

« **BICENTENAIRE DU CODE CIVIL** »
Séance solennelle du lundi 15 mars 2004

« **Le quatuor des légistes** »

par **Jean-Marc Varaut**

En 1904, alors que les juristes célébraient entre eux, à la Sorbonne, le premier centenaire du Code civil, une féministe, Hubertine Auclair, brûla symboliquement un exemplaire du Code civil au pied de la colonne Vendôme. Par ce geste sacrilège, il ne semble pas qu'elle ait voulu faire disparaître la famille et la propriété, qui sont les piliers du code nommé « Napoléon » depuis 1907. C'est à la misogynie de Bonaparte et de ses légistes qu'elle en avait : le Code écrit par l'homme et pour l'homme, majeur et mâle, et la longue suite des humiliations et des servitudes de la femme, qui ne pouvait exercer une profession, ester en justice, contracter sans l'assurance de son mari.

« Le mari doit protection à sa femme », dit l'article 213, « la femme obéissance à son mari ». Ainsi le mari pouvait-il demander le divorce, en tout lieu et en toute circonstance, contre sa femme, mais la femme n'avait ce droit que lorsque son mari avait tenu sa concubine au domicile commun. La parité des droits entre les hommes et les femmes étant aujourd'hui reconnue par le droit, aucune féministe ne songe aujourd'hui à un bûcher expiatoire. Il y a quelques jours, lors de la Journée de la femme, il n'y avait aucune banderole pour réformer le Code civil.

Le Code civil n'a plus d'ennemis à droite, comme au temps de Bonald et de Balzac ; ni d'ennemis à gauche, comme lorsque Marx voyait dans le Code civil l'expression de la société bourgeoise, en quoi il n'avait pas tout à fait tort. Certes, le Code civil n'est plus l'Arche sainte célébrée par les exégètes du XIX^e siècle, la Bible juridique dont ils commentaient les versets sacrés. Mais ce monument toujours debout demeure le code par excellence, le code ancêtre. Quand on dit « le Code », on dit « le Code civil ». Alors, comme d'autres monuments, il a été alourdi, dégradé, défiguré. Il faut rechercher sous les lois d'opportunité et les lois spectacle, souvent mal pensées et mal écrites, greffées sur son tronc, l'invariant de 1804, modèle d'intelligence, de clarté et de concision, vertus parfois inconnues des législateurs contemporains.

Mais s'il est, selon l'expression de Pierre Nora et de Jean Carbonnier, un « lieu de mémoire », le Code fait partie de notre patrimoine. Nous avons plus de raisons qu'en 1904 d'en commémorer aujourd'hui le deuxième centenaire, car l'affirmation d'une loi unique pour une seule nation est aujourd'hui menacée par les communautarismes, qui font relever le droit civil des citoyens français, et

notamment le droit de la famille, d'autres exigences. Remarquons à l'occasion que ce code, où ne se lit pas le mot de religion, est l'acte fondateur de la laïcité avec l'Etat civil laïque et le mariage civil. La laïcité ne date pas de la loi de Séparation de 1905, mais du code de 1804.

L'unification du code civil fut l'ambition de Louis XIV, avec les ordonnances de Colbert et du chancelier d'Aguesseau. Mais il ne suffisait pas au roi de pouvoir pour vouloir. Ce fut l'objet des doléances des cahiers des états généraux réunis par Louis XVI, la conséquence de la déclaration des droits de l'homme qui proclame l'égalité de tous devant la loi. La constitution royaliste et démocratique de 1791 proclame, sous la signature de Louis, roi des Français : « Il sera fait un code des lois communes à tout le royaume. », ce qui valait réponse à l'ironique réflexion de Voltaire : « Un homme qui voyage dans ce pays change de lois presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste. »

Sans la volonté de Bonaparte, cette codification, nous l'avons entendu, aurait connu le sort des lois de Cambacérès. Mais Bonaparte n'est pas l'auteur des 36 lois qui composent le Code civil sur le droit des personnes, des mariages, la famille, la filiation, les biens et les contrats. Il n'en a écrit aucun des 2281 articles, sauf peut-être, selon mon opinion très personnelle, l'article 374 : « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus. »

Si Bonaparte n'a pas fait le Code civil, il a contraint la codification à aboutir. A ce titre, le nom de Napoléon pour le Code civil n'est pas une captation d'héritage. Bonaparte a réussi là où la Révolution avait échoué. Il n'hésita pas d'ailleurs à épurer les assemblées qui s'opposaient à lui. C'est avec Napoléon que le Code civil franchit le Rhin, aboutit à Rome et se répand dans le monde entier, de la Louisiane à l'Egypte. Sur son rocher de Sainte-Hélène, Napoléon écrira : « J'ai semé la liberté à pleines mains, partout où j'ai implanté mon code civil ».

Le possessif est impérial et excessif. La conception de la rédaction de l'avant-projet fut l'œuvre de quatre juristes qu'il sut choisir : Tronchet, Bigot de Préameneu, Maleville et Portalis, tous quatre anciens avocats, un Provençal, un Périgourdin, un Breton et un Parisien ; tous quatre royalistes de cœur, tous quatre grands connaisseurs du droit écrit, des droits coutumiers, de la doctrine de XXX, de la doctrine de droit naturel, de la législation révolutionnaire – qu'ils approuvaient peu – et des projets de Cambacérès ; tous quatre juristes de tradition ; tous quatre ayant eu l'expérience des fonctions législative et judiciaire ; tous quatre tolérants et modérés.

Le président fut Tronchet, âgé de 70 ans, chez qui ils se réunirent pour travailler en commun, avant de rencontrer le Premier Consul chaque décade. Tronchet, avocat consultant très sollicité avant 1789, avait été le dernier bâtonnier de l'ordre des avocats en 1790. Député de l'Assemblée constituante, il s'était rapidement éloigné, mais il avait accepté de sortir de sa réserve pour être un des avocats de Louis XVI et ainsi exposer sa vie. Il avait été, au début du Consulat, le

premier président du tribunal de cassation. Il sera président du Sénat. Après sa mort, l'empereur ordonna son inhumation au Panthéon.

Bigot de Préameneu, avocat au barreau de Rennes, avait siégé à la Législative, avant d'être emprisonné sous la Terreur. Sous le Consulat, il devient Commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation.

Maleville avait été avocat à Bordeaux, juge au tribunal de cassation, membre du Conseil des Anciens. Il fut le secrétaire rédacteur de la Commission.

Portalis est cité le dernier, mais il eut un rôle majeur comme philosophe et juriste dans la rédaction du discours préliminaire et de l'avant-projet, et comme orateur dans les discussions devant le Conseil d'Etat, le tribunal du corps législatif. Avocat pendant 25 ans à Aix-en-Provence, il s'engagea en 1789 en faveur de la monarchie constitutionnelle, qui répondait selon lui le mieux au génie national. Il pensait que la France est une monarchie mutilée par l'histoire. Il fut emprisonné sous la Révolution et dut s'exiler encore en 1797, après le coup d'Etat du 18 Fructidor, pour avoir défendu les droits des prêtres et éviter ainsi d'être déporté à la Guyane, dont bien peu revinrent. On ne tuait plus guère sous le Directoire. On faisait mourir. Portalis fut autorisé à rentrer en France le 18 février 1800. Le 3 avril, il rencontre les trois Consuls. Il est proposé comme commissaire du gouvernement près le Conseil des prises maritimes.

Dans le courant de l'été, Bonaparte réclamera les projets successifs de Cambacérès. Portalis y ajouta un projet de livre préliminaire dont Bonaparte s'enthousiasma. C'est ainsi que fut constituée la commission qui reçut la mission d'aboutir en trois mois. L'avant-projet fut effectivement réalisé en cinq mois. Cinq mois ! Il faudrait aujourd'hui à quatre commissaires, entourés de collaborateurs, de rédacteurs et d'ordinateurs, au moins cinq ans pour faire un aussi considérable travail.

Le projet fut envoyé au Conseil d'Etat qui en était le rédacteur et était l'interprète de la loi. Portalis s'était rallié à l'Empire et il lui demeura fidèle par l'ascendant que donnent la force et la résolution. Le Code civil et le Concordat sont complémentaires. Il sera en effet aussi Ministre des Cultes.

Pour cette commission, la tâche était immense. Il s'agissait de composer avec le droit écrit, les coutumes provinciales, le droit canonique, les ordonnances royales, les arrêts du Parlement et les lois révolutionnaires. Il s'agissait de concilier le Nord et le Midi, de faire un seul droit pour une seule nation, d'associer l'héritage de mille ans de droit civil et l'esprit nouveau d'autonomie et de personne, ce qui comprenait le divorce, l'égalité successorale, la liberté du commerce et l'absolutisme du droit de propriété.

L'abondance des différentes sources du droit français ne devait pas nuire à ce que Portalis a appelé « la plus solennelle transaction ». Et ce compromis a reçu le quitus du temps. On admire encore la concision : un numéro, un principe, une phrase.

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. »

« La bonne foi est toujours présumée. »

« L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses parents. »

Sans oublier l'illustre article 1382, qui dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Ni l'article 544 : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue », seul pléonisme du Code civil, « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements. »

Les articles 1134 et 1382, qui fondent la liberté contractuelle et la responsabilité, n'ont pratiquement pas été discutés, car, dit Portalis, ils relevaient du droit naturel.

Le projet de l'an 8 s'ouvrait par un titre préliminaire qui est un acte de foi : « Il existe un droit naturel et immuable, source de toutes les lois positives. Il n'est que la raison naturelle. » Ce titre ne fut pas maintenu. Le Code commence abruptement : « Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français. »

Portalis, à l'encontre du légicentrisme jacobin, donne tout son pouvoir au juge. Il écrit : « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir les principes féconds en conséquences, et non de descendre dans les détails des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat, pénétré de l'esprit général des lois, à en désigner l'application. » Ou encore : « On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable. »

C'est au juge de dire le droit. Mais cette diction ne se réduit pas à l'équation de la loi et du fait. La loi, le droit visible, renvoie à son invisible, le droit qui demande son chemin à la Justice. C'est au juge qu'il appartient de désigner ce chemin.

Portalis avait une trop grande expérience de la pratique pour avoir le culte mystique de la loi. Il écrit dans son discours préliminaire : « Les codes des peuples se font avec le temps, mais, à proprement parler, on ne les fait pas. » Ce qui était condamner l'intempérance législative qui prétend aujourd'hui réglementer tout l'espace social. D'où l'accumulation de lois qui usent l'autorité du texte écrit. Il en résulte une dévaluation, un discrédit et un oubli du droit. Il uffit de soupeser le code du travail, le code des impôts, le code de la sécurité sociale, le code de la consommation. Ces compilations en effet ne sont pas des codes. D'où l'incertitude et l'anxiété juridique de nos contemporains. La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » est tout aussi factice pour le professionnel que pour l'usager du droit. Qui enseignera au législateur la valeur du silence législatif ? Qui proclamera devant ce sinistre un moratoire des lois pour que le Code civil retrouve sa ligne ?

La longévité du Code civil est due à ce qu'il fut un projet réussi et qu'il fut, selon l'expression de Portalis, « sobre de nouveautés », et c'est pourquoi il est un

modèle. Le Code civil est la véritable constitution de la société car, en lui, se récapitulent les idées qui sont les nôtres : l'égalité de tous devant la loi, la liberté de contracter, la responsabilité de l'homme, le droit à la propriété et, aujourd'hui, le droit à la vie privée.

Il est plus facile de changer de constitution que de droit civil. Sa permanence contraste en effet avec l'instabilité constitutionnelle et, si la Déclaration des droits de l'homme de 1789, comme on l'a dit, et le Code de 1804 sont les deux monuments de la modernité juridique ; si nous commémorons aujourd'hui ces textes, c'est par réaction, sans doute. L'idée de droit commun, de droit juste s'est perdue au profit de la seule norme codifiée. Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires. Dans le Code de 1804, les habitudes et les mœurs se cristallisaient en maximes intelligibles et claires et l'on n'entrait pas dans les détails. C'est sans doute par boutade que Stendhal écrivait à Balzac qu'il lisait tous les matins deux pages du Code civil avant d'écrire la Chartreuse de Parme. Mais c'est bien le même ton, le ton et le style de Portalis.

La Poste eut raison, à l'occasion du cent cinquantième de 1954, d'émettre un timbre représentant Bonaparte et Portalis sur fond de Conseil d'Etat. Ce sont les deux pères du Code civil, l'un pour l'avoir voulu, l'autre pour l'avoir conçu.

Napoléon donna un nouveau statut à la magistrature. Cédant à son génie autoritaire, il en fit une armée en robe, à laquelle ne manquaient ni ne manquent les uniformes, avec la pourpre et l'hermine, ni les grades, ni les galons d'or et d'argent, qui se portent toujours sur les toques, ni, jusqu'en 1994, le système de l'avancement récompensant les bonnes notes.

L'ordre des avocats, quant à lui, avait été aboli en 1790. Aux avocats avaient succédé les défenseurs officieux, sans compétence ni garantie. Un ordre clandestin avait néanmoins subsisté dans le quartier du Marais. Napoléon répondit au vœu général en établissant, le 14 décembre 1804, des listes d'avocats auprès des tribunaux, en même temps qu'il proclamait le Code civil. L'ordre des avocats fut rétabli, en liberté surveillée, en 1810.

Napoléon fut ainsi le restaurateur du droit. Il conserva sa défiance à l'égard des avocats qu'il ne put enrôler dans son armée judiciaire. En même temps qu'il signait le décret, il déclara : « Tant que j'aurai l'épée au côté, je veux m'en servir pour couper la langue aux avocats qui s'en servent contre le gouvernement. » C'est la pensée secrète de bien des gouvernements ! Aujourd'hui le barreau est libre. La magistrature est désormais indépendante. La Cour de Cassation, le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme garantissent l'Etat de droit. La force du droit contre le droit de la force terrorise tout totalitaire. Le Code civil, le plus vieux monument législatif en vigueur en France et en Europe continentale, qui a cimenté depuis le 21 mars 1904 la vie en commun des Français et de bien des peuples, a sa place dans cet Etat de droit. Il était juste d'en commémorer le bicentenaire en faisant mémoire de ses pères : Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis et Maleville.