

# **LE CODE NAPOLÉON, CODE CAMELEON?**

Jean Louis Halperin



## LE CODE NAPOLEÓN, CODE CAMELEON?\*

Jean Louis Halperin\*\*

Le 21 mars 1804, trente-six lois ont été réunies en un seul corps sous le titre de Code civil des Français avec une numérotation continue qui était, à elle seule, révolutionnaire par rapport au Code prussien de 1794 doté d'une numérotation propre à chaque chapitre. Baptisé Code Napoléon en 1807, il retrouva son titre primitif en 1814. Bien que rétabli officiellement en 1852, le nom de Code Napoléon disparut dans l'usage officiel après 1870 et servit pour la version de 1804 plutôt que pour le Code civil en tant que droit positif. Cette onomastique changeante illustre la longévité et les métamorphoses de la codification civile française, conçue en 1804 d'une seule pièce et continuant à vivre sous forme d'une compilation de lois de dates diverses, avec aujourd'hui un peu plus de la moitié des 2283 articles dans leur forme d'origine.

De manière polémique, Savigny considérait en 1815 que le Code français était un mélange composé mécaniquement d'héritages de l'ancien droit et d'apports de la législation révolutionnaire. L'unité du Code civil ne va pas de soi: d'un strict point de vue positiviste, il est composé de trente-six lois comportant elles-mêmes un grand nombre d'articles et de règles de droit qui peuvent être appliquées et comprises séparément. L'existence de strates successives – aussi bien dans l'établissement du texte en 1804 que dans les modifications répétées de certains articles ayant connu plus d'une dizaine de rédactions différentes – peut faire douter de l'homogénéité de l'ensemble. Si le Code Napoléon a souvent été vanté pour son style et sa clarté, il n'est pas impossible d'y voir une sorte de caméléon juridique qui résulte de la rencontre, dans l'original et dans ses métamorphoses successives, d'éléments très composites. La flexibilité du texte du Code, ouvert à des transformations, des relectures et des interprétations diverses, a sans doute été un gage de son succès et reste aujourd'hui un argument en faveur de son rôle comme source d'inspiration.

La présence dans le Code Napoléon de divers matériaux anciens – qu'il s'agisse de règles du droit romain, du droit canon, du droit coutumier et des

---

\* Comunicação proferida na Sessão Solene ocorrida na Universidade Lusíada do Porto em 3/12/04.

\*\* Ecole Normale Supérieure de Paris.

ordonnances royales ou de conceptions doctrinales de l'Ancien Régime – est tellement manifeste qu'il est possible d'indiquer, en référence à chaque article du code, ses sources directes ou lointaines dans les textes antérieurs. Le Code civil est bien, de ce point de vue, l'héritier de l'enseignement des professeurs de droit français: les traités de Pothier ont parfois été recopiés mot pour mot par les codificateurs. Pour autant, tout le Code civil n'est pas dans Pothier, de même que la codification n'est pas en germe chez Domat. Ces deux auteurs n'ont jamais utilisé le terme de code, ils n'ont pas demandé l'unification des règles du droit privé applicables en France, même si leurs travaux marquent avec d'autres d'importants progrès dans la rationalisation du droit.

Le Code civil français doit une part de sa réussite à l'utilisation conjointe d'une tradition nationale et d'une idéologie juridique dont le rayonnement dépasse largement les frontières de la France. Comme les autres codifications européennes, mais de manière plus détournée, les rédacteurs du Code Napoléon ont été influencés par l'École moderne du droit naturel. L'apport de cette École s'est diffusé à la fois par les voies de la doctrine française – soucieuse de replacer les lois civiles "dans leur ordre naturel" de Domat à Bourjon – et par les multiples canaux qui ont apporté la connaissance des œuvres de Grotius, Pufendorf, Barbeyrac, Burlamaqui – voire celle de Locke, Leibniz ou Wolff – aux juristes français de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Dans ce creuset se sont forgées quelques-unes des idées maîtresses attachées à la codification: la conception abstraite de la règle de droit, le plan du code fondé sur les droits subjectifs, les principes généraux à la base du droit de la propriété, de la responsabilité et des contrats.

Les juristes ayant pris part à la Révolution ont ensuite contribué à donner au code un rôle de premier plan qu'il n'avait même pas chez les théoriciens jusnaturalistes: l'objectif est désormais fixé, le travail de mise au point a commencé. Dès l'époque de la Constituante fleurissent des projets "privés", offerts à l'assemblée par des particuliers. Cherchant la conciliation des coutumes et du droit romain, ces ébauches sont maladroites et prudentes: leurs auteurs ne sont des hérauts du divorce. Mais une trame est proposée et, avec d'Olivier, la première rédaction en articles. En 1793, la Convention ne prêta guère d'attention au projet, par ailleurs incomplet, de Durand-Maillane. Le premier code de Cambacérès paraissait répondre davantage aux idées de liberté et d'égalité. Il intégrait avec quelques retouches les lois du 20 septembre 1792 sur l'état civil et le divorce, confirmait l'abolition de la puissance paternelle, innovait avec l'adoption des enfants impubères et une stricte égalité successorale, y compris en faveur des enfants naturels reconnus. Cambacérès soutenait même, contre de nombreux Conventionnels, l'idée d'une administration commune des biens du ménage par les deux époux. Si le projet fut enterré, sa discussion conduisit aux lois rétroactives de l'an II sur les enfants naturels et les successions. Le deuxième code de Cambacérès, réduit à une sorte de table des matières, légua des formules bien frappées: "toute convention, quelle qu'en soit la cause, fait loi entre ceux qui l'ont formées", ou "celui qui cause un dommage est tenu de le réparer". Quant au troisième projet officiel,

il témoigne du virage post-thermidorien avec le retour à la tradition juridique – incarnée par Pothier – et quelques inflexions sur le statut de la femme mariée, l'adoption et les droits successoraux des enfants naturels. La réaction se confirme dans un plan de Daunou pour la République romaine et dans deux projets privés rédigés par Target et Jacqueminot en 1798-1799. A l'extrême fin du Directoire, s'affirme le dessein de rétablir la puissance paternelle par l'augmentation de la quotité disponible.

Les auteurs du projet gouvernemental imprimé en pluviôse an IX (janvier 1801) – Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu et Maleville – disposaient ainsi de nombreux textes de référence. Il restait à régler l'étendue exacte de la réaction par rapport au droit révolutionnaire. Ces quatre anciens avocats, royalistes de cœur, accentuèrent le retour au droit coutumier et au droit romain réinterprété à travers les auteurs jusnaturalistes. Préfiguré par ses moules successifs, le Code civil finit de se former dans cette confrontation d'idées et de sensibilités où se rencontrent l'héritage des Lumières et notamment du sensualisme, le traumatisme provoqué par la Terreur, des conceptions économiques venues des Physiocrates et annonçant le libéralisme comme des idées de "retour à la morale" et à l'histoire proches de celles des courants contre-révolutionnaires.

L'autoritarisme est ainsi patent dans les idées exprimées au cours des travaux préparatoires. Les travaux les plus récents, notamment ceux de Xavier Martin, ont montré les penchants des rédacteurs du Code Napoléon en faveur d'une anthropologie mécaniste et pessimiste: ils ne cachaient pas leur volonté de se servir des sentiments égoïstes dans le but de reconstituer, sur la base d'une famille hiérarchisée, un encadrement de la société au service de l'État. La société conjugale du Code Napoléon est fondée sur la "prééminence de l'homme": "le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari" (art. 213). L'incapacité de la femme mariée est radicale: elle l'empêche de contracter, d'exercer une profession ou d'ester en justice sans l'autorisation de son mari. Même pour ce qui est de la fidélité, la femme est en situation flagrante d'inégalité: pour être punissable, l'adultère du mari doit être aggravé par l'entretien de sa concubine dans la maison commune. La dureté de l'article 340, qui interdit la recherche en paternité aux enfants naturels non reconnus, contraste également avec les dispositions des codes prussien et autrichien. Quant à l'adoption, elle intéresse seulement des majeurs et assure surtout la transmission du patrimoine de l'adoptant.

Le Code Napoléon reprenait pourtant une partie du message révolutionnaire en consacrant une société laïcisée et fondée sur l'égalité des droits: il ne connaît que le mariage civil et reprend les principales dispositions de la loi du 20 septembre 1792 confiant la tenue de l'état civil aux municipalités. Il assure ainsi l'égalité entre tous les Français, quelle que soit leur religion. Avec l'absence de toute discrimination religieuse, nous touchons la question centrale de l'égalité des droits dans le Code Napoléon. Celui-ci s'adresse à un homme abstrait, apparemment sans considération de sa naissance ou de son rang: "tout Français jouira des droits civils" (art. 8).

Napoléon se serait exclamé “Mon Code est perdu!” à la lecture d’un des premiers commentaires. Pourtant, le code a rapidement connu des aménagements et il s’est prêté à des réformes législatives successives. Jusqu’aux années 1880, ces modifications n’ont touché qu’un petit nombre d’articles, environ 130. Elles ont pourtant imprimé des inflexions diverses au texte primitif. En créant les majorats, Napoléon lui-même a porté la main sur un article du code et transformé l’équilibre du droit successoral en 1807. La suppression du divorce en 1816 a représenté un choc plus considérable encore, même si les éditions postérieures du code ont maintenu à leur place des articles qui servaient à la séparation de corps. Que l’on envisage cette loi comme la consécration d’une évolution restrictive déjà affirmée en 1804 ou comme l’amoidrissage de la part révolutionnaire de la codification, il ne faut pas négliger les mutations provoquées par une telle amputation. Les lois de 1819 sur le droit d’aubaine, de 1826 sur les substitutions, de 1832 sur les dispenses de mariage, de 1850 sur la publicité des contrats de mariage ou le désaveu de paternité peuvent apparaître plus techniques, mais elles contribuent également à retoucher la physionomie politique du Code civil.

Le Second Empire accéléra ces premières adaptations du code aux réalités nouvelles de l’économie ou de la société: la suppression de la mort civile (1854), l’organisation de la publicité foncière (1855), l’abrogation de l’article 1781 (réduit à l’état de numéro) participent à un mouvement général de “libéralisation” du droit français. La IIIe République poursuit cette remise à jour dans le domaine familial, avec notamment le rétablissement du divorce (1884), l’augmentation des droits successoraux des enfants naturels (1896) ou l’admission de la recherche en paternité (1912). Le Code civil intègre d’autant plus facilement ces réformes qu’elles sont menées avec prudence et que d’autres transformations du droit privé – comme la loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle ou celle de 1898 sur les accidents du travail – se déroulent en dehors du texte du code.

Comme le pressentait Portalis, le Code Napoléon a fait l’objet d’un travail de réinterprétation de la jurisprudence et de la doctrine. Les décisions judiciaires, et particulièrement celles de la Cour de cassation, ont infléchi de manière très précoce l’application des dispositions du code. Dès les années 1815-1830, le régime de la dot mobilière ou l’institution du mandat tacite ont été empruntés à l’ancien droit pour “compléter” le code. Quelques décennies plus tard, les juges admettent l’adoption des enfants naturels, dont le code ne disait rien, et la légitimation de certains enfants incestueux, qui allait clairement contre la lettre de la loi. Il n’est pas besoin d’attendre les dernières années du siècle pour que les tribunaux étendent considérablement la portée de l’article 1382 pour l’appliquer aux dommages subis par la fille mère dolosivement séduite, par le commerçant victime d’une concurrence déloyale ou par l’ouvrier blessé dans un accident du travail. Ces constructions jurisprudentielles ne vont pas toutes dans le même sens et il serait fallacieux de parler d’une jurisprudence progressiste, ayant pour unique but d’atténuer les rigueurs du Code civil afin de le rendre plus conforme aux aspirations des nouvelles couches sociales. Il est



bien des cas où les décisions émanées de magistrats – tous des hommes, propriétaires et en apparence fidèles au régime en place – sont empreintes de conservatisme: on ne peut pas dire que la jurisprudence du XIXe siècle ait été particulièrement favorable aux femmes! Pourtant, ces audaces jurisprudentielles portent la marque de l'esprit ambiant: les juges, eux aussi, ont instillé à petite dose le libéralisme dans le Code civil.

La sacralisation du code a été longtemps accusée d'avoir stérilisé la science du droit civil en France: la codification aurait sécrété la méthode exégétique, avec tout ce qu'elle suppose de révérence à l'égard du texte et de manque d'originalité. Les recherches des dernières années ont modifié cette vision réductrice des commentateurs du Code civil. Non seulement le conformisme des professeurs de Code Napoléon tient davantage aux contraintes de l'enseignement qu'à la codification elle-même, mais la doctrine française a participé à la "relecture" du code en liaison avec les grands courants de pensée du XIXe siècle. En accentuant l'absolutisme du droit de propriété et en exaltant la liberté contractuelle, c'est la doctrine qui a vu dans le code le triomphe de l'individualisme libéral, au point d'y transporter l'idée d'autonomie de la volonté, totalement étrangère à l'esprit des codificateurs. Parce que les formules du code se prêtaient à ce jeu, le projet de remplacement du Code Napoléon, un moment envisagé au début du XXe siècle, n'aboutit pas. La révision n'était-elle pas faite ou en train de se faire au moyen de cette constante remise à jour par la législation, la jurisprudence et la doctrine?

La symbiose entre le Code civil et le peuple français semble avoir disparu au cours du XXe siècle. Pendant l'entre-deux-guerres, le code continua à "vieillir" du fait de la timidité des réformes législatives: il fallut attendre 1938 pour que soit supprimée la puissance maritale et la qualification de "code de la famille", couramment attribuée au décret-loi du 29 juillet 1939, atteste des progrès de la décodification. Il n'est pas étonnant que l'élaboration d'un nouveau code ait été à l'ordre du jour à la Libération. Et si la commission de réforme du Code civil, établie en 1945, ne réussit pas à aller au-delà d'un timide avant-projet, les causes de cet échec doivent être cherchées dans les faiblesses de la Quatrième République. Le Code Napoléon a été véritablement sauvé par les grandes réformes du droit de la famille votées de 1964 à 1975 (sur la tutelle, l'adoption, les régimes matrimoniaux, l'autorité parentale, la filiation et le divorce). Sous l'inspiration du doyen Carbonnier, le Code civil a subi une refonte quasi complète du livre premier, alors que les livres II et III subsistaient pour l'essentiel avec un éclairage nouveau. Cette remise à neuf, respectant autant que possible la numérotation continue introduite en 1804, donnait aux Français l'impression de conserver leur Code civil, tout en bénéficiant d'un nouveau droit des personnes. Subsistent, dans le livre I quelques roches-témoins remontant à 1804 sur le mariage ou le fameux article 371, "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère", et dans les livres II et III les non moins fameux articles 544 sur la propriété, 1134 sur la force des contrats, 1382 à 1386 sur la responsabilité constamment retravaillés

par une jurisprudence qui ne se sent plus du tout liée par les opinions exprimées lors des travaux préparatoires du Consulat.

Sur cette lancée mais avec une ardeur quelque peu désordonnée, le législateur a continué à insérer dans le Code civil des textes novateurs sur la famille – en 1982, 1985, 1987 et 1993, la “réforme de la réforme” constatait avec amertume le doyen Carbonnier – puis sur le corps humain et la bioéthique (1994). Le droit de la nationalité, sorti du code en 1927, y a été réintroduit en 1993. La loi du 15 novembre 1999 a créé, après un débat passionné, le Pacte civil de solidarité (Pacs) et consacré le concubinage hétérosexuel ou homosexuel. La signature électronique a été introduite dans le Code français en 2000, le droit du divorce a été plusieurs fois modifié entre 2000 et 2004, le droit des successions a été profondément réformé en 2001. Ainsi “revitalisé”, le Code civil peut sembler à première vue prêt à affronter le XXI<sup>e</sup> siècle, avec environ 1 200 articles inchangés depuis le Code Napoléon, en apparence seulement deux articles nouveaux ajoutés à la fin en 1975, mais en réalité un texte considérablement gonflé par les articles démultipliés (par exemple 21.1 à 21.27 sur la nationalité).

Le Bicentenaire a été en même temps l’occasion de constater le peu de visibilité et de lisibilité du Code civil dans l’opinion publique française et le décalage croissant entre les civilistes tenants de la tradition et les pressions exercées dans le contexte de la réflexion européenne sur un projet de code relatif aux contrats ou à l’ensemble du droit civil. Si des juristes français ont participé aux commissions Lando et Von Bar, les enseignants de droit donnent l’impression de se raidir en majorité sur des positions de défense du Code civil comme patrimoine national avec des réflexes trop marqués par la nostalgie ou le désenchantement.

Les arguments ne manquent pas, il est vrai, pour dénoncer le caractère artificiel de la “recodification tranquille”. Les dernières réformes (jusqu’à l’article premier réécrit par une ordonnance du 20 février 2004, après une ordonnance du 19 décembre 2002 créant un livre quatrième pour les dispositions applicables au territoire de Mayotte) porteraient plutôt la marque d’une fébrilité législative que de la sécurité juridique attendue d’un code. Répondant à des orientations diverses, ces textes votés sans esprit de système nuiraient à l’homogénéité du Code civil réduit à une “collection de lois ordinaires”. L’immutabilité apparente des livres II et III n’aurait plus de sens face à la prolifération des codes nouveaux – comme le Code de la consommation (1993) – et de la législation spéciale. Même l’insertion de la nationalité et de la bioéthique ne saurait cacher le primat du droit constitutionnel sur les règles du Code civil. La recodification essuie les critiques les plus vives des défenseurs du droit “vivant”, jurisprudentiel ou doctrinal, et des partisans d’un droit commun européen. La réforme récente du droit des obligations dans le BGB, les difficultés d’incorporation dans le droit français des directives (notamment celle de 1985 ayant donné lieu à une loi française seulement en 1998, suivie d’une condamnation de la France en 2002 par la CJCE de Luxembourg pour transposition incorrecte) sur la responsabilité pour les produits défectueux, la



condamnation de la France par la Cour de Strasbourg relativement aux droits successoraux des enfants adultérins (CEDH 1 février 2000, Mazurek) et la réforme consécutive d'un grand nombre de dispositions du Code civil sur les successions (loi du 3 décembre 2001 inspirée par les travaux du professeur Catala) ont été autant d'événements qui ont accru les doutes ces dernières années sur l'avenir d'un Code national dans une Europe qui réfléchit à une codification commune d'une partie ou de la totalité de son droit civil.

Alors même que nous nous sommes permis de mettre en garde nos collègues civilistes contre un éblouissement lié aux cérémonies du Bicentenaire, il nous paraît encore possible de plaider la cause du Code civil en se tournant vers l'avenir. Moins affecté par la décodification que le code italien de 1942, le code français est plus ancré dans la mentalité nationale que le BGB. Les débats sur le PACS ont confirmé la valeur symbolique de l'entrée d'une institution nouvelle dans le Code civil. Dans l'Union européenne, la marche vers un droit civil unique paraît encore longue et les idées fédératives ne sont pas inconciliables avec le maintien de législations nationales spécifiques, notamment pour ce qui touche le droit des personnes et la nationalité. Alors que le droit européen rencontre des difficultés d'acculturation auprès des populations concernées, il n'est pas sûr que la disparition des codes nationaux relève du réalisme politique, même si la constitution européenne pourrait donner une nouvelle impulsion au développement d'un droit de la famille transfrontalier.

Comme au XIX<sup>e</sup> siècle, la vivacité du débat entre partisans et adversaires de la codification témoigne de la portée des choix à venir. Le Code civil demeure avec sa force de droit positif et toute la richesse de son histoire. Napoléon n'avait pas tort d'y voir la plus durable de ses "créations". L'historien, incapable de prévoir l'avenir, ne peut faire qu'un constat: la France aura abandonné le franc et, avec lui, une souveraineté monétaire bien plus ancienne que le franc germinal, avant d'avoir renoncé au Code civil. Il n'est pas concevable de rayer de la carte une tradition juridique qui a gagné une grande partie du monde au seul profit d'une américanisation du droit à la faveur de la globalisation. La diversité juridique, comme la diversité culturelle, s'oppose à cette condamnation de toute codification considérée a priori comme trop rigide, trop étatique et trop impérative. Pouvons-nous renoncer à toutes nos aspirations à la sécurité et à la rationalité du droit au profit d'un modèle, pour une grande part imaginaire et éloigné de la réalité même des droits influencés par le common law, d'un droit souple, flou et en quelque sorte privatisé? La modernité ne consiste pas nécessairement à abandonner la tradition pour des créations entièrement nouvelles: dans le domaine du droit, elle a pris et prend encore la forme d'une réinterprétation de textes ou de concepts anciens revigorés à la lumière de nos problèmes contemporains. Les débats récents sur l'herméneutique entre Gadamer, Ricoeur ou Habermas, nous montrent que les juristes, même les plus révolutionnaires, ont toujours procédé par ce travail de relecture des grands monuments du droit.

Le Code civil français est justement un texte “ouvert”, capable comme la constitution américaine de rester une référence pour des interprétations créatrices de nouveaux sens, allant bien au-delà de ce qu’avaient pu penser ses rédacteurs. N’hésitons pas, au risque de paraître trop éclectique, à combiner différentes approches du droit: d’une part, le volontarisme normativiste aujourd’hui associé au fondement démocratique – c’est le peuple qui par ses représentants doit décider des grand choix politiques et déterminer les directives de développement du droit civil – et, d’autre part, une interprétation judiciaire innovante, qui s’est développée en France parallèlement au Code civil. Ces deux approches, trop souvent présentées de manière antagoniste, nous paraissent constituer une richesse, venue au moins partiellement de la culture juridique française et de la philosophie codificatrice du XIXe siècle. Cet éclectisme qui était déjà présent chez Portalis peut être aujourd’hui, dans un contexte intellectuel et factuel très différent, la base d’une méthode de compréhension du droit et, en Europe et hors d’Europe, une source d’inspiration pour tous ceux qui souhaitent le maintien d’un réformisme volontaire, d’une démocratie parlementaire et d’une diversité de modèles juridiques.