

Colloque Napoléon et le Code civil

Ajaccio, 5 novembre 2004

Napoléon et l'élaboration du Code civil

Jean-Pierre Royer

professeur émérite et doyen honoraire de l'Université de Lille II.

Triste nouvelle, le Code civil n'aurait plus de père ! Ce serait apparemment l'un des premiers enseignements des commémorations du Bicentenaire. Alors que, traditionnellement l'on pensait (et l'on enseignait !) que Domat et Pothier étaient les « pères du Code civil », les nouveaux travaux publiés sur ces deux auteurs, s'ils ont pu corroborer leur contribution à la rationalisation et à la conceptualisation du droit français, n'établissent pas, selon Jean-Louis Halpérin¹, leur paternité dans la mesure où ils n'ont jamais pensé en termes de codification ni même utilisé le mot, encore moins élaboré un plan pour une mise en œuvre pratique des sources. De même, on a longtemps attribué pour philosophie l'idéologie des Lumières à la première vague des codifications qui ont eu lieu en Europe. Or, il s'avère que si ces philosophes, de Voltaire à Diderot et à l'Encyclopédie, de Montesquieu à Rousseau, se sont inscrits avec leurs personnalités et leurs sensibilités différentes dans le vaste mouvement européen de codification et l'ont nourri de leur pensée, ils ont surtout agi par leur force stimulante et leur puissance créatrice. Lorsque Diderot envoie un projet de Code à Catherine de Russie, il n'a nullement en vue les contingences d'un gouvernement et d'ailleurs, l'impératrice le lui fait aimablement comprendre.

Quand Rousseau recommande, dans les *Considérations sur le gouvernement de Pologne* de « faire trois Codes. L'un politique, l'autre civil, et l'autre criminel²», contrairement à ce que beaucoup d'auteurs disent et répètent, il ne leur demande pas de surajouter à une législation déjà affaiblie à ses yeux par une multiplicité de lois de nouveaux et lourds volumes. Les *Considérations* ont été rédigées en 1770-71 à une époque très troublée de l'histoire de la Pologne que les grandes puissances étrangères s'apprêtaient à se partager. Sous le règne de Stanislas II s'était formée la confédération de Bar dirigée contre la Russie (1768-1772) et c'est précisément le porte-parole de cette confédération, le comte Wielhorski, qui, en lui envoyant tout un dossier sur la Pologne et sa situation politique, demanda à Rousseau de se prononcer sur la « réforme projetée » de son gouvernement. Rousseau se documentera sérieusement sur la réalité sociale et politique de cet « Etat si bizarrement constitué » comme il le dit, d'une surprenante longévité, il écrira un véritable projet aujourd'hui considéré comme une de ses œuvres politiques majeures dans laquelle il reprendra nombre de développements du *Contrat social*. Dans les *Considérations*, Rousseau

¹ Dans *La genèse du Code civil...* Gand, 2005.

² Cité par R. Cabrillac, op. cit. p.30.

n'aspire pas à se substituer à un grand législateur³, il faut même supposer que, pour lui, le temps des grands législateurs est révolu et quand il dit aux confédérés de Bar de « faire trois codes », bien loin de vouloir surajouter à ce qui existe déjà, il les prévient au contraire de la nocivité de l'excès de droit et les met simplement en garde contre ce qu'il appelle « tout le fatras de Justinien ». Aussi les codes suggérés devront-ils être « clairs, courts et précis », et surtout permettre le retour aux règles du droit naturel en jetant par dessus bord tout le droit ancien, romain ou coutumier.

Pour ces philosophes des Lumières, codifier, ce n'est pas légiférer, codifier c'est un *vouloir*, une volonté de faire « table rase ». Leur action sera de pousser les juristes enfermés dans leurs habitudes et leurs schémas mentaux à *changer* totalement leur façon de penser, comme ils le disent dans l'Encyclopédie. Le champ juridique, ils l'auront ensemencé et leur voix ne s'est pas perdue dans le désert... Codifier, c'est administrer une médecine. Ils l'auront prescrite, mais ne l'auront pas appliquée. Alors, vers qui se tourner dans cette recherche de paternité ? Vers Bonaparte, en raison de son assiduité aux séances préparatoires du Code ?

Bonaparte au Conseil d'Etat, il y a longtemps que le portrait en a été fait par maints auteurs, et non des moindres. Par Taine, par Thiers, par Thibaudeau, entre autres plumes illustres, et, au XXe siècle, les historiens se sont intéressés à la part personnelle qu'il avait pu prendre dans les travaux préparatoires du Code civil. On sait que sur la centaine de séances qui lui furent consacrées au Conseil, Bonaparte en présida plus de la moitié⁴ et l'opinion commune est encore aujourd'hui que son intérêt était avant tout personnel, familial et dynastique. Cette recherche a été reprise il y a quelque dix ans par un historien allemand, Eckhard Maria Theewen, qui nous a invité à la nuancer sensiblement. Sans doute, sans descendance à l'époque, n'ayant pas encore arrêté de décision sur son éventuel divorce et ne sachant pas ce qu'il ferait à l'avenir, Napoléon, en assistant, en présidant et en animant vivement les séances du Conseil d'Etat, s'ouvrait-il toutes les possibilités envisageables. A la fin de l'année 1801, en songeant au mariage de son frère Louis (le roi de Hollande) avec sa belle-fille Hortense, il aurait imaginé, ne pouvant avoir d'enfant de son épouse, que ceux de son frère pourraient être ses propres enfants. Or, en avril 1804, peu de temps avant que ne commencent les débats sur l'adoption, un garçon naquit de l'union d'Hortense et de Louis et Napoléon aurait exprimé le désir de le considérer comme son héritier. S'il le fit, en tout cas cela ne s'est pas traduit directement dans le Code civil puisque, comme on le sait, selon les dispositions de l'article 343 d'alors, l'adoption n'était permise qu'aux personnes majeures âgées de plus de cinquante ans - ce qui n'était pas, et de loin, son cas - et il devait y avoir un écart de quinze ans entre l'adoptant et l'adopté. Non, selon Theewen, Napoléon n'avait pas en vue sa

³ pour reprendre la formule qu'utilise Bronislav Baczko dans son article Utopie et politique, Un « voyage imaginaire » de Rousseau en Pologne, dans Modèles et moyens de la réflexion politique au XVIIIe siècle, Actes du colloque international des Lumières organisé par l'Université de Lille III, Lille, PUL, 1973, p. 269-305

⁴ Les chiffres varient quelque peu suivant les auteurs. Ainsi, d'après J.L. Halpérin, L'histoire de la fabrication du Code, dans *Le Code civil*, revue Pouvoirs, n°107, p. 12, il y aurait eu 107 séances au Conseil et Bonaparte en aurait présidé 55, tandis que pour J.L. Souriou, *Le rôle du Premier Consul dans l'élaboration du Code civil*, p.109, le Conseil d'Etat n'aurait tenu à ce sujet que 102 séances et Bonaparte en aurait présidé 52, soit entièrement (49), soit partiellement (3).

propre situation en assistant aux séances du Conseil d'Etat et s'il avait voulu adopter un enfant, ou encore divorcer, il aurait eu en tant que quasi monarque absolu d'autres moyens que le Code civil à sa disposition, ne serait-ce que de recourir à un *senatus-consulte*.

Ainsi, Napoléon n'aurait pas légiféré pour lui-même mais comme un chef d'Etat soucieux de faire avancer le droit et les juristes. Alors, serait-ce lui le « père » du Code civil ? Pour tenter de répondre à cette question, restituons tout d'abord le *contexte* de son élaboration, tout simplement à partir des travaux préparatoires publiés par Fenet et des commentaires de Loqué sur l'histoire et l'esprit du Code⁵, réactivés par les travaux et publications du Bicentenaire. On en connaît les grandes lignes, qu'il suffira de rappeler ici rapidement, on sait que le processus de codification fut lancé très tôt, dès les premières semaines du Consulat, Bonaparte ayant constitué en Août 1800 une commission formée de quatre avocats pour élaborer un projet : « Je vous donne six mois, faites-moi un Code civil », leur aurait-il dit dans un arrêté consulaire. Le texte fut prêt en cinq mois. S'y ajouta une vaste consultation des tribunaux pour s'assurer du soutien des milieux judiciaires ainsi qu'une demande d'avis des membres du Conseil d'Etat.

Voici pour le cadre général. Reste à imaginer l'esprit et l'atmosphère qui régnait au Conseil pendant les réunions préparatoires. Les avocats que Bonaparte avait désignés, et qui exprimaient des sensibilités et des traditions juridiques différentes, représentant à peu près les divers côtés de la France, avaient eu une attitude modérée pendant la Révolution mais certains avaient eu dans le passé des opinions franchement royalistes. C'est le cas de celui qui fut sans doute le plus influent d'entre eux, Portalis⁶, hostile à la Révolution, député monarchiste avant de se rallier au régime consulaire et avec qui Bonaparte se réconcilia, fidèle à sa fameuse formule « J'aime les honnêtes gens de toutes les couleurs », ce qui le conduisit à nommer Portalis commissaire du gouvernement au Conseil des prises. Mais ce « fils de la Révolution » comme se considérait lui-même le premier Consul, pressé d'aboutir dans la mission qu'il s'était à lui-même confiée lors de Brumaire, pouvait se montrer agacé, voire irrité par les lenteurs de ces vieux juristes. Il ne faut pas oublier les différences d'âge et de génération qui les séparent au moment de la discussion du Code. Tronchet (1723-1806) était vieux, très vieux même, il avait été l'un des avocats de Louis XVI, juriste réputé depuis longue date mais un esprit pratique et quelque peu étroit, Bigot de Préameneu (1747-1825) qui représentait avec lui les pays dits de coutume était un peu plus jeune, de même que Portalis (1746-1807) avocat d'une vaste culture - le « tête pensante » de la Commission – selon Jean-Louis Halpérin⁷, et Malleville (1741-1824) qui exprimait avec lui l'esprit des pays de droit écrit. Mais, en face d'eux, le premier Consul, qui n'avait alors que 30 ans, faisait figure de jeune homme sans culture juridique quoiqu'il ne fût cependant pas tout à fait étranger au droit, ne serait-ce que par son milieu familial, puisque son père était avocat, comme

⁵ P.A. Fenet, Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827, notamment, t.X, et Loqué, La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, t.I, Histoire du Code civil, et L'Esprit du Code...

⁶ Sur Portalis, la littérature est abondante. On consultera la biographie de Jean-Luc A. Chartier, Portalis, père du Code civil, Paris, 2004.

⁷ dans La genèse du Code civil ... Gand, 2005

nous le rappellera au cours du Colloque M. Charles Napoléon⁸. Les portraits que l'on a brossés du premier Consul sont des plus contrastés, qui vont de la critique la plus vive à l'extase la plus totale. Pour ne prendre que deux exemples extrêmes, H. Taine, dans « *Les origines de la France contemporaine* »⁹ nous le dit dépourvu du moindre savoir-vivre, n'ayant conservé selon Mme de Rémusat de l'étiquette monarchique que « la discipline rigide et la parade pompeuse », triste et ennuyeux, (« la cour s'ennuie mortellement...les jeunes femmes s'endorment »...), brutal souvent et même très grossier dans certaines circonstances, toujours selon Mme de Rémusat que cite Taine, notamment à l'égard de Joséphine qu'il tenait informée par le menu de ses fantaisies extra conjugales, ne tolérant pas ses protestations qu'il ponctuait par un coupant : « J'ai le droit de répondre à toutes vos plaintes par un éternel *moi* ». Tout à fait à l'opposé et quelque trente années plus tard, sur un autre registre et de la part d'un professeur de droit, dans l'un des rares articles qui traitent directement de notre sujet, « *L'art de faire les lois, Bonaparte et le Code civil* », René Savatier¹⁰ nous le dépeint au contraire comme un passionné, « fantaisiste » même, plaisantant « avec une juvénile et un peu soldatesque liberté », un « séducteur », mais aussi un « maître » au débit sec et coupant, autoritaire et pressé. C'est sans doute ce dernier trait qui importe le plus pour comprendre le rôle que le premier Consul a pu jouer dans l'élaboration du Code. Bonaparte est effectivement pressé de faire aboutir « son » Code, comme il le citera plus tard, l'œuvre de lui qui restera quand toutes ses victoires seront oubliées, son autorité naturelle lui permet de concilier les points de vue de ses commissaires et de hâter la marche de leurs travaux, ce qui ne l'empêchera d'ailleurs pas de changer d'avis, de se contredire ou de leur ordonner de revoir leur texte. Cette impulsion générale ne l'éloigne pas pour autant de ses autres préoccupations du moment, en particulier pour l'heure de la guerre contre l'Angleterre. Il ne faut pas oublier qu'à cette époque il vit entre Boulogne et Paris et qu'ainsi des pans entiers du Code s'élaboreront sans lui, en particulier le droit des contrats et des obligations, celui des régimes matrimoniaux.

Non, durant le Consulat, qui « fut un temps d'organisation » selon la formule qu'utilise Thibaudeau dans ses *Mémoires* et que reprend J.L. Sourieux¹¹, Bonaparte est avant tout un homme d'autorité, qui organise, qui remet en ordre une société française que dix années de révolution ont profondément transformée et bouleversée. Il n'est que de considérer le droit de la famille issu du Code civil pour se convaincre que là est son souci premier. La famille était sous l'Ancien Régime la cellule fondamentale de toute la vie sociale, fondée sur un mariage indissoluble d'un commun accord entre l'Etat et l'Eglise et s'il est une de ces solidarités essentielles que la Révolution a chamboulée, c'est bien celle-là. La Révolution a sapé les bases du modèle de la « Sainte famille » qui s'était lentement façonné au cours des derniers siècles ; sensible au mouvement des Lumières qui lui était favorable, elle y a introduit le divorce de même qu'elle a accueilli les idées de mariage contrat et de bonheur

⁸ Je saisis cette occasion pour remercier M. Napoléon pour les informations qu'il a bien voulu me communiquer à ce sujet. Dans son article Napoléon Ier, un géant sur la route de la démocratie et de l'Europe, *Le Monde*, 28-29 nov. 2004, il écrit que Napoléon est issu d'une « famille de modeste notabilité corse ».

⁹ 3eme Partie, *Le régime moderne*, t. I. Napoléon Bonaparte, Paris, 1998, p.90 s.

¹⁰ Paris, Librairie Dalloz, 1927

¹¹ op. cit. p. 109

individuel ainsi qu'elle a proclamé l'égalité successorale. Rénovée, expression de la loi naturelle, la famille n'en gardait pas moins une place centrale dans l'esprit des révolutionnaires, elle devait même être le microcosme idéal de la « splendide cité » qu'ils se proposaient de construire, elle en serait le modèle réduit le plus exact. La famille du Code civil en est la suite, adaptée aux temps post-révolutionnaires, et Portalis usera pratiquement des mêmes mots dans son *Discours préliminaire*¹² : « C'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande... » Sans doute la nouvelle formule est-elle inégalitaire. Sur ce point, Portalis et le premier Consul sont en parfaite harmonie de pensée. Pour l'ancien avocat aixois, l'homme et la femme sont différents *par nature*, « la force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme ». C'est cette différence de nature qui les unit, mais ce qu'il appelle la « société conjugale » ne saurait subsister « si l'un des époux n'était subordonné à l'autre ». Il faut à la famille une « autorité » ; en raison de cette différence naturelle entre les sexes (et non point du fait des lois), ce ne pourra être que le mari. La femme lui sera subordonnée, mais qu'elle ne voie surtout pas dans cette situation une « rigueur tyrannique » là où il n'y a « qu'une distinction honorable et utile », la reconnaissance de cette « sensibilité douce » qu'elle a reçue du « ciel », de ce « tact fin et délicat qui remplit chez elle l'office d'un sixième sens », de cette « modestie touchante qui triomphe de tous les dangers »...¹³.

Pour Bonaparte aussi, qui dira de façon un peu plus rustique que « le mari doit pouvoir dire à sa femme « Madame, vous m'appartenez corps et âme », une hiérarchie est nécessaire dans la famille et surtout en ce moment « les femmes ont besoin d'être contenues dans ce temps-ci... Ce qui n'est pas français, c'est de donner de l'autorité aux femmes. Elles en ont trop. » Cette répartition des rôles et des tâches va former la base du fameux article 213 « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » qui fait encore la joie des étudiants en droit nostalgiques d'un passé révolu !... Mais ne nous y trompons pas, le « machisme » dont on étiquette Napoléon risque de nous égarer en nous faisant perdre le sens de la chronologie. Dans ce chapitre VI du Code qui s'intitule « *Des droits et des devoirs respectifs des époux* », la famille nouveau style soumet les droits des époux à leurs devoirs. Notre collègue Jacques Bouveresse va encore plus loin dans l'analyse en considérant que « le code de 1804 est d'abord un code pour les femmes : ce que nous avons bien du mal à comprendre maintenant ». Pour cet historien de droit qui répugne par dessus tout à fréquenter les sentiers battus, Napoléon, pour attirer les hommes dans le mariage (à des fins d'harmonisation sociale), leur a tendu un « piège, leur fait entendre le langage qui leur plait tant : vous serez, leur dit-il, les chefs, des chefs de famille. A l'extérieur, vous avez peu d'occasions de commander, et beaucoup d'obéir. Chez vous... ce sera l'inverse. Le droit est mis au service d'une autorité sans partage, que vous exercerez sur votre femme et vos enfants. Alléchés par l'appât que lui tend Napoléon, le gros rat masculin est vite piégé, pris dans le

¹² Fenet, op. cit. t. 1, p.522.

¹³ Id. t. 9, p. 178-179

lacs des obligations, des devoirs, là même où il pensait s'accomplir par l'affirmation d'une autorité qui prolongeait sa liberté »¹⁴.

Ainsi reconsidéré, le mariage du Code napoléon est plus équilibré que n'en reflétera la réalité, traduisant l'insularité méditerranéenne qui transparait dans les hommages appuyés rendus aux mères par Bonaparte¹⁵. Si, maintenant l'on vient à considérer l'autre grande innovation révolutionnaire, celle du divorce, on sait que, là aussi, pour reprendre une expression de notre collègue Jean Bart, le Code a « refermé (une) des portes entrouvertes » par la Révolution¹⁶. Locré¹⁷ nous dit clairement que Napoléon « haïssait le divorce » et que « jamais il ne l'a permis à ceux qui l'entouraient ; il l'avait interdit dans sa famille », ce qui contredit l'idée commune selon laquelle son assiduité aux séances du Conseil s'expliquerait par la pensée de son propre divorce. Or, rien n'autorise à affirmer que Bonaparte prévoyait de se séparer de Joséphine et d'ailleurs « Madame Bonaparte », toujours d'après Locré, ne cachait pas ses inquiétudes à ce sujet, elle qui chaque soir, « s'informait avec anxiété de ce qui s'était fait au Conseil d'Etat ; si l'on avait admis le divorce ; de quelles conditions il dépendrait, etc. » Cette « répugnance » naturelle qu'il avait pour le divorce ne l'empêcha cependant pas de l'admettre, mais plus en politique qu'à titre personnel. « Le divorce devait être dans notre législation. La liberté des cultes le réclamait, mais ce serait un grand malheur qu'il passât dans nos habitudes ». Aussi, le divorce version 1804 fut-il, on le sait, beaucoup plus restrictif que celui de 1792. L'incompatibilité d'humeur (violemment combattue par Portalis et la majorité du Conseil) en disparut et le divorce par consentement mutuel (qui pouvait d'ailleurs cacher une incompatibilité d'humeur) fut assorti de telles formalités qu'il en devenait difficilement praticable. Quant au divorce pour causes déterminées, il se trouvait, lui aussi, hérissé d'embûches nombreuses. Et, pour en terminer sur ces aléas du mariage, on mentionnera que c'est aussi au premier Consul que l'on doit la distinction entre le divorce et la séparation de corps.

Jean-Louis Sourieux pointe encore d'autres apports de sa part, aussi bien en droit des personnes qu'en droit patrimonial ou sur le langage utilisé. On y ajoutera pour finir l'article 1^{er} du Code, celui-là même qui porte, en titre préliminaire, sur la publication, les effets et l'application des lois de façon générale. Il importe haut plus haut à cet homme d'ordre et à cet homme d'Etat que les lois soient désormais promulguées et exécutées le plus largement et le plus vite possible. Aussi a-t-il assisté à toutes les séances touchant à cette première question essentielle.

Que conclure, à présent ? Les travaux et publications du Bicentenaire ont renouvelé nos connaissances et permis sans doute de mieux situer le Code civil de 1804 dans l'évolution d'ensemble du droit français. Sur le fond, sur la signification du Code, la thèse de la « rupture » a progressé, soutenue en particulier par notre collègue Jean

¹⁴ Jacques Bouveresse, Droit de la famille et code Napoléon : ce qui passe, ce qui demeure, article à paraître dans les Etudes en l'honneur de Maryse Carlin.

¹⁵ Voir Fenet, op. cit. t.10, p.485

¹⁶ Jean Bart, Le Code civil des Français : continuité ou renouveau ?, article à paraître dans les actes du colloque de Grand sur le bicentenaire du Code civil.

¹⁷ op. cit. Histoire du Code civil, p. 90 s.

Bart pour qui, s'il y a « continuité », c'est une continuité « par rapport aux principes qui ont triomphé au cours de la décennie antérieure au coup d'Etat, et non par rapport à l'ancien droit »¹⁸. Le Code ne serait plus un « compromis » entre l'Ancien Régime et la Révolution, mais un pur produit de la Révolution, de la Révolution d'après Thermidor, s'entend. La chute de Robespierre, que nous avons, à l'instar de M. Jean-Philippe Lévy¹⁹, considéré comme un « tournant », Jean-Paul Jean et moi-même dans un article de réflexion sur deux siècles d'évolution, marque un changement, non seulement sur le plan politique mais aussi sur celui du droit civil. Le Code de 1804 est bien différent des projets qui l'ont précédé, pour nous, en reprenant la formulation de M. Jean-Philippe Lévy, « tout, dans le plan, gravite autour de la propriété », ce qui, sans doute, fait dire à François Ewald que le Code de 1804 est une œuvre purement pragmatique dépourvue de la moindre idéologie. Cependant la thèse du « concordat » garde encore ses partisans, c'est celle que notre collègue Jacques Poumarède a soutenue lors du colloque final sur « La genèse du Code civil des Français » qui s'est tenu au Sénat en Novembre 2004. Dans cette perspective, tracée sur une analyse approfondie des coutumes et des modèles familiaux traditionnels, les codificateurs auraient veillé à respecter le pluralisme juridique qui reflétait les besoins d'une société française encore très éloignée de l'uniformisation. En définitive, tandis que Portalis ne serait plus que « l'âme » du Code, comme l'a soutenu Catherine Delplanque, Napoléon en aurait été le « père politique », ainsi que l'a suggéré Jean Tulard au cours du même colloque. De fait, on le verrait bien assumer les deux rôles, celui du médiateur entre passé et présent et celui de l'homme du jour, sorti de la Révolution. Et dans ce cas, le Code n'aurait plus seulement un père, mais aussi, quand on songe à son rôle auprès de l'Empereur, une grand-mère, Laetitia...

Jean-Pierre Royer

Professeur émérite à l'Université de Lille II.

¹⁸ op. cit. à paraître 2005

¹⁹ La Révolution française et le droit civil, dans « 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Paris, 2004, p.99.