

cussion, à partir du sénatus-consulte de l'an x, que dans le sein du conseil d'Etat. Les divers titres du code furent présentés et adoptés sous la forme de lois particulières. Quand toutes les parties eurent été votées, le gouvernement les réunit en un seul corps sous le titre de *Code civil des Français*. Tel fut l'objet de la loi du 30 ventôse an xii. La réunion des lois adoptées séparément n'empêche pas que chacune ne soit obligatoire à partir de sa publication.

18. Le *Code civil des Français* subit une révision, après l'établissement de l'Empire. Par suite du changement dans l'ordre politique, il parut convenable de modifier la rédaction. Le titre primitif fut remplacé par celui de *Code Napoléon*; les expressions qui se rapportaient à la forme du gouvernement républicain firent place à des expressions monarchiques : au lieu de *République, premier consul, gouvernement ou nation*, on mit *Empire, empereur, Etat*. On ne changea presque rien au fond. Bigot-Préameneu dit dans l'exposé des motifs de la loi du 3 septembre 1807 : « Le code Napoléon est une espèce d'arche sainte pour laquelle nous donnerons aux peuples voisins l'exemple d'un respect religieux. » Il y eut toutefois quelques modifications. Le code civil prohibait les substitutions. Napoléon trouva bon de les rétablir en faveur de la nouvelle noblesse qu'il créa; on rappela cette exception dans l'édition de 1807. Dans le texte primitif, on avait maintenu le calendrier républicain décrété en 1793. Un sénatus-consulte ayant rétabli le calendrier grégorien, on s'y conforma dans l'édition nouvelle.

Le code Napoléon devint la loi de l'immense empire dont Napoléon était le chef; il fut introduit dans la plupart des petits Etats d'Allemagne, ainsi que dans le grand-duché de Varsovie. Après la chute de la domination française, les Allemands répudièrent, avec trop de hâte peut-être, un code qui semblait leur avoir été imposé, et qui en réalité était l'expression des coutumes germaniques. Il fut maintenu dans les provinces rhénanes et dans le royaume des Pays-Bas. Il régit encore aujourd'hui la Belgique, et comme il n'a pas été révisé, c'est toujours l'édition de 1807

qui est l'édition officielle (1). Il a cependant été modifié en Belgique dans quelques parties. Le plus important de ces changements concerne le régime hypothécaire.

§ 2. - SOURCES DU CODE NAPOLÉON

I

19. Quand le code civil fut discuté, on reprocha aux auteurs du code de s'être bornés à formuler les principes du droit romain et de nos anciennes coutumes. Le reproche était, à certains égards, un éloge. Portalis répondit que jamais un peuple ne s'était livré à la périlleuse entreprise de se séparer subitement de tout ce qui l'avait civilisé et de refaire en quelque sorte son existence. Il cita la loi des Douze Tables, les codes de Justinien, les ordonnances de Louis XIV, le code de Frédéric (2). Le législateur de l'an x n'avait plus pour le passé ce mépris, disons mieux, cette haine que les législateurs révolutionnaires témoignaient à tout ce qui rappelait le vieux régime. Quand on compare le langage de Portalis à celui de Barère, on voit que la France était entrée dans une ère nouvelle : « Le droit écrit, dit-il, qui se compose des lois romaines a civilisé l'Europe. La découverte que nos aïeux firent de la compilation de Justinien fut pour eux une sorte de révélation... La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent. On en sera convaincu si dans les collections qui nous ont transmis ce droit, on sait distinguer les lois qui ont mérité d'être appelées la *raison écrite*, d'avec celles qui ne tenaient qu'à des institutions

(1) Le texte de 1807 a été réimprimé à Bruxelles, par les soins de M. Delebecque, avocat général à la cour de cassation.

(2) Portalis, Exposé général du système du code civil (Loché, t. 1^{er}, p. 189, n^o 6).

particulières, étrangères à notre situation et à nos usages. » Portalis avoue que parmi les coutumes il y en a qui portent l'empreinte de notre première barbarie; mais il en est aussi, ajoute-t-il, qui font honneur à la sagesse de nos pères, qui ont formé le caractère national et qui sont dignes des meilleurs temps (1).

20. Est-ce à dire que le code civil soit la copie de l'ancien droit? Les auteurs du code n'étaient pas des esprits rétrogrades. Nous recommandons aux partisans aveugles du passé les sages paroles que nous allons transcrire : « Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover. On ne doit pas céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles le caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes. » C'est en parlant des lois révolutionnaires que Portalis arbore hardiment le drapeau du progrès. La Révolution innova dans le domaine du droit civil, comme dans l'ordre politique, et elle dépassa parfois toutes les bornes. Portalis lui reproche de s'être laissé égarer par la haine du passé, et l'ardeur impatiente de tout régénérer. On croyait refaire la société, dit-il, et on ne travaillait qu'à la dissoudre (2). Il y a du vrai dans ce reproche; nous l'avons reconnu ici même. Mais, de leur côté, les législateurs de l'an x ne se laissèrent-ils pas aller à l'esprit de réaction qui répudiait la Révolution avec autant d'aveuglement que la Révolution en avait mis à maudire le passé? Portalis a raison de dire que nous avons trop aimé, dans les temps modernes, les changements et les réformes; mais quand il ajoute que les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent le théâtre des excès (3), il est injuste pour le xviii^e siècle, il est injuste pour la Révolution.

(1) Portalis, Discours préliminaire, nos 30 et 31 (Loché, tome 1^{er}, page 162).

(2) Portalis, Exposé des motifs de la loi du 30 ventôse an xii, n^o 2 (Loché, t. 1^{er}, p. 199).

(3) Portalis, Discours préliminaire, n^o 34 (Loché, t. 1^{er}, p. 163).

Il faut dire plus. Si l'ardeur immodérée d'innovation égara les législateurs révolutionnaires, l'esprit de réaction exerça aussi une fâcheuse influence sur le code Napoléon. L'opposition que le premier consul rencontra dans le Tribunal ne fut pas toujours mesquine et tracassière, comme on le prétend (1). Si Napoléon avait écouté les tribuns, il aurait maintenu l'abolition du droit d'aubaine prononcée par l'Assemblée constituante : la postérité a donné raison au Tribunal. Si l'empereur n'avait pas brisé la seule assemblée où l'opinion publique pouvait se faire entendre, son code se serait fait plus difficilement, sans doute, mais aussi il eût été plus en harmonie avec les sentiments et les idées de la société nouvelle. Un corps composé de légistes et d'administrateurs est dominé presque fatalement par la tradition. Cela explique comment des Tronchet, des Treilhard se prononcèrent pour l'affreuse conception de la mort civile. Ici encore les tribuns avaient raison contre le gouvernement consulaire. Au lieu de leur imposer silence, le premier consul eût bien fait de les écouter. S'il y avait moins de science dans le Tribunal que dans le conseil d'Etat, par contre l'esprit de liberté l'animait de son souffle puissant; c'est une inspiration que les légistes et les praticiens auraient tort de dédaigner.

21. Les auteurs du code avaient une autre difficulté à vaincre. Ils voulaient donner à la France une législation uniforme. Mais comment établir l'unité et l'harmonie entre deux droits aussi différents que les lois romaines et les coutumes? Portalis répond : « Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité de système et sans choquer l'esprit général (2). » Nous comprenons la transaction et la conciliation, quand des intérêts con-

(1) Loché, *Législation civile*, Prolégomènes, chapitre VI (tome 1^{er}, page 50).

(2) Portalis, Discours préliminaire, n^o 31 (Loché, t. 1^{er}, p. 163).

traires sont en conflit; la tâche du gouvernement est presque toujours de transiger et de concilier. Mais transige-t-on sur des principes? concilie-t-on la vérité et l'erreur, la justice et l'injustice? Si les codes ne sont pas éternels, ils se font du moins dans un esprit de perpétuité; dès lors ils doivent être l'expression du droit absolu, autant que l'homme peut aspirer à l'absolu. Transiger, en cette matière, est un moyen sûr de s'égarer. L'ordre de succession consacré par le code nous offrira la preuve de ce que nous disons. C'est un mélange de droit romain, de droit coutumier et de droit révolutionnaire, sans principes certains, et conduisant aux résultats les plus injustes.

22. Heureusement que la transaction s'est trouvée le plus souvent impossible. La conciliation ne pouvant se faire entre le droit romain et les coutumes, il fallait choisir, et les auteurs du code, élevés dans les pays de droit coutumier, donnèrent la préférence aux coutumes. Notre droit des personnes n'a plus rien de commun avec le droit romain. Le mariage, la puissance maritale, la puissance paternelle ont changé de caractère. Il n'y a presque aucun rapport entre les principes du droit romain sur la filiation et ceux du code Napoléon. Notre tutelle repose sur de tout autres bases. La communauté légale, régime de droit commun des époux, était inconnue des jurisconsultes de Rome. Notre système hypothécaire s'est écarté entièrement des maximes romaines. La saisine vient des coutumes; les formes et les conditions des donations et testaments sont puisées dans les ordonnances. En apparence, la théorie des obligations et de la propriété est encore aujourd'hui ce qu'elle était chez les Romains. En réalité, quand on entre dans les détails, on trouve, à chaque pas, des modifications, et il y en a qui sont fondamentales. C'est, en définitive, l'élément coutumier, c'est-à-dire germanique, qui domine dans le code Napoléon.

23. Cela devait être, et il est heureux que cela soit. Le droit est un élément de la vie des peuples, il se modifie donc avec la vie. Nos sentiments, nos idées, notre civilisation ne sont plus ce qu'ils étaient à Rome; nous ne

sommes plus des Romains, comment notre droit serait-il encore celui d'un peuple dont nous différons sous tant de rapports? Sans doute, la civilisation romaine est un des éléments de la civilisation moderne, et le droit y joue le grand rôle; mais ce n'est pas l'élément dominant. Si les Germains ont pris la place du peuple-roi, c'est que la Providence les destinait à présider à une nouvelle ère de l'humanité. Il est donc naturel qu'ils y aient la première place. Nous nous en félicitons. Non pas que nous entendions déprécier le droit romain et les jurisconsultes de Rome; nous les aimons et nous les admirons. Mais nos prédilections sont pour l'esprit germanique qui règne dans nos vieilles coutumes. Que l'on nous permette, pour les justifier, de citer ce que nous avons écrit ailleurs sur les différences qui séparent le droit romain et le droit coutumier (1).

24. « Les Romains, peuple de juristes, ont la gloire d'avoir porté la science du droit à la perfection, mais ils ont payé cher cette gloire: s'ils possèdent toutes les qualités du jurisconsulte, ils en ont aussi outré les défauts. C'est une race formaliste, dure, impérieuse, sans cœur, toute de calcul. Les Germains manquent de l'esprit juridique, ils n'ont pas le génie de l'unité qui caractérise la ville éternelle, mais aussi ils n'ont pas les vices que nous reprochons aux Romains. Chez eux, c'est le sentiment qui domine, tout est spontanéité, intimité: race poétique, ils ignorent les subtilités du légiste, ils préfèrent l'équité à la lettre de la loi. Chez les Romains règne le droit strict: le préteur corrige cet absolutisme, mais en respectant la rigueur du droit. La notion d'un droit absolu, règle de fer, est inconnue aux Germains; leur droit se confond avec l'équité. Le droit romain est dur comme le peuple-roi; de là l'idée de puissance, c'est-à-dire de despotisme, sur laquelle repose la famille romaine; la personnalité est méconnue ou elle est absorbée au profit de l'Etat: un sec formalisme remplace la vie véritable. Le

(1) Voyez le tome VII de mes *Études sur l'histoire de l'humanité* (La Féodalité et l'Église, p. 125 et suiv. de la 2^e édition).

droit germanique est empreint du caractère de la race allemande : il protège et concilie là où le droit romain commande et prohibe; il respecte la personnalité dans tout homme, il ignore la superstition des formules; la vie vivante remplace la vie factice. Rome est supérieure dans le domaine de la science, mais nous préférons l'infériorité des Germains, parce que l'esprit qui les anime est plus humain, plus grand, plus élevé. C'est en définitive cet esprit qui l'a emporté chez les peuples modernes, chez ceux-là mêmes qui professent une espèce de culte pour le droit romain.

« Les jurisconsultes de Rome rattachent tout le droit aux personnes, aux choses et aux actions. La famille repose sur l'idée de puissance, c'est-à-dire sur un despotisme absolu, illimité. Elle se concentre dans son chef et qu'est-ce que le père de famille? C'est, dit Ulpian, celui qui a le *domaine* dans sa maison. Ce *domaine* absorbe tout droit, toute personnalité : femme, enfants, esclaves, tous sont soumis, au même degré, à l'empire du père de famille. La famille germanique a aussi un chef : c'est lui qui la représente, mais il n'est plus un maître, il n'est qu'un protecteur. La *puissance* se change en tutelle; le droit du père de famille, c'est la *manbournie*, la *garde*. Quel est le vrai principe? L'expérience des siècles a décidé : les peuples modernes ont rejeté la doctrine romaine et ils ont consacré dans leurs codes les idées des Barbares.

« Chez les Romains, la puissance paternelle est un droit du père, un droit qui ne lui impose aucune obligation; elle n'est pas établie dans l'intérêt des enfants, mais dans l'intérêt du père de famille. Elle est perpétuelle, les enfants sont toujours en minorité, lors même qu'ils ont atteint l'âge où la nature les appelle à la liberté et à l'indépendance; ils n'ont aucune personnalité, ce sont des instruments de travail qui acquièrent pour leur maître. Les Germains ignorent cette puissance. Il est vrai que le père a un droit sur ses enfants, mais c'est un droit de protection, c'est un devoir autant qu'un droit; établi en faveur du protégé, il cesse quand l'enfant n'a plus besoin

d'appui; il ne détruit pas sa personnalité, car l'enfant peut acquérir, et il acquiert pour lui. Les principes du droit germanique ont passé dans les coutumes. « Droit de puissance paternelle n'a lieu, » dit une maxime de notre droit coutumier, et tel est aujourd'hui le droit commun de l'Europe.

« Il en est de même de la puissance maritale. Les jurisconsultes romains définissent le mariage une communauté de toute la vie. Le fait était loin de répondre à cette belle définition. L'idée de puissance détruit la personnalité de la femme; et comment pourrait-il y avoir vie commune là où la femme disparaît dans la souveraineté absolue du chef? Quant au droit qui régit le patrimoine des époux, il semble avoir pour objet de les séparer, au lieu de les unir : tout ce que la femme n'apporte pas en dot reste sa propriété exclusive; il n'y a pas d'intérêts communs. La femme germanique est aussi sous puissance, mais il n'y a aucun rapport entre cette puissance et celle du droit romain : c'est une tutelle établie dans l'intérêt du protégé. La femme, tout en ayant un tuteur qui la défend et la représente, conserve sa personnalité. Il est si vrai que le droit du mari n'est qu'un pouvoir de protection, qu'il peut en être privé lorsqu'il en abuse. La puissance maritale n'empêche pas qu'il n'y ait vie commune entre les époux : la femme est l'associée du mari, elle partage avec lui le droit d'éducation; elle a donc une part à la puissance paternelle. La mère survivante a la tutelle de ses enfants. La communauté de vie s'étend aux biens : les Germains sentaient d'instinct que la vie commune resterait un mot vide de sens, si elle n'embrassait aussi les intérêts. Nos coutumes, que l'on accuse de barbarie, sont plus équitables pour la femme que le législateur moderne. « Nul homme n'est si droit héritier au mort comme « est la femme épouse. » C'est une loi féodale qui prononce ces belles paroles, cri du cœur et expression de la justice. Notre code place la femme après les collatéraux du douzième degré! »

Nous ne poursuivons pas cette comparaison des lois romaines et des coutumes dans la partie du droit qui