

PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Jean-Louis Halpérin

L'Impossible code civil

1436834

34

L'impossible Code civil

Collection dirigée par Pierre Chauvy

ISBN : 2-13-044356-7

127-A

95520375

... impossible code civil / Jean-Louis Halpérin ; préf. de ...

Auteur : Jean-Louis Halpérin

Préface de : Pierre Chauvy (année de décès : 2009)

Éditeur : Presses universitaires de France

Année d'édition : 1997

Nombre de pages : 309 p. ; couv. ill. en coul.

Collection : Histoire

Nombre de volumes recommandés : 1

Manque en place Non conforme



Presses Universitaires de France

108
8° Lf
229

76
18736

HISTOIRES mf I

Collection dirigée par Pierre Chaunu

101
8.11.8
255

DL-2061295-1960

L'IMPOSSIBLE CODE CIVIL

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

Préface de Pierre Chaunu

Membre de l'Institut



Presses Universitaires de France



DL-25 06 1992-19400

L'IMPOSSIBLE
Collection dirigée par Pierre Chauvaud
CODE CIVIL

JEAN-LOUIS HALPÉRIEN

Préface de Pierre Chauvaud
Membre de l'Institut

ISBN 2 13 044356 7
ISSN 0246 6120

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1992, mai

© Presses Universitaires de France, 1992
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris



Sommaire

PRÉFACE DE PIERRE CHAUNU	3
INTRODUCTION	9
CHAPITRE 1 / <i>Les lenteurs de l'unification</i>	19
La marqueterie de l'ancien droit	19
Les juristes à la recherche d'un droit français	30
Le roi et ses peuples face à la codification	37
CHAPITRE 2 / <i>Les chemins de la réforme</i>	51
La révolution du droit naturel moderne	51
Les réserves des philosophes français à l'égard du droit naturel	59
La société des juristes face aux changements du droit	64
CHAPITRE 3 / <i>Les prémisses de la codification</i>	77
Une démarche prudente dans la direction du Code civil	80
Des audaces nouvelles dans la réforme du droit civil	87
Vers une législation de circonstance	97
CHAPITRE 4 / <i>Le code manqué</i>	109
A la recherche d'un Code républicain	109
L'atelier du comité de législation	115
Un projet authentiquement révolutionnaire ?	123
L'enterrement du Code	131
CHAPITRE 5 / <i>Les lois de combat de l'an II</i>	143
Des lois provisoires en attendant le Code civil ?	144
Des lois de rupture ?	154



CHAPITRE 6 / <i>Faire parler les lois</i>	169
Juges patriotes ou juges sans-culottes	170
La fin des hommes de loi ?	180
Droit civil, droit des citoyens	189
CHAPITRE 7 / <i>Au cœur de la rétroactivité</i>	201
Un code pour rien ?	205
Le réveil du peuple	215
La réaction en marche	222
CHAPITRE 8 / <i>Les revirements du Directoire</i>	231
La dernière chance de Cambacérés	232
Echec et mat	240
De droite et de gauche	250
CHAPITRE 9 / <i>L'aboutissement consulaire</i>	263
Les conditions de la réussite	264
La rançon du succès	275
CONCLUSION	287
BIBLIOGRAPHIE	297
INDEX	305



Préface

Il fallait de l'audace — sur un air connu — ,du courage, je préfère de la sainteté, pour oser un tel sujet, déserté, on le comprend, depuis l'intrépide Philippe Sagnac, voici près d'un siècle (1898), et pour un tel succès, la Fortune de César, ... et la Justice de Salomon. C'est peut-être ce que j'admire le plus dans l'œuvre de Jean-Louis Halpérin, dont je suis fier pour « Histoires ». Il réussit sur l'avant, le pendant et l'après, un exercice d'équilibre dans l'équité qui le situe, d'entrée de jeu, dans la cour des grands.

Avant, en peu de mots, l'admirable œuvre de mise en forme concertée et de rédaction de nos coutumes ; elle fut conduite aux XV^e et XVI^e respectueusement et hardiment. Ne vous y trompez pas, elles systématisent, harmonisent et entament, ces coutumes rédigées, elles entament un procès d'unification, elles sont respectueuses des deux, voire trois grands ensembles qui font la France et sa richesse. A travers le droit, le proche, le civil, l'essentiel, Jean-Louis Halpérin nous fait toucher du doigt la faiblesse tragique de notre Ancien Régime. Tout y a été sacrifié à un éclatant succès, certes, mais à court terme. Abandonnant la concertation traditionnelle, à travers la pyramide des assemblées d'états au profit de l'administration efficace d'un corps d'officiers hypercompétents propriétaires de leur charge, ... la Monarchie s'est condamnée insensiblement à l'immobilisme, à figer des moments certes heureux mais progressivement dépassés. Le Roi législateur d'un législatif réduit est tenu au respect d'une coutume qu'il n'ose plus seul toucher comme il en a, certes, le droit, sans doute, mais dont la modification autoritaire par en haut serait perçue comme un excès, frôlant l'arbitraire, un débordement, et pour qui aime les grands et les gros mots, un acte de tyrannie. Un d'Aguesseau au XVIII^e esquisse un prudent mouvement enveloppant. Jusqu'au jour où dans la consultation hâtive, en vrac, biaisée, manipulée des

Etats généraux de 1789, le désir d'une relance du procès unificateur, harmonisateur, simplificateur, s'exprime. Il est plus vœu d'une élite, d'une middle class robine et basochienne que d'un populaire profond.

C'est à ce désir, en partie, suscité que répond l'œuvre codificatrice des Assemblées révolutionnaires de la Constituante au Directoire si heureusement suivie, démontée, expliquée dans ses motifs et ses ressorts, par ce bel essai sans concession.

Halpérin en dégage les principes, la philosophie, la logique, au départ, sous la Constituante, encore relativement teintée d'empirisme et d'expérience, donc prudente. Le personnel de la Constituante est, juridiquement, dans l'ensemble, compétent, peut-être est-ce le seul domaine, à la différence des finances et des relations avec l'étranger et la diversité respectable d'une France profonde, où ce personnel eut la volonté et la capacité de pourvoir au bien commun. Le « législatif » réduit de l'ancienne France avait laissé un terrain vaste pour une « technostructure » d'expertise juridique qui foisonne, comme champignons en couche, dans cette société chicanière, serre chaude où prolifèrent avocats, procureurs et petits juges comme le virus de l'influenza par temps humide. Le rôle de Cambacères, prudent, dodelinant et poudré, paradoxalement efficace, est bien dégagé et les tensions qui surgissent de l'événement et de l'envahissement de la politique politicienne — ils disent « révolutionnaire » — qui finit par dicter à ces juristes décoiffés et tremblants, la main délicatement posée à la naissance du cou, l'infâme déshonorant de la rétroactivité, qui déstabilise, ils le disent mezzo voce, le corps social, cette tache sur le pourpoint sanglant des assemblées révolutionnaires, tyrans collectifs comme n'en avaient pas imaginé les théoriciens du droit naturel et les philosophes au temps tranquille de la critique sans risque et de l'utopie sans borne.

On comprend donc le mouvement « machine arrière » prudemment exécuté de Thermidor... qui prépare les conditions de la belle, efficace et raisonnable synthèse du Code civil de 1804.

Le compromis était heureux, il a reçu quitus du temps. Après le trop long immobilisme de l'Ancien Régime et le coup d'accélérateur chaotique des Assemblées absolues... il importait de trouver la vertu du « rien de trop » et d'un relatif « juste milieu ». Bien accepté au nord de la Loire, dont il est resté, le Code civil a suscité plus de grincement et de résistances passives dans l'antique Aquitania, l'autre France, la France d'Oc, lato sensu. Je connais, par tradition orale, des lieux et des cas, dans ma famille paternelle, où... la coutume, avant 1914, pour le bien commun, continuait à l'emporter, par consensus, sur le modèle importé, perçu comme une agression.

Grâce à Jean-Louis Halpérin, nous avons désormais en main la pièce

révolutionnaire, le chaînon manquant dans la construction réussie, souvent et justement célébrée du Code, par excellence, celui dont nous avons été légitimement fiers et que nous avons proposé, parfois imposé à ceux dont nous prétendions faire le bonheur, en nous faisant plaisir.

A l'abri des modes et des caprices du temps, le beau livre de Jean-Louis Halpérin marque d'une pierre blanche l'inégale production du II^e centenaire.

PIERRE CHAUNU
de l'Institut.

AN	Archives départementales.
AN	Archives nationales.
AP	Archives parlementaires, 1 ^{re} série, Paris, 1867-1905, 32 vol.
AP	Archives parlementaires, 2 ^e série.
Ewald	Ewald Fr. (dir.), <i>Naissance du Code civil</i> , Paris, Flammarion, 1969.
Fenet	Fenet P.-A., <i>Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil</i> , Paris, 1827, 15 vol.
<i>La famille, la loi, l'État</i>	<i>La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil</i> , textes présentés par I. Thiéry et Chr. Biet, Paris, Imprimerie Nationale, 1989.
Garand	Garand M. et Szramkiewicz R., <i>La Révolution française et la famille</i> , Paris, 1978.
Loché	Loché J.-G., <i>Esprit de Code Napoléon, 1805-1808</i> , 6 vol.
MU	<i>Moniteur universel</i> , éd. originale, 24 vol.
PCV	Procès-verbal de la Convention nationale imprimé par son ordre (1792-an IV), 72 vol.
PCV	Procès-verbal du Conseil des Cinq-Cents (an IV - an VIII), 50 vol.
RNU	<i>Reimpression de l'ancien Moniteur</i> , Paris, 1847, 32 vol.
<i>La Révolution et l'ordre juridique privé</i>	<i>La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité et scandale ?</i> , Actes du Colloque d'Orléans, Paris, 1978, 2 vol.
Sagnac	Sagnac Ph., <i>La législation civile de la Révolution française (1789-1804)</i> , <i>Essai d'histoire sociale</i> , Paris, 1898, réimpr., 1971.

Abréviations

AD	Archives départementales.
AN	Archives nationales.
AP	<i>Archives parlementaires</i> , 1 ^{re} série, Paris, 1867-1985, 95 vol.
AP	<i>Archives parlementaires</i> , 2 ^e série.
Ewald	Ewald Fr. (dir.), <i>Naissance du Code civil</i> , Paris, Flammarion, 1989.
Fenet	Fenet P.-A., <i>Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil</i> , Paris, 1827, 15 vol.
<i>La famille, la loi, l'Etat</i>	<i>La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil</i> , textes présentés par I. Théry et Chr. Biet, Paris, Imprimerie Nationale, 1989.
Garaud	Garaud M. et Szramkiewicz R., <i>La Révolution française et la famille</i> , Paris, PUF, 1978.
Loché	Loché J.-G., <i>Esprit du Code Napoléon, 1805-1808</i> , 6 vol.
MU	<i>Moniteur universel</i> , éd. originale, 24 vol.
PVC	Procès-verbal de la Convention nationale imprimé par son ordre (1792-an IV), 72 vol.
PV 500	Procès-verbal du Conseil des Cinq-Cents (an IV - an VIII), 50 vol.
RMU	<i>Réimpression de l'ancien Moniteur</i> , Paris, 1847, 32 vol.
<i>La Révolution et l'ordre juridique privé</i>	<i>La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?</i> , Actes du Colloque d'Orléans, Paris, PUF, 1988, 2 vol.
Sagnac	Sagnac Ph., <i>La législation civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale</i> , Paris, 1898, reprint, 1971.

Abréviations

<p>Archives départementales</p> <p>Archives nationales</p> <p>Archives parlementaires, 1^{re} série, Paris, 1867-1882, 95 vol.</p> <p>Archives parlementaires, 2^e série</p> <p>Ewald H. (dir.), <i>Nouveaux des Cahiers</i>, Paris, Flammarion, 1989</p> <p>Furet P.-A., <i>Révolutions et sociétés politiques de la France</i>, Paris, 1971, 12 vol.</p> <p>La famille, la loi, l'État et la Révolution en France, textes présentés par J. Tilly et Chr. Jolly, Paris, Imprimerie Nationale, 1989</p> <p>Genard M. et Szemlerowicz R., <i>La Révolution française et la famille</i>, Paris, 1978</p> <p>Lozé J.-G., <i>Épave de Cahiers Napoléon</i>, 1807-1808, 6 vol.</p> <p>Mouton, manuscrit, éd. originale, 24 vol.</p> <p>Procès-verbal de la Convention nationale imprimé par son ordre (1792-99 IV), 32 vol.</p> <p>Procès-verbal du Conseil des Cinq-Cents (no IV - no VIII), 50 vol.</p> <p>Régimes de l'ancien Mouton, Paris, 1847, 32 vol.</p> <p>La Révolution et l'ordre public. Régimes de l'ancien Mouton, Paris, 1988, 2 vol.</p> <p>Séguez P., <i>La révolution civile de la Révolution française (1789-1804)</i>. Essai d'histoire sociale, Paris, 1988, reprint, 1971</p>	<p>AD</p> <p>AN</p> <p>AP</p> <p>Ewald</p> <p>Furet</p> <p>La famille, la loi, l'État</p> <p>Genard</p> <p>Lozé</p> <p>MU</p> <p>PC</p> <p>no 500</p> <p>RMI</p> <p>La Révolution et l'ordre public</p> <p>Séguez</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Introduction

Dans nos livres d'histoire, comme dans nos manuels de droit, le droit privé de la Révolution française a longtemps été ignoré ou méprisé. La gloire du Code civil de 1804 a occulté l'œuvre législative des années 1789-1799. La qualification de *droit intermédiaire*, appliquée aux textes juridiques qui venaient s'intercaler chronologiquement entre l'ancien droit et le Code civil, reflète le dédain avec lequel ont été traitées les lois civiles de la Révolution. Cette expression remonte au Premier Empire alors que des auteurs comme Merlin de Douai et Sirey¹ s'efforçaient, dans un but éminemment pratique, de faire connaître les textes de lois qui continuaient à régir de nombreuses situations juridiques, le Code civil ne pouvant s'appliquer de manière rétroactive aux droits acquis et aux contrats formés avant 1804. Au fur et à mesure du XIX^e siècle, ce *droit intermédiaire* a été naturellement de moins en moins appliqué : il a cessé d'être une matière de jurisprudence sans pour autant devenir une matière d'étude. A travers le prisme du *droit intermédiaire*, on ne voyait plus qu'une législation morte, incomplète, presque avortée : des textes de lois épars, appliqués seulement quelques mois ou quelques années quand ils ne restaient pas de simples pétitions de principe, et qui se confondaient avec les projets demeurés à l'état d'ébauche dans un magma de données confuses dépourvues de tout intérêt depuis la promulgation du Code civil.

On s'habitua à voir, dans ce *droit intermédiaire*, une sorte de parenthèse juridique entre la grande tradition de l'ancien droit et l'avènement du droit moderne. Au lieu de s'intéresser au rôle de médiation, de *pont*, qu'avait pu jouer le droit révolutionnaire, historiens et juristes

1. J.-B. Sirey, *Lois civiles ou Code civil intermédiaire*, Paris, 1810.

le rejetèrent longtemps dans la catégorie des épiphénomènes ou des aberrations qui n'avaient eu aucune influence sur l'évolution séculaire du droit. Seuls les esprits originaux, comme Emile Accolas, auteur d'un manuel de droit civil particulièrement hétérodoxe sous le Second Empire, exaltaient le caractère « exceptionnel et merveilleux » du droit de la Révolution. Emporté par sa haine du Code Napoléon, Accolas n'hésitait pas ainsi à écrire : « La bibliographie du Droit de la Révolution a à peine attiré l'attention des légistes ; il est difficile d'imaginer jusqu'à quel point ils poussent tantôt l'oubli, tantôt l'ignorance des actes législatifs qui se rapportent à la seule période juridique de l'histoire de France ! »¹

C'est à partir des années 1880, quand certains aspects du Code civil commencèrent à être sérieusement contestés, y compris par les juristes jusque-là en adoration devant ce monument du droit, que l'intérêt s'éveilla pour le droit révolutionnaire. La campagne animée par Naquet en faveur du divorce, qui aboutit au vote de la loi de 1884, s'alimenta d'exemples et d'arguments pris dans l'histoire législative de la Révolution : les partisans du divorce se référèrent non seulement aux règles du Code de 1804, abrogées lors de la suppression du divorce en 1816, mais aussi à la loi du 20 septembre 1792. De même, les timides améliorations apportées au sort des enfants naturels, avec la loi du 25 mars 1896, réveillèrent le souvenir de la loi du 12 brumaire an II.

Les premiers grands travaux scientifiques sur le droit privé de la Révolution datent ainsi des années 1880-1900. L'étape historiographique essentielle fut la publication en 1898 de la thèse ès lettres de Philippe Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*. Ouvrage pionnier à plus d'un titre, puisque son auteur voulait sortir de l'oubli le droit révolutionnaire, à travers l'étude des documents législatifs et parlementaires, mais aussi réaliser un « essai partiel d'histoire sociale ». Cette belle ambition donna naissance à un volume de plus de 400 pages qui fait encore autorité aujourd'hui, notamment sur l'histoire de la propriété foncière qui était le sujet de prédilection de Sagnac. Celui-ci dégagait magistralement l'opposition entre les lois votées de 1789 à 1795, « période de progrès continu » et « ère de création » selon lui, et la législation des années 1795 à 1804, « période de réaction relative ». Il analysa ce flux et ce reflux comme la lutte entre « l'esprit philosophique », ardent à faire triompher les principes de

1. E. Accolas, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, 1869, t. I, p. XXVIII-XXIX.

liberté et d'égalité et « l'esprit juridique », plus porté aux compromis prudents.

Tout en reconnaissant certains excès du législateur révolutionnaire, Sagnac montrait que le droit civil de la Révolution n'avait « ruiné ni la famille, ni la propriété ». Dans les années qui suivirent son livre, plusieurs travaux d'histoire du droit furent, au contraire, assez hostiles à la législation civile de la Révolution. Les juristes qui en étaient les auteurs s'inquiétaient de l'évolution contemporaine des mœurs et voyaient dans la Révolution une « crise analogue à bien des points de vue à celle que traverse le mariage dans notre société actuelle »¹. Certains de ces historiens du droit s'inspiraient des idées de Taine ou de Le Play pour dénoncer la destruction volontaire et programmée du cadre familial par les lois révolutionnaires, relayées par les règles successorales jugées trop égalitaires du Code civil. Quelques-uns de ces auteurs parlèrent d'un droit « antijuridique et antisocial » et, à propos de lois civiles de l'an II, d'une véritable « Terreur juridique »².

Les législateurs révolutionnaires étaient accusés d'avoir cédé aux mirages de l'idéologie et, même quand ils étaient crédités de bonnes intentions, ils étaient présentés comme des rêveurs à la poursuite d'idées chimériques voulant légiférer, d'une manière ingénue, pour des hommes supposés parfaits : telle était la position de François Olivier-Martin dans sa thèse, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*. Bien que moins méprisant à l'égard du droit révolutionnaire, Adhémar Esmein, dans son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814* (1908), relevait les extravagances et les outrances des lois civiles de la Convention.

On ne peut pas dire que ces travaux, de valeur pour le moins inégale, aient beaucoup fait progresser la question depuis Sagnac. D'ailleurs, cette *voque* du droit intermédiaire fut d'assez courte durée : les historiens du droit considérèrent, pour la plupart, que leur domaine d'investigation s'arrêtait en 1789 tandis que les spécialistes de la Révolution française s'orientaient plutôt vers des sujets d'histoire économique et sociale.

Le grand courant de réformes affectant le droit de la famille à partir de 1964 ranima la curiosité pour les lois révolutionnaires, souvent plus proches des principes du législateur moderne que certains articles

1. Fr. Olivier-Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire (1789-1804)*, th. droit, Paris, 1901, p. 6.

2. E. Nadaud, *Les successions dans le droit de la Révolution*, th. droit, Paris, 1904, p. 210-213.

du Code civil dépassés par l'évolution des mœurs. De nouvelles études historiques firent mieux comprendre l'actualité du droit révolutionnaire. Plus d'un demi-siècle après l'ouvrage de Sagnac, la trilogie inachevée de Marcel Garaud, sur l'égalité civile (1953), la propriété foncière (1959), et la famille (1978) pendant la Révolution, s'imposa comme la référence pour tous ceux qui s'intéressaient à un droit qu'on osait de moins en moins qualifier d'*intermédiaire*. En même temps, le Code civil de 1804 fut livré à un examen beaucoup plus critique, parfois même décapant : dans *Les origines doctrinales du Code civil français* (1969), André-Jean Arnaud mit en lumière la genèse du plan et des principaux concepts de la codification ; plus récemment, les articles de Xavier Martin ont insisté sur l'ambiance idéologique dans laquelle s'inscrivit la rédaction du Code de 1804, un code dont on aperçoit mieux aujourd'hui les fondements autoritaires et les arêtes réactionnaires. Enfin, à l'occasion du Bicentenaire de la Révolution française, des colloques et des séminaires, comme ceux de l'Université d'Orléans et du Centre Georges-Pompidou, ont permis de confronter les points de vue des historiens, des juristes et des sociologues.

Si désormais la législation civile de la Révolution n'est plus une terre inconnue, l'étude des projets de Code civil qui ont précédé le Code Napoléon n'a pas vraiment trouvé sa place dans ce renouveau historiographique. La rédaction puis l'échec des trois projets de code présentés par Cambacérès en 1793, 1794 et 1796 n'ont guère retenu l'attention. Souvent, ces projets ont été jugés médiocres ou inapplicables, en tout cas très inférieurs au Code de 1804 dont les juristes ont longtemps vanté la quasi-perfection. Sagnac reconnaissait bien que ces projets étaient « fort remarquables », mais ne plaçait pas l'histoire de la codification et de ses *ratés* au centre de ses recherches. Même les travaux plus récents se bornent, en général, à citer tel ou tel article de ces codes avortés qui n'ont jamais servi de fil conducteur dans l'histoire juridique de la Révolution française.

Il est vrai que la personnalité de Cambacérès et le sort de ces trois codes prêtent plutôt à sourire. Il y a du comique de la répétition dans la triple présentation de ces projets, décrits comme *impatiemment attendus* et rituellement écartés par des assemblées apparemment indifférentes. Il y a du personnage de comédie chez Cambacérès, dont l'opportunisme et les mœurs ont toujours alimenté la caricature. Albert Sorel raillait ce « gros homme poudré, fin, verbeux, retors et considérable (...) toujours prêt à monter, encore que lentement, à la tribune, un manuscrit à la main, plus disposé à en redescendre, ne se

plaignant jamais d'un délai qui le renvoyait à son cabinet et lui rendait la sécurité »¹.

Au-delà du personnage, on ne s'est pas vraiment interrogé sur l'échec de la Révolution en matière de codification du droit civil. Quelques phrases ont semblé suffire pour expliquer comment la succession précipitée des événements et des régimes, la rapidité de rédaction et de discussion des projets ou l'incapacité des assemblées à traiter sereinement des questions aussi techniques avaient conduit à cette « fatalité d'impuissance », selon l'expression du doyen Carbonnier. En réduisant l'histoire des projets révolutionnaires de Code civil à de simples *péripéties* dues à des *empêchements parlementaires*, l'on évita de se demander pourquoi les assemblées révolutionnaires avaient pu voter un Code pénal en 1791, un Code des délits et des peines en 1795, deux Codes hypothécaires en 1795 et 1798 et pourquoi elles n'étaient pas parvenues à voter un Code civil.

A travers le sort réservé par les historiens aux projets de Cambacérès, le droit *intermédiaire* conserve, en réalité, son statut inférieur de *parenthèse*. Dans le processus de codification, il n'y a, selon le schéma communément admis, que deux phases déterminantes : une longue époque de préparation à travers l'œuvre multiséculaire des légistes de la monarchie et une brève étape de synthèse avec la géniale transaction réalisée par les rédacteurs du Code de 1804. Ce schéma binaire présente pourtant plusieurs faiblesses consubstantielles. En mettant en relief l'essor du *droit commun coutumier*, cette vision déterministe exagère les potentialités unitaires de l'ancien droit français. Quant à l'*oubli* des codes révolutionnaires, il conduit à surestimer la puissance créatrice des auteurs du Code Napoléon. Dans une telle perspective, l'apport technique et conceptuel des projets de Cambacérès est considéré comme quantité négligeable et la codification consulaire est réduite à la simple mise en forme de virtualités préexistantes. Comment expliquer, alors, l'incapacité des révolutionnaires à voter un Code civil, sinon par l'incompétence de Cambacérès, l'aveuglement idéologique des représentants du peuple et l'irrésolution des assemblées ?

Nous pensons, au contraire, qu'il faut accorder la plus grande attention à l'histoire des projets de Cambacérès si l'on veut restituer la généalogie du Code civil et s'interroger sur les relations entre codification et révolution. Dans ce but, nous avons renoncé à étudier le droit

1. A. Sorel dans *Livre du centenaire du Code civil*, Paris, 1904, p. xxiii.

privé révolutionnaire de manière thématique en partant des lois sur la famille, la propriété ou les contrats. Cette méthode de présentation, suivie dans les ouvrages de Sagnac et de Garaud, présente d'incontestables vertus pédagogiques, mais ce *tronçonnement* du droit révolutionnaire empêche trop souvent de saisir les connexions qui relient textes et projets, ce qui est essentiel quand il s'agit de codification, c'est-à-dire d'ordonnancement des lois civiles. Une étude chronologique nous paraît offrir l'avantage d'une meilleure mise en perspective des projets de code, en confrontant l'évolution du droit civil à un contexte politique par nature fluctuant en période de révolution. C'est aussi un moyen d'éclairer les débats sur la famille, la propriété et les successions à la lumière des discussions concomitantes sur les réformes judiciaires, les questions financières et sociales ou les orientations du mouvement révolutionnaire.

Cette histoire du droit révolutionnaire, conçu comme une entreprise ratée de codification et de réforme du droit civil, ne doit pas se limiter à l'horizon des assemblées. L'étude du travail parlementaire doit être complétée, autant que faire se peut, par des recherches sur la *réception* de ce nouveau droit. Malgré la multiplication récente des travaux, nous ne disposons que de données fragmentaires sur la sociologie du droit révolutionnaire. Il est pourtant indispensable d'enquêter sur les jugements des tribunaux et des arbitres, la pratique contractuelle et notariale pour cerner l'attitude des populations pendant cette période de passage de l'ancien au nouveau droit. On a longtemps pensé que, sous l'effet de la prééminence accordée à la norme législative, aucune jurisprudence n'avait pu se dégager, ni aucune doctrine digne de ce nom se constituer avant 1804. On s'aperçoit de plus en plus que les tribunaux civils de la Révolution ont accompli un travail important et que, malgré l'éparpillement des juristes, des livres, des articles et même des enseignements ont été consacrés aux questions juridiques de 1789 à 1799. Une nouvelle jurisprudence est née, les débats juridiques ont trouvé de nouvelles formes d'expression dans les consultations, les libelles et les pétitions qui témoignent souvent des phénomènes de *résistance* à la législation révolutionnaire.

Les résultats acquis dans ces nouveaux domaines de recherche nous ont encouragé à entreprendre une étude qui, en s'attachant à déterminer les causes d'échec des projets de code de Cambacérès, envisage les rapports entre Révolution et réforme du droit civil. Comme toute révolution politique et sociale, la Révolution française a provoqué la substitution d'un ordre juridique nouveau à l'ordre juridique ancien :

une substitution illégale au regard des normes préexistantes à l'événement fondateur de la légalité à venir. Comme l'a montré Kant, la Révolution est en même temps avènement du droit, annoncé et proclamé par la Déclaration des droits de l'homme, et négation du droit, par le renversement de l'Ancien Régime. Cette tension atteint son paroxysme dans la Terreur, à la fois triomphe de la volonté légiférante et tentative d'élimination de la référence juridique dans une justice sans droits de la défense et dans des institutions républicaines gouvernées par la seule Vertu. Parce que la Révolution française a voulu être une *régénération*, le droit privé a été, après le droit public, affecté par un bouleversement qui ne s'est pas limité aux *superstructures* politiques.

Mais les révolutionnaires en ont fait l'amère expérience, la matière sociale n'est pas aussi malléable que la matière constitutionnelle. Il est plus aisé de voter une constitution que de révolutionner un droit civil plongeant ses racines dans les mœurs, les habitudes régionales, les comportements familiaux, même quand une partie de l'opinion publique aspire au changement et prétend exprimer les *attentes* de la société tout entière. L'histoire des mentalités et de la vie privée obéit, on le sait, aux rythmes lents des décennies, voire des siècles : elle paraît tellement échapper aux coupures brutales qu'on peut se demander s'il y a de véritables *révolutions* dans ce domaine. En dehors de la Révolution française, des exemples aussi différents que ceux fournis par la période du Protectorat de Cromwell dans l'Angleterre du XVII^e siècle ou par la Russie soviétique au XX^e siècle montrent combien il est difficile de faire entrer dans les faits une transformation profonde et rapide du droit privé décrétée par l'Etat. Dans le premier cas, les revendications en faveur de la simplification du droit n'ont abouti qu'à des réalisations très fragmentaires. Dans le second, la législation qui entendait bouleverser le droit familial dans les premières années du régime communiste a été en partie abandonnée après 1936. En France, l'étude des codes de Cambacérès et de leur échec peut être une voie, parmi d'autres, pour apprécier les limites intrinsèques ou extrinsèques auxquelles s'est heurté l'ensemble du processus révolutionnaire.

Le *blocage* de la codification, cette impossibilité à faire voter et appliquer un Code civil de 1789 à 1799, aurait dû susciter d'autant plus d'intérêt que les juristes apparaissent comme des acteurs de premier plan des événements révolutionnaires. Les contemporains, puis les historiens, n'ont pas manqué de remarquer que les assemblées révolutionnaires avaient été peuplées d'hommes de loi et que les avocats avaient joué un rôle déterminant dans la vie politique de ces dix

années. De Burke à Taine, les adversaires de la Révolution ont dénoncé l'omniprésence de ces juristes « d'ordre subalterne », accusés d'être à l'origine de tous les excès par leur étroitesse d'esprit et leur dogmatisme idéologique. Plus tard, les historiens, influencés par la conception marxiste de la révolution bourgeoise, ont vu dans les membres des professions juridiques les principaux interprètes des revendications du tiers état et les initiateurs du nouvel ordre social. De tous côtés, on donne ainsi aux juristes professionnels le premier rôle et la responsabilité des outrances, ou au contraire des insuffisances, reprochées à la Révolution : *c'est la faute aux hommes de loi*, pourrait-on dire en grossissant le trait. Mais alors, les raisons de l'échec des projets de Code civil deviennent encore plus énigmatiques : comment expliquer que ces juristes, décrits en général comme des partisans de longue date de l'unité du droit privé français, aient échoué, une fois parvenus au pouvoir, dans la tâche qui devait leur tenir le plus à cœur ?

Dans ce domaine également, il faut confronter les résultats les plus récents des recherches d'histoire sociale et des études juridiques sur la Révolution française. A travers un certain nombre de monographies, malheureusement encore trop peu nombreuses, consacrées aux gens de justice de telle ou telle ville, apparaît l'extrême diversité de la *société judiciaire* à la fin de l'Ancien Régime. On voit mieux comment, parmi ces juristes, une gamme très variée de statuts et de situations sociales a pu donner naissance à des attitudes culturelles et politiques parfois opposées. C'est une banalité, mais qu'on avait tendance à négliger : il y a homme de loi et homme de loi. Comment assimiler l'avocat renommé et fortuné, le jeune avocat sans clientèle, le procureur expérimenté et parfois cultivé et le praticien dont l'horizon intellectuel se limite à la connaissance de quelques règles de procédure ? L'étude de ces différentes catégories de juristes devrait nous aider à mieux comprendre leur réceptivité aux idées nouvelles et certains de leurs choix pendant la Révolution française. Car tous les hommes de loi n'ont pas été partisans de la Révolution et les *députés-juristes* de la Constituante ou de la Convention ne sont pas nécessairement *représentatifs* de leurs confrères. Il y eut des avocats, des procureurs, des notaires hostiles à la Révolution, voire ouvertement contre-révolutionnaires, et certains payèrent de leur vie leur opposition au nouvel état de choses. En envisageant les relations entre la Révolution et les juristes, il faut se garder de tout simplisme, comme de toute explication réductrice. Il est erroné de présenter tous les hommes de loi comme des Jacobins en puissance, comme de laisser penser que

l'immense majorité des avocats déserta les prétoires et refusa tout compromis avec la Révolution. Il y a aussi une certaine naïveté à croire que les hommes de loi antirévolutionnaires étaient tous des professionnels nantis sous l'Ancien Régime, tandis que les militants révolutionnaires se recrutaient uniquement parmi les marginaux de la société judiciaire du XVIII^e siècle.

Au contraire, si l'on part du constat que l'attitude des hommes de loi à l'égard de la Révolution n'a pas été univoque, comme la politique des assemblées révolutionnaires n'a pas été invariablement favorable ou hostile aux professionnels du droit, il est possible de mieux saisir l'évolution de la législation civile et l'histoire de la codification. Car le droit privé est une technique que les juristes sont pratiquement les seuls à bien connaître. En position de quasi-monopole, ils ne peuvent manquer d'influencer la législation et de peser sur son application : de leur soutien et de leur participation, de leur opposition ou de leur résistance dépendent les destinées de presque toutes les réformes du droit privé. Il n'est pas aisé de se débarrasser des juristes et les révolutionnaires, qui ont pu concevoir un tel projet, ont essuyé bien des déconvenues.

« Rattacher le droit civil à l'histoire générale, en coordonner les parties, en former un système lié à des principes généraux qui dérivent eux-mêmes de la tradition historique ou de la pensée philosophique, tel a été notre dessein », écrivait Sagnac en 1898. Comprendre l'échec des projets de Code civil de la Révolution, chercher pour quelles raisons, conjoncturelles ou plus profondes, ce Code civil a été impossible de 1789 à 1799 en rapprochant les données de l'histoire législative, de l'histoire politique et de l'histoire sociale des hommes de loi, tel a été le but de notre recherche. Une recherche entreprise sans esprit de système mais en ayant présent à l'esprit ce jugement de Tocqueville trop souvent oublié par les juristes : « les lois civiles ne sont familières qu'aux légistes, c'est-à-dire à ceux qui ont un intérêt direct à les maintenir telles qu'elles sont, bonnes ou mauvaises, par la raison qu'ils les savent. »

en France et cependant vigoureusement le droit romain dans le Midi. Cette influence du droit romain dans les provinces méridionales s'fit en l'intensifiant de 750 au XVI^e siècle, reléguant dans les régions les coutumes au second plan et dressant, petit à petit, une ligne de démarcation entre pays de coutumes et pays de droit écrit.

2. *Yves, Dictionnaire philosophique, V^e Edition, Paris, 1763, t. 1, p. 272.*

Chapitre 1

Les lenteurs de l'unification

La marqueterie de l'ancien droit

« Un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste » : ainsi Voltaire¹ ironisait-il sur la diversité juridique de la France d'Ancien Régime. Soumis à un seul roi et donc en principe à une même loi, les habitants du royaume vivaient encore, au XVIII^e siècle, sous l'empire de règles de droit privé qui variaient d'une province à l'autre, d'un *pays* à l'autre, voire d'une ville à l'autre.

Cette situation, qui choquait le bon sens du philosophe, était imputable, selon lui, à l'*anarchie féodale*. Si l'expression nous paraît aujourd'hui quelque peu polémique, il n'en reste pas moins vrai que le pluralisme des sources du droit à l'intérieur du royaume était un héritage du Moyen Âge. C'était dans le cadre des seigneuries, ou des principautés, de l'âge féodal qu'avaient émergé les coutumes, selon un processus de féodalisation et de morcellement du droit parallèle à la dislocation politique caractéristique de cette période. Alors que ces coutumes se cristallisaient et s'imposaient durablement dans les provinces du Nord et du Centre aux XII^e-XIII^e siècles, le droit romain pénétrait en France et concurrençait vigoureusement le droit coutumier dans le Midi. Cette influence du droit romain dans les provinces méridionales alla en s'intensifiant du XII^e au XVI^e siècle, reléguant dans ces régions les coutumes au second plan et dressant, petit à petit, une ligne de démarcation entre *pays de coutumes* et *pays de droit écrit*.

1. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, V^o Coutumes, *Œuvres complètes*, Paris, Ed. Garnier, 1878, t. 18, p. 272.

La carte juridique de la France d'Ancien Régime s'était fixée définitivement au XVI^e siècle, séparant par une ligne sinueuse allant de l'île d'Oléron au nord de Genève les *pays de coutumes* et les *pays de droit écrit* dont la Saintonge, le Périgord, le Limousin, le Forez, le Lyonnais, le Mâconnais et la Bresse constituaient les provinces les plus septentrionales. Aucune de ces deux catégories de pays ne formait, cependant, un bloc homogène. Dans les pays de coutumes du nord et du centre de la France, la parcellisation du droit privé dessinait une marqueterie complexe et contrastée où les frontières juridiques séparant les territoires coutumiers ne correspondaient exactement ni aux limites des diverses circonscriptions administratives ou judiciaires, ni aux contours, d'ailleurs incertains, des traditionnelles provinces. Là aussi, le XVI^e siècle avait constitué un tournant avec la rédaction officielle des coutumes, sous l'impulsion de la royauté. Cette rédaction officielle avait représenté, en son temps, un incontestable progrès. Justifiée par la volonté royale d'abrégier les procès et de simplifier la justice, elle avait abouti à une indéniabie clarification du droit en vigueur, mettant fin aux incertitudes d'une coutume orale toujours difficile à prouver.

Malgré l'élagage d'un certain nombre de petites coutumes, il restait, à l'issue de ce mouvement de rédaction, environ 65 coutumes générales auxquelles s'ajoutaient plus de 300 coutumes dites locales contenant seulement quelques dispositions dérogoatoires aux coutumes générales. Si des provinces entières, comme la Normandie ou la Bretagne, ne connaissaient qu'une seule coutume au ressort étendu, l'éparpillement était beaucoup plus poussé en Ile-de-France, dans l'Est ou dans le Nord. Ainsi, Melun, Meaux, Senlis, Etampes, Mantes ou Dourdan ne suivaient pas la même coutume que Paris. La carte de l'Est coutumier était particulièrement complexe et, dans le Nord, presque chaque ville, siège de prévôté ou d'échevinage, était le centre d'un détroit coutumier aux dimensions très restreintes.

Certes, il existait des points communs entre coutumes voisines, des *parentés* qui permettent de distinguer des *familles* de coutumes ; mais, par définition, chacune des 65 coutumes générales était différente des autres. « Autant de coutumes, autant de dispositions différentes, sinon en tout, du moins en beaucoup de choses »¹, écrivait Bouhier.

Les coutumes rédigées au XVI^e siècle avaient été ordonnées et divisées en articles puis imprimées, ce qui rendait leur accès et leur consultation beaucoup plus faciles. En dépit de cette nouvelle amélioration

1. Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, Dijon, 1742, p. 189.

par rapport à la situation antérieure, le terme de *code*, parfois employé pour ces coutumes rédigées, ne se justifie pas pleinement, du moins par comparaison avec les codes modernes des XIX^e et XX^e siècles. Les coutumes rédigées ne prétendaient pas couvrir de manière exhaustive l'ensemble du droit privé. Non seulement elles ne traitaient pas des matières sous l'empire du droit canon, comme le mariage et la filiation, ou du droit romain, comme la plus grande partie du droit des obligations, mais elles n'avaient pas l'ambition de réaliser une systématisation raisonnée du droit en vigueur. Parce qu'il s'agissait avant tout de régler les cas difficiles ou importants en cas de procès, ceux sur lesquels la coutume était discutée ou avait évolué, les coutumes rédigées contiennent peu de définitions ou de principes généraux. Ceci explique leur nombre relativement réduit d'articles : quelques dizaines d'articles pour certaines, 362 pour la coutume réformée de Paris (1580), moins de 700 articles pour les coutumes les plus volumineuses de Bretagne et de Normandie. On est loin des 2 281 articles du Code civil de 1804. Il y a là toute la distance qui sépare les codes systématiques et rationalistes des compilations ou collections d'usages.

Le plan suivi par les coutumes rédigées est également très révélateur de l'état du droit qu'elles consacrent. C'est d'abord un défilé, plus ou moins hétéroclite, de points et de matières qu'un plan ordonné au sens où l'entendront les juristes du XVIII^e siècle. Ce qui frappe surtout, c'est la position et la place considérable du droit féodal, mêlant dispositions de droit public, sur les justices seigneuriales par exemple, et règles de droit privé sur le régime foncier et les redevances dues aux seigneurs. Il convient également de signaler l'existence de nombreux articles qui concernent exclusivement les personnes ou les biens nobles. Les coutumes sont ainsi le reflet d'un droit qui porte l'empreinte, encore forte au XVI^e siècle, des cadres sociaux et mentaux hérités du Moyen Âge.

Or, ces coutumes rédigées au XVI^e siècle n'avaient pas changé de contenu en 1789. Approuvées par des assemblées locales représentant les trois ordres, les coutumes ne pouvaient être modifiées ou réformées que par la même voie. La lourdeur de la procédure, et la difficulté croissante pour obtenir l'unanimité des trois ordres, empêchèrent pratiquement toute modification des textes établis au XVI^e siècle. Plusieurs tentatives de réformation partielles échouèrent, au XVI^e et au XVII^e siècle, en Bourgogne, en Anjou ou en Normandie. Au XVIII^e siècle encore, les habitants du Ponthieu ne parvinrent pas à faire modifier leur coutume. Et il fallut beaucoup de persévérance pour rédiger, tou-

jours selon la même procédure, les rares coutumes locales restées jusque-là orales, comme celle d'Hattonchâtel en Lorraine mise par écrit à la veille de la Révolution en 1784-1788¹.

Fixées au XVI^e siècle, les coutumes avaient donc été figées dans un texte *ne varietur*, en dehors de quelques dispositions dont on admettait qu'elles avaient été abrogées par désuétude. Coutume rédigée, coutume morte ? L'affirmation serait excessive, mais la coutume avait perdu sa plasticité et sa faculté d'adaptation aux évolutions de la société et des mœurs. La même coutume avait été souvent rédigée une première fois au début du XVI^e siècle puis réformée à la fin du XVI^e. La coutume de Paris était ainsi passée de 199 articles en 1510 à 362 en 1580, avec de nombreuses modifications sur des points essentiels. Cette réformation des coutumes avait correspondu à une *modernisation* du droit, rendue nécessaire par l'influence croissante du droit romain sur les juristes et par les changements sociaux intervenus en quelques dizaines d'années.

Dira-t-on que l'évolution de la société fut moins rapide de la fin du XVI^e à la fin du XVIII^e siècle ? Tout au contraire, le droit féodal, maintenu mais déjà critiqué au XVI^e siècle, faisait encore plus figure d'anachronisme au siècle des Lumières et de nombreuses dispositions des coutumes accusaient un net retard par rapport aux développements de la vie sociale. Nous verrons que ce retard fut en partie comblé par l'action de la jurisprudence et de la doctrine qui furent dans l'obligation d'adapter le droit coutumier à un contexte changeant. Mais la marge de manœuvre des juristes était relativement étroite en présence de coutumes rédigées, qui avaient reçu la sanction du roi et n'avaient rien perdu de leur force contraignante. Respecter ce droit fossilisé revenait, selon l'avocat Linguet, à « se couvrir à trente ans des robes dont on se servait à quatre ».

De même, le cloisonnement entre ressorts coutumiers restait toujours aussi fort, alors que de nombreuses coutumes locales paraissaient archaïques au XVIII^e siècle et que certaines différences entre coutumes se justifiaient de moins en moins. Les conflits de coutumes, très semblables à ceux que nous connaissons aujourd'hui en droit international privé entre pays de législations différentes, ne pouvaient que se multiplier dans une telle situation, et compte tenu de la mobilité probablement croissante des habitants du royaume. Les progrès des transports

1. Fr. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Ed. du CNRS, 1984, p. 423 ; J. Coudert, La dernière rédaction de coutume avant la Révolution : la difficile réformation des usages de Hattonchâtel (1784-1788), *Revue historique de Droit français et étranger*, 1989, p. 237.

et des routes royales au XVIII^e siècle rendaient encore plus sensible l'étroitesse des ressorts coutumiers : à l'ère des chevaux de poste et des turgotines qu'évoque Voltaire, la carte de la France coutumière apparaissait comme une entrave à la circulation des hommes et des idées.

Au sud de la France, les pays de droit écrit ne constituaient pas davantage un bloc monolithique soumis à des règles juridiques uniformes. En premier lieu, le droit écrit n'était pas exactement le droit romain. Si la romanisation des provinces méridionales avait progressé du XII^e au XV^e siècle, il n'avait jamais été question de recevoir le droit romain dans son intégralité et dans toute sa pureté. Bien évidemment, ni le divorce, ni l'esclavage réglementés par le droit romain ne pouvaient avoir d'application en France métropolitaine, ce qui n'empêcha pas le droit romain d'influencer la législation esclavagiste appliquée dans les colonies... C'est donc, comme dans une grande partie de l'Europe, un droit romain adapté et retravaillé par les juristes depuis le Moyen Âge qui est suivi, à titre de coutume tolérée par le roi, dans les pays de droit écrit. De plus, l'interprétation des lois romaines revenait essentiellement aux parlements du midi de la France, installés à Bordeaux, Pau, Toulouse, Grenoble et Aix qui avaient chacun leur propre jurisprudence et leur propre conception du droit écrit. Si le Midi est donc en apparence soumis à une seule loi, « chaque parlement, chaque tribunal, chaque juge l'interprète suivant ses lumières, son goût ou son caprice »¹.

Il faut ajouter à ces divergences de jurisprudence les vestiges de quelques coutumes qui subsistaient encore, notamment dans le Sud-Ouest où certaines, comme celle de Bordeaux, avaient été rédigées au XV^e siècle. Les juristes et commentateurs locaux, tout en réduisant la portée de ces coutumes, cultivaient à l'envi le particularisme juridique de leur ville ou de leur région à l'intérieur des pays de droit écrit. Le cloisonnement juridique qui en résultait était moins net, et moins traduisible sur une carte, que dans les pays de droit coutumier mais, sous une apparence trompeuse d'unité, le droit écrit était aussi un trésor de subtilités et de complications.

Enfin, la distinction entre pays de coutumes et pays de droit écrit n'épuisait pas la liste des sources du droit privé dans la France d'Ancien Régime. Même dans les pays de coutumes, le droit romain avait pénétré et exerçait une influence doctrinale de premier plan. En pays flamand et en Alsace, le droit romain était un véritable droit supplétif

1. Bretonnier, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit*, Paris, 4^e éd., 1771, t. I, p. CII.

applicable dans le silence de la coutume. Dans le reste de la France coutumière, il était considéré comme *raison écrite* : sans avoir force de loi, il servait souvent à combler les lacunes des coutumes et inspirait de nombreuses solutions à la jurisprudence et à la doctrine. En matière d'obligations et de contrats, le droit romain était d'une application quasi générale, du fait de l'infériorité patente des coutumes dans ce domaine. De même, le droit canonique conservait toujours au XVIII^e siècle un rôle non négligeable dans certaines parties du droit privé. Certes son influence était déclinante, comme celle des tribunaux ecclésiastiques, et seules les règles admises par l'autorité royale à pénétrer en France avaient force obligatoire dans le royaume. Mais presque tout le droit du mariage restait réglé par le droit canonique dans une France qui ignorait le mariage laïque et considérait le catholicisme comme religion d'Etat. Il est vrai que le droit romain et plus encore le droit canon, dont les principes en matière de mariage étaient pareillement appliqués dans toute la France, exerçaient une action unificatrice sur le droit privé. Ils constituaient néanmoins un élément supplémentaire de complication dans le pluralisme juridique qui caractérisait l'ancien droit. Au compartimentage géographique s'ajoutait la multiplicité de sources du droit souvent complémentaires, parfois aussi concurrentes.

Cette diversité de l'ancien droit privé donnait un rôle essentiel aux juristes et aux interprètes du droit. En l'absence d'un code, et donc d'une source unique de référence, il appartenait aux praticiens du droit et aux magistrats de déterminer, presque dans chaque cas d'espèce, le droit territorialement applicable et la force ou l'autorité relative de tel ou tel texte. Le droit privé résultait bien souvent d'une combinaison de raisonnements juridiques bâtis à partir des coutumes, du droit romain et du droit canon. Seuls les juristes qualifiés pouvaient avoir accès à cette *combinatoire* : en cela l'ancien droit était bien un droit de juristes, un *Juristenrecht*, comme disent les Allemands.

Dans cette situation, la doctrine et la jurisprudence revêtaient une très grande importance et ces deux autorités entretenaient entre elles des rapports étroits : toutes deux œuvres de juristes professionnels, elles se nourrissaient l'une de l'autre, la jurisprudence consacrant les idées de la doctrine et la doctrine s'alimentant des décisions des tribunaux. Les arrêts des parlements et les opinions des jurisconsultes étaient, dans toute affaire, cités en bonne place à côté des références au droit coutumier ou au droit romain.

Nous reviendrons sur l'action de la doctrine, sans doute cause de

diversité mais aussi puissant agent unificateur. Notons, dès maintenant, le rôle finalement assez ambigu de la jurisprudence. Celle-ci était essentiellement aux mains des parlements qui rendaient des arrêts en dernier ressort et exerçaient une influence déterminante sur les décisions des juridictions inférieures. Comme on comptait, en 1789, treize parlements dans le royaume, il y avait au moins treize jurisprudences différentes qui s'appliquaient sur des ressorts dont les frontières ne correspondaient pas aux limites coutumières. C'est ainsi que le parlement de Paris, au ressort immense, appliquait un grand nombre de coutumes et jugeait même en appel, selon le droit écrit, les affaires du Lyonnais. Le parlement de Bordeaux, parlement de droit écrit, avait une petite partie de son ressort dans les pays de coutumes. Si le parlement de Paris pouvait imprimer une relative uniformité, dans le silence des coutumes ou du droit écrit, au droit d'une grande partie du centre du royaume, les parlements provinciaux défendaient les particularismes juridiques et entretenaient des disparités de jurisprudence. Même en matière de conflits de coutumes, la jurisprudence du parlement de Rouen n'était pas celle du parlement de Paris : c'est dire la complexité d'un procès pour un justiciable possédant des biens en Ile-de-France et en Normandie !

De plus, les arrêts des parlements n'étaient pas motivés et aucune publication officielle n'en était organisée. Les recueils d'arrêts étaient des ouvrages privés, œuvres de praticiens ou de magistrats, qui s'efforçaient avec difficulté de conjecturer les raisons de la décision prise d'après les arguments développés par les parties. Pas toujours très cohérente, la jurisprudence était donc difficile à connaître avec exactitude¹, ce qui renforçait encore pour les parties la nécessité du recours à l'entremise des juristes. Avocats, procureurs (les ancêtres des avoués) et surtout notaires devaient jouer un rôle essentiel pour faire connaître aux plaideurs ou aux contractants les exigences du droit.

S'il ne faut pas se faire trop d'illusions sur la connaissance par le grand public d'un droit même codifié, il est certain que les arcanes de l'ancien droit devaient paraître impénétrables à bien des profanes, qui pouvaient avoir une vague idée des dispositions consacrées par la tradition à travers les coutumes ou le droit écrit, mais avaient sans doute bien du mal à comprendre ou à prévoir l'issue d'un procès.

1. Chr. Chêne, L'arrestographie, science fort douteuse, *Recueil des Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit*, 1985, p. 179-187.

Est-ce à dire que cette multiplicité des sources du droit privé entraînait des inconvénients sans nombre et une *gêne continue* dans la vie quotidienne ? Il ne faut sans doute pas exagérer les entraves créées par une situation qui nous paraît aujourd'hui difficilement supportable, mais dont les hommes de l'Ancien Régime se sont accommodés pendant trois siècles. Les contemporains de Voltaire étaient habitués à vivre dans un royaume où les particularismes et les privilèges provinciaux établissaient des frontières intérieures, séparaient des régimes administratifs ou fiscaux différents et multipliaient les systèmes de poids et mesures en vigueur. Le fait que cette absence d'unité en matière de poids et mesures n'ait pas empêché le développement du commerce au XVIII^e siècle nous indique que le *commerce juridique* pouvait lui aussi tolérer un tel pluralisme des sources du droit privé.

Il faut avoir à l'esprit, en particulier, la relative unité du droit des obligations et du droit commercial sous l'Ancien Régime : le premier était régi essentiellement par le droit romain qui, dans ce domaine, faisait figure de loi commune à quelques exceptions près ; quant au second, traditionnellement objet d'une coutume des marchands dépassant les frontières, il fut en grande partie codifié par l'ordonnance de 1673. Autant dire que les commerçants n'étaient pas très gênés par la diversité des coutumes... moins encore que les modernes sociétés internationales par rapport aux législations nationales.

Les simples particuliers n'avaient souvent affaire qu'à la coutume ou au droit écrit applicable sur le lieu de leur domicile et de leurs propriétés. La très grande majorité des habitants du royaume était trop pauvre pour avoir des propriétés dans plusieurs ressorts coutumiers. Beaucoup de ceux qui émigraient d'une province à l'autre étaient dépourvus de biens immobiliers dans le village ou la ville qu'ils quittaient et adoptaient, par exemple en se mariant, le droit de leur nouveau domicile. Seules les familles les plus riches étaient ainsi confrontées à des conflits de coutumes pour régler l'acquisition ou la transmission d'immeubles situés dans plusieurs provinces. Il faut également tenir compte du fait que la pratique contractuelle tenait une place considérable dans l'ancien droit, en particulier dans le droit de la famille. Les contrats de mariage étaient de véritables pactes de famille appelés à régler non seulement la situation des futurs époux mais aussi le sort de leurs frères et sœurs et la destination des biens familiaux. Cette pratique, beaucoup plus développée que de nos jours, attribuait aux notaires un rôle considérable ; elle permettait surtout une grande liberté à l'égard des prescriptions des coutumes ou du droit écrit. Non

pas qu'il ait été possible de tout faire par contrat de mariage. Mais beaucoup de coutumes autorisaient les parties à déroger par contrat au régime matrimonial de droit commun et, dans certaines limites, à stipuler des arrangements successoraux. Avec des techniques différentes, il était ainsi possible d'arriver à des résultats comparables dans la plupart des pays de coutumes et même en pays de droit écrit. La faible mobilité des hommes et des capitaux, l'effectivité relative de nombreuses règles qui n'étaient plus appliquées ou pouvaient être facilement tournées, le recours fréquent aux hommes de loi étaient autant de facteurs qui rendaient tolérable l'absence d'un droit privé unique pour tout le royaume.

La carte juridique de la France d'Ancien Régime reflétait-elle, enfin, de véritables différences ou oppositions en matière de mœurs, d'habitudes de vie ou de pensée ? Autrement dit, continuait-elle à séparer des systèmes juridiques indépendants, enracinés dans la géographie et la sociologie des différentes provinces ? La réponse, on l'imagine, n'est pas simple. Nous avons déjà vu que certaines sources du droit étaient communes à l'ensemble du royaume et nous évoquerons bientôt la prise de conscience de l'existence, au-delà de la pluralité coutumière, d'un droit français. Il est sûr que certaines différences entre coutumes étaient minimales ou purement contingentes : les similitudes, les rapprochements sont nombreux qui permettent précisément de parler de familles de coutumes. Les oppositions sont cependant réelles et déterminaient de véritables clivages qu'il était difficile de voir disparaître sans une intervention autoritaire du législateur.

Il en va ainsi, d'abord, de la traditionnelle distinction entre pays de coutumes et pays de droit écrit. La frontière, c'est un fait, n'est pas étanche entre ces deux catégories de pays : il existe, au centre de la France, une zone de contact où droit coutumier et droit écrit tendent à s'interpénétrer. Les deux droits s'influencent réciproquement : les pays de droit écrit, particulièrement ceux qui sont dans le ressort du parlement de Paris, sont contaminés par certaines notions de droit coutumier. Il est fort possible que le régime dotal, spécificité des provinces méridionales et de la Normandie, ait été déjà en recul avant 1789 face au régime de communauté ou aux pratiques communautaires¹. Les différences sont également peu sensibles dans le

1. J. Brisset, *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*, Paris, PUF, 1967, p. 77.

domaine du droit des obligations, où règne le droit romain, et relativement peu nombreuses dans le domaine du droit des biens.

C'est essentiellement sur le terrain du droit de la famille que l'opposition entre pays de coutumes et pays de droit écrit est la plus nette. La puissance paternelle romaine a imposé ses rigueurs avec plus de force dans le Midi que dans le Nord. Si le père peut corriger ou faire enfermer ses enfants presque partout, la puissance paternelle cesse, dans les pays de coutumes, à l'âge de la majorité généralement fixé à vingt-cinq ans. Dans les pays de droit écrit, au contraire, la puissance paternelle dure en principe, conformément aux règles romaines, toute la vie du père : il n'y a pas de majorité émancipatrice, pas d'émancipation par mariage en règle générale et l'émancipation tacite requiert une séparation d'habitation pendant dix ans. Que la pratique de l'émancipation expresse et les mœurs, surtout dans les villes, aient adouci le droit, on veut bien le croire, mais la puissance paternelle des pays de droit écrit a conservé, jusqu'à la veille de la Révolution, un absolutisme auquel ne pouvait prétendre l'autorité paternelle, plus limitée dans le temps, des pays coutumiers.

De même, partout en France, la femme mariée est soumise à la puissance de son mari, pratiquement maître de sa personne et de ses biens. Cependant l'incapacité de la femme mariée est absolue dans les pays de coutumes tandis que, dans certaines provinces méridionales, la femme mariée dispose des biens propres qu'elle n'a pas constitués en dot et qui forment la catégorie des *paraphernaux*. Même si cette capacité est une exception relativement rare, même si là aussi la pratique corrige le droit, les principes romains offraient une petite résistance au progrès des idées coutumières. Régime de communauté et régime dotal continuaient également à s'opposer sur bien des points. Pendant le mariage, le mari est maître, dans les pays de coutumes, de la communauté, en général constituée des meubles et acquêts, tandis que, dans les pays de droit écrit, le régime dotal organise une séparation des biens en rendant la dot inaliénable. Les différences sont encore plus importantes en cas de prédécès du mari : une veuve parisienne recevait la moitié de la communauté, participant ainsi aux bénéfices et aux pertes du ménage, et bénéficiait surtout d'un gain de survie en usufruit, ou *douaire*, constitué sur les biens du mari ; une veuve méridionale ne recouvrait que sa dot et un hypothétique augment de dot, qui dépendait souvent des dispositions testamentaires prises par le mari. Il est bien difficile de dire quel régime était le plus avantageux ou le plus protecteur pour la femme : il est certain, en tout cas, que les deux

systèmes correspondaient à deux traditions bien distinctes, voire antagonistes, qui prétendaient chacune l'emporter sur l'autre.

Enfin, la variété des règles du droit successoral reflétait des pratiques assez dissemblables entre pays de droit écrit et pays de coutumes, ainsi qu'à l'intérieur même de ces derniers. Le Midi avait hérité de la liberté testamentaire du droit romain : le père de famille pouvait instituer un ou plusieurs héritiers et donc disposer à son gré de ses biens. La seule limite qui lui était imposée était de laisser à ses enfants non institués une *légitime*, fixée en principe à un tiers ou à la moitié de leur part. En pratique, les règles romaines étaient diversement interprétées par les parlements et l'usage était de faire renoncer les filles dotées à la succession de leurs parents au moment de leur mariage. Dans les pays de coutumes, au contraire, le père de famille ne pouvait pas *faire un héritier* par testament : il ne pouvait laisser que des legs, sans porter atteinte à la *réserve* qui protégeait les biens de famille, ou *propres*, dont les deux tiers ou les quatre cinquièmes devaient revenir aux parents paternels et maternels du *de cujus*. Les règles romaines de dévolution des biens s'effaçaient également, dans les pays de coutumes, devant la distinction entre propres, meubles et acquêts. En l'absence d'enfants, les propres devaient être partagés selon l'origine des biens entre parents paternels et parents maternels.

Nous n'entrerons pas dans les détails du droit successoral de l'Ancien Régime qui était caractérisé par une gamme presque infinie de solutions techniques¹. Notons que l'égalité entre héritiers était mieux protégée dans les pays coutumiers, et sans doute plus profondément ancrée dans les habitudes, du moins pour les successions roturières. Dans ces pays de coutumes, l'égalité entre enfants était toutefois conçue avec plus ou moins de rigueur : les coutumes dites d'égalité stricte, essentiellement dans l'ouest de la France, interdisaient d'avantager un enfant par rapport à un autre, alors que les coutumes de préciput, dans le Centre, l'Est et une partie du Nord, autorisaient un enfant à cumuler sa part d'héritage avec des libéralités. Les coutumes dites d'option, comme celle de Paris, permettaient enfin à l'enfant gratifié de choisir entre les libéralités reçues de ses parents et sa part successorale². Nul doute que cette géographie coutumière, même si

1. J. J. Clère, De la Révolution au Code civil : les fondements philosophiques et politiques du droit des successions, *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 1986, p. 11-15.

2. J. Yver, *Egalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966.

Collection « HISTOIRES »

Michel ANTOINE

*Le dur métier de roi
Etudes sur la civilisation politique
de la France d'Ancien Régime*

Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET

*Le jeu concordataire
dans la France du XIX^e siècle*

Denis BUICAN

*Histoire de la génétique
et de l'évolutionnisme en France
La révolution de l'évolution*

Pierre CHAUNU

*Histoire et imagination
La transition*

Pierre CITTI

Contre la décadence

Jean-Nicolas CORVISIER

*Aux origines du miracle grec
Peuplement et population en Grèce du Nord*

Monique COTTRET

*La Bastille à prendre
Histoire et mythe de la forteresse royale*

André DELAPORTE

L'idée d'égalité en France au XVIII^e siècle

Jacques DUPÂQUIER

Pour la démographie historique

Yves DURAND

*Vivre au pays au XVIII^e siècle
Essai sur la notion de pays
dans l'ouest de la France*

John H. ELLIOTT

Richelieu et Olivares

Participant d'une démarche de transmission de fictions ou de savoirs rendus difficiles d'accès par le temps, cette édition numérique redonne vie à une œuvre existant jusqu'alors uniquement sur un support imprimé, conformément à la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation des Livres Indisponibles du XX^e siècle.

Cette édition numérique a été réalisée à partir d'un support physique parfois ancien conservé au sein des collections de la Bibliothèque nationale de France, notamment au titre du dépôt légal. Elle peut donc reproduire, au-delà du texte lui-même, des éléments propres à l'exemplaire qui a servi à la numérisation.

Cette édition numérique a été fabriquée par la société FeniXX au format PDF.

Couverture :

Conception graphique — Coraline Mas-Prévoist
Programme de génération — Louis Eveillard
Typographie — Linux Libertine, Licence OFL

*

La société FeniXX diffuse cette édition numérique en accord avec l'éditeur du livre original, qui dispose d'une licence exclusive confiée par la Sofia – Société Française des Intérêts des Auteurs de l'Écrit – dans le cadre de la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012.

Avec le soutien du

