Ceci amène les rédacteurs à préciser le rôle propre à chacune des sources du droit: „L’office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit”. Aussi se sont-ils „également préservés de la dangereuse ambition de tout régler et de tout prévoir”, même s’il pouvait „sans doute être désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois” Mais en dehors de la loi, on peut également avoir recours à des sources subsidiaires: l’„empire de l’usage”, „la discussion d’hommes instruits”, et surtout „l’arbitrage des juges” lorsque „mille questions inattendues viennent s’offrir au magistrat”¹⁷. Ces sources tiennent alors „lieu de loi”¹⁸. Le rôle éminent de la jurisprudence et la qualité des juges français pour l’application, l’interprétation fine dans la pratique, sont soulignés par Portalis, que l’on ne peut soupçonner de partialité: les juges sont gens „de science et de raison”¹⁹. C’est donc „au magistrat et au jurisconsulte pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application”²⁰.

2. La loi doit être sage, raisonnable et conforme au droit naturel, ces trois qualités étant intimement liées: il s’agit de cette „sagesse qui préside aux établissements durables, [et] d’après les principes de cette équité naturelle, dont les législateurs humains doivent se faire les respectueux interprètes”²¹, car „les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse et de raison”, par lesquels le législateur exerce un véritable „sacerdoce”²².

La conception de cette „équité naturelle” vient de loin, remontant aux compilations de Justinien²³; „elle s’applique à tout ce qui peut intéresser les

¹⁵ *Ibidem*, p. 467: „Nous avons été frappés de l’opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d’un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière pouvaient suffire, et que le grand art est de tout simplifier, en prévoyant tout. Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s’entendre. Tout prévoir, est un but qu’il est impossible d’atteindre” (en italique dans le texte).

¹⁶ *Ibidem*, p. 468.

¹⁷ *Ibidem*, p. 469.

¹⁸ *Ibidem*, p. 471: „Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi”.

¹⁹ *Ibidem*, p. 472: „C’est qu’ils (nos juges) sont rompus aux affaires, qu’ils ont des lumières, des connaissances, et qu’ils se croient sans cesse obligés de consulter celles des autres. On ne saurait comprendre combien cette habitude de science et de raison adoucit et règle le pouvoir”.

²⁰ *Ibidem*, p. 470.

²¹ *Ibidem*, p. 465.

²² *Ibidem*, p. 466: „Le législateur exerce moins une autorité qu’un sacerdoce. Il ne doit point percevoir de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois”.

²³ *Ibidem*, p. 519: „Les dernières lois de Rome, qui ont été recueillies dans la Compilation de Justinien, sont entièrement rédigées dans des vues de convenance et d’équité naturelle”.

hommes": c'est le principe premier²⁴. Mais Portalis, qui tient le droit romain pour la „raison écrite”, n'hésite pas à critiquer la doctrine romaine, lorsque les juristes romains ont confondu „l'ordre physique de la nature avec le droit naturel”²⁵. Le même reproche s'adresse sans doute également aux législateurs révolutionnaires. Or, Portalis, s'inscrit bien dans le courant jurarationaliste antérieur à la Révolution²⁶, qui transparaît également dans le *Préambule de la Déclaration des Droits*²⁷: le principe de nature est sans cesse assorti du principe de raison. Car si l'ordre physique de la nature est sous l'empire des lois de la nature sur lesquelles le droit n'a pas prise, le droit naturel est „l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie”²⁸, car „la raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel”²⁹. Et de poursuivre en définissant le droit comme „la raison universelle, la suprême raison, fondée sur la nature même des choses”³⁰. Ainsi défini, le droit naturel oriente les dispositions du Code civil, aussi bien en matière de structure familiale que pour la propriété.

C. Finalité de la loi civile: le bonheur

La législation civile peut alors atteindre sa finalité, le bonheur, c'est-à-dire „la permanence et la stabilité” des institutions, „la paix publique et particulière”³¹, le bonheur civique et le bonheur civil, l'un étant corollaire et garantie de l'autre³², à destination de l'homme et du citoyen.

²⁴ *Ibidem*, p. 471: „Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes”.

²⁵ *Ibidem*, p. 483.

²⁶ Cf. A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil Français*, thèse Aix-en-Provence, 1966 p. 175-220 et 379-384.

²⁷ Cf. M. Thomann, *Droit naturel et Déclaration des Droits de l'Homme de 1789*, [dans:] *La Révolution et l'ordre juridique privé - Rationalité ou scandale*, Préface M. Vovelle, Actes du Colloque d'Orléans 11-13.09.1986, C.N.R.S., P.U.F., 1988, t. 1, p. 65-70.

²⁸ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 469.

²⁹ *Ibidem*, p. 477.

³⁰ On trouve là toutes les subtilités du terme latin de RATIO ou du ΛΩΓΩΣ grec...

³¹ P. A. Fenet, *op. cit.*, p. 466: les bonnes lois civiles „si elles ne fondent pas le gouvernement, elles le maintiennent; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elles étaient la justice même”; et p. 481: „L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles, ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes”.

³² *Ibidem*, p. 465-466: „Elles [les bonnes lois civiles] atteignent chaque individu [...]; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté: enfin elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était lui seul la cité entière.

La *Déclaration des Droits* distingue bien les droits naturels „sacrés et imprescriptibles” et les droits politiques issus du principe de souveraineté nationale et de la Constitution. Mais la plénitude du bonheur revient à l’homme-citoyen, et le citoyen dépasse l’homme. Le *Discours préliminaire* est dans la droite ligne de l’assimilation révolutionnaire du citoyen et de l’homme, le citoyen étant l’homme par excellence: „Le Code civil est sous la tutelle des lois politiques; il doit leur être assorti”³³.

Et c’est ainsi que, si le droit naturel étend ses bienfaits à tout le genre humain, le droit positif, lui, introduit des différences dans le droit public, et même dans le droit privé et la législation civile. Cette différence de traitement, l’équilibre entre le droit naturel et le droit positif, intéresse les étrangers³⁴, mais aussi les nationaux eux-mêmes. Elle apparaît notamment dans la définition du domicile, distinguant entre le domicile politique lié à la citoyenneté et aux droits politiques, et le domicile civil, „lieu où l’on a transporté le siège de ses affaires”. Ils n’ont rien de commun, et l’un peut exister sans l’autre: la femme mariée et le mineur, ont bien un domicile civil, sans avoir de domicile politique³⁵.

Certes, on trouve là l’antique distinction du droit romain où le droit civil, opposé au droit naturel ou droit des gens, était le droit positif des citoyens romains. Mais on y décèle également la définition révolutionnaire du citoyen des dix années précédant le projet du Code civil: malgré la parenthèse peu significative des élections de 1792 à la Convention Nationale au suffrage universel, la théorie de l’électorat-fonction a largement dominé: le suffrage est masculin et censitaire. La Constitution de l’An VIII elle-même déguise le suffrage universel par l’institution des listes de notabilités et le plébiscite. La tradition révolutionnaire de définition de la citoyenneté et des droits politiques est en quelque sorte confirmée. Rappelons la proclamation des consuls présentant cette constitution:

„La Constitution est fondée [...] sur les droits sacrés de la propriété, de l’égalité, de la liberté [...] Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l’ont commencée. Elle est finie”.

³³ *Ibidem*, p. 478.

³⁴ *Ibidem*, p. 478: „[...] si, comme citoyen, on ne peut appartenir qu’à une société particulière, on appartient comme homme à la société générale du genre humain. En conséquence [...], les étrangers sont admis à participer plus ou moins aux institutions civiles, qui affectent bien plus les droits privés de l’homme, que l’état public de citoyen”. Et p. 507 au sujet des étrangers, „pour marquer jusqu’à quel point ils peuvent, dans les choses civiles, être assimilés aux Français et jusqu’à quel point ils en diffèrent”.

³⁵ *Ibidem*, p. 506: „Le domicile civil n’a rien de commun avec le domicile politique. L’un peut exister sans l’autre; car les femmes et les mineurs ont un domicile civil sans avoir de domicile politique. Cette dernière sorte de domicile est une dépendance du droit de cité, puisqu’elle désigne le lieu dans lequel, en remplissant les conditions prescrites par les lois constitutionnelles, on est autorisé à exercer les droits politiques attachés à la qualité de citoyen [...]. Le domicile civil est le lieu où l’on a transporté le siège de ses affaires, de sa fortune, de sa demeure habituelle”.

Et c'est bien dans cette perspective que se place le projet du Code civil. Le citoyen est l'individu pleinement responsable civilement et politiquement. Il est libre et prospère, responsable de lui-même et de sa famille, exerçant une véritable „magistrature”³⁶ destinée à assurer le bonheur de „la grande famille”, l'État³⁷. C'est ainsi que par, „l'esprit de famille”, l'individu est intéressé à l'État par le moyen du droit civil, du Code civil: „C'est par la petite patrie qui est la famille, que l'on s'attache à la grande; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens”³⁸.

* * *

Portalis a ainsi démontré le bonheur par la loi en général, et les principales „bases” sur lesquelles le Code civil s'appuie pour procurer le bonheur civil qui en est le moyen privilégié.

Le Code doit donc régler tout ce qui peut l'intéresser: „Le mariage, le gouvernement des familles, l'état des enfants, la tutelle, les questions de domicile, les droits des absents, la différente nature des biens, les divers moyens d'acquérir, de conserver et d'accroître sa fortune, les successions, les contrats, sont les principaux objets d'un Code civil”³⁹.

Ce n'est pas un simple catalogue qui a donné lieu à d'intéressantes analyses quant à l'origine de sa classification⁴⁰. Le Code civil donne les moyens d'accès au bonheur ainsi que les moyens de la conservation, et ainsi, c'est bien la loi qui participe au bonheur⁴¹.

³⁶ *Ibidem*, p. 496: „On a besoin que les pères soient de vrais magistrats, partout où le maintien de la liberté demande que les magistrats ne soient que des pères”.

³⁷ *Ibidem*, p. 498: „Les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'État. Chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes”.

³⁸ *Ibidem*, p. 522 et l'analyse d'Elisabeth Guibert-Sledziewski, *L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire*, [dans:] *La Révolution et l'ordre juridique privé...*, t. 1, p. 149: „Dès 1795 prévaut l'idée que l'intéressement de l'individu à la loi ne peut s'opérer que dans le cadre du droit civil – Le Directoire et le Consulat fonderont sur le besoin individuel d'ordre et de bonnes moeurs, de sécurité plus que de sûreté, la constitution de l'État de droit. Les grands travaux de préparation du Code civil témoignent de ce choix, et donnent à l'Homme-Citoyen de 89, au héros de 93, à l'individu souverain du droit civil intermédiaire, une postérité bourgeoise qui les confirme et les trahit”.

³⁹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 482.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 477 – annonce sobrement: „Toutes les lois se rapportent aux personnes ou aux biens et aux biens pour l'utilité des personnes. Cf. l'analyse de A. – J. Arnaud, *op. cit.*, (L. II, *À la recherche de l'ordre*): l'analogie du plan tripartite de Bourjon avec le Code civil; il montre que s'il y a analogie dans la méthode, l'esprit en est foncièrement différent.

⁴¹ Le *Discours Préliminaire* (P. A. Fenet, *op. cit.*, 462–482), comporte 20 pages sur les „dispositions et principes généraux”. Initialement devant constituer le Livre Premier du Code civil, cf. projet P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 2, 3–4: 5 p.: tout ces développements ont abouti aux 6 premiers articles du Code civil...

II. LE BONHEUR CIVIL

Dans le *Préambule* de la *Déclaration des Droits*, „les droits naturels inaliénables et sacrés de l’homme”, sont destinés à rappeler „à tous les membres du corps social, leurs droits et leurs devoirs”. Après l’établissement du principe d’égalité dans l’article 1^{er}: „Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”, l’article 2 énonce: „Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression”. Nous retiendrons ces principes, mais soulignerons ceux qui intéressent plus particulièrement le Code civil, LIBERTÉ et PROPRIÉTÉ, que l’article 17 de la *Déclaration* elle-même souligne: „La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé [...]”.

Il n’est pas de notre propos d’examiner l’application de ces principes au cours de la Révolution. Nous les retrouvons dix ans après, en exergue à la Constitution de l’An VIII, mais dans un ordre différent: „Les droits sacrés de la propriété, de l’égalité, de la liberté”: Bonaparte se veut l’héritier de la Révolution lorsqu’il affirme à Sainte-Hélène que „Rien ne saurait désormais détruire ou effacer les grands principes de notre Révolution”⁴². Dans le *Discours Préliminaire*, Portalis fait état du respect des rédacteurs pour „les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles”, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l’ordre politique [...]”⁴³. Mais Bonaparte, comme la commission des rédacteurs, qu’il avait formée, ne voulut conserver de la Révolution que le legs „raisonnable” en matière de législation civile, c’est-à-dire ce qui contribue à la stabilité politique par l’„esprit de famille” et la prospérité matérielle.

A. „L’esprit de famille”

Nous avons déjà constaté dans le *Discours préliminaire* l’importance de la famille, par rapport à l’État. „La stabilité des familles”, „les premières de

⁴² „Voilà le trépied d’où jaillira la lumière du monde. Elles le régiront; elles seront la foi, la religion, la morale de tous les peuples, et cette ère mémorable se rattachera quoi qu’on ait voulu dire, à ma puissance, parce qu’après tout j’ai fait briller le flambeau, consacré les principes, et qu’aujourd’hui la persécution achève de m’en rendre le messie” – cité par M. DUNAN, préface au *Mémorial de Sainte-Hélène*, Paris 1951, p. XIII; et J. P. BERTAUD, *La France de Napoléon 1799-1815*, Messidor Ed. Soc. 1987, p. 48-50 sur la conception de la famille et de la propriété, p. 234-238 sur le mythe de Napoléon.

⁴³ P. A. FENET, *op. cit.*, t. 1, p. 481, mais à égalité avec des sources plus anciennes: les coutumes „qui font honneur à la sagesse de nos pères [...]”, et les ordonnances royales en ce qu’elles sont conformes „à l’ordre essentiel des sociétés, de la décence publique à la sûreté des patrimoines, à la prospérité générale”.

toutes les sociétés”⁴⁴. Nous avons d’ailleurs été frappée que, dans le *Discours préliminaire*, contrairement au Code civil adopté, l’exposé des principes inspirant le statut des personnes, est au moins aussi explicite que celui concernant les biens et moyens de les acquérir⁴⁵.

Le principe de STABILITÉ de la famille, s’il existe de façon latente dès 1789, n’a jamais été exprimé avec autant de force que dans le *Discours préliminaire*. Il va nuancer la structure de la famille par rapport à la législation révolutionnaire, et s’affirmer dans les divers projets et le Code civil définitif. Nous le trouvons en filigrane dans la réglementation du mariage et du divorce, dans celle de la filiation, comme dans le „gouvernement de la famille”.

1. Le mariage, „un acte naturel”, est pris en compte par le droit, tant pour sa formation que pour ses effets, objets nécessaires de la législation civile⁴⁶: le mariage est la base „nécessaire” de la famille.

Mettant fin au „conflit entre le sacerdoce et l’empire”⁴⁷, depuis la Révolution et dans le Code, le mariage est devenu laïque. La LAÏCITÉ du mariage est consacrée comme principe. Mais, s’il n’est plus la conséquence du sacrement qui implique le principe chrétien de l’indissolubilité, il n’est pas non plus seulement un contrat civil. Il n’est pas simple de définir sa nature: le *Discours*, traduit l’hésitation entre le mariage-contrat et le mariage-institution. Portalis, si l’on ose dire, transige: „Le mariage est une société, mais la plus naturelle, la plus sainte, la plus inviolable de toutes”⁴⁸.

Mais alors réapparaît la distinction que Portalis avait faite entre „la loi de la nature” et le „droit naturel”: l’attirance réciproque qui peut être à l’origine

⁴⁴ *Ibidem*, p. 483: „La durée et le bon ordre de la société générale tiennent essentiellement à la stabilité des familles, qui sont les premières de toutes les sociétés, le germe et le fondement des empires”.

⁴⁵ Dans le *Discours* 16 pages, P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 482–508 exposent les principes concernant le statut des personnes. Initialement Livre II du projet, ces textes deviennent le Livre I^{er} „Des personnes” en 11 titres (art. 7–515); 15 pages, p. 508–532 du *Discours* exposent les principes concernant les biens et moyens de les acquérir. Initialement Livre III du projet, les textes sont devenus les Livres II „Des Biens et différentes modifications de la propriété” en 4 titres (art. 516–710) et Livre III „Des différentes manières dont on acquiert la propriété” en 20 titres (art. 711–2281). A. – J. Arnaud, *op. cit.*, p. 301, analyse le déséquilibre instauré dans le texte définitif du Code civil: „Cette disproportion provient de ce que l’étude des titulaires de droits (les personnes) n’intéresse le droit que dans la mesure où il est nécessaire d’établir la capacité de chacun à exercer les droits subjectifs inhérents à la personne humaine”.

⁴⁶ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 483: „[...] Le mariage, qui existait avant l’établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n’est ni un acte civil ni un acte religieux, mais un acte naturel, qui a fixé l’attention des législateurs et que la religion a sanctifié”.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 482.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 495 et: „L’objet du mariage est déterminé par la nature même”.

du mariage, est tempérée par la raison⁴⁹, et sanctifié par l'amour⁵⁰. C'est un aspect caractéristique qui entre ainsi dans le droit, en alliant bonheur et famille, amour et mariage, indices d'une nouvelle spiritualité de la société, reposant sur des valeurs non plus métaphysiques, mais purement laïques et proprement humaines.

Il est donc logique, qu'en application du principe de LIBERTÉ, l'autonomie de la volonté y prenne une part importante: „Le mariage ne peut être que l'engagement de deux individus”. „C'est un véritable contrat”⁵¹, „perpétuel par sa destination”⁵², entre personnes libres et responsables, tant au moment de leur engagement, que pour les obligations qui en découlent⁵³.

De cette haute conception, de „la douceur et la dignité du mariage”, vont découler toutes les dispositions concernant la capacité des personnes⁵⁴, la théorie des empêchements, ainsi que les conditions de forme solennelle du mariage.

Le mariage, même défini comme „société à vocation perpétuelle”, s'il n'apporte pas le bonheur à la famille, doit-il être maintenu contre vents et marées?

En matière de divorce, la législation révolutionnaire, se fondant sur la liberté et la laïcité, avait été très favorable à la rupture du lien conjugal: „Des lois récentes autorisent le divorce; faut-il maintenir ces lois?”, s'interroge Portalis. Quels doivent être les principes directeurs en la matière pour reprendre?

– Il faut maintenir le divorce au nom de la LIBERTÉ de CONSCIENCE et de la LAÏCITÉ, érigés en principes par la Révolution: „La faculté du

⁴⁹ *Ibidem*, p. 483: „Mais chez les hommes, la raison se mêle toujours plus ou moins, à tous les actes de leur vie, le sentiment est à côté de l'appétit, le droit succède à l'instinct, et tout s'épure et s'ennoblit”.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 483–484: „Sans doute, le désir général qui porte un sexe vers l'autre, appartient uniquement à l'ordre physique de la nature: mais le choix, la préférence, l'amour, qui détermine ce désir [...], les égards mutuels, les obligations réciproques, qui naissent dans l'union une fois formée, et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles; tout cela appartient au droit naturel”.

⁵¹ *Ibidem*, p. 484.

⁵² *Ibidem*, p. 495.

⁵³ *Ibidem*, p. 495: „Dans le mariage, on ne stipule pas seulement pour soi, mais pour autrui; on s'engage à devenir comme la providence de la nouvelle famille à laquelle on va donner l'être; on stipule pour l'état, on stipule pour la société du genre humain”.

⁵⁴ Intéressant le passage sur la majorité instauré par la Révolution cf. P. A. F e n e t, *op. cit.*, t. 1, p. 505: „Dans le cours de la Révolution, la majorité a été fixée à vingt et un ans. Nous n'avons pas cru devoir réformer cette fixation, que tant de raisons peuvent motiver [...]. L'esprit de société et l'esprit d'industrie, [...] dispose chaque individu à porter plus tôt le poids de sa propre destinée”. Mais il y a une restriction en matière de mariage des mineurs: „Nous avons prorogé jusqu'à vingt cinq ans, la nécessité de rapporter le consentement paternel pour le mariage”.

divorce se trouve [...] liée parmi nous à la liberté de conscience⁵⁵. En maintenant le divorce, „le législateur n'entend point contrarier le dogme religieux de l'indissolubilité⁵⁶, ni décider un point de conscience”. Le divorce est une „faculté” qui n'oblige personne. „Il ne s'agit pas de savoir si le divorce est bon en soi”, mais d'examiner comment la loi civile doit intervenir „dans une chose qui est naturellement si libre et à laquelle le cœur doit avoir tant de part⁵⁷. Mais il est nécessaire pourtant que „les lois opposent un frein salutaire aux passions⁵⁸. Ainsi „la question du divorce devient-elle une pure question civile” dont la réglementation doit assurer, sinon le bonheur, du moins un moindre malheur⁵⁹. Le divorce n'est pas un droit absolu, c'est une faculté, un moindre mal⁶⁰.

– Em effet, „le voeu de la perpétuité dans le mariage” est „le voeu même de la nature”: le principe de STABILITÉ vient corriger celui de la LIBERTÉ. Aussi, Portalis s'élève-t-il avec détermination contre l'„extrême facilité du divorce”, institué sous la Révolution alors même que les époux, désireux de céder „aux douces aspirations de la nature” étaient plus libres que jamais de contracter ou non, un mariage.

C'est pourquoi le divorce pour incompatibilité d'humeur, présentant le sérieux inconvénient de pouvoir „cacher l'absence de tout motif raisonnable”, ne trouve-t-il pas sa place dans le projet⁶¹. On ne peut pas davantage admettre

⁵⁵ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 491 et 492: „Aujourd'hui la liberté des cultes est une loi fondamentale; et la plupart des doctrines religieuses autorisent le divorce [...]”; „La loi qui laisse la faculté du divorce à tous les citoyens indistinctement, sans gêner les époux qui ont une croyance contraire au divorce, est une suite, une conséquence de notre régime actuel, c'est-à-dire de la situation politique et religieuse de la France”.

⁵⁶ Pourtant Portalis s'élève violemment contre le principe de l'indissolubilité, cf. *ibidem*, p. 489, „aussi contraire au bien réel des familles, qu'au bien général de l'État”.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 490.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 492; cf. J. Gaudemet, *Traditions canoniques et philosophie des lumières dans la législation révolutionnaire: mariage et divorce dans les projets du Code civil*, [dans:] *La Révolution et l'ordre juridique privé...*, t. 1, p. 301–308, qui se demande avec humour à propos du projet du Code civil: „Lorsqu'on touche au divorce, serait-il difficile d'être révolutionnaire?”

⁵⁹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 488: „La question du divorce devient une pure question civile dont il faut chercher la solution dans les inconvénients ou les avantages qui peuvent résulter du divorce même, considérés sous un point de vue politique” le terme „politique” étant entendu comme „intéressant la cité”, le bien général.

⁶⁰ Pragmatique, Portalis est aussi fondamentalement pessimiste, cf. *ibidem*, p. 515 (à propos de la législation révolutionnaire sur les hypothèques: „Quelques hommes sont si méchants, que, pour gouverner la masse avec sagesse, il faut supposer les plus mauvais d'entre ces hommes meilleurs qu'ils ne sont”; cf. aussi A. – J. Arnaut, *op. cit.*, p. 40–51 sur la définition de l'austérité janséniste et ses effets sur le Code civil.

⁶¹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 492: „Depuis nos lois nouvelles, la simple allégation de l'incompatibilité d'humeur et de caractère pouvait opérer la dissolution du mariage. Alléguer n'est pas prouver [...]. Donc, [...] autoriser le divorce sur un tel motif, c'est donner à chacun des époux le funeste droit de dissoudre le mariage à sa volonté”.

le divorce par consentement mutuel⁶², sans réglementer du façon très restructives ses conditions.

Ces deux causes de divorce, instituées par le droit révolutionnaire, en favorisant plus la licence que la liberté, étaient contraires au sens de la responsabilité qui doit nécessairement accompagner la liberté de l'homme⁶³.

La loi civile a le projet implicite d'éduquer le „corps social” formé par le couple à la liberté et à la responsabilité, aux droits et aux devoirs, en écho à la *Déclaration*...

2. LIBERTÉ, ÉGALITÉ sont aussi les principes consacrés par la Révolution en matière de filiation. „Tous les hommes naissent libres et égaux en droit”. La logique révolutionnaire avait instauré l'égalité des enfants au sein de la famille, mais également l'égalité des enfants nés dans le mariage et hors mariage. Ce n'est pas „raisonnable”: le mariage est si fondamental au bonheur d'une famille stable, et sa faveur si grande, qu'elle justifie une différenciation des statuts, en fonction de son existence même⁶⁴. Le mariage désigne le père: „Le père est fixé: c'est celui que le mariage démontre”, traduction du vieux principe de droit romain⁶⁵.

C'est la fameuse distinction entre les enfants légitimes... et les autres „nés hors mariage”: „les enfants qui naissent d'un mariage régulier sont appelés légitimes, parce qu'ils sont le fruit d'un engagement dont la légitimité et la validité ne peuvent être incertaines aux yeux de la loi”. Le mariage est si déterminant „que son ombre même suffit pour purifier, dans les enfants, le principe de leur naissance.” Il est suffisant pour étendre le bénéfice de la légitimité aux enfants nés d'un mariage putatif⁶⁶, et la légitimation par mariage subséquent⁶⁷.

⁶² „Sur le fondement que le mariage est une société et qu'une société ne saurait être éternelle” – *ibidem*, p. 494; or p. 495–496: „Société entière et parfaite, la société conjugale ne ressemble à aucune autre”.

⁶³ Cf. *ibidem*, p. 496: „La nature, qui a distingué les hommes par le sentiment et par la raison, a voulu que, chez eux, les obligations qui naissent de l'union des deux sexes, fussent toujours dirigées par la raison et par le sentiment” suit ensuite l'énoncé des grandes dispositions réglementant le divorce.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 499: „[...] sans un mariage public et solennel, toutes les questions de filiation resteraient dans le nuage; la maternité pourrait être certaine, la paternité ne le serait jamais”.

⁶⁵ *Pater is est quem nuptiae demonstrant*.

⁶⁶ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 500; Sur le mariage putatif: „Dans le cas d'un mariage nul, mais contracté avec bonne foi par les deux conjoints ou par l'un d'eux, l'état des enfants n'est pas compromis. Les lois positives, qui ne s'écartent jamais entièrement de la loi naturelle [...] ont rendu hommage au principe naturel que l'essence du mariage consiste dans la foi que les époux se donnent”.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 501: en s'élevant entre la législation anglaise qui refuse la légitimation par mariage subséquent, Portalis se fonde sur „l'équité naturelle” qui a inspiré la législation française. Il précise cependant que la légitimation n'est possible que pour „les enfants légalement reconnus dans le moment même du mariage”.

Bonaparte détestait les bâtards, certes. Mais déjà le droit révolutionnaire avait limité le principe d'ÉGALITÉ en matière de filiation, par l'obligation de reconnaissance et l'interdiction de recherche de paternité: „Nous conservons à cet égard, les dispositions de ces lois”, remarque Portalis sobrement. Cependant les implications patrimoniales seront différentes, notamment en matière de succession. L'„esprit de famille” a pour principal souci le bonheur de la famille légitime.

Pour assurer la cohérence familiale il faut un „gouvernement” de la famille. Le terme de „gouvernement” implique un principe d'AUTORITÉ⁶⁸. Les rédacteurs du Code civil ont „cherché dans la nature, le plan de ce gouvernement”. Le fondement en est l'AMOUR, „l'amour conjugal et l'amour paternel”⁶⁹. Mais c'est aux lois civiles d'en préciser les modalités⁷⁰: celles-ci tranchent en faveur de l'exclusivité gouvernementale du mari et père; la justification en est la suivante:

– „L'autorité maritale est fondée sur la nécessité de donner dans une société de deux individus la voix pondérative à l'un des associés, et sur la prééminence du sexe auquel cet avantage est attribué”.

– L'autorité des pères est motivée par leur tendresse, par une expérience par la maturité de leur raison, et par la faiblesse de celle de leur enfant”.

Cette autorité est une sorte de magistrature. Le couple marié a donc un „gouvernement” fort, qui concentre les principaux pouvoirs aux mains du mari: „Le mari est le chef de ce gouvernement. La femme ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari. Celui-ci administre tout, il surveille tout, les biens et les moeurs de sa compagne”. C'est clair! Il est vrai que l'exercice de cette „magistrature” doit être „sage” et mesuré, protecteur et non tracassier, indulgent aux faiblesses enfantines ou féminines⁷¹. De même, Portalis dit nettement: „Les enfants doivent être soumis au père. Celui-ci ne doit écouter que la voix de la nature, la plus douce et la plus tendre des voix”⁷².

⁶⁸ Ou de PUISSANCE, la POTESTAS, déjà apparente dans l'emploi du mot „magistrature” du père de famille cf. notes 36 et 37.

⁶⁹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 485: „[...] le mari, la femme, les enfants réunis sous le même toit et par les plus chers intérêts, contractent l'habitude des plus douces affections [...]. On voit naître et s'affermir les plus doux sentiments qui sont communs aux hommes, l'amour conjugal et l'amour paternel”.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 486: „Les lois civiles doivent interposer leur autorité entre les époux, entre les pères et les enfants; elles doivent régler le gouvernement de la famille”. Le passage cité *infra*: même page.

⁷¹ *Ibidem*, p. 504: „L'influence du mari se résout bien plus en protection qu'en autorité: C'est le plus fort qui est appelé à défendre et à soutenir le plus faible [...]. Nous souffrons dans un sexe aimable des indiscretions et des légèretés qui sont des grâces”. Influence paulinienne et janséniste de cette remarque misogyne tournée en compliment!

⁷² *Ibidem*, p. 505 et: „Son nom [père] est à la fois un nom d'amour, de dignité et de puissance, et sa magistrature, qui a été religieusement appelée piété paternelle, a moins pour objet d'infliger une peine que de mériter un pardon”. Par analogie, la tutelle est ensuite définie comme „une sorte de magistrature subsidiaire”.

B.U.T.

Ainsi les rédacteurs du Code civil ont-ils infléchi les principes de LIBERTÉ et d'ÉGALITÉ dans la loi positive, en restaurant un principe d'AUTORITÉ confortant la STABILITÉ familiale; ils ont voulu corriger les excès révolutionnaires en imposant „l'autorité maritale” et en défendant que l'„on renverse le pouvoir des pères”. Les choses rentrent dans l'ordre. Ce qui est privilégié, c'est la manifestation de la VOLONTÉ d'être père, ce que Cambacérès appelait la „paternité civile”, par rapport à la paternité naturelle⁷³.

B. Propriété et prospérité

Le „bonheur civil” a de toute évidence un aspect patrimonial, que le Code entreprend de régler.

La *Déclaration des Droits*, érigeant la PROPRIÉTÉ en „droit inviolable et sacré” en fait la garantie de la LIBERTÉ. Le propriétaire est par excellence un homme libre, car la Révolution avait affranchi de toute dépendance personnelle et foncière: il n'y a pas à revenir là-dessus, ce que le *Discours préliminaire* affirme avec force; en la matière, les rédacteurs ont „maintenu les réformes salutaires” de la Révolution⁷⁴; elles ont le mérite de désigner clairement le propriétaire⁷⁵, et de favoriser l'économie⁷⁶. Le *Discours* reflète bien la conformité aux principes révolutionnaires: PROPRIÉTÉ et LIBERTÉ d'entreprendre.

1. Portalis explique remarquablement l'origine de la PROPRIÉTÉ qui lui donne son caractère sacré: „L'homme naît avec des besoins; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir: il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété”. Et il ajoute: „Le droit de propriété en soi est donc une institution directe de la nature, et la manière dont

⁷³ Ce qui provoque la redécouverte de l'adoption: cf. l'intéressante analyse de la paternité dans la législation révolutionnaire et les divers projets de Code civil, de J. Mulliez, *Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément pères! Le droit révolutionnaire de la paternité*, [dans:] *La Révolution et l'ordre juridique privé...*, t. 1, p. 373-398.

⁷⁴ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 508-509: „Dans l'ancien régime, la distinction des personnes privilégiées ou non privilégiées, nobles ou roturières, entraînait, par rapport aux biens, une foule de distinctions qui ont disparu et qui ne peuvent plus revivre. On peut dire que les choses étaient classées comme les personnes mêmes. Il y avait des biens féodaux et non féodaux, des biens servants et des biens libres. Tout cela n'est plus: nous n'avons conservé que les servitudes urbaines et rurales que le rapprochement des hommes rend indispensables [...]”.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 473: „Dans les matières civiles, le débat existe toujours entre deux ou plusieurs citoyens. Une question de propriété, [...] ne peut rester indécise entre eux”.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 516, à propos des ventes d'immeubles: „Ces ventes ne sont plus entravées par cette foule de droits, de rachats statutaires qui avaient le terrible inconvénient de laisser pendant plusieurs années, le bien vendu sans propriétaire assuré: ce qui était très nuisible à l'agriculture”.

il s'exerce est un accessoire, un développement, une conséquence du droit lui-même"⁷⁷. Si l'on reconnaît là l'influence des Physiocrates, confortée par la politique consulaire puis impériale, dans l'importance donnée à la propriété immobilière⁷⁸ et au développement de l'agriculture, le *Discours* ne néglige pas pour autant la propriété mobilière et l'argent.

Portalis fait une véritable profession de foi libérale, par exemple en parlant du taux d'intérêt, „le pouls de l'État”, qui, s'il est modéré „est le signe le moins équivoque de la véritable richesse et du bonheur public”, qui „encourage toutes les entreprises utiles” et développe l'économie⁷⁹. Cette économie est une économie de marché, conquérante, entreprenante, libre, où l'État n'intervient que très discrètement⁸⁰: „L'argent règle le prix de toutes les autres choses, tant mobilières qu'immobilières. Ce prix est fondé sur la comparaison de l'abondance et de la rareté relative de l'argent, avec la rareté ou l'abondance relative des objets ou des marchandises que l'on achète. Il ne peut être fixé par des règlements. Le grand principe sur ces matières est de s'abandonner à la concurrence et à la liberté”⁸¹.

2. Cette même LIBERTÉ doit jouer dans les différentes manières d'accéder à la propriété, et notamment dans la théorie générale du contrat. Les principes directeurs invoqués, sont le droit naturel et l'autonomie de la volonté⁸²: „Sur cette matière, nous n'irons jamais au-delà des principes qui nous ont été transmis par l'antiquité, et qui sont nés avec le genre humain”⁸³.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 517 à propos des principes qui règlent la succession. Cf. l'analyse de Florence Gauthier, *L'idée générale de propriété dans la philosophie du droit naturel et la contradiction entre liberté politique et liberté économique de 1789 à 1795*, [dans:] *La Révolution et l'ordre juridique privé...*, t. 1, p. 162-171.

⁷⁸ Le *Discours* puis le Code reprennent la division classique cf. P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 568: „Il est diverses espèces de biens, il est diverses manières de les acquérir et d'en disposer. Les biens se divisent en meubles et immeubles. C'est la division la plus générale et la plus naturelle”.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 511 et 512 (avant d'aborder les principes de la réglementation du crédit): „Il [l'intérêt modéré de l'argent] donne aux propriétaires de terre qui veulent se livrer à de nouvelles cultures, l'espoir fondé d'obtenir des secours à un prix raisonnable; il met les négociants et les manufacturiers à portée de lutter, avec succès, contre l'industrie étrangère”.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 512: „Les rapports qui déterminent le prix de l'argent sont indépendants de l'autorité; les gouvernements ne peuvent jamais espérer de les fixer par des lois impérieuses. Cependant on a toujours adopté un taux légal pour les contrats d'hypothèque et pour tous les actes publics”.

⁸¹ *Ibidem*, même page.

⁸² *Ibidem*, p. 512: „En traitant des contrats, nous avons d'abord développé les principes de droit naturel qui sont applicables à tous [...]”; p. 509-510 (développement précédant celui sur la liberté du crédit): „En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes moeurs, par l'utilité publique”.

⁸³ *Ibidem*, p. 517: cf. A. Esmein, *L'originalité du Code civil*, [dans:] *Le Livre du Centenaire*, Paris, rééd., 1979, t. 2, p. 511: „Les rédacteurs du Code, ces bons ouvriers, ne prétendaient aucunement être des créateurs; c'étaient des disciples et non des prophètes”.

C'est encore le principe de LIBERTÉ qui inspire la législation en matière de régimes matrimoniaux: „Nous avons laissé la plus grande latitude à ces contrats [...]”: liberté de faire ou de ne pas faire de contrat, liberté de choisir le régime adéquat⁸⁴.

LIBERTÉ et ÉGALITÉ doivent encore être principes directeurs en matière de successions et de testament; conformément au „nouvel état de choses, Portalis affirme: „On a besoin de bouleverser tout le système de successions, parce qu'il est expédient de préparer un nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre de propriétaires”⁸⁵. Voilà qui est bien dans la ligne des principes révolutionnaires.

En application directe, l'égalité successorale est établie: „La succession des pères et mères est dévolue par égale part à tous les enfants, sans distinction de sexe; et à défaut d'enfants, aux plus proches”⁸⁶.

Mais au-delà des principes de 1789, n'y en a-t-il pas d'autres? Portalis s'interroge: „Le droit de succéder a-t-il sa base dans la loi naturelle ou simplement dans la loi positive?”⁸⁷ Car le droit successoral n'est pas le droit de propriété. Il se fonde sur „des motifs de convenance et d'équité, et sa réglementation doit être laissée à la „raison civile [...] qui propage la fraternité” et assure l'harmonie sociale⁸⁸.

Mais les deux concepts, ÉGALITÉ et FRATERNITÉ, entendus de façon trop rigoureuse, risquent de troubler l'harmonie familiale⁸⁹. On crée une exception au principe d'égalité du partage successoral, conséquence logique de la distinction des enfants légitimes et des enfants naturels: „La faveur du mariage, le maintien des bonnes moeurs, l'intérêt de la société, veulent que les enfants naturels ne soient pas traités à l'égal des enfants légitimes”⁹⁰.

⁸⁴ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 517; cette liberté est aussi un corollaire de la „transaction” et résulte le Code civil: „Le régime des dots était celui des pays de droit écrit; la communauté était en usage dans les pays coutumiers. Les époux auront la liberté de se former, à cet égard, par leur convention, telle loi particulière qu'ils jugeront à propos. Quand il n'y aura point de convention particulière, les époux seront communs en biens”.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 465.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 519-520.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 517.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 518: „Le bon sens, la raison, le bien public ne permettent pas qu'ils [= les biens du *de cuius*] soient abandonnés, il y a de puissants motifs de convenance et d'équité de les laisser à la famille du propriétaire: mais, à parler exactement, aucun membre de cette famille ne peut les réclamer à titre rigoureux de propriété” et p. 519: „La loi civile [...], dont l'office principal est de régler les droits et les convenances entre particuliers, incline plutôt vers l'équité que vers la raison d'État”.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 520: „La raison civile [...] qui ne choque personne, qui prévient les rivalités et les haines dans la famille, qui propage l'esprit de fraternité et qui maintient plus solidement l'harmonie générale de la société”.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 522.

Le *Discours*, le projet et le Code civil reviennent sur l'égalité de partage entre tous les enfants. Et Portalis justifie cette inégalité en concluant que la successibilité „n'est point un droit naturel: ce n'est qu'un droit social"⁹¹. Jamais elle ne doit troubler le „bonheur civil" et la famille telle que les rédacteurs l'ont instituée.

Dans la législation révolutionnaire, en application de l'égalité du partage successoral, la faculté de tester avait été pratiquement supprimée⁹². Le Code civil va la rétablir⁹³, en se fondant, non pas sur le droit naturel qui permettrait à un homme d'imposer sa volonté au-delà de la mort⁹⁴, mais sur la seule loi positive venant au secours d'une volonté qui n'existe plus: „Le pouvoir qu'un testateur tient de la loi n'est-il pas le pouvoir de la loi même?"⁹⁵ Elle respectera d'autant mieux le principe d'ÉGALITÉ, car „suivant la position dans laquelle se trouve une famille, le partage égal des biens entre les enfants ne deviendrait-il pas lui-même la source des plus monstrueuses inégalités?" se demande Portalis⁹⁶. De plus, la loi civile pourra ainsi conférer „une sanction aux vertus domestiques, à l'autorité paternelle, au gouvernement de la famille"⁹⁷. Le testament est rétabli, au nom de l'„esprit de famille" et de la bonne gestion du patrimoine et des affaires, bref, pour contribuer au „bonheur civil". Cependant il est soumis à des conditions très restrictives.

* * *

Nous pouvons donc conclure, à la lumière du *Discours préliminaire*, qu'il y a bien une filiation, entre des principes remontant bien au-delà de 1789, les principes de 1789 proclamés par la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, et les principes directeurs du Code civil de 1804.

⁹¹ *Ibidem*, même page: „[...] Il faut seulement leur garantir, dans une mesure équitable, les secours que l'humanité sollicite pour eux. Vainement réclame-t-on en leur faveur les droits de la nature; la successibilité n'est point un droit naturel: ce n'est qu'un droit social, qui est entièrement réglé par la loi politique ou civile, et qui ne doit point contrarier les autres institutions sociales".

⁹² *Ibidem*, p. 520: „Dans ces derniers temps, on a beaucoup déclamé contre la faculté de tester; et, dans le système de nos nouvelles lois françaises, cette faculté avait été si restreinte, qu'elle n'existait presque plus".

⁹³ Par contre, Portalis approuve pleinement la suppression des substitutions par la législation révolutionnaire, cf. *ibidem*, p. 521: „[...] On a bien fait, pour la liberté de la circulation, pour le bien de l'agriculture, de proscrire ces substitutions absurdes, qui subordonnent les intérêts du peuple vivant aux caprices du peuple mort, et dans lesquelles, la génération qui est, se trouve constamment sacrifiée à celle qui n'est pas encore".

⁹⁴ *Ibidem*, p. 520: „Nous convenons qu'aucun homme n'a, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort, et de se survivre pour ainsi dire par un testament".

⁹⁵ *Ibidem*, même page; mais p. 521: „Il est prudent de soumettre à des règles la faculté de tester, et de lui donner des bornes".

⁹⁶ *Ibidem*, p. 521.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 521; cf. aussi p. 520: „L'intérêt, qui divise si souvent les hommes, ne doit-il pas être mis à profit, quand on le peut, pour les rapprocher et pour les unir?"

En matière de principes, le Code civil représente également une „transaction”, comme l’a été celle des sources du droit anciennes ou récentes utilisées par les rédacteurs du Code civil. Le *Discours* reconnaît comme père du Code civil „[...] l’esprit” qui vient du „nouvel état des choses”, mais il ne renie aucunement les grands-pères. Le Code civil est le produit d’une évolution et d’une révolution et „la révolution juridique qui s’est opérée en France entre 1789 et 1804 est à la fois une et divisible”⁹⁸: elle marque une rupture avec l’Ancien Droit, mais cette rupture n’est pas systématique.

Le Code civil a été souvent analysé comme contradiction ou trahison des principes de 1789, et l’on a pu dire que le Code civil est „un code vraiment bourgeois”⁹⁹, où s’affrontent „Égalité et liberté sur le champ clos de la concurrence vitale: chacun pour soi et le droit pour tous!”¹⁰⁰

Mais il ne faut pas oublier que le Code civil a été fait, somme toute, par des hommes issus majoritairement du Tiers-État, tout comme pour la *Déclaration des Droits*. Ce sont les mêmes qui, victorieux au plan politique, mettent tout en oeuvre pour le BONHEUR CIVIL, tel qu’ils le conçoivent, l’„esprit de famille”, la propriété avec la prospérité. Ce sont les mêmes, bourgeois et paysans, propriétaires et entrepreneurs, qui réclament la stabilité civile et politique, l’expansion économique.

Or cette conception était déjà en germe dans la *Déclaration*: le Code civil reflète le discours „divisible” de la *Déclaration*¹⁰¹; il est l’expression de la „liberté civile” définie déjà par Cambacérès¹⁰², „Expression civiliste de la *Déclaration des Droits* de 1789, le Code civil apparaît comme une triple exaltation de l’ÉGALITÉ, de la LIBERTÉ, de la SPIRITUALITÉ de l’Homme” (J. Carbonnier¹⁰³). Instrument de pouvoir mais aussi d’éducation pour l’individu, citoyen et homme libre et responsable, le Code civil est un projet de société et de civilisation, à l’aube du XIX^e siècle libéral.

Les principes de 1789 ne sont pas les principes de 1793 et il est logique que le Code civil ne consacre pas les derniers. La *Déclaration*, il est vrai, pouvait se

⁹⁸ E. Guibert-Sledziewski, *op. cit.*, p. 149.

⁹⁹ Cf. Discours de M. Glasson dans *Le livre du Centenaire*, t. 2, p. 37.

¹⁰⁰ Cf. R. Saleilles, *Le Code Civil et la méthode historique*, [dans:] *Le Livre du Centenaire*, t. 2, p. 114.

¹⁰¹ Cf. M. Thomann, *Le Préambule de la Déclaration des Droits de l’Homme de 1789*, „Revue d’Histoire du Droit” 1987, p. 376–382; du même *Origines et sources doctrinales de la Déclaration des Droits*, „Droits” 1988 n° 8, P.U.F., p. 55–70; P. Wachsmann, *Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des Droits de l’Homme de 1789*, „Droits” 1985, n° 2, p. 15.

¹⁰² Cf. A. Sorel dans *Le Livre du Centenaire*, t. 1, qui le cite en introduction, p. XXIII: „Trois choses sont nécessaires et suffisent à l’homme en société: être maître de sa personne; avoir des biens pour remplir ses besoins; pouvoir disposer, pour son plus grand bien de sa personne et de ses biens”.

¹⁰³ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, Paris, 14^e éd., 1982, p. 70. Cf. aussi Ch. Atias, *Le droit civil*, Que sais-je, P.U.F., 1984, p. 11–16: le Code civil comme phénomène de pouvoir, de société, de civilisation et de culture.

prolonger par l'interprétation de 1793, puis de 1848: les analyses socialistes et marxistes se fondent, pour partie, également sur les principes de 1789, et à bon droit, en dénonçant les excès d'un libéralisme exacerbé dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Le Code civil, monument de son temps, mais aussi à l'épreuve du temps, a dû prendre en compte une partie de ces analyses. En ce bicentenaire de la Révolution de 1789, et en raison de l'actualité des principes de la *Déclaration des Droits de l'Homme*, on ne peut que souhaiter, qu'ils continuent, dans l'optique du BONHEUR, à enrichir le Code civil et l'ensemble du droit pour chaque homme et chaque peuple.

Université Strasbourg III

Dans une lettre du 28 janvier 1989, notre collègue Jan Kodrežski précisait que la présente communication devrait porter sur la „genèse immédiate” du Code civil, depuis les travaux préparatoires jusqu'à la publication du 21 mars 1804. Il n'est pas inutile, cependant, de rappeler que l'élaboration de ce grand monument du droit civil français a été graduellement facilitée par toute une série de textes publics avant ou pendant la Révolution. Dès Louis XV, avait été réalisée l'unification de quelques matières de droit, par l'ordonnance sur les donations (1731), celle sur les testaments (1735) et une troisième sur les substitutions (1747), dont on retrouve les termes dans certains articles du Code. De savants auteurs s'étaient efforcés de déceler le „droit commun” de la France, comme Bourjon en 1747¹; le plus célèbre d'entre eux est sans conteste Pothier, conseiller au présidial et professeur à l'université d'Orléans, dont le *Traité des obligations* et les autres ouvrages ont été utilisés par les rédacteurs du code, à tel point qu'on a pu le surnommer le „père du Code civil”. Toutes les données essentielles étaient donc réunies en 1789 pour effectuer la grande oeuvre de codification du droit français.

On comprend dès lors que l'Assemblée nationale constituante décide, le 2 décembre 1791, qu'„il sera fait un code de lois civiles commun à tout le royaume”. Un an et demi après, l'idée entre dans la phase de réalisation. Un ancien avocat, devenu en 1774 conseiller à la Cour des aides de Montpellier, Cambacérès, avait été élu à la Convention en août 1792. Choisi par cette assemblée comme président du comité de législation, il présente en août 1793 un premier projet de Code civil, en 695 articles, très marqué par l'esprit du temps; ce projet rejeté par l'assemblée, il en prépare un autre, encore plus court (297 articles) puisque, comme le disait Barrère, les lois doivent être brèves, simples, accessibles à tous; il le dépose en septembre 1794 et parvient même à en faire voter quelques articles qui ne seront jamais publiés... nullement

¹ R. Martinage, *Bourjon et le Code civil*, Paris 1971, 146 p.