



HAL
open science

L'uniformité des lois civiles dans les observations des tribunaux d'appel et de cassation (1801). Convergences et divergences

Alain Desrayaud

► To cite this version:

Alain Desrayaud. L'uniformité des lois civiles dans les observations des tribunaux d'appel et de cassation (1801). Convergences et divergences. 2024. hal-04813928

HAL Id: hal-04813928

<https://hal.u-pec.fr/hal-04813928v1>

Submitted on 2 Dec 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

L'uniformité des lois civiles dans les observations des tribunaux d'appel et de cassation (1801) Convergences et divergences

par
Alain Desrayaud, professeur émérite (EA 7382)

En 1805, dressant un bilan législatif de la décennie révolutionnaire, Loqué écrivait : « Depuis 1789, il a été porté quelques lois, non pour uniformiser la législation civile, mais pour la réformer. Quelques-unes ont abrogé ce qui existait ; telle est la loi du 25 octobre 1792 qui a aboli les substitutions, et celles des 4 et 11 août 1789 qui ont anéanti la féodalité. D'autres ont établi ce qui n'existait pas : telle est la loi du 20 septembre 1792 qui a introduit le divorce, et la loi du 12 brumaire an 2 qui a donné la successibilité aux enfants naturels. D'autres enfin ont changé la législation, en substituant un système à un autre : telle est la loi du 17 nivôse an 2 sur les successions et donations ; loi modifiée depuis par les lois des 9 fructidor an 3, 3 vendémiaire an 4, 18 pluviôse ans et 4 germinal an 8. »¹ Pourtant, dès la Constituante, avait été conçu le projet d'un « code de lois civiles communes à tout le royaume »². « Plus de coutumes, plus de droit écrit, plus de particularités jurisprudentielles : le même droit pour tous, appliqué par des juges passifs » était le programme à l'ordre du jour³. Depuis le 4-Août, l'ambition d'assurer « l'union intime de toutes les parties de l'empire »⁴ impliquait qu'un droit unique et uniforme fût substitué à l'ancienne diversité juridique⁵. Tout au long de la Révolution, l'achèvement de ce code civil fut impossible⁶. En 1800, peu après sa nomination de substitut du commissaire du gouvernement près le Tribunal de cassation (9 avril 1800)⁷, Merlin de Douai ne cachait pas sa déception, pour ne pas dire son mécontentement, dans son *Mémoire sur la nécessité d'un code universel et uniforme pour toute la République française* lu à la séance de la 2^e classe de l'Institut national, le 17 avril 1800⁸. Sous l'auguste patronage de Pascal et de Voltaire, il exposait : « Comment est-il possible que des marques aussi choquantes d'une ancienne division subsistent encore dans le tout réuni, comment, ce qui est vérité en-deçà de telle rivière, peut-il encore être erreur au-delà ? Comment, après dix années d'une révolution qui devait tout régénérer, est-on

¹ *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion ou conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'Etat, des observations du Tribunal, des exposés des motifs, des rapports et discours, etc., etc., dédié à S. M. l'Empereur et Roi*, Paris, Imprimerie impériale, an XIII/1805, Introduction, I^{ère} partie, ch. XX Etat de la législation avant le Code civil, pp. 57-58.

² Constitution de 1791, tit. I^{er} Dispositions fondamentales garanties par la constitution, dernier alinéa : « Il sera fait un code de lois civiles communes à tout le Royaume. » Dans le même sens : art. 19 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire : « Les lois civiles seront revues et réformées par les législatures ; et il sera fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution. », J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat*, tome 1, Paris, Guyot et Scribe, 1834 pp. 312-313 ; Projet de constitution girondine 15 et 16 février 1793, titre 10, article premier de la section première : « Il y aura un code de lois civiles et criminelles uniformes pour toute la République. »

³ J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, P.U.F., 2017, n° 155, p. 263.

⁴ Art. 10 du décret des 5-11 août 1789, DUVERGIER, tome 1, p. 34 (l'article porte précisément sur l'abolition des privilèges des provinces).

⁵ J.-M. CARBASSE, *ibid.*, p. 262.

⁶ J.-L. HALPERIN, *L'impossible code civil*, Paris, P.U.F., 1992.

⁷ H. LEUWERS, *Un juriste en politique. Merlin de Douai (1754-1838)*, Paris, Artois Presses Université, 1996, p. 120.

⁸ Le mémoire est reproduit dans J.-B. SIREY, *Recueil général des lois et des arrêts*, tome I^{er} (antérieur à l'an X, 1800-1802), I^{ère} partie, Paris, s. d., col. 239-243,

réduit à répéter ce qu'on disait avant cette grande époque : qu'on change de lois dans sa patrie, en changeant de chevaux de poste ? »¹

D'une part Merlin avait été associé à la préparation des deux premiers projets de Cambacérés (1793 et 1794)², d'autre part il avait été rapporteur de la loi des 8-14 avril 1791 tendant à introduire l'égalité dans les successions *ab intestat* tant en pays de droit écrit qu'en pays de coutume³. Très certainement il avait conservé le souvenir des assauts de Cazalès contre son projet. Soutenu par des députés méridionaux et normands⁴, ce dernier avait exprimé un sentiment parfois encore partagé à l'aube du Consulat. « L'Assemblée nationale, se laissant aller au système séduisant, mais dangereux de l'uniformité, condamne toutes les provinces du royaume à être régies par les mêmes lois civiles ; [...] elles (les lois civiles) doivent être appropriées au climat, au sol, au nombre, aux mœurs et au génie des peuples qu'elles sont destinées à régir, il est nécessaire que deux provinces aussi différentes sous tous ces rapports, que sont la Provence et la Normandie, étant régies par les mêmes lois, il y en ait au moins une des deux de mal gouvernée. »⁵ Non seulement des pans entiers de l'ancien droit n'avaient pas été abolis, la diversité juridique persistait *ipso facto* comme l'attestaient des Tronchet⁶, Portalis⁷ et autres Merlin⁸. Mais encore d'anciennes pratiques notariales s'étaient souvent maintenues, y compris sous l'empire même des lois de 1791 ou de l'an II⁹. Du point de vue d'un Merlin, cette diversité des lois civiles dissonait avec la nouvelle unité constitutionnelle et nationale¹⁰.

D'un côté, le Discours préliminaire s'attachait à exposer sommairement comment s'étaient imposées les "idées d'uniformité dans la législation" et s'était réalisée l'unité de la nation¹¹. Pour sa part, la disposition finale du projet de code civil de la commission du gouvernement semblait trancher définitivement en portant abolition des coutumes et des usages encore en vigueur¹². Mais, d'un autre côté, il est à relever après X. Martin qu'en mars 1800¹³, Boulay de la Meurthe, président de la section de législation du Conseil d'état, ne regardait pas à exprimer ses doutes sur la possibilité

¹ *Ibid.*, col. 241.

² H. LEUWERS, *op. cit.*, pp. 304-307.

³ *Ibid.*, pp. 301-304.

⁴ J. HILAIRE, Vivre sous l'empire du Code civil : les partages successoraux inégalitaires au XIXe siècle dans B.E.C., Paris, 1998, 156-1, p. 120 ; J. BART, L'éclipse révolutionnaire (1789-1804) : la coutume à l'ombre de la loi dans *La coutume au village*, édité par M. MOUSNIER et J. POUMAREDE, Presses universitaires du Midi, 2001, <https://doi.org/10.4000/books.pumi.24312>, §§ 17-21.

⁵ Archives Parlementaires, 1^{ère} série, XXIV, Assemblée nationale constituante, séance du 5 avril 1791, p. 571. Sur ce point : PH. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris, Hachette, 1898, pp. 17-19 ; J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France. Etude historique et psychologique*, Rousseau et Cie, Paris, 1929, p. 270 et plus généralement J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, pp. 93-97.

⁶ X. MARTIN, Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse, R.T.D.Civ., 2006, p. 252 et du même, Vie et destinée des coutumes françaises : 1454-1804 : essai de synthèse, R.H.D., 2015, 4, p. 555 et Ph. TESSIER, *François Denis Tronchet ou la Révolution par le droit*, Paris, Fayard, 2016, pp. 303-304.

⁷ X. MARTIN, *ibid.*, p. 554.

⁸ *Mémoire sur la nécessité d'un code universel et uniforme pour toute la République française* précité, col. 240 : « [...] nos anciennes lois subsistent encore dans toutes celles de leurs dispositions auxquelles il n'a pas été dérogé par les nouvelles. »

⁹ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 123-127 ; J. BART, L'éclipse révolutionnaire (1789-1804) : la coutume à l'ombre de la loi précité, §§ 22-23.

¹⁰ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 119.

¹¹ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome I, Paris, Au dépôt, 1827, pp. 463-464.

Dans la suite de l'article, ce recueil sera référencé F. suivi du tome et de la page.

¹² « A compter du jour de la publication du présent code, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet du présent code, [...] », F II 413.

¹³ On sait que dans les mois qui avaient précédé, d'une part la résolution du 19 brumaire an VIII (10 novembre 1799) arrêtée par le nouveau pouvoir avait disposé que les deux commissions qu'elle instituait pour remplacer le Conseil des Cinq Cents et le Conseil des Anciens étaient chargées de préparer un code civil (art. 14, DUVERGIER, tome 12, p. 2) et d'autre part Jacqueminot avait présenté son projet de code civil le 30 frimaire an VIII (21 décembre 1799) (F. I 327 et s.). La commission chargée d'élaborer le futur code civil fut désignée par l'arrêté du 24 thermidor an VIII (12 août 1800), F. I lxii-lxiii.

de réaliser un code de lois civiles uniformes. « Vouloir changer tout à coup les lois d'un tel peuple et le ramener brusquement à un système uniforme, c'est un contresens. »¹ Il convient également de souligner qu'à propos du projet d'établir une législation uniforme, le Discours préliminaire lui-même s'autorisait une manière d'incise : « L'uniformité est un genre de perfection qui, selon le mot d'un auteur célèbre, saisi quelquefois les grands esprits et frappe infailliblement les petits. »² Il était fait référence évidemment à l'auteur de *l'Esprit des lois*³, un des seuls philosophes hostiles à l'unification du droit.⁴ Quel fut le discours des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation sur cette révolution du droit que constituait l'uniformité des lois civiles ?

Cette entreprise participait d'une véritable révolution culturelle⁵ pour nombre de contemporains. Fait symptomatique, le Tribunal d'appel de Toulouse devait présenter une observation ambivalente (délibérément ?) dans sa résomption finale. « Rien n'est plus difficile que de faire de bonnes lois. Un Code civil uniforme pour toute la France est une de ces conceptions hardies qui ne peuvent se réaliser que sous un gouvernement assez puissant pour vaincre tous les préjugés et surmonter tous les obstacles, lorsqu'il s'agit de faire le bien. »⁶ Compris au pied de la lettre, il semblait louer le gouvernement. Mais qu'entendait-il par « une de ces conceptions hardies » ? Le *Dictionnaire de l'Académie française* de 1798 définissait le mot conception comme une création de l'esprit, « des pensées que l'esprit forme sur quelques objet »⁷, et donnait à hardi la signification à la fois d'audacieux et de « dangereux ou difficile de soutenir [s'agissant d'une proposition]. »⁸ La question mérite d'être posée en ces années où le métaphysique, le spéculatif, l'abstrait le cédait à l'empirique et à l'expérimental. Ainsi, dans un discours de l'an X, Portalis affectait les deux termes d'une connotation péjorative⁹. Dans le même esprit, le Tribunal d'appel de Lyon dénonçait les « abstractions métaphysico-légales » du Livre préliminaire¹⁰. Sans doute n'est-ce pas trahir la pensée du tribunal toulousain que de considérer qu'il célébrait l'ambition ... prométhéenne du nouveau gouvernement. Son observation reflétait-elle une opinion commune ?

D'un côté les juges nouvellement nommés depuis la réforme judiciaire (loi du 27 ventôse an VIII/18 mars 1800)¹¹, magistrats expérimentés¹², connaissaient bien les particularismes locaux¹³. Âgés de bien plus de 30 ans -âge minimum pour exercer la fonction-¹⁴, ils avaient été formés à l'école de l'ancien droit¹⁵ et, blanchis sous le harnais, « la diversité du droit pouvait leur paraître

¹ Cité d'après X. MARTIN, *Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse* précité, p. 253.

² F. I 464.

³ XXIX, XVIII (Des idées d'uniformité). Montesquieu écrit précisément : « Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne) mais qui frappent infailliblement les petits. »

⁴ J. GOY, Le paradoxe de la codification, uniformité législative et diversité du monde rural dans *La famille, la loi, l'Etat* (textes réunis et présentés par I. THERY ET C. BIET), Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 255.

⁵ « L'entreprise de codification peut être qualifiée de révolution culturelle dans la mesure où elle associe l'unification nationale, l'étatisation du droit et une volonté de stabiliser les nouveaux rapports sociaux issus de la Révolution. », F. AUDREN et J.-L. HALPERIN, *La culture juridique française, XIXe-XXe siècles*, Paris, CNRS éditions, 2022, p. 22.

⁶ F. V 629.

⁷ Tome 1, v° Conception, Paris, Smits et Cie, an VII/1798, p. 281.

⁸ *Ibid.*, v° Hardi, p. 677.

⁹ Discours et exposé des motifs au Corps législatif du projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, 3 frimaire en X/24 novembre 1801, F. VI 38.

¹⁰ F. IV 36.

¹¹ DUVERGIER, tome 12, pp. 151-163. Sur la mise en œuvre de la réforme : J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1968, pp. 616-624 ; J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, pp. 266-271 et J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, Paris, P.U.F., 2010, n° 268-270 et 282-287, pp. 434-437 et 451-459 et plus largement J. BOURDON, *La réforme judiciaire de l'an VIII* (thèse lettres, Paris, 1941), tome 1, Rodez, Carrère, 1942, pp. 311-312 et 348-371 (sur l'instauration des tribunaux d'appel) et pp. 315-318 (sur le mode de désignation des juges). Sur l'action de Cambacérès plus précisément, *cf. infra* p. 4.

¹² J.-Ph. REY, Le retour des juristes sous le Consulat dans *Napoléon et le droit* (sous la direction de Th. LENTZ), Paris, C.N.R.S. Editions, 2017, p. 35.

¹³ J.-P. ROYER, *La société judiciaire depuis le XVIIIe siècle*, Paris, P.U.F., 1979, p. 256.

¹⁴ *Ibid.*, p. 260.

¹⁵ *Ibid.*, p. 256.

naturel.»¹ Tous ces magistrats des tribunaux d'appel, recrutés régionalement plutôt que localement², sont décrits par Jean-Pierre Royer animés «d'un vivace patriotisme local»³. Un tel profil pourrait laisser présager un sentiment mitigé à l'égard de l'uniformité des lois civiles. Mais, d'un autre côté, Cambacérès, ministre de la Justice (20 juillet 1799-12 décembre 1799) avant de devenir Deuxième Consul⁴, avait choisi les juges avec le plus grand soin, retenant les plus capables⁵, non sans se livrer à un «strict contrôle de l'orthodoxie politique» et veiller à leur «attachement à l'ordre des choses actuelles»⁶. De la sorte, à côté de magistrats d'Ancien régime, des «hommes venus de tous les horizons révolutionnaires»⁷ étaient appelés à constituer les nouveaux tribunaux⁸. Ils étaient à la fois familiers des coutumes, usages et pratiques locaux, témoins des mœurs et mentalités des habitants de leur ressort et tenants du nouvel ordre républicain.

Le Tribunal d'appel de Montpellier développait une solution originale, sinon médiane, du moins transactionnelle⁹. Tout en déclarant : «l'unité dans le système législatif est d'une utilité et d'une nécessité si évidentes, qu'elle doit être envisagée comme un dogme politique dont il ne peut être permis de s'écarter», il invitait «à concilier en même temps l'unité du système avec la diversité ineffaçable des habitudes et les convenances particulières.»¹⁰ La proposition n'est pas sans évoquer la doctrine de Montesquieu à propos de l'uniformité des lois : «Cela est-il toujours à propos, sans exception ? [...] Et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité et dans quel cas il faut des différences ?»¹¹ En revanche, le Tribunal d'appel de Limoges donnait plutôt dans l'intransigeance. Il commençait par rappeler que «sans doute, chaque partie de la France eût désiré que les coutumes qui la régissaient fussent devenues la loi de toute la République. [...] Mais, lorsqu'il s'agit de soumettre à la même loi trente millions d'hommes, l'intérêt du plus grand nombre doit l'emporter sur celui de quelques individus ; et, pour donner à un grand peuple des lois dignes de lui, il n'y a d'autre convenance à observer que d'asseoir sa législation sur les principes qui tendent à rendre les hommes meilleurs, et à leur faire aimer leur patrie, en les faisant jouir, dans la vie privée, de tous les avantages que l'état social peut procurer.»¹² Et il concluait : «L'autorité que le projet veut donner aux usages est une condescendance pour les habitudes particulières ; mais les avantages qui doivent résulter d'une législation uniforme pour toute la France feront recevoir le nouveau code avec plus de plaisir, si on est sûr d'y trouver la règle

¹ H. LEUWERS, *op. cit.*, p. 296.

² J.-P. ROYER, *ibid.*, p. 260. Egalement J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *op. cit.*, n° 287, p. 458.

³ *Ibid.*, p. 256.

⁴ Sur Cambacérès, ministre de la Justice : L. CHATEL DE BRANCION, *Cambacérès*, Paris, Perrin, 2009, pp. 226-234 et 244-245. Sur l'action de Cambacérès dans la mise en place des nouveaux tribunaux : L. CHATEL DE BRANCION, *ibid.*, pp. 261-265. Cambacérès dressait la liste des magistrats à nommer, elle était communiquée pour avis au ministre de la Justice, Abrial, puis transmise aux consuls pour signature ; selon P.-Fr. PINAUD, *Cambacérès*, Paris, Perrin, 1996, p. 132, Cambacérès aurait signé les arrêtés de nomination de soixante-deux départements sur quatre-vingt-dix-huit.

⁵ J. BOURDON, *op. cit.*, tome 1, p. 362.

⁶ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *ibid.*

⁷ J.-P. ROYER, *op. cit.*, p. 260.

⁸ « Une magistrature plutôt mélangée, qui traduisait la volonté affichée de faire oublier brumaire, un souhait constant de réconciliation nationale, et qui, rassemblait en son sein les hommes les plus disparates, une très grande majorité des hommes de loi qui avaient siégé dans les tribunaux de la Révolution, des contre-révolutionnaires qui avaient côtoyé les auteurs de la première révolution, des rescapés de la Convention réfugiés dans les tribunaux des thermidoriens ou des continuateurs de la Montagne, mais aussi quelques rejetons d'illustres familles judiciaires d'ancienne France bénéficiaires de l'indulgence générale. », J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *op. cit.*, n° 286, p. 457.

⁹ Sur les observations du Tribunal d'appel de Montpellier : A. ROUX, *Les observations du Tribunal d'appel de Montpellier sur le projet de code civil. Leur esprit, leur influence*, thèse droit, Montpellier, L'Abeille, 1919.

¹⁰ F. IV 635.

¹¹ *De l'esprit des lois*, XXIX, XVIII.

¹² F. IV 3-4.

de sa conduite, quelle que soit la partie du territoire de la République où on veuille fixer son domicile. »¹

En vérité, d'une part il est patent que s'inscrivant dans un courant de pensée hérité des Lumières et de la Révolution, les tribunaux s'accordaient généralement à ériger en dogme politique l'uniformité des lois civiles (I). D'autre part il est non moins clair que des divergences se faisaient jour à propos de sa mise en oeuvre. Les solutions apportées par les magistrats différaient souvent d'une juridiction à l'autre, tandis que les législateurs se montraient fort peu disposés à amender le projet de code en leur sens. Importait-il, par "convenance politique"² pour prendre une expression du tribun Duveyrier, futur président de la Cour impériale de Montpellier (1808)³, de souffrir des tempéraments et, de cette manière, consacrer en quelque sorte une autre transaction (II) ?

I. Un dogme politique

Terminer la Révolution impliquait notamment de remettre sur le métier un projet entamé depuis une décennie : l'unification du droit civil. Si le Discours préliminaire rappelait assez sobriement ses origines révolutionnaires : « Tout à coup une grande révolution s'opère. [...] Alors on revient aux idées d'uniformité dans la législation, parce qu'on entrevoit la possibilité de les réaliser. »⁴ Le Tribunal d'appel de Bordeaux ne doutait pas que le projet de code de lois civiles uniformes fût appelé à devenir « un des plus grands bienfaits de la révolution, [...] Le plus beau présent que le génie de la liberté pût offrir au peuple français. »⁵ Devant le Corps législatif, dans sa présentation et exposé des motifs du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général (3 frimaire an X/14 novembre 1801), Portalis reprendra purement et simplement ses termes : « Aujourd'hui une législation uniforme sera un des grands bienfaits de la révolution. »⁶ Le tribunal bordelais exprimait un sentiment très communément partagé. Nombre des tribunaux faisaient chorus et parfois ne cachaient pas leur souhait le plus vif de voir le projet enfin aboutir. Le Tribunal d'appel de Limoges déclarait : « Le jour où une loi uniforme fera cesser la diversité des coutumes sera une des époques les plus intéressantes de l'histoire de la République. »⁷ L'ordre civil viendrait cimenter l'ordre politique⁸. Les tribunaux ne se faisaient pas faute de montrer combien l'unité juridique était une conquête et devait être célébrée comme un bienfait de "l'ébranlement universel"⁹ (A). Cette "uniformité générale"¹⁰ n'avait pas seulement pour objet de pourvoir la République d'un corps de lois destinées à réguler les rapports juridiques de l'ensemble des citoyens et à prévenir ou régler leurs différends. Elle était représentée avoir une portée politique plus large, peut-être conviendrait-il de dire plus profonde. Dans le contexte d'une politique de réconciliation et d'apaisement, le discours des tribunaux insistait sur la conformité des futures lois civiles aux

¹ F. IV 5.

² Rapport à l'assemblée générale du Tribunal, 19 pluviôse an XII/9 février 1804, F. XIII 691. Le tribun s'exprimait à propos de l'adoption du régime matrimonial légal.

³ C.T.H.S., Annuaire prosopographique, La France savante : <https://cths.fr/an/savant.php?id=1518>. Importante notice dans L. G. MICHAUD, *Biographie universelle ancienne et moderne*, tome 12, Paris, Delagrave, 1855, v° Honoré Nicolas Marie Duveyrier, pp. 176-177.

⁴ F. I 464. Rapp. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* corrigée et augmentée par CAMUS, BAYARD et continuée par CALENGE, tome XII, Paris, 1806, v° Coutume (usage), p. 346 : « Il ne fallait pas moins qu'une violente secousse politique, un ébranlement universel dans tous les ordres de l'état pour amener les choses à cette uniformité générale, dont les bons esprits sentaient depuis longtemps l'avantage ; et cette époque mémorable s'est présentée au moment de la révolution, en 1789. »

⁵ F. III 177.

⁶ F. VI 41.

⁷ F. IV 3.

⁸ Ainsi que devait le déclarer Portalis dans sa Présentation et exposé des motifs du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français devant le Corps législatif, 28 ventôse an XII/19 mars 1804, F. I cii.

⁹ DENISART [par CALENGE], *op. cit.*, tome XII, v° Coutume (usage), p. 346.

¹⁰ *Ibid.*

habitudes des Français. « Les principes généraux y sont posés, appropriés aux mœurs, au caractère du peuple français », observait le Tribunal d'appel de Grenoble¹ L'uniformité passait pour manifester et favoriser une unité de la nation qui « transcend[ait] les particularismes et les attachements provinciaux. »² La Révolution s'était employée et le Consulat naissant à sa suite s'employait à doter la République d'institutions nouvelles, mais il était encore nécessaire d'unir les citoyens par des liens « d'intérêt, d'habitude et de sentiments »³ afin d'assurer leur cohésion. Alors seulement, parvenue à « se lier par les mêmes lois, [...] une grande nation, composée de tant d'hommes, n'a[urait] plus qu'un seul sentiment, qu'une pensée, marche[rait] et se condui[rait] comme si tout entière, elle n'était qu'un seul homme. »⁴ Déjà, dans leurs observations, des tribunaux faisaient de l'uniformité des lois civiles le ferment de l'unité de la nation (B).

A. Un bienfait de la Révolution

Selon le Tribunal de Bourges, « il a fallu le concert de volontés que la révolution a produit pour concevoir la possibilité d'un changement absolu »⁵. En l'espèce, les magistrats faisaient en quelque sorte écho à Diderot, quand il écrivait : « Notre droit coutumier est immense. Il est lié avec l'Etat et la fortune de tous les particuliers. Celui qui projetterait le renversement de ce colosse monstrueux ébranlerait toutes les propriétés. Il n'achèverait pas son entreprise sans commettre une foule d'injustices criantes. Il soulèverait infailliblement les différents ordres de l'Etat. Je le ferais pourtant, car je pense qu'il faut faire un grand mal d'un moment pour un grand bien qui dure. »⁶ Le « changement absolu » constitué par l'uniformité des lois civiles aurait été le vœu de la Nation selon les magistrats du Consulat (1^o). Pour eux, elle participait du nouvel ordre politique né de 1789 et apparaissait lui être consubstantielle. Dans leurs observations, l'esprit du nouveau système impliquait l'unification du droit (2^o).

1^o) Un « changement absolu » légitimé par le vœu de la Nation

Sur ce point, les développements des tribunaux revêtent l'apparence d'un discours convenu. Il n'était guère de topiques de la matière qu'ils ne reprissent. Il est vrai que le Discours préliminaire avait ouvert la voie. « De là cette prodigieuse diversité de coutumes⁷ que l'on rencontrait dans le même empire. On eut dit que la France n'était qu'une société de sociétés⁸. »⁹ Comme à l'accoutumée, le thème était développé de manière plus incisive par les magistrats. Les observations du Tribunal d'appel de Lyon en sont une illustration, elles dépeignaient les « Français, indignés de n'avoir pas une législation nationale, fatigués des lois romaines, étrangères à leurs mœurs et à la plupart de leurs relations, d'un amas de coutumes et d'usages bizarrement incohérents [...] »¹⁰ De

¹ F. III 528.

² J. POUMAREDE, De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes dans *Les penseurs du Code civil* (ouvrage coordonné par CL. GAUVARD), Paris, 2009, p. 176.

³ TA Rouen F. V 458. En l'occurrence, ses observations portaient précisément sur l'affermissement de l'ordre social.

⁴ Présentation et exposé des motifs du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français devant le Corps législatif par Portalis, 28 ventôse an XII/19 mars 1804, F. I ci.

⁵ F. III 207.

⁶ *Mémoires pour Catherine II, Essai historique sur la police de la France depuis son origine jusqu'à son extinction actuelle* (1773) (édition de P. VERNIERE), § 7, Paris, Garnier, 2018, p. 3.

⁷ L'expression est empruntée à MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XXVIII, XLV.

⁸ L'expression est empruntée à MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, IX, I (à propos de la république fédérative).

⁹ F. I 463-464. Dans le même sens : Présentation et exposé des motifs du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français devant le Corps législatif par Portalis, 28 ventôse an XII/19 mars 1804, F. I xciii. Rapp. Présentation et exposé des motifs sur le projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois devant le Corps législatif, 3 frimaire an X/24 novembre 1801, F. VI 35-36.

¹⁰ F. IV 27. Elles poursuivaient le réquisitoire décrivant les Français également accablés « de leurs propres lois insuffisantes et souvent obscurcies par les lois romaines, les usages et les coutumes, des funestes effets de la jurisprudence diverse dans les tribunaux, variables suivant les circonstances et toujours d'un arbitraire effrayant ».

leur côté, s'agissant de l'adoption de la communauté comme régime matrimonial légal, des juridictions hostiles au projet, tels les tribunaux de Montpellier et de Besançon, saisissaient l'occasion de mettre en avant l'extrême diversité du droit des pays coutumiers¹. Il n'y a pas lieu d'insister. Ces observations s'inscrivaient évidemment dans le prolongement des critiques des Lumières à l'encontre de la tradition en général² et plus particulièrement des coutumes³. Depuis que les philosophes⁴ avaient dénoncé, la "prodigieuse diversité" des coutumes du royaume⁵ et leurs commentateurs sans nombre⁶ et mis en exergue leurs origines féodales et leur développement irrationnel⁷, le thème du chaos de l'ancien droit⁸ -le « *krause Gemisch des alten Wirrwarrs* » de Thibaut⁹ - était devenu un lieu commun¹⁰.

Le moment paraissait venu de trancher définitivement le nœud gordien, de "secouer le joug de l'habitude" pour reprendre une formule du Tribunal d'appel de Bourges¹¹. La persistance de cette variété avait tenu à la puissance des particularismes¹² inhérent à la structure d'ordres et de communautés de la société d'Ancien régime¹³. Selon Locré, la Révolution avait levé tous les obstacles¹⁴. Le Tribunal d'appel de Lyon se félicitait en ces termes qu'« une révolution que dicta le

¹ Respectivement F. IV 539 et F. III 159.

² L. SCHIMSEWITSCH, *Portalis et son temps. L'homme. Le penseur. Le législateur*, thèse droit Paris, 1936, pp. 137-139.

³ L. ASSIER ANDRIEU, Le concept d'usage dans la culture juridique. Essai d'interprétation dans *Une France coutumière. Enquête sur les usages locaux et leurs codifications (XIXe-XXe siècles)* sous la direction de L. ASSIER ANDRIEU, Paris, CNRS éditions, 1990, p. 203 ; X. MARTIN, Vie et destinée des coutumes françaises, 1454-1804. Essai de synthèse dans R.H.D., IV, 2015, p. 541 et 550-551.

⁴ Ni le Chancelier Daguesseau ni les conseillers au Parlement de Paris, Langlois et Laverdy, ne le démentaient, Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Paris/Bruxelles, Presses de l'Université de Montréal, Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck, 1996, p. 44-47.

⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XXVIII, XLV précité.

⁶ Par exemple VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* dans *Œuvres complètes de Voltaire*, tome XXXIX, s. I. (Kehl), Imprimerie de la société littéraire typographique, 1784, v^o Coutumes, p. 163-164.

⁷ Par exemple VOLTAIRE, *ibid.*, tome XLI, v^o Lois, pp. 463, 464, 471, 475-476 et DIDEROT, *Mémoires pour Catherine II, Essai historique sur la police de la France depuis son origine jusqu'à son extinction actuelle* (1773) (édition de P. VERNIERE) précité, Récapitulation § 42, pp. 34-35. Cf. également circulaire du ministre de l'Intérieur (Observations sur la rédaction d'un code rural) en date de l'an XI citée par L. ASSIER ANDRIEU, *op. cit.*, p. 188.

⁸ DIDEROT, *ibid.*, *Apparition du génie de la France à Pierre I^{er}*, p. 200 où il évoquait le « chaos de ses lois ».

⁹ *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, p. 11.

¹⁰ Pour un sommaire dénombrement des auteurs : J. GOY, Article Code civil dans F. FURET et M. OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 509. Pour compléter, ajouter que l'*Encyclopédie* (v^o Coutume -jurispr.-, tome IV, Paris, Briasson, David, Le Breton, 1754, p. 413) tenait pour l'uniformité du droit comme Voltaire *Dictionnaire philosophique portatif*, Amsterdam, Varberg, 1765, v^o Loix civiles et ecclésiastiques, pp. 115 et 116 (sur l'unité du droit) et *Questions sur l'Encyclopédie par des amateurs*, quatrième partie, Londres, 1771, v^o Coutume, p. 135 (sur la diversité).

¹¹ F. III 221.

¹² Sur ce point notamment : J. POUMAREDE, *op. cit.*, p. 176

¹³ Portalis, Présentation et exposé des motifs devant le Corps législatif sur le titre De la publication, des effets et de l'application des lois en général, 4 frimaire an X/24 novembre 1801, F. VI 41 et J. G. LOCRE, *Esprit du Code Napoléon* précité, Introduction, I^{ère} partie, ch. XXIII Des obstacles qui ont fait manquer ces projets, pp. 61-63. Sur ce point, notamment J. BART, Il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume dans *La famille, la loi, l'Etat* précité, p. 263.

¹⁴ *Esprit du Code Napoléon* précité, ch. XXIV Comment ces obstacles ont été levés, pp. 63-64 ; rapp. I. A DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* corrigée et augmentée par CAMUS, BAYARD et continuée par CALENGE, tome XII, Paris, 1806, v^o Coutume (usage), p. 346. Sur ce point, notamment PH. SAGNAC, *op. cit.*, pp. 5-8 ; A. LEBRUN, *La coutume. Ces sources - Son autorité en droit privé contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, thèse droit Paris, 1932, n^o 126, p. 131 ; J. BART, *ibid.* et du même, Le droit privé de la Révolution ou la régénération de la société par la loi dans *Du droit de la province au droit de la nation*, Dijon, Publications du Centre Georges Chevrier, vol. 17, 2003, tome 2, pp. 516-517 ; J.-FR. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, tome 1, p. 105 ; J. POUMAREDE, *ibid.*, p. 176 ; PH. TESSIER, *op. cit.*, pp. 301-305 et plus généralement J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, pp. 77 et s.

désir de se régénérer par des lois sages et dirigées pour l'utilité commune a renversé l'édifice abhorré de la jurisprudence ancienne. »¹

Cette sainte horreur n'était pas le partage des seuls magistrats. Dans un passé récent, les membres les différentes assemblées révolutionnaires avaient ordinairement communiqué en ce sentiment². Au tournant du siècle, nombre de jurisconsultes et de législateurs lançaient communément l'anathème contre la ci-devant diversité. Leur condamnation prenait des couleurs d'une litanie de griefs dont il suffit de donner quelques exemples. Quand Jacqueminot dénonçait l'ancienne bigarrure des coutumes³, Merlin fulminait contre des usages « que la force et le caprice firent opter à chaque province à chaque canton, à chaque bourgade » et que les « rêveries de cent mille commentateurs » s'employèrent à obscurcir⁴. Au cours des travaux préparatoires, les législateurs ne furent pas en reste. Si certains orateurs faisaient montre de modération et se bornaient à exprimer leur souhait de voir disparaître « la multitude de coutumes souvent opposées les unes aux autres » (Goupil-Préfeln)⁵, « cette foule d'usages divers » (Berlier)⁶ ou « la grande variété de coutumes » (Carion-Nisas)⁷, d'autres tenaient des discours plus vigoureux. Ainsi Albisson évoquait un « dédale » et un « gouffre »⁸, voire un « assemblage monstrueux et colossal de lois civiles »⁹, et se félicitait de la publication prochaine de « ce code civil si longtemps désiré, si vainement attendu et qui doit enfin guérir la France de cette lèpre invétérée qui l'avait défigurée jusqu'ici. »¹⁰ A entendre leur discours, l'« esprit de province » avait vécu¹¹. Aujourd'hui les différentes études menées à partir des cahiers de doléances et des actes de la pratique conduisent à considérer que l'attachement des populations aux particularismes locaux subsistait à des degrés divers selon

¹ F. IV 27.

² J. GOY, *Le paradoxe de la codification, uniformité législative et diversité du monde rural* précité, p. 257.

³ Projet de code civil présenté à la commission législative du Conseil des Cinq-Cents, 30 frimaire an VIII/21 décembre 1799, Idées préliminaires, F. I 327.

⁴ *Mémoire sur la nécessité d'un code universel et uniforme pour toute la République française* précité, col. 240.

⁵ Rapport fait au Tribunal sur le titre I^{er} De la distinction des biens du livre II (29 nivôse an XII/17 janvier 1804), F. XI 42

⁶ Présentation et exposé des motifs du titre X Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux du livre III au Corps législatif, 20 pluviôse an XII/10 février 1804, F. XIII 664.

⁷ Opinion du tribun sur le titre X Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux du livre III, Tribunal, 19 pluviôse an XII/9 février 1804, F. XIII 769 et dans le même sens F. XIII 772 (« C'est un fâcheux présumé, il faut en convenir, pour cette législation, que cette variété infinie de modifications et de nuances, tandis que la vérité est une, la raison toujours conforme à elle-même, et le régime dotal remarquable et précieux par l'uniformité de ses bases partout où il est établi. ») et rapp. F. XIII 773 (le tribun évoque la « prodigieuse variété de coutumes » et expose : « Ainsi la communauté et la dot était en France, si l'on peut se servir de cette formule, comme cent est contre cent ; mais les cent du côté de la dot pensaient uniformément. De l'autre côté autant de têtes, autant d'opinions. »)

⁸ Opinion du tribun sur le titre X Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux du livre III, Tribunal, 19 pluviôse an XII/9 février 1804, F. XIII 791.

⁹ Rapport fait à l'assemblée générale du Tribunal sur le titre XV Des transactions du livre III, 25 ventôse an XII/16 mars 1804, F. XV 123.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Esprit du Code Napoléon* précité, ch. XXIV Comment ces obstacles ont été levés, pp. 63-64. Cet esprit de province se serait ainsi traduit : « Les diverses contrées successivement incorporées à la France avait apporté avec elles leurs usages et leurs lois. Elles tenaient à ses institutions comme à des privilèges : la faculté de les conserver leur paraissait un droit, quelquefois même la condition de leur réunion ; et quelques-unes pouvaient appuyer cette prétention par des traités : leurs parlements regardaient comme une prérogative et comme un devoir de repousser jusqu'à l'apparence de l'innovation. », *ibid.*, p. 64. Rapp. évidemment les remontrances du Parlement de Paris du 3 mai 1788, J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^{ème} siècle*, tome III (1768-1788), Paris, 1898, pp. 742-743 ou encore la Lettre des avocats du Parlement de Provence à Monseigneur le Garde des Sceaux (1788) et l'Examen impartial des nouveaux édits du 8 mai 1788 ou Justification de l'opposition de tous les ordres de la Nation provençale à l'exécution des projets ministériels, l'une et l'autre rédigées par Portalis, sur ces deux derniers documents : J.-L. A. CHARTIER, *Portalis, père du Code civil*, Paris, Fayard, 2004 pp. 38-41 et J.-B. D'ONORIO, *Portalis, l'esprit des siècles*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 113-114. Pour d'autres témoignages de cet esprit de province : PH. SAGNAC, *op. cit.*, pp. 8-10.

les provinces¹. Il est de fait que la critique de la bigarrure du système juridique de l'ancienne France avait été une discussion entre philosophes et réformateurs « ignorée de la très grande majorité des contemporains. » et l'unification une aspiration modérée.²

Toujours est-il que parties prenantes à ce débat, les magistrats de différentes juridictions semblent s'être persuadés pour la plupart que le projet d'un code de loi uniforme répondait à l'attente des Français. Pour le Tribunal d'appel de Lyon, il répondait à un vœu « demand[é] à grands cris depuis plusieurs siècles. »³. Le Tribunal de Grenoble ne le démentait pas : « depuis longtemps, le peuple français réclamait la rédaction d'un bon code civil. »⁴ D'après le Tribunal d'appel de Bourges, « depuis longtemps les bons esprits sentaient le besoin d'un code civil en France » afin de remédier à « une multitude de coutumes bizarres et presque toujours opposées. »⁵ Dans le même esprit, le Tribunal d'appel de Bordeaux avançait que le projet allait « faire jouir la France d'un avantage qu'appelaient depuis si longtemps les vœux de tous les hommes éclairés, celui d'être régi par une législation simple et uniforme. »⁶ Quant au Tribunal d'appel de Limoges, il déclarait qu'« il applaudissait comme la France entière » au projet de code uniforme⁷. Affirmant que « le code civil est depuis longtemps l'objet des vœux des Français », le Tribunal d'appel de Caen concluait : « nous avons donc l'espoir de voir le chaos de nos lois disparaître l'ordre succédait à la confusion, la bizarrerie, l'incohérence et la contradiction des coutumes remplacées par l'uniformité. »⁸

En 1804, devant le Corps législatif, lors de la séance d'adoption du projet de code, le tribun Jaubert exposera dans le même sens : « enfin, les Français sont devenus un seul corps de nation ; de toutes parts, on a entendu cet appel de la raison à la puissance législative. ... Le peuple français veut avoir un code de lois civiles qui régissent également toutes les personnes et tout le territoire. »⁹ La « fusion générale »¹⁰ des lois procédait de la nature même du régime né de 1789.

2°) Un « changement absolu » commandé par l'esprit du nouveau système

Depuis le début de la Révolution, l'unité était une des pierres angulaires du nouveau régime. Peu après la crise des 31 mai - 2 juin 1793, lors de la présentation de son premier projet de code civil (9 août 1793), Cambacérès avait exposé : « La vérité est une et indivisible. Portons dans le corps de nos lois le même esprit que dans notre corps politique, et comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la République, que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre Code civil »¹¹. Les circonstances politiques évoluaient, mais ces considérations étaient demeurées largement d'actualité. Tandis que Tronchet considérait que par nature et par son esprit, l'avènement d'un régime républicain rendait nécessaire un code civil uniforme¹², Merlin s'employait à soutenir que « pour achever l'œuvre d'unification, il fallait encore soumettre tous les citoyens à de mêmes règles. »¹³ L'unité politique appelait l'unité juridique, l'un

¹ Notamment A. ROUX, *op. cit.*, pp. 28-32 ; J. VAN KAN, *op. cit.*, p. 214-237 ; J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, pp. 46-49 ; J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 117-141 et J. POUMAREDE, *op. cit.*, p. 175-176.

² J. GOY, Article Code civil dans F. FURET ET M. OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française* précité, p. 509 ; J. BART, *L'éclipse révolutionnaire (1789-1804) : la coutume à l'ombre de la loi* précité, §§ 6-11 ; X. MARTIN, *Mythologie du Code napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, DMM, 2003, ch. 3, pp. 95-125.

³ F. IV 27.

⁴ F. III 528.

⁵ F. III 206-207.

⁶ F. III 176.

⁷ F. IV 3.

⁸ F. III 395-396.

⁹ Discours prononcé le 30 ventôse an XII/21 mars 1804, F. I cvii

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ F. I 3.

¹² PH. TESSIER, *op. cit.*, p. 304 et 415-416.

¹³ H. LEUWERS, *op. cit.*, pp. 298 et Merlin, *Mémoire sur la nécessité d'un code universel et uniforme dans toute la République française* (17 avril 1800) précité, col. 240.

n'allait pas sans l'autre¹. « L'unité de législation [...] est [...] la base fondamentale de la constitution et du Code civil » proclamait le Tribunal d'appel de Lyon². Dans le Discours préliminaire, Portalis avait souligné dans les termes les plus explicites le rapport nécessaire entre le « civil » et le politique : « Le Code civil est sous la tutelle des lois politiques ; il doit leur être assorti. Ce serait un grand mal qu'il y eût de la contradiction dans les maximes qui gouvernent les hommes »³. Nul ne doutait que le futur code des citoyens français serait un code politique dans tous les sens du terme.

Différents tribunaux chantaient la même antienne. Le Tribunal d'appel de Rouen observait : « Dans un bon gouvernement, et surtout dans un gouvernement républicain, [...] la loi doit être une comme sa constitution. »⁴ Dans le même esprit, le Tribunal d'appel de Montpellier concluait un développement en affirmant que la matière du futur code civil était « les points qui doivent être ramenés à l'unité et à l'uniformité et surtout ceux dont notre nouvelle situation politique demande la modification ou la réforme. »⁵. Les magistrats de Limoges⁶ et d'Aix-en-Provence⁷ abondaient dans le même sens. Ils étaient d'autant plus portés à défendre ce point de vue que les réformes des circonscriptions administratives depuis 1790⁸, -leur uniformité-, tendaient à faire regarder la France continentale comme une unité territoriale conçue comme un espace homogène⁹. Désormais toutes les parties de la République ne formaient plus qu'un tout¹⁰. Symptomatique était la représentation que le Tribunal d'appel de Lyon donnait du pays. Alors que le dispositif du projet de code consacrait une prescription acquisitive par dix et vingt ans selon le lieu de domicile du véritable propriétaire¹¹, il en contestait l'utilité en observant : « A cette époque où les postes, les grandes routes, la facilité des communications, les rapports et les relations de toute espèce, ne font en quelque manière de la France entière qu'une grande commune, cette distinction ne doit plus être admise. »¹² Dans ces conditions, l'unité de la loi paraissait commandée par la raison et les faits.

En vérité, pour les tribunaux, l'uniformité de la loi s'imposait d'autant plus qu'elle ne mettait pas simplement un terme à l'ancien pluralisme juridique. L'unification du droit avait été un rêve royal français¹³, il serait réducteur de prétendre que la Révolution était simplement parvenue à le

¹ J. VAN KAN, *op. cit.*, pp. 341-345.

² F. IV 32.

³ F. I 478. Rapp. entre autres la doctrine de Merlin, H. LEUWERS, *op. cit.*, pp. 298-299 et, parmi bien d'autres, à la veille de l'adoption définitive du Code civil, Favard, Discours du tribun prononcé devant le Corps législatif sur le projet de loi relatif projet de loi sur le dépôt et le séquestre (titre XVI du livre III) (23 ventôse an XII/14 mars 1804) : « Du moment que vous aurez mis la dernière main à ce code, le peuple français tout entier, régi par une même constitution, par une même morale publique, n'obéira plus qu'à une même loi civile : unité précieuse qui rend la soumission plus libre et donne au gouvernement une garantie nouvelle pour le succès de ses institutions. » F. XIV 520.

⁴ F. V 459-460.

⁵ F. IV 536 (sur la conception de la codification civile du Tribunal d'appel de Montpellier, *cf. infra* p. 31).

⁶ F. IV 4. Le tribunal observait : « pour donner un grand peuple des lois dignes de lui, et il n'y a d'autres convenances à observer que d'asseoir sa législation sur les principes qui tendent à rendre les hommes meilleurs, et à et à leur faire aimer leur patrie, en les faisant jouir, dans la vie privée, de tous les avantages que l'état social peut procurer. » Ces principes découlaient évidemment du nouvel ordre constitutionnel.

⁷ F. III 27 (sol. impl.).

⁸ Rapp. J. G. LOCRE, *Esprit du Code Napoléon* précité, Introduction, I^{ère} partie, ch. XXIV Comment ces obstacles ont été levés, p. 64.

⁹ PH. TESSIER, *op. cit.*, p. 324 suivant D. A. BELL, *The cult of the Nation in France. Inventing Nationalism, 1600-1800*, Cambridge (Massachusetts) et Londres, Harvard University Press, 1994, p. 199.

¹⁰ Portalis, Présentation et exposé des motifs devant le Corps législatif du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français (28 ventôse en XII/19 mars 1804), F. I ci. Faut-il rappeler que l'article 1^{er} du titre II de la constitution de 1791 portait que « Le royaume est un et indivisible » et que le décret du 25 septembre 1792, puis les constitutions de 1793, 1795 et 1799 proclamaient en leur article 1^{er} que « La République française est une et indivisible. » ?

¹¹ Art. 2265 C. civ.

¹² F. IV 344.

¹³ C'est le titre d'une conférence d'A. RIGAUDIERE, Un rêve royal français : l'unification du droit dans Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et des Belles-Lettres, année 2004, 148-4, pp. 1553-1567, spécialement pp. 1562-1563.

réaliser enfin. L'unité du droit était tenue pour consubstantielle au nouvel ordre politique. En 1804, Portalis devait mettre en lumière toute sa portée : « L'uniformité n'est pas seulement établie dans les rapports qui doivent exister entre les différentes portions de l'état ; elle est encore établie dans les rapports qui doivent exister entre les individus. Autrefois, les distinctions humiliantes que le droit politique avait introduites entre les personnes, s'étaient glissées dans le droit civil. [...] Toutes ces traces de barbarie sont effacées ; la loi est la mère commune des citoyens, elle accorde une égale protection à tous. »¹ Déjà, en 1801, le tribun Maillia-Garat, avant que d'être épuré, avait déclaré que « la simplicité et l'uniformité des lois sous la conséquence nécessaire de l'égalité absolue qui fait la base de la constitution. »² C'est dire que la sentence de Montesquieu dans le chapitre de *l'Esprit des lois* sur les idées d'uniformité des lois : « Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'il suive la même ? »³ détonnait dans le nouveau contexte politique. Au reste, dans ses *Observations sur le chapitre dix-huit du vingt-neuvième livre de l'Esprit des lois* (1780), Condorcet avait assuré d'emblée que cette considération était propre à lui « attirer l'indulgence de tous les gens à préjugés, de tous ceux qui haïssent les lumières, de tous les protecteurs des abus. »⁴ A l'opposé, tenant d'un rationalisme géométrique et universaliste⁵, ce dernier posait la prémisse suivante : « Comme la vérité, la raison, la justice, les droits des hommes, l'intérêt de la propriété, de la liberté, de la sûreté, sont les mêmes par-tout, on ne voit pas pourquoi toutes les provinces d'un état, ou même tous les états, n'auraient pas les mêmes lois criminelles, les mêmes lois civiles, les mêmes lois de commerce, etc. Une bonne loi doit être bonne pour tous les hommes comme une proposition vraie est vraie pour tous. »⁶ Il achevait son raisonnement ainsi : « Il importe qu'ils suivent de bonnes lois ; et comme il est difficile que deux lois différentes soient également justes, également utiles, il importe encore qu'ils suivent la meilleure ; il importe enfin qu'ils suivent la même, par la raison que c'est un moyen de plus d'établir de l'égalité entre les hommes. »⁷

S'ils ne ratifiaient pas nécessairement tous les postulats de la doctrine de Condorcet, les tribunaux partageaient sa conclusion. L'uniformité de la loi civile instituait l'isonomie. Le Tribunal de cassation rappelait s'il en était besoin, que l'égalité était « [...] le but principal de la loi et même de la constitution. »⁸ Sur ce thème de "l'égalité légale", différents tribunaux développaient des variations. Ainsi, quand le Tribunal d'appel d'Amiens se bornait à rappeler le topique que la loi devait être égale pour tous⁹, le Tribunal d'appel de Lyon déclarait que les lois « doivent être les mêmes pour tous les citoyens qui se trouvent dans le même cas. »¹⁰ Quant au Tribunal d'appel de

¹ F. I cii.

² Opinion du tribun contre le projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général (19 frimaire an X/10 décembre 1801), F. VI 157 ; rapp. la péroraison de son discours, *ibid.*, p. 170.

³ Liv. XXIX, XVIII.

⁴ A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois de Montesquieu* [1806] suivi des *Observations inédites de Condorcet sur le vingt-neuvième livre du même ouvrage* [1780], Paris, Delaunay et Mongie Aîné, 1819, p. 418.

⁵ Par opposition à un rationalisme empirique et particulariste, comp. *infra* p. 15. Sur cette distinction : Y. CARTUYVELS, *op. cit.*, pp. 156-159 et 181-182.

⁶ *Ibid.*, p. 420.

⁷ *Ibid.*, p. 423. Rapp. du même, *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales*, Tome I, première partie, s.l., 1788, p. 191.

⁸ F. II 581 ; rapp. Rouen, F. V 459-460 précité.

⁹ F. III 127.

¹⁰ F. IV 211. De son côté, le Tribunal d'appel d'Aix-en-Provence considérait qu'il revenait parfois à la loi de placer les personnes dans la même situation par le jeu de ses dispositions. « Des lois qui tendent toujours à assurer aux citoyens une protection égale sur leurs personnes et sur leurs biens doivent, au lieu d'augmenter la différence que la nature a mise quelquefois entre eux, chercher à la faire disparaître. » F. III 38. En l'occurrence, les magistrats critiquaient le projet et faisaient montre de sollicitude envers les mineurs sans famille s'agissant de la responsabilité des membres des conseils de famille pour les délibérations prises en cours de tutelle. Le projet de code exonérait de toute responsabilité les amis et voisins appelés à constituer le conseil (Liv. I^{er}, tit. IX, art. 102 al. 2, F. II 88).

Rennes, il se réclamait du « principe d'égalité sur lequel, dans une république, doivent reposer toutes les lois. »¹ L'égalité des droits civils postulait l'uniformité de la loi².

Il n'est pas sans intérêt de relever combien des tribunaux se montraient des plus vigilants, voire des plus sourcilleux. Le Tribunal d'appel de Bruxelles réclamait la suppression du mot <qualité> dans l'article 65 du titre I^{er} (Des successions) du livre III du projet³. Pour les magistrats bruxellois, le terme qualité impliquait une distinction (*sic*) qui n'était plus de mise⁴. Il évoquait des différences de conditions entre les personnes fondées sur la naissance, rémanences de l'ancien ordre social ou familial⁵. Plus explicitement encore, le Tribunal d'appel de Rennes demandait que le terme <bourgeois> fût rayé de l'article consacré à la force probante des registres des marchands⁶. Le motif de son observation était dépourvu de toute ambiguïté : « Au mot bourgeois, il convient de substituer, particuliers non marchands ; ce mot qui pouvait être entendu dans l'ordonnance de 1673, ne peut être d'usage aujourd'hui que la loi ne reconnaît plus d'ordre et de rang entre les citoyens. »⁷

Résolument l'unification des lois civiles était érigée ainsi en un bienfait de la Révolution et affirmée comme un dogme politique. Sauf à s'avouer contre-révolutionnaire, une quelconque censure eût été ... impolitique. Du reste, bien loin de leur apparaître comme le produit de principes *a priori* -un abus de l'esprit philosophique !-, les tribunaux s'employaient à en montrer le bien-fondé.

B. Un ferment de l'unité de la nation

La Révolution avait proclamé l'existence d'une nouvelle entité politique et juridique : la nation. Mais constituait-elle bien une réalité sociologique ou, tout au moins, ne demandait-elle pas à être consolidée ? D'un côté les idées dans l'air du temps enseignaient qu'il n'était pas de nation sans unité des lois. D'un autre côté le passé le plus récent conduisait à s'interroger ; l'uniformité de la législation pouvait s'avérer facteur de division plutôt que d'unité des citoyens. Cette conjoncture politique n'était pas sans incidence sur le discours des tribunaux. En réaction contre l'expérience de la dernière décennie, ils s'attachaient à montrer qu'au contraire, l'uniformité des lois constituait un instrument de réalisation de l'unité de la nation. Application pratique du dogme politique de l'uniformité, le projet de code de lois civiles communes à toute la République en était selon eux la parfaite illustration, il était au cœur de leur démonstration. A travers son examen, ils s'appliquaient

¹ F. V 530.

² J. BART, *Le droit privé de la Révolution ou la régénération de la société par la loi* précité, pp. 515-516.

³ « La quotité de ces aliments [dévolue aux enfants naturels, adultérin ou incestueux] est fixée par le juge, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes. », F. II 135.

⁴ F. III 269.

⁵ Sur les acceptions du mot : *Dictionnaire de l'Académie française* (1798) précité, tome 2, v° Qualité, p. 392, s'agissant des personnes, le dictionnaire expose : « Qualité signifie encore noblesse distinguée. *C'est un homme, c'est une femme de qualité, de grande qualité. Il y avait des gens de la première qualité dans cette assemblée. Il fait l'homme de qualité, mais ne l'est pas point.* Qualité, se dit aussi des titres qu'on prend à cause de sa naissance, de sa charge de sa dignité, de quelque prétention, etc. »

Devenue l'article 763 C. civ., cette disposition n'a pas été amendée par les rédacteurs dont l'intention était bien d'établir une distinction entre les droits successoraux des enfants légitimes et ceux des différentes catégories d'enfants naturels.

⁶ F. II 193, art. 220 du III Des contrats du Livre III : « Les registres des marchands ne font point preuve contre les bourgeois, des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. » Cette disposition a été rectifiée effectivement en ce sens, art. 1329 C. civ. : « Les registre des marchands ne font point contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. »

Dans l'ordonnance de 1673, le terme bourgeois figurait dans un article relatif à la compétence juridictionnelle (tit. XII, art. 10, ISAMBERT, DECRUSY ET TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XIX, Paris, Belin et Verdière, 1829, p. 106). Cette disposition portait : « Les gens d'église, gentilshommes et bourgeois, laboureurs, vigneron et autres pourront faire assigner [...] ». L'édition du *Dictionnaire de l'Académie française* de 1694 comme celle de 1798 rapportait que le terme bourgeois désignait non seulement le citoyen habitant d'une ville, mais encore « une personne du tiers état » (éd. 1694, tome 1, p. 120) et « se di[sai]t pour roturier et par opposition à gentilhomme. » (éd. 1798, tome 1, p. 163).

⁷ F. V 377.

à définir les conditions et les effets de l'uniformité de la législation civile. D'après eux, ce futur code aurait vocation à assurer sans coup férir la fusion des citoyens en un tout unique, dès lors qu'il instituerait la nouvelle société en traduisant fidèlement en règles de droit le caractère national, les mœurs et habitudes des Français.

Dans son *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, Sieyès avait écrit : « Qu'est-ce qu'une nation ? Un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par la même législature. »¹ Par ailleurs, depuis 1694, toutes les éditions du *Dictionnaire de l'Académie française* (1718, 1740, 1762 et 1798), recueil de la langue écrite et parlée de l'élite politique², faisait de l'unité de la législation un élément constitutif d'une nation : « Terme collectif. Tous les habitants d'un même état, d'un même pays, qui vivent sous les mêmes lois et parlent le même langage etc. »³ Portalis pourra affirmer : « Les esprits ordinaires peuvent ne voir dans cette unité [de législation] qu'une perfection de symétrie ; l'homme instruit, l'homme d'état y découvre les plus solides fondements de l'empire. »⁴

En effet l'uniformité de la loi civile semblait constituer le ferment qui d'une part provoquerait, déterminerait, dans le temps présent, le changement radical des « différents habitants de la France »⁵ en une nation et d'autre part entretiendrait et développerait l'unité nationale au fil des ans. D'après différents tribunaux, sa vertu première était d'assurer la fusion de la « foule de pays et de peuples »⁶ qui « composent aujourd'hui la République »⁷, les uns « successivement réunis à la France sous différents degrés de latitude »⁸ tout au long des siècles, d'autres plus récemment « par la conquête et la réunion libre »⁹. C'était une opinion communément répandue. Ainsi, par exemple, Portalis déclarait que par l'effet d'une législation uniforme, la France ne sera plus un « assemblage des nations diverses »¹⁰, - un « agrégat inconstitué de peuples désunis »¹¹. Au Tribunat, Siméon appelait

¹ Troisième édition, s.l., 1789, p. 13 (c'est l'auteur qui souligne) ; dans le même sens : « Nous l'avons dit : une loi commune et une représentation commune, Voilà ce qui fait une nation. », *ibid.* p. 18 (c'est l'auteur qui souligne).

² FR. MAZIERE, Le Dictionnaire de l'Académie française (1694) : Initiation d'une pratique normative dans *Archives et documents de la Société d'histoire et d'épistémologie des sciences du langage*, seconde série, n° 11, 1995. La genèse de la norme. Colloque de la SHES, janvier 1994. Textes réunis par FR. MAZIERE, pp. 12-17, spécialement pp. 14 et 15-16.

³ *Op. cit.*, tome 2, pp. 110 (1694), 121 (1718), 177 (1740), 197 (1762) et 148 (1798). Les éditions de 1718 et 1740 portent de plus : « Se dit aussi des habitants d'un même pays, encore qu'ils ne vivent pas sous les mêmes lois : ainsi quoique l'Italie soit partagée en divers états et en divers gouvernements, on ne laisse pas de dire la nation italienne. Et la même chose se peut dire des pays qui sont sujets à divers princes. » (*ibid.*). Conçu dans une tout autre perspective, le *Dictionnaire universel contenant généralement tous les mots français tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts* d'Antoine Furetière (abbé de Chalivoy, membre de l'Académie française), La Haye et Rotterdam, Arnout et Reinier Leers, 1690, tome 2, v° Nation donne la définition suivante : « Nom collectif, qui se dit d'un grand peuple habitant une certaine estenduë de terre, renfermée en certaines limites ou sous une même domination. »

⁴ Présentation et exposé des motifs du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français devant le Corps législatif, 28 ventôse an XII/19 mars 1804, F. I ci.

⁵ C'est la périphrase dont use Calenge dans DENISART, *op. cit.*, tome XII, v° Coutume (usage), p. 347. Pour leur part, le tribun Albisson évoquait les « trente-six millions d'hommes » (Discours devant le Corps législatif sur le titre XV Du prêt du livre III, 18 ventôse an XII/9 mars 1804, F. XIV 474) et Portalis les « trente millions de Français » (*ibid.*).

⁶ Bourges F. III 207.

⁷ Amiens F. III 124 faisant référence précisément « aux différents peuples qui composent aujourd'hui la république française. »

⁸ Montpellier F. IV 535.

⁹ Grenoble F. III 5

¹⁰ Présentation au Corps législatif du titre préliminaire relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, 4 ventôse an XI/23 février 1803, F. VI 347. En 1788, il exposait : « Une telle législation peut convenir à une cité et à un gouvernement de peu d'étendue ; elle ne saurait s'appliquer à un grand état composé de peuples divers, ayant des besoins et des caractères différents, des capitulations et des traités que les souverains sont dans l'heureuse impuissance de changer. » cité par J.-L. A. CHARTIER, *op. cit.*, p. 160. Cette citation est tirée d'A. BOULLEE, *Biographies contemporaines*, tome 2, Paris, Vatou, 1863, § Portalis, p. 239 (elle serait extraite de la *Lettre des avocats du Parlement de Provence à Monseigneur le Garde des Sceaux* (1788)). Sur le revirement de Portalis relativement à l'uniformité des lois civiles, cf. *infra* p. 19 note 8.

¹¹ « Assemblage de nations diverses » évoque évidemment le constat de Mirabeau. Aussi bien le *Dictionnaire de l'Académie française* (1798) définit-il le mot agrégat ainsi : « Terme didactique. Assemblage » (tome 1, p. 32). À noter que la *Collection complète des travaux de M. Mirabeau l'aîné à l'assemblée nationale* par ÉTIENNE MEJEAN [collaborateur désigné par Mirabeau

de ses vœux cette « grande et belle uniformité qui, par la communion des mêmes droits civils, resserrerait l'union politique de tous les citoyens français. »¹ Un autre tribun, Mouricault, ne tarda pas à abonder en ce sens : « C'est de ce code unique que va sortir le ciment qui doit unir toutes les parties de l'édifice politique et en former une masse homogène et solide ; c'est quand il gouvernera seul tous les Français, que, devenus parfaitement égaux dans tous leurs rapports civils, c'est-à-dire dans tous leurs rapports journaliers, ils seront véritablement des citoyens et des frères. »² Au reste, le Discours préliminaire n'avait-il pas déjà avancé que par le futur corps de lois civiles, « nous ne serons plus Provençaux, Bretons, Alsaciens, mais Français. »³ ? Locré voulait y voir un lointain écho de la « fédération de 1790 »⁴. C'est dire que le projet en discussion était véritablement appelé à devenir le Code civil *des Français*⁵. Le secrétaire général du Conseil d'Etat d'afficher son « unitarisme uniformiste »⁶ : « Des hommes réunis en corps de nation dans leurs rapports politiques, ne doivent pas demeurer partagés en plusieurs peuples dans leurs rapports privés. Également Français comme citoyens, peuvent-ils être Normands, Angevins ou Provençaux, comme pères, comme fils, comme époux ! L'identité nationale n'est complète que là où l'individu qui déplace son domicile et achète une propriété à vingt lieues de la résidence qu'il quitte, ne se trouve pas dans une autre nation civile, quoiqu'il demeure sous le même gouvernement, et ne change pas de loi comme il change de demeure. »⁷

pour cette édition], tome 3, Paris, Devaux, 1792, ch. 2, Avril 1790, p. 269, rapporte qu'il aurait déclaré lors de la séance du 19 avril 1790 : « comme si ce n'était pas par l'assemblée nationale que les Français, jusqu'alors agrégation inconstituée de peuples désunis, sont véritablement devenus une nation. » Mais ni les Archives parlementaires (1^{ère} série, tome XIII, Assemblée nationale constituante, pp. 114-115) ni le Moniteur universel (mardi 20 avril 1790, n° 110, p. 450) ne mentionnent le paragraphe dont est extraite cette citation. Il est vrai par ailleurs que si le mot est différent, l'esprit demeure le même, le dictionnaire précité définit agrégation en ces termes : « Association dans un corps, dans une communauté. *Lettre d'agrégation. On s'est opposé à son agrégation.* En termes de philosophie, on appelle *Corps par agrégation* un corps qui n'est formé que de l'amas de plusieurs choses qui n'ont point entre elles de liaison naturelle. [...] » (*ibid.*).

¹ Rapport fait au Tribunal sur le titre II Des actes d'état civil du livre I^{er}, 17 ventôse an XI/8 mars 1803, F. VIII 301.

² Rapport à l'assemblée générale du Tribunal sur le titre XIII Du louage du livre III (14 ventôse an XII/5 mars 1804), F. XIV 349.

³ F. I cii.

⁴ *Esprit du Code Napoléon* précité, Introduction, I^{ère} partie, ch. XXIV Comment ces obstacles ont été levés, p. 64 : « L'esprit de province, ébranlé, dans la nuit du 4 août, par la renonciation des représentants de toutes les contrées aux privilèges locaux, a été abattu par la division de la France en départements. La fédération de 1790 est venue mettre le sceau à cet heureux changement : elle l'a fait passer dans les esprits et dans les cœurs ; et de tous les points de France, on s'est écrié : *nous ne sommes plus ni Bretons, ni Angevins, ni Parisiens ; nous sommes Français* ». En note, il faisait référence à l'Adresse des citoyens de Paris aux citoyens des autres départements pour former la fédération de 1790 datée du 15 juin 1790 (rapportée dans le *Mercure de France*, n° 25, samedi 19 juin 1790, Paris, au bureau du Mercure, pp. 221-224 et notamment dans *Le spectateur national et le modérateur par une société de citoyens*, n° 195, dimanche 13 juin 1790, pp. 49-50 et dans le *Journal de Lyon et des provinces voisines*, n° 23, 23 juin 1790, pp. 364-366 : « *Nous ne sommes plus ni Bretons ni Angevins, ont dit nos frères de la Bretagne & de l'Anjou ; comme eux nous disons : Nous ne sommes plus Parisiens, nous sommes tous Français.* » (pp. 222-223). À l'instar d'autres, cette adresse s'inscrivait dans la suite du Pacte fédératif des ci-devant provinces de Bretagne et d'Anjou, lu à l'assemblée le 22 mars 1790 et envoyé à toutes les provinces : « Nous déclarons solennellement que n'étant ni Bretons, ni Angevins, mais Français et citoyens du même empire, nous renonçons à tous nos privilèges locaux et particuliers, et que nous les abjurons comme inconstitutionnels. » (Archives Parlementaires, I^{ère} série, tome XII, Assemblée nationale constituante, séance du 22 mars 1790, p. 265). C'est pourquoi la Fête de la Fédération passait pour avoir consacré une renonciation solennelle des représentants de toutes les provinces à leurs particularismes locaux, cf. M. OZOUF, Article Fédération dans F. FURET et M. OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française* précité, pp. 100-101 et rapp. de la même, Article Fédéralisme, *ibid.*, pp. 89-90.

⁵ S. SOLEIL, Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? dans *Les penseurs du Code civil* (ouvrage coordonné par CL. GAUVARD) précité, pp. 229-234).

Lors de la présentation du projet de loi portant réunion des lois civiles en un seul corps de lois au Conseil d'Etat du 19 ventôse an XII/10 mars 1804, il portait encore le titre de Code civil. Il revint à Cambacérès de proposer de l'intituler Code civil des Français (F. I lxxxii et lxxxv).

⁶ L'expression est de J.-FR. NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, p. 220.

⁷ *Esprit du Code Napoléon* précité, ch. XXI Cet état de choses rendait le Code civil nécessaire, p. 58.

Réaliser cette identité nationale supposait que le code de lois civiles communes vînt assurer une régulation uniforme des rapports de sociabilité entre les citoyens. De la sorte, il constituerait un puissant “outil d’uniformisation culturelle”¹ de populations vivant dans une “communication continue”². Son effet serait de faire de l’unité de la nation une réalité sociologique. Pour atteindre le but recherché, les tribunaux pragmatiques estimaient qu’une réception du code pleine et entière de la part des citoyens des différents départements était une condition résolutoire. C’est pourquoi, comme le rappellera le tribun Duveyrier, le législateur ne devait se départir en aucune façon de « la convenance politique de n’arracher violemment à aucun Français [...] ses usages anciens et chéris pour lui imposer le joug d’une législation nouvelle, inaccoutumée et par conséquent importune. »³

En matière civile, l’uniformité de la loi civile ne s’était pas imposée, il s’agissait maintenant de tirer les leçons des résistances à la législation de la Révolution. La régénération par la loi avait suscité la division ou, tout au moins, entretenu la diversité par des réactions de refus ou de contournement, quand elle avait été subie comme forçant les mœurs et violant les traditions culturelles. Significativement le Tribunal d’appel de Bordeaux déplorait ces distorsions, « toutes ces innovations de circonstances qui n’ont que trop, jusqu’ici, bouleverser le repos des familles. »⁴ La conjugaison d’un “objectif novateur” et d’un “objectif unificateur” avait eu pour effet de faire considérer toute « innovation comme imposée de l’extérieur, de “l’étranger au pays” »⁵. Dès lors ménager les habitudes paraissait la condition de l’acceptation d’une codification unificatrice des populations⁶.

Promouvoir d’une part un droit applicable à l’ensemble national et d’autre part l’unité de la nation n’avait pas peu déterminé le législateur à rompre avec un rationalisme légicentriste⁷ pour lui préférer un rationalisme empirique et particulariste⁸. L’heure n’était plus à élever « le grand édifice de législation civile [...] sur le sol vierge de la république »⁹, encore moins à « reconstruire le monde et de recommencer l’éducation du genre humain. »¹⁰ Disciple plutôt fidèle de Montesquieu¹¹, Portalis avait exposé dans le Discours préliminaire comment les lois devaient être établies. « Il [le législateur] ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu’elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites. [...] Il doit consulter les mœurs, le caractère, la situation politique et

¹ Ph. TESSIER, *op. cit.*, p. 324.

² Portalis, Présentation et exposé des motifs devant le Corps législatif du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français (28 ventôse an XII/19 mars 1804), F. I ci.

³ Rapport à l’assemblée générale du Tribunal sur le titre X Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux du livre III (19 pluviôse an XII/9 février 1804), F. XIII 691. Dans ce même rapport, il revenait à différentes reprises sur la force des habitudes. Ainsi, à propos de régime dotal et du régime de communauté, il déclarait : « Parcourez le globe : l’habitude est partout la souveraine des goûts et des affections. [...] Entre deux modes législatifs, sur lesquels l’esprit impartial peut raisonnablement distribuer une mesure égale d’avantages et d’inconvénients, l’usage seul [est] un titre impérieux de préférence. » (F. XIII 700). Il soutenait encore que les rédacteurs n’avaient « voulu arracher aucune de ces institutions que l’habitude avait rendues chères. » (F. XIII 766).

⁴ F. III 206.

⁵ Nous empruntons à J. BART, *Le Droit, la Loi, les Mœurs. L’enjeu de la codification dans Du droit de la province au droit de la nation* précité, tome 2, p. 704.

⁶ Ph. TESSIER, *op. cit.*, pp. 324-326.

⁷ J.-FR. NIORT, Retour sur l’“esprit” du Code civil des Français dans *Les penseurs du Code civil* (ouvrage coordonné par Cl. GAUVARD) précité, p. 139.

⁸ Par opposition à un rationalisme géométrique et universaliste, comp. *supra* p. 11, Y. CARTUYVELS, *op. cit.*, pp. 156-159 et 181-182 précité.

⁹ Rapport de Cambacérés à la Convention sur le 1^{er} projet de Code civil (9 août 1793), F. I 2.

¹⁰ J. M. E. PORTALIS, *De l’usage et de l’abus de l’esprit philosophique durant le XVIII^e*, tome 2, Moutardier, Paris, 1834 ch. XXXIV, p. 373. Dans le même esprit : « On remplace par de vaines spéculations les leçons de l’expérience », *ibid.*, p. 397.

¹¹ L. SCHIMSEWITSCH, *op. cit.*, spécialement pp. 192-200, J.-FR. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l’histoire du Code civil français (1804-1965)* précité, pp. 106-109.

religieuse de la nation qu'il représente »¹. C'était dire qu'il lui revenait de suivre "l'esprit de la nation" ainsi que le magistrat bordelais l'avait expliqué². L'uniformité de la loi en tant qu'expression de l'unité de la nation ne trouverait sa légitimité que dans un code conforme à l'esprit national. Il importait de démontrer qu'il revêtait cette qualité.

Les tribunaux délivraient aux rédacteurs un satisfecit pour avoir proposé un code assorti au caractère national, aux mœurs³ et habitudes⁴ des Français. Le caractère national, érigé en France en une véritable science⁵, avait été défini par l'*Encyclopédie* comme « le caractère d'une nation consiste dans une certaine disposition habituelle de l'âme, qui est plus commune chez une nation que chez une autre, quoique cette disposition ne se rencontre pas dans tous les membres qui composent la nation »⁶. Au cours des travaux préparatoires, le tribun Saint Aubin en donna une définition, apparemment inspiré de l'*Esprit des lois*⁷, de l'*Encyclopédie* et peut-être aussi d'un mémoire de Maine de Biran⁸ : « le caractère national d'un peuple est l'assemblage de ses mœurs, de ses habitudes, de ses usages particuliers, et généralement de tout ce qui, au moral, le distingue d'un autre. »⁹ Elle était manifestement partagée par les tribunaux. Les formulations variaient, mais ils s'accordaient à vérifier la conformité des articles du projet avec les mœurs et les habitudes des Français. Selon les différentes juridictions, le dispositif était dit "assorti aux mœurs actuelles et aux habitudes" (Amiens)¹⁰, faisait montre d'un "respect religieux pour les mœurs" (Besançon)¹¹, était "approprié

¹ F. I. 466 et 489-490. Rapp. Treilhard invitant les législateurs à donner une loi sur le divorce en « suivant le génie et les mœurs des peuples, l'esprit des siècles et l'influence des idées religieuses sur l'ordre politique », Présentation du projet de loi relatif au divorce au Corps législatif (19 ventôse an XI/10 mars 1803), F. IX 469 ou encore le tribun Parent-Réal : « Elles doivent être propres au peuple pour qui elles sont faites et relatives à la nature de son gouvernement, aux mœurs et aux inclinations des habitants ». Sans surprise, dans la suite immédiate de son discours, il faisait expressément référence à Montesquieu (Examen au Tribunat du titre I^{er} Des actes d'état civil du livre I^{er}, 7 nivôse an X/28 décembre 1803), F. VIII 219.

² *De l'esprit des lois*, XIX, V intitulé Combien il faut être attentif à ne point changer l'esprit général d'une nation. Le chapitre précédent (XIX, IV), intitulé Ce que c'est que l'esprit général, avait expliqué : « Plusieurs choses gouvernent les hommes, le climat, la religion, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières, d'où il se forme un esprit général qui en résulte. »

³ *Le Dictionnaire de l'Académie française* (1798) précité, tome 2, p. 115, donnait la définition suivante : « Mœurs : Habitudes naturelles ou acquises pour le bien ou pour le mal, dans tout ce qui regarde la conduite de la vie. [...] Mœurs se prend aussi pour la manière de vivre, pour les inclinations, les coutumes, les façons de faire, et les lois particulières de chaque nation. *Les mœurs d'une nation, d'un peuple, d'un pays. Chaque nation à ses mœurs. Ces peuples-là ont des mœurs bien différentes des nôtres. Mœurs barbares. Mœurs civilisées.* [...] On dit qu'une chose est ou qu'elle n'est pas dans les mœurs de quelqu'un, d'une nation, pour dire qu'elle est ou qu'elle n'est pas conforme à ses usages. *Cela n'est pas tout à fait dans nos mœurs, dans les mœurs de ce pays-ci.* »

⁴ *Le Dictionnaire de l'Académie française* (1798) précité, tome 1, p. 673, donnait la définition suivante : « Habitude : coutume, disposition acquise par des actes réitérés. [...] »

⁵ DAVID A. BELL, Le caractère national et l'imaginaire républicain au XVIII^e siècle dans *A.H.S.S.*, 57^e année, IV, 2002, p. 869.

⁶ *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres*, Tome 2, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durant, 1751, v^o Caractère des nations, p. 666.

⁷ Notamment les paragraphes exposant la célèbre théorie des climats (*De l'esprit des lois*, I, III), spécialement celui dans lequel Montesquieu précisait que les lois d'une nation : « « doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir, à la nature de son gouvernement, à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. »

⁸ Maine de Biran avait rédigé un mémoire sur le sujet proposé par l'Institut en l'an VIII : déterminer quelle est l'influence de l'habitude sur la faculté de penser, ou, en d'autres termes, faire voir l'effet que produit sur chacune de nos facultés intellectuelles la fréquente répétition des mêmes opérations. Il en avait donné une version remaniée publiée sous le titre *Influence de l'habitude sur la faculté de penser* en l'an XI et avait obtenu le prix.

⁹ Discussion au Tribunat du titre relatif à la jouissance et à la privation des droits civils (Liv. I^{er}, tit. I^{er}) (9 nivôse an X/30 décembre 1801), F. VII 502.

¹⁰ F. III 124.

¹¹ F. III 155-156.

aux mœurs, au caractère du peuple français”(Grenoble)¹, “adapté à nos mœurs” (Paris)². Quant au Tribunal d'appel de Metz, il estimait que « les mœurs [et] les habitudes du peuple [étaient] disposées à le recevoir. »³ Cette adéquation était une des préoccupations majeures des tribunaux. Pour eux, elle conditionnait la réception d'une disposition par les populations, l'effectivité de l'uniformité de la loi et l'unité de la nation. Toute discordance était un motif de rejet, puisqu'elle irait à l'encontre des buts recherchés. Le Tribunal d'appel de Liège suggérait d'écarter un article « qui ne semble pas convenir à nos mœurs. »⁴, le Tribunal d'appel de Bordeaux un autre « que [...] nos mœurs s'accordent également à repousser. »⁵ Le Tribunal d'appel de Montpellier ne concevait pas qu'une disposition contraire à “nos mœurs, nos habitudes et idées reçues parmi nous »⁶, fussent-elles des “préjugés religieux”⁷, pût être adoptée. Le Tribunal d'appel de Douai rejetait un article dont l'effet aurait été de « dégrader sans retour le caractère national »⁸. Dans le même esprit, le Tribunal d'appel d'Orléans proposait de substituer à une disposition du projet une autre « analogue aux mœurs, au caractère de la nation la plus civilisée, la plus humaine de l'univers. »⁹ Le projet de code civil aurait manqué son but, s'il avait été de nature à susciter des résistances qui, à la fois, auraient ruiné l'uniformité des lois et suscité des divisions au sein de la nation. Pour ces tribunaux, l'heure était décidément « à suivre au maximum les habitudes normatives et à se montrer extrêmement circonspect en matière de réforme. »¹⁰

D'une certaine façon, le problème de l'unification de la loi se résolvait par l'arithmétique, c'est à dire par le nombre. Pour sa part, le Tribunal d'appel de Nancy assurait que la religion catholique était professée par les sept huitièmes du peuple, puisqu'elle « était toujours la plus étendue » ; comme le Tribunal d'appel d'Orléans, il en tirait la conséquence que la séparation de corps devait être rétablie¹¹. Le Tribunal d'appel de Montpellier avançait le même argument pour justifier son hostilité à l'encontre du divorce¹². Aussi bien le Concordat en cours de négociation ne tardera pas à consacrer la religion catholique, apostolique et romaine comme “la religion de la grande majorité des Français”¹³. Plus généralement des législateurs, tels Tronchet, Maleville et Cambacérès,

¹ F. III 528. Dans l'Avant-propos de son *Analyse des observations des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation sur le projet de code civil, rapprochées du texte*, Paris, Crussaire, Rondonneau, Fauvelle, veuve Dufresne, Méquignon, Deseine, Lenormand, Léger, Leclerc, an XI (1802), p. III, Crussaire s'autorise à reprendre purement et simplement l'observation du Tribunal de Grenoble : « on y remarque un respect religieux pour les mœurs. »

² F. V 269.

³ F. IV 351.

⁴ F. III 623. En l'occurrence, les magistrats jugeaient que la puissance paternelle telle que définie dans le projet était trop inspiré du droit romain.

⁵ F. III 206. Cette observation a trait à la réception de l'adoption dans le droit français.

⁶ F. IV 480.

⁷ F. IV 481. En l'occurrence, les magistrats montpelliérains développaient une observation critique sur l'institution du divorce en relevant que « le dogme religieux, prohibitif du divorce, [...] a jeté les plus profondes racines dans le cœur et l'esprit des Français. » et que « le culte catholique, qui, pour avoir cessé d'être dominant, non n'est pas moins le plus universel, ou le culte presque universellement exercé. », *ibid.* A ce propos, on peut relever que dans Discours relatif au projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français prononcé devant le Corps législatif (30 ventôse an XII/21 mars 1804), F. I cix, Jaubert, faisant expressément référence à l'*Esprit des lois* (I, III précité), omettra de mentionner la religion des habitants parmi les paramètres s'imposant à tout législateur.

⁸ F. III 511. Il visait une disposition du titre VI Du divorce du livre I^{er}, chapitre I Des causes du divorce, article 3, dernier alinéa. Elle portait notamment sur l'adultère de la femme, accompagné d'un scandale public (F. II 52) ; il pouvait en être déduit que l'adultère demeuré secret n'était pas une cause de divorce.

⁹ F. V 34. L'observation avait trait à la prescription acquisitive par trente ans après envoi en possession définitif instituée au bénéfice des héritiers de l'absent (art. 14 du titre IV Des absents du livre I^{er}, F. II 33).

¹⁰ J.-FR NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, p. 125 (à propos des législateurs en général).

¹¹ Respectivement F. IV 44-45 et F. IV 593-594. Elle avait été abolie par la loi du 20 septembre 1792 sur les causes, le mode et les effets du divorce, § 1^{er}, art. 7, DUVERGIER, tome 4, p. 477.

¹² F. IV 479-481.

¹³ Le premier paragraphe du préambule du Concordat (26 messidor an IX/15 juillet 1801) portait : « Le gouvernement de la république reconnaît que la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de la grande majorité des Français. », *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par J.-E.-M. Portalis* mis en ordre et publiés par FR.

estimaient qu'il convenait de consacrer dans le code les "habitudes les plus universelles"¹, les habitudes de la majorité du peuple². Suivant en cela Montesquieu³, Portalis affirmait qu'« il ne faut jamais donner à un peuple que les lois qu'il peut comporter. »⁴ Ainsi, sur le même registre, le Tribunal d'appel de Montpellier observait que « l'opinion [...] doit préparer l'empire de la loi »⁵ ; pareillement Tronchet relevait que « l'opinion publique [...] est d'une si grande importance en matière de législation, parce que les seules lois qui soient bien exécutées sont celles qui conviennent à la masse des citoyens. »⁶ Pour exprimer la chose simplement, le consensus le plus large était espéré. Pour faire pièce aux réticences, réserves et oppositions, le Tribunal de cassation, attaché à l'unité par vocation, mettait en avant une distinction entre deux catégories de dispositions. Sa commission chargée de préparer les observations n'avait pas disconvencu qu'il pouvait être « dangereux d'introduire certaines lois trop peu analogues aux mœurs d'une nation ». Elle avait poursuivi en expliquant qu'il en était ainsi, « lorsqu'elles sont impératives ; mais [...] celles de simple faculté n'ont pas cet inconvénient, puisqu'il en résulte seulement qu'on n'en fait pas usage. » Aussi proposait-elle d'introduire l'adoption dans le Code civil⁷. Pareillement les tribunaux de Montpellier, Nancy, Nîmes, et Orléans prenaient bien soin de noter que le futur code offrait une alternative sur une matière propre à susciter des dissensions au sein de la nation : une option entre divorce et séparation de corps⁸. Néanmoins le tribunal montpelliérain exprimait son point de vue dans des termes qui ne laissaient aucun doute sur son sentiment profond. Il ne doutait pas que « le divorce étant facultatif, [...] il laisserait aux catholiques une vertu de plus à exercer, en s'abstenant d'en faire usage. »⁹

Concevoir ainsi l'unification de la loi civile appelait un corps de lois communes inscrit dans la continuité historique¹⁰ et raccroché au fonds national¹¹. Pour autant, il n'était pas écrit que l'unité de la nation se développerait à partir d'une régénération¹² au sens médical du terme, à savoir en

PORTALIS, Paris, Joubert, 1845, p. 59. Dans son discours sur l'organisation des cultes devant le Corps législatif (15 germinal an X/5 avril 1802), Portalis en faisait « la religion de la très grande majorité des Français », *ibid.*, p. 29.

¹ Discussion au Conseil d'Etat du livre III, titre I^{er} Des successions, chapitre 1^{er} De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers, article 8 relatif à la saisine (25 frimaire an XI/16 décembre 1802) F. XII 9. Il avait exposé précisément : « Comme il ne s'agit pas de rompre les habitudes des Français, et que le législateur est réduit à choisir [entre le droit des pays de droit écrit et celui des pays de coutume], il a semblé juste de préférer les habitudes les plus universelles, qui sont celles des pays coutumiers. »

² Lors de la discussion au Conseil d'Etat du livre I^{er}, titre V, chapitre IV intitulé Des obligations qui naissent du mariage et de ses effets civils (5 vendémiaire an X/27 septembre 1801), Tronchet avait affirmé à propos de la règle Ne dote qui ne veut : « Les rédacteurs se sont déterminés par le principe que la loi doit, autant qu'il est possible, ne pas déranger les habitudes des hommes ; en conséquence, ils ont préféré la règle du droit coutumier, lequel régit la majorité de la France. La preuve qu'ils ne se sont pas trompés à cet égard, c'est que peu de tribunaux ont réclamé contre la disposition. Que l'on compte ces tribunaux, qui sont tous des pays de droit écrit, et l'on sera convaincu que les rédacteurs se sont conformés aux habitudes de la majorité des Français. » (F. IX 60). Pareillement, lors de la discussion au Conseil d'Etat du titre X Du contrat de mariage et des droits respectifs de époux du livre III (13 vendémiaire an XII/6 octobre 1803), Maleville avait déclaré : « Si on doit rendre un droit commun, c'est celui, sans doute, auquel la majorité du peuple est déjà habituée, toutes choses d'ailleurs égales. » (F. XIII 570). Lors de cette même séance, Cambacérès avait estimé "injuste" de faire du régime de communauté « le droit commun d'un pays dont plus de la moitié n'a pas l'habitude », F. XIII 570-571, rapp. Montpellier, F. IV 501.

³ *De l'esprit des lois*, XIX, XXI.

⁴ Portalis, Présentation et exposé des motifs du projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général au Corps législatif (3 frimaire an X/24 novembre 1801), F. VI 38.

⁵ F. IV 480.

⁶ Discussion au Conseil d'Etat du titre X Du contrat de mariage et des droits respectifs de époux du livre III (6 vendémiaire an XII/29 septembre 1803), F. XIII 530.

⁷ F. II 506.

⁸ Respectivement F. IV 481 et 593-594, F. V 11-12 et F. V 44-45.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ L. SCHIMSÉWITCH, *op. cit.*, p. 238.

¹¹ *Ibid.*, p. 239.

¹² Manifestement les mots régénération et régénérer n'étaient plus dans l'air du temps. Parmi les magistrats, il n'était guère que les juges lyonnais à y recourir ordinairement (régénération : F. IV 66, 99, 126, 349 ; régénérer : F. IV 27, 63,

donnant une nouvelle naissance à un tissu vieilli d'anciennes normes juridiques ou sociologiques. En effet unifier des lois devait viser à unifier la nation au sein d'une société fondée sur les principes de 1789. Une observation du Tribunal d'appel de Rouen est particulièrement symptomatique. Alors qu'il s'était appliqué à défendre l'utilité d'une institution normande, le tiers coutumier¹, il s'inquiétait qu'il lui fût reproché de proposer "une vicellerie et des idées locales".² L'association d'idées se passe de commentaire. Du reste, lui-même s'était ému que le futur code pût unir la nation à partir d'un constat de règles, moeurs et habitudes, pour beaucoup d'entre elles, héritées de l'ancienne France. « Indubitablement il y a dans l'ancien ordre de choses beaucoup à recueillir ; mais aussi la révolution a produit des idées neuves, libérales, qu'il serait pénible de voir sacrifier à l'esprit de routine ou à la prévention. »³ "Secouer le joug de l'habitude" s'était récrié le Tribunal d'appel de Bourges⁴. Le Discours préliminaire avait prévenu la critique. Il exposait qu'il n'était pas entré dans les intentions des rédacteurs de consacrer législativement toutes les habitudes : « il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices »⁵. Pour leur part, les Lumières avaient enseigné que le caractère national était par nature évolutif sous l'influence du climat, de la politique (gouvernement et législation) et du temps⁶. Selon cette doctrine, « tout législateur appelé à réformer les lois de son pays consultera avec soin les *changements* opérés dans l'esprit, les moeurs, les usages de ses habitants ; il n'oubliera pas les circonstances dans lesquelles il se trouve placé et la nature du gouvernement établi. »⁷ Portalis, rallié depuis peu à la cause de l'unification des lois civiles, ne le démentira pas⁸. Disparu le caractère national des Français dépeint par l'*Encyclopédie*, un caractère par trop frappé au coin de « la légèreté, la gaieté, la sociabilité, l'amour de leurs rois et de la monarchie même, etc. »⁹ ! Selon le témoignage du tribun Ganilh, le nouveau Français né de la Révolution n'était pas loin de se confondre avec l'archétype du citoyen dont avaient rêvé les Lumières. Il cultivait de vertueuses qualités : l'amour pour la paix publique, le respect pour les lois, la douceur des moeurs, l'application constante de toutes les classes de la société au travail, aux arts et aux commerces et enfin la tolérance pour les

91, 215) et, par exception, les bruxellois (F. III 361). Un sondage dans les discours et interventions des législateurs conduit au même constat : Bigot-Préameneu (F. IX 226, F. XII 532 et 574), Curée (F. VII 418), Treilhard (F. IX 490) et Berlier (F. X 277).

¹ Le tiers coutumier était une forme de légitime au bénéfice des enfants nés du mariage, il portait sur le tiers des immeubles qui appartenaient au père lors du mariage et qui lui étaient échus en ligne directe pendant le mariage, art. 399-404 de la coutume de Normandie, CH. A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général ou Corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules*, tome IV, Paris, Théodore Le Gras, 1724, p. 80.

² F. V 552.

³ F. V 517.

⁴ F. III 22 précité.

⁵ F. I 481. Le tribunal rouennais ne le contredisait guère, lorsqu'il observait que sous les dispositions du projet perçaient « la coutume de Paris ou même les commentaires de Paris, rajustés et rajeunis pour servir de règles à toute la république. » (F. V 552). Peut-être était-ce aussi pour cette raison qu'à propos des ordres de succession, le Tribunal d'appel de Paris louait les rédacteurs : « Tout cela est bien vu, bien expliqué, et conserve un souvenir des habitudes anciennes sans laisser subsister ce qu'elles avaient d'abusif. » (F. V 217).

⁶ DAVID A. BELL, *op.cit.*, pp. 871-872 et 879-880.

⁷ Tribun Ludot, Discussion au Tribunat du titre relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, 19 frimaire an X/10 décembre 1801, F. VI 94-95. C'est nous qui soulignons. Il continuait : « enfin, également en garde contre les innovations dangereuses et les abus consacrés par les préjugés ou de longues habitudes, il ne voudra de résultats que ceux avoués par l'expérience ou la raison. Tel a, ce me semble, été le plan des rédacteurs du code civil, plan qu'ils ont exécuté en très grande partie. » Rapp. le même, *ibid.*, 112.

⁸ Sur l'évolution du discours de Portalis sur la matière : J.-L. A. CHARTIER, *op. cit.*, pp. 39-41 et 160 et J.-B. D'ONORIO, *op. cit.*, pp. 115 et 236-237 ; voir notamment sa Présentation et son exposé des motifs du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français devant le Corps législatif (28 ventôse en XII/19 mars 1804), F. I xcvi, ci et cii et plus généralement J.-FR NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, pp. 126-130.

⁹ *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres* précité, tome 2, *v^o* Caractère des nations, p. 666. Comp. notamment *Encyclopediana ou Dictionnaire encyclopédique des ana*, Paris, Panckoucke, 1791, *v^o* Caractère, § Des Français, p. 223 reproduit dans *L'esprit de l'Encyclopédie, ou choix des articles les plus curieux, les plus agréables, les plus piquants, les plus philosophiques de ce grand dictionnaire*, tome II, Paris, Fauvelle et Sagnier, an VI/1798, *v^o* Caractère des nations, § Des Français, p. 107.

opinions politiques civiles ou religieuses¹. La résurrection du citoyen commandait un *jus civile* au sens premier qui, dans l'esprit du temps alors dominant, ne se concevait qu'uniforme.

Nombre d'observations s'inscrivait dans cette idéologie. D'une part des juridictions, tels le Tribunal de cassation et, entre autres, les tribunaux d'appel de Lyon, Montpellier ou encore Paris, ne se faisaient pas faute d'observer que le projet de code civil avait effectivement pris acte des changements intervenus dans l'ordre politique et civil². De son côté, le Tribunal d'appel de Grenoble mettait en exergue dans l'introduction de ses observations que dans le projet, « les principaux généraux y sont posés, appropriés aux mœurs, au caractère du peuple français ; ils lui garantissent ses droits de propriété, sa liberté civile. »³ D'autre part, pour que la « rénovation du corps social »⁴ entamée depuis plus d'une décennie pût enfin s'accomplir, le Tribunal d'appel de Limoges déclarait impératif que dans un code de lois uniformes, chacun fût « sûr d'y trouver la règle de sa conduite quelle que soit la partie du territoire de la République où [il] veuille fixer son domicile. »⁵ A l'instar de Merlin⁶, le Tribunal d'appel de Lyon entendait que le code « fût seul la règle des droits et des devoirs du citoyen. »⁷ Dans le même esprit, en 1804, le tribun Goupil-Préfeln applaudira à des lois civiles, « maintenant uniformes dans toute l'étendue de la République [...] qui trace[nt] à chacun, avec autant de clarté que de précision, le cercle de ses obligations, l'étendue et les limites de ses droits et de ses devoirs. »⁸ De la sorte, comme un jeu de miroirs s'opérait entre l'uniformité de la législation civile et l'unité de la nation. La première reflétait la seconde et inversement l'unité nationale s'affermissait par le corps de lois civiles communes. En l'occurrence, sa vocation pédagogique⁹ prenait toute son importance. Manuel d'instruction civique¹⁰, « bréviaire ou grammaire sociale du bon citoyen »¹¹, en donnant une sanction à des *boni mores*, il instituait un

¹ Discussion au Tribunat du titre relatif à la jouissance et à la privation des droits civils (Liv. I^{er}, tit. I^{er}) (3 nivôse an X/24 décembre 1801), F. VII 278. Sur ce point plus particulièrement, voir notre article Le sentiment patriotique dans le discours des législateurs de 1801 dans *Napoleonica*, La Revue, 2010/3, pp. 48-49 et pour diverses autres composantes du caractère national, *ibid.*, pp. 41-42.

² T. cass. (F. II 512 et 699), Lyon (F. IV 95, rapp. 41), Montpellier (F. IV 524), Paris (F. V 213, rapp. *a contrario* 174-176) ; rapp. Bordeaux (F. III 177). Comp. Bigot-Préameneu, Présentation et exposé des motifs du titre IV De la contrainte par corps du livre III (12 pluviôse an XII/2 février 1804), F. XV 157 : « Législateurs, les règles établies dans le Code civil sur la contrainte par corps sont conformes aux sentiments généreux et humains qui sont propres au caractère français ; elles sont conformes au respect que toute nation policée doit à la dignité de l'homme et à sa liberté individuelle. »

³ F. III 528.

⁴ L'expression est du Tribunal d'appel de Lyon, F. IV 41.

⁵ F. IV 5 précité.

⁶ « Tout cela devait disparaître pour faire place à un Code complet et uniforme, qui, à la première ouverture, eût tracé aux citoyens leurs devoirs, et aux magistrats leurs décisions », *op. cit.*, col. 240.

⁷ F. IV 28. Rapp. Riom, F. V 431 sur le domicile : « A quoi encore reconnaîtra-t-on que cet individu n'a aucun domicile actuel ? et pourquoi ne pas l'expliquer en cet endroit [du code], où le citoyen doit trouver sa leçon et sa règle ? ».

⁸ Rapport au Tribunat sur le titre I^{er} De la distinction des biens du livre II (26 nivôse an XII, 17 janvier 1804), F. XI 42 ; ses observations portaient sur les dispositions relatives aux personnes.

⁹ Le qualificatif s'impose d'autant plus que la Convention avait conçu le projet de prolonger l'action d'un futur code par la mission assignée à l'instituteur d'enseigner dans les écoles primaires « les connaissances élémentaires nécessaires aux citoyens pour exercer leurs droits, remplir leurs devoirs et administrer leurs affaires domestiques. », Décret du 30 mai 1793, art. 2, Archives Parlementaires, I^{ère} série, tome LXV, Convention, séance du 30 mai 1793, p. 607.

¹⁰ Cf. le discours prononcé par le tribun Jaubert devant le Corps législatif (30 ventôse an XII/21 mars 1804), F. II cxvi : « Qu'est-ce donc qui peut mieux former et maintenir les mœurs publiques que l'action des lois civiles, qui est de chaque instant et qui atteint chaque individu. Si, par la nature des choses, la science des lois ne peut être le patrimoine que de quelques classes de citoyens, tous, du moins, pourront voir par eux-mêmes, dans le Code les règles qui sont les plus nécessaires dans l'usage de la vie. Aucun père de famille n'ignorera cette vérité consolante. Dans combien d'occasions il pourra en profiter ! dans nos campagnes surtout, l'honnête, l'utile chef d'une ferme, aura d'autant plus de facilité pour se fixer sur ses droits et ses obligations, que le législateur a redoublé d'effort pour présenter avec simplicité et précision tout ce qui intéresse les propriétés rurales. C'est à vous, législateurs, qu'il est particulièrement réservé d'être les heureux témoins de cette influence salutaire que le code exercera sur toute la France. »

¹¹ N. HAKIM, La langue du code civil dans *Le code civil. Une leçon de légistique ?* (sous la direction de B. SAINTOURENS), Paris, Economica, 2006, p. 63.

regimen morum dans lequel, sans résistances, était supposé venir, sinon communier, du moins se fondre tous les Français.

Au final, force est de constater que Cambacérés avait fait les bons choix dans la composition des juridictions. Le discours de tous ces magistrats manifestait leur adhésion au dogme politique de l'uniformité de la loi et par-delà, leurs observations impliquaient leur assentiment non seulement au nouvel ordre institutionnel consacrant la loi comme source du droit et un Etat gouvernant les rapports familiaux et sociaux¹, mais également à la politique gouvernementale visant au rétablissement de la paix civile et à la fin des divisions². Mais, pour être magistrat de la république, les juges des tribunaux d'appel n'en étaient pas moins hommes de leur province. S'ils semblaient être gagnés à l'idéal de l'unité de la nation et, par le fait, à la disparition de l'esprit de province, ces magistrats ne répudiaient pas tous l'esprit de la province, de leur province. Il arrivait parfois que leurs observations témoignassent des préoccupations des populations locales (à moins que ce ne fût des leurs). Selon Jacques Poumarède, « une même loi pour tous, sans doute, mais à condition de ne pas changer les habitudes »³. Ainsi, par exemple, le Tribunal d'appel de Toulouse avertissait que l'introduction de la communauté légale dans son ressort où elle était inconnue mettrait « les femmes dans une dépendance à laquelle il leur sera difficile de s'accoutumer, relativement à l'administration des biens qu'elles n'ont pas entendu se constituer en dot. »⁴ Le Tribunal d'appel de Montpellier, également critique à l'égard de ce régime matrimonial, notamment sur ce même chapitre de l'administration des biens, faisait savoir : « ici l'attitude des femmes pour les affaires laisse moins de différence entre elles et les hommes. »⁵ Il était à craindre que l'uniformité de la loi civile ne fût synonyme d'une forme d'acculturation comme nous dirions de nos jours⁶. Dans la même perspective, si les magistrats du Tribunal d'Aix-en-Provence s'affichaient « bien persuadés de la nécessité d'établir des règles uniformes dans toute l'étendue de la république », ils tenaient à remonter que les dispositions du projet de code civil sur les lettres de ratification et la vente forcée des immeubles⁷ « sont si nouvelles et si étrangères à la jurisprudence et aux lois suivies *dans les départements méridionaux*, qu'elles ont dû fixer particulièrement notre attention. »⁸... Plus généralement le tribunal montpelliérain déclarait tenir pour certain que « les habitudes de tant de peuples divers [...] ne peuvent pas se fondre tellement dans l'unité du caractère national et de la loi qui lui est propre, qu'il n'en reste toujours des différences et des nuances sensibles, mais légères, qui s'appuient sur des usages particuliers. »⁹

II. Une autre transaction ?

Cette même juridiction donnait une leçon de légistique aux législateurs. « Dans l'examen du projet de code, il se présente un autre point de vue général qui doit fixer l'attention du législateur ; c'est la nécessité, et l'indispensable nécessité où il est de connaître, de consulter et de se fixer sur les localités et les usages nécessités par les circonstances du climat, du sol et de la nature des choses. »¹⁰ De fait le tribunal de Montpellier se singularisait en soutenant que des “exceptions” à

¹ J. GOY, vis Code civil dans F. Furet et M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française* précité, p. 516.

² Rapp. Portalis, Présentation et exposé des motifs devant le Corps législatif du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français (28 ventôse en XII/19 mars 1804), F. I ci *in med.*

³ *Op. cit.*, p. 179.

⁴ F. V 630.

⁵ F. IV 500. Sur la critique du régime matrimonial légal : F. IV 493-503 et l'analyse d'A. ROUX, *op. cit.* pp. 192-242 et sur l'influence de ces observations au cours des travaux préparatoires : *ibid.*, pp. 242-259.

⁶ De fait, elle s'accomplit sur toute la première moitié du XIX^e siècle, FR. AUDREN et J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁷ Titres VII et VIII du livre II, F. II 225-274.

⁸ F. III 27. C'est nous qui soulignons.

⁹ F. IV 535.

¹⁰ F. IV 522.

l'uniformité des lois devaient être introduites¹. Certes, autrefois, en fidèle disciple de son maître Montesquieu², l'aixois Portalis avait posé la question : « l'uniformité est-elle un bien si absolu qu'elle ne puisse comporter aucune exception ? »³ Mais l'interrogation était-elle toujours d'actualité ? Au demeurant, déjà à la veille de 1789, Condorcet ne voulait voir dans la théorie des climats qu'un prétexte “frivole” pour s'opposer à l'uniformité⁴. Après que la Révolution l'ait élevée au rang de dogme politique, les observations du tribunal montpelliérain n'exprimaient guère l'opinion commune. Locré devait se porter témoin de l'orthodoxie en termes catégoriques. Dans *l'Esprit du Code Napoléon*, il rappellera l'anathème : « On ne doit donc pas souffrir, dans un État bien organisé, qu'il y ait deux patriotismes, l'un général, l'autre local. »⁵ Dans *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, il expliquera : « Une sage politique commandait d'effacer jusqu'aux moindres vestiges de ce qui pouvait rappeler à chaque contrée qu'elle n'avait pas toujours été partie intégrante de la France ; d'empêcher qu'elle se distinguât de la patrie commune par des lois et des usages particuliers, et qu'elle entretînt un patriotisme local, quelquefois plus fort que le lien qu'il attachait au corps de la nation. »⁶ Entre les deux positions extrêmes du tribunal et de l'ancien secrétaire général du Conseil d'état, magistrats et législateurs développaient toute une gamme d'opinions.

Non seulement les rédacteurs avaient fait de la coutume et des usages une source du droit (articles 4 et 5 du titre I^{er} du Livre préliminaire)⁷. Mais encore ils avaient fait valoir que le législateur ne pouvait pas tout prévoir et qui ne lui appartenait pas d'entrer dans tous les détails⁸. C'était dire que l'existence d'un supplément de la législation⁹, coutumes, usages et jurisprudence, leur paraissait être dans la nature des choses¹⁰. Cette doctrine ne faisait pas l'unanimité parmi les tribunaux. Les magistrats étaient partagés entre deux sentiments. Globalement, quelles que soient leurs nuances, les observations sur la place de la coutume et des usages dans le nouveau système juridique en général et sur la survivance des particularismes locaux en particulier révèlent des magistrats empreints d'une idéologie légicentriste parfois assez marquée. Mais leur pragmatisme ordinaire leur commandait de ne pas s'abuser sur la complétude du code et de ne pas faire abstraction de la “diversité ineffaçable des habitudes et des convenances particulières”¹¹. Une transaction au sens du Discours préliminaire s'imposait à eux. Différents tribunaux tenaient pour une conciliation entre les coutumes et les usages locaux d'une part et d'autre part une loi uniforme « sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général » pour reprendre une expression du Discours

¹ F. IV 522 et 523.

² *De l'esprit des lois*, XXIX, XVIII précité (à propos de l'uniformité des lois, Montesquieu s'interrogeait : « Mais cela est-il toujours à propos, sans exception ? »).

³ *Lettre des avocats du Parlement de Provence à Monseigneur le Garde des Sceaux* (1788) page 9 cité par Jean Luc A. CHARTIER, *op. cit.*, p. 40.

⁴ *Essai sur les constitutions* précité, pp. 188-189.

⁵ *Op. cit.*, Introduction, I^{ère} partie, ch. XXI Cet état de choses rendait le Code civil nécessaire, pp. 58-59.

⁶ *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, tome XVI, Paris-Strasbourg-Londres, Treuttel et Würtz, 1829, p. 630.

⁷ Article 4 : « Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois. » ; article 5 : « La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune. », F. II 4.

⁸ « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre. [...] Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. [...] Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte. » F. I 467 et 469.

⁹ F. I 470 et article 4 précité.

¹⁰ F. I 467-470 et 475-476. Sur ces points, notamment J. MOREAU-DAVID, *op. cit.*, pp. 148-149 et J.-L. HALPERIN, *Le Code civil* précité, p. 24.

¹¹ Montpellier F. IV 535.

préliminaire¹. Ils partageaient le même réalisme « des rédacteurs préférant sacrifier la perfection logique et le respect absolu des principes abstraits à la dimension opérationnelle du code, c'est-à-dire adaptée à la *réalité sociologique* (et politique). »² La ressource la plus expédiente pour préserver partie des particularismes locaux leur semblait être de les accommoder à la loi, de les combiner avec elle, voire de les y incorporer et de réaliser ainsi une conciliation dans l'unité du système législatif (A). Cependant les tribunaux assignaient à cette transaction des limites plus étroites que le législateur lui-même. Alors que pour ce dernier, elle pouvait revêtir la forme d'une délégation légale aux usages, nombre de magistrats s'y montraient plutôt rétifs (B).

A. La conciliation dans l'unité du système législatif

S'il faut en croire Adhémar Esmein, la disposition finale du projet de la commission gouvernementale, reprise dans l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII³, avait tranché. « A compter du jour de la publication du présent code, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet du présent code, [...] »⁴ Il y aurait eu un avant et un après. « Tout ce qui restait du système coutumier » aurait été aboli⁵, qu'il s'agît de coutumes ou d'usages, c'est-à-dire, selon une acception des termes héritée de l'Ancien régime, des règles introduites par les mœurs et habitudes mises par écrit et revêtues du sceau de l'autorité royale ou des règles de même nature non mises par écrit de manière authentique⁶. Néanmoins la portée de cette disposition finale offrait matière à réflexion aux tribunaux. Cette abolition générale était parfois jugée intempestive ou inopportune, c'est pourquoi des observations requéraient un « perfectionnement du grand ouvrage »⁷. En premier lieu, des juridictions relevaient qu'à très juste titre, les rédacteurs du projet avaient reconnu que le code pourrait être incomplet en certaines matières. Or le Livre préliminaire portait que « le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice. »⁸ Le juge devait-il recourir aux coutumes et usages locaux, alors que le code était destiné à les remplacer par des lois uniformes et écrites ? En second lieu, sans que les tribunaux en tirassent les mêmes conséquences que le Tribunal d'appel de Montpellier devait le faire, plus d'un s'accordaient à penser avec lui que « la raison [du législateur] doit s'arrêter là où s'arrêtent les idées, les besoins et les avantages du

¹ Ce passage du Discours préliminaire parmi les plus célèbres était ainsi conçu : « 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 du système, et sans choquer l'esprit général. », F. I 481.

² J.-FR. NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, note 101, page 233. C'est l'auteur qui souligne.

³ « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code. », F. I xci.

⁴ F. II 413 précité.

⁵ Rapport présenté à la Première sous-commission de révision du Code civil, extrait du *Bulletin de la Société d'études législatives*, Paris, Rousseau, 1905 p. 7.

⁶ J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, tome 5, Paris, Desaint, 1786, v° Coutume, §§ 1, 2, 3 (n°1 et 2) et § 6, pp. 664-666 et 676-677 et dans l'édition corrigée et augmentée par CAMUS, BAYARD et continuée par CALENGE (1806) précité, tome XII, v° Coutume (Droit municipal), n° 1, pp. 343-344 ; J. N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, tome V, Paris, 1784, vis Coutume et Coutume de Ferette, pp. 144-145 et 150 ; PH. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome III, Paris, Garnery, 1812, v° Coutume, § 2 Autorité des coutumes, p. 262. Dans le même sens : *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, arts et métiers*, tome IV, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1754, v° Coutume (jurispr.), pp. 411, 414 et 416 (coutume de Ferette). Sur ce point, s'agissant du XIX^{ème} siècle plus précisément, voir notamment J. MOREAU-DAVID, *op. cit.*, pp. 156-157 et, dans une perspective différente : L. ASSIER, *op. cit.*, pp. 187-204.

⁷ TA Montpellier, F. IV 534.

⁸ Art. 12 du titre V du Livre préliminaire, F. II 8, comp. art. 4 C. civ.

peuple. »¹ Au terme de leurs observations, il en résultait que l'uniformité de la législation civile pouvait supporter un “complément” des lois² (1^o) et qu'elle n'était pas nécessairement exclusive des “convenances particulières des localités”³ (2^o).

1^o) Les usages locaux, complément des lois dans le silence du Code

La lettre de la disposition finale du projet était suffisamment explicite pour que les observations de tribunaux prissent la forme d'une paraphrase. Ainsi, par exemple, le Tribunal d'appel de Montpellier déclarait : « Tous les points et l'ensemble de l'ancien système législatif sont emportés ou ébranlés par la loi nouvelle ; la disposition générale qui termine le projet de code abroge sans exception toutes les lois anciennes, générales ou particulières et locales, dans les matières qui sont l'objet de cet ouvrage. »⁴ Une décennie plus tard, le Procureur général de la Cour de cassation confirmait : « Toutes les dispositions des coutumes qui sont relatives à des matières dont s'est occupé le Code Napoléon, sont abrogées par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an 12. »⁵ Il restait à déterminer les règles applicables dans les cas non prévus par le code⁶ et pour les matières hors de son objet⁷. Bien que les tribunaux aient loué généralement les rédacteurs pour leur œuvre, ils ne manquaient pas de relever qu'il était incomplet. Si le Tribunal d'appel de Montpellier estimait qu'il importait de “comblé les lacunes”⁸ et le Tribunal d'appel de Grenoble que “divers titres auraient besoin de plus grands développements”⁹, d'autres se voulaient plus sévères. Le Tribunal d'appel de Bordeaux avançait que « pour justifier cette abrogation générale de tous les codes en vigueur jusqu'à ce jour, il faudrait que celui-ci pût seul suppléer à tous les autres ; qu'il décidât, sinon tous les cas qui peuvent se présenter, du moins le plus grand nombre, et ceux qui s'offrent plus fréquemment. Cependant, on ne peut se le dissimuler, quelque précis, quelque méthodique que soit le projet qu'on vient d'examiner, il offre plutôt un excellent abrégé du droit civil qu'un Code complet. »¹⁰ Quant au Tribunal d'appel de Riom, son parti pris très critique le conduisait à qualifier le projet de “Décrets préparatoires en matière de législation civile”¹¹.

En conséquence, il était jugé nécessaire de trouver un complément de la loi dans les usages. Du fait de l'abolition de l'ancien droit dans les matières objets du code, les anciennes coutumes étaient ravalées au rang d'usages, puisque le législateur entendait leur retirer sa sanction. Différents tribunaux prenaient acte de la volonté du législateur et considéraient que *dans l'état actuel du projet*, le futur code trouverait son complément dans les ruines de l'édifice de l'ancienne législation. Telle paraît bien avoir été l'intention du législateur comme le confirmera bientôt Cambacérès lors de la discussion de l'article 7 de la loi du 30 ventôse en XII. En effet il exposera : « Il est impossible que le code civil contienne la solution de toutes les questions qui peuvent se présenter¹². Dès lors, on ne doit pas priver les tribunaux de l'avantage de puiser leurs décisions dans d'autres autorités. [...] Laisser aux anciennes lois leur autorité par rapport aux questions et aux cas qui ne se trouveraient

¹ TA Montpellier F. IV 480.

² TA Montpellier F. IV 533, complément renvoie évidemment au supplément des lois du projet de code, terme qu'au demeurant, le tribunal reprenait quelques lignes plus loin, F. IV. 533 et 534.

³ TA Montpellier F. IV 537.

⁴ F. IV 533, rapp. ; dans le même sens : Bordeaux F. III 204, Grenoble III 602. Le constat était parfois exprimé implicitement ou très sommairement Nîmes F. V 28-29 ou encore Orléans F. V 83.

⁵ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* précité, tome III, v^o Coutume, § 7 Etat actuel des coutumes, p. 264.

⁶ Nîmes F. V 28.

⁷ Grenoble F. III 602.

⁸ F. IV 533.

⁹ Grenoble F. III 528.

¹⁰ F. III 204.

¹¹ F. V 409.

¹² C'était un *leit-motiv* des discours de Cambacérès, cf. Rapport fait à la Convention nationale sur le 1^{er} projet de Code civil, 9 août 1793, F. I 2 ou encore Discours préliminaire sur le III^e projet de Code civil (messidor an IV/juin 1796), F. I 141.

pas décidés par le code civil. [...] C'est donc un avantage de ne pas ôter aux tribunaux le secours qu'ils peuvent trouver dans les lois antérieures pour se fixer, lorsque le code civil ne leur offrira point de lumières. »¹ Les tribunaux d'appel ne s'y étaient pas trompés. Selon le Tribunal d'appel de Montpellier, les usages anciens avaient vocation à combler les lacunes du futur code². Le Tribunal d'appel de Caen observait que : « d'ici à longtemps, les préjugés des anciennes Coutumes et de la jurisprudence exerceront leur empire sur les points qui ne seront pas fixés d'une manière positive. »³ Invoquant le Discours préliminaire (« Les codes des peuples se font avec le temps »⁴), le Tribunal d'appel de Bordeaux avertissait que : « jusque-là, il est imprudent d'étendre exclusivement son empire au-delà des dispositions qu'il renferme, et des conséquences que la raison et l'équité peuvent en déduire. »⁵

En 1989, par-delà les vicissitudes historiques, Joseph Goy faisait observer que « le dernier membre de phrase [de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII⁶], si on voulait s'en servir avec intelligence, donnait aux magistrats et aux notaires la possibilité d'interpréter éventuellement la loi dans le respect des particularismes locaux ou régionaux. »⁷ En 1804, Bigot-Prémeneu ne trouvait pas sans inconvénient la survivance des anciens usages. D'après lui, laisser à l'ancien droit et plus précisément aux usages locaux leur force antérieure pouvait avoir l'inopportune conséquence de donner prétexte à procès, même dans les cas prévus par le code dont les dispositions risquaient dès lors d'apparaître « moins décisives »⁸. Peut-être était-ce là le motif pour le Tribunal d'appel de Nîmes de préférer une autre voie. Il tenait que les anciennes dispositions pouvaient « servir de guide aux citoyens et de règles aux magistrats, comme raison écrite, lorsqu'elles ne seront ni contraires à la lettre ni répugnant à l'esprit du code. »⁹ Tel sera le sentiment manifesté par Maleville en 1804¹⁰ et de Merlin dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* en 1812¹¹.

La lecture des observations laisse transparaitre le sentiment d'embarras des tribunaux. Car, admettre que les usages locaux pussent être un complément du futur code civil, était-ce bien une transaction en cohérence avec le dogme de l'uniformité de la loi civile ? Quelle était précisément leur autorité, règles obligatoires ou raison écrite ? Les tribunaux ne dissimulaient pas non plus une certaine inquiétude. En effet, le Tribunal d'appel de Grenoble exposait que par la pente naturelle des choses, « chaque tribunal sera obligé de recourir à ses anciennes maximes pour toutes les lacunes que laisse le projet de Code. »¹² et de prédire : « les lois romaines et les coutumes se convertiront encore en jurisprudence dans une multitude de cas. »¹³ De la sorte, le Tribunal d'appel de Montpellier soulignait qu'en pratique, le complément des lois aurait été renvoyé « à l'arbitrage des juges [...] à mesure qu'ils feront l'application des lois dans les cas particuliers. »¹⁴ Cette crainte était partagée par le tribunal bordelais selon lequel c'était livrer « les cas extrêmement multipliés que le nouveau Code n'a pas prévus, au hasard des conjectures et au vague de l'arbitraire. »¹⁵ « Telle serait la jurisprudence qu'on entend placer à côté du sanctuaire des lois. »¹⁶ Sous l'antithèse

¹ Conseil d'Etat, séance du 19 ventôse an XII/10 mars 1804, F. I lxxxii et lxxxvi. ; comp. Maleville et ses réserves, F. I lxxxii.

² F. IV 533.

³ F. III 462.

⁴ F. I 476.

⁵ F. III 205.

⁶ Cf. *supra* p. 23.

⁷ *Le paradoxe de la codification, uniformité législative et diversité du monde rural* précité, p. 259.

⁸ Conseil d'Etat, séance du 19 ventôse an XII/10 mars 1804, F. I lxxxvii. Sur cette intervention de Bigot-Prémeneu : J.-FR NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, p. 219.

⁹ F. V 28-29.

¹⁰ Conseil d'Etat, séance du 19 ventôse an XII/10 mars 1804, F. I lxxxii-lxxxiii.

¹¹ *Op. cit.*, tome III, v° Coutume, § 7 Etat actuel des coutumes, p. 264.

¹² F. III 602.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ F. IV 534.

¹⁵ F. III 204-205.

¹⁶ Montpellier F. IV 534 précité.

jurisprudence-sanctuaire des lois perçait la prévention des magistrats à l'encontre de la première¹. Quoique l'intention du législateur parût bien être de souffrir que les usages locaux fussent un complément du code, certains tribunaux faisaient montre de circonspection. Le tribunal montpelliérain, encore une fois, posait *la* question : « quel serait enfin le régulateur de cette jurisprudence disparate ? »² Que les usages locaux aient force obligatoire ou fussent l'expression de la raison écrite, la réponse était la même : leur violation ne donnait pas ouverture à cassation³. Merlin rapportait que telle était déjà la solution sous l'Ancien régime⁴. En 1804, Cambacérés devait affirmer péremptoirement : « il n'y aura infraction à la loi que lorsque la disposition méconnue par les tribunaux, se trouvera rappelée dans le code civil. »⁵ Il paraît évident qu'il n'échappait ni aux législateurs ni aux magistrats que la vocation première du Tribunal de cassation⁶, “gardien suprême de la loi”⁷, était d'assurer une application uniforme de la loi sur l'ensemble du territoire de la République et de prévenir la diversité de jurisprudence, aucunement de venger l'infraction aux “anciennes lois”⁸ ni de sanctionner *de fait* la persistance des particularismes locaux⁹. Lors de la discussion au Conseil d'état du futur article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, Bigot-Préameneu en donnera une illustration pratique des plus significatives. Abordant l'autorité différente du droit romain en pays de droit écrit et en pays de coutume et ses diverses interprétations selon les ressorts, il repoussera l'idée d'une éventuelle introduction « d'une grande diversité de principes et de jurisprudence » dans le Tribunal de cassation et il conclura : « il faut que sur aucun point de la république, il ne fournisse un moyen de cassation. »¹⁰ Cambacérés interviendra juste après lui pour clore définitivement la discussion. Rejoignant en cela les observations du Tribunal d'appel de Nîmes, il déclarera que d'une manière générale, il convenait de laisser aux juges la faculté de prendre les anciennes lois pour guide¹¹.

Le Tribunal d'appel de Grenoble avait proposé une autre solution dont la moindre des vertus n'était pas de préserver, au moins en droit, la cohérence du nouveau système de législation. « Le moyen le plus sûr d'abroger l'ancienne législation ne serait-il pas d'insérer dans le Code tout ce qui s'y trouve d'utile ? »¹² Elle présentait l'intérêt de satisfaire les plus légalistes des uns et des autres et de permettre de prendre en compte “les convenances particulières des localités”.

¹ Sur ce point, voir notre article Juge et partie. Les observations des tribunaux sur l'application et l'interprétation du futur code civil (1801) dans R.H.F.D. 2019, n° hors-série, *Liber amicorum, Mélanges réunis en hommage au Professeur Jean-Louis Thireau*, pp. 121-143.

² F. IV 534. Sur les observations de ce tribunal relativement à l'arbitraire des juges et aux divergences de jurisprudences : A. ROUX, *op. cit.*, pp. 334-335 et 352-355.

³ Montpellier F. IV 534 et Nîmes F. V 28.

⁴ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* précité, tome III, v° Coutume, § 2 Autorité des coutumes, p. 262. Sur les cas d'ouverture sous l'Ancien régime : J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 25-27.

⁵ Conseil d'Etat, séance du 19 ventôse an XII/10 mars 1804, F. I lxxxii.

⁶ J.-L. HALPÉRIN, *ibid.*, pp. 54-55.

⁷ L'expression est de Merlin, Archives parlementaires, 1^{ère} série, tome XV, Assemblée nationale constituante, séance du 24 mai 1790, Discussion sur l'ordre judiciaire, p. 666.

⁸ Maleville, Conseil d'Etat, séance du 19 ventôse an XII/10 mars 1804, F. I lxxxii.

⁹ Aux termes des titre III, chapitre V, art. 20 de la constitution de 1791, art. 99 de la constitution de 1793, art. 255 de la constitution de 1795 et art. 66 de la constitution de 1799, la voie de la cassation était ouverte exclusivement pour violation des formes ou convention expresse à la loi.

¹⁰ Séance du 19 ventôse an XII/10 mars 1804, F. I lxxxvii.

¹¹ *Ibid.* Ainsi, après avoir soutenu que les anciennes règles devaient conserver toute leur autorité dans les matières non réglées par le code sans que leur violation constituât un moyen de cassation, Cambacérés avait fini par se rallier au point de vue de Maleville et de Bigot-Préameneu, F. I lxxxii et lxxxvi-lxxxvii.

¹² F. III 602. Rapp. Discours préliminaire : « 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 du système et sans choquer l'esprit général. *Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire.* », F. I 481 précité (c'est nous qui soulignons). Rapp. aussi les observations liminaires de ce même tribunal sur l'ensemble du projet : « Si les rédacteurs du Code n'eussent été pressés par le temps, combien il leur eût été facile de puiser dans les lois romaines, dans les coutumes, des maximes sages, des principes féconds, dont la

2°) L'acclimatation des “convenances particulières des localités” dans le code

Le dogme de l'uniformité ne devait pas proscrire de prendre en compte les circonstances locales. Au demeurant, le terme convenance impliquait une idée de rapport, de conformité¹. « Une même nation doit sans doute être régie par les mêmes lois ; mais cette uniformité serait une calamité pour les régions peu fortunées², si la législation consultait moins leurs convenances que celles des régions qui le sont davantage. »³ Il n'était pas seulement loisible au législateur d'introduire les exceptions imposées par les conditions locales⁴, c'était pour lui un impératif sous peine de produire un code incomplet et, par-là, imparfait. En l'état, le projet de code civil de la commission du gouvernement devait être corrigé : « le législateur pourrait donc tourner ses vues sur son propre ouvrage, pour le compléter lui-même autant que la possibilité peut le permettre. »⁵

Prétendre faire intégrer dans le futur code des dispositions particulières d'objet local ! Ainsi ramassée, la proposition dissonait quelque peu dans l'air du temps. Mais force est de constater que l'idée était soutenue par différents tribunaux tant septentrionaux que méridionaux, étant noté que les magistrats des juridictions des anciens pays de droit écrit rendaient sur cette matière des observations plus argumentées, car sur la défensive. Dans les faits, aucun tribunal ne courait sous les couleurs de champion de l'esprit de province ou même se posait explicitement en avocat de l'esprit de la province. Aucun ne s'attachait à défendre des particularismes locaux en tant que tels, mais ils s'appliquaient plutôt à inciter le législateur à tenir compte des *nécessités* et, le cas échéant, d'en tirer un dispositif avantageux pour la nation tout entière. Il est inutile de préciser qu'au travers de la lettre des discours, il convient de faire la part de la rhétorique du discours et de l'intention profonde. S'adressant au gouvernement, le Tribunal d'appel d'Aix-en-Provence déclarait : « Nous sommes bien persuadés de la nécessité d'établir des règles uniformes dans toute l'étendue de la République. [...] Si nous présentons sur ces deux titres⁶ des observations fondées sur une expérience heureuse, ce n'est point un privilège particulier que nous réclamons ; ce sont des matériaux que nous fournissons au génie et aux talents pour être employés à l'édifice majestueux qu'on prépare. »⁷

En l'an XI, une circulaire du Ministère de l'Intérieur, alors dirigé par Chaptal, portait précisément qu'« en détruisant les coutumes, il faut profiter des choses utiles qu'elles peuvent contenir ; car leur empire est aussi quelquefois fondé sur la nécessité physique. »⁸ C'était exactement le point de vue exprimé par différents tribunaux. Indubitablement, bien qu'il ne fût jamais nommé, *L'Esprit des lois* présidait aux observations des tribunaux. Pour les magistrats, il était clair que, pour paraphraser Montesquieu, les anciennes coutumes procédaient des « rapports nécessaires qui

privation occasionnera un grand nombre de procès ! Qu'on n'espère pas d'y suppléer entièrement par la décision des juges : il n'y a que des lois prévoyantes qui puissent garantir les propriétés ; et si elles ne peuvent embrasser les cas rares, du moins doivent-elles restreindre l'empire de l'arbitraire, pour les cas qui se présentent fréquemment. », F. III 529.

¹ *Dictionnaire de l'Académie française* (1798), tome 1, v° Convenance, p. 392.

² C'est à cette époque que le mot <fortuné> prend le sens de riche, à côté du plus ancien : favorisé par la Fortune, A. Rey, *op. cit.*, tome I, v° Fortuné, p. 818. Le tribunal d'Aix-en-Provence semble bien entendre le terme dans les deux sens.

³ Aix-en-Provence F. III 86.

⁴ Montpellier F. IV 522 : « De là, la nécessité de modifier, par tout autant d'exceptions, la règle générale, supposé que la diversité des localités permette de l'établir. »

⁵ Montpellier F. IV 534.

⁶ Titres VII et VIII sur les lettres de ratification et la vente forcée des immeubles du livre III, F. II 225-274, *cf.* également *infra* p. 30.

⁷ F. III 27-28 précité.

⁸ Cité par L. ASSIER ANDRIEU, *Le concept d'usage dans la culture juridique. Essai d'interprétation précité*, p. 188 et par le même dans *L'unité théorique de la coutume et du code : quelques remarques dans La famille, la loi et l'Etat de la Révolution au Code civil précité*, p. 250.

dérivent de la nature des choses »¹, qu'il s'agit de la latitude², du climat³, du relief⁴ ou encore de la fécondité du sol et la nature des récoltes⁵. Du Nord au Sud, des tribunaux mettaient en relief, parfois avec insistance, les conséquences que la nature des choses pouvait avoir sur la richesse ou la pauvreté d'une contrée⁶, sur la composition des fortunes⁷, sur le mode d'exploitation des terres⁸ et sur la pratique de communautés rurales⁹. Des magistrats appelaient encore le législateur à ne pas « consulter que les intérêts des habitants des villes »¹⁰, parmi lesquels se comptaient nombre de propriétaires terriens grands et moyens¹¹, et à porter attention à la classe laborieuse, parfois indigente, des campagnes¹². Autant de facteurs réagissant nécessairement sur le droit en général et conséquemment à prendre en considération dans le futur code civil.

¹ Liv. I, ch. I. Sur l'influence de Montesquieu sur les observations du Tribunal d'appel de Montpellier plus particulièrement : A. ROUX, *op. cit.*, pp. 330 et 359-361.

² Montpellier F. IV 535

³ Aix F. III 86, Colmar F. III 473, Montpellier F. IV 522

⁴ Grenoble F. III 582, Montpellier *ibid.*

⁵ Aix *ibid.*, Colmar F. III 473 précité, Montpellier *ibid.*

⁶ Grenoble *ibid.*, Aix F. III 86-87 précité.

⁷ Caen F. III 415 (à propos de la nature mobilière donnée aux rentes foncières par le projet, le tribunal relevait qu'elles étaient d'un usage particulièrement courant en Normandie). L'article 15 du titre I^{er} du livre II leur donnait un caractère mobilier (F. II 99, art. 529 C. civ.) confirmant ainsi l'évolution intervenue depuis la loi du 11 brumaire an VII/1^{er} novembre 1798 (art. 6 et 7 par préterition, DUVERGIER, tome 11, p. 14 ; sur ce point plus particulièrement Paris F. V 278), alors que le décret des 18-23 décembre 1790 (art. 3 du titre V, DUVERGIER, tome 2, p. 110) maintenait leur nature immobilière, cf. M. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1959, pp. 260-262 qui, par erreur, date le décret de 1790 du mois de septembre).

⁸ Montpellier F. IV 523 (baux à ferme) et Toulouse F. V 621 (emphytéose et métairie perpétuelle) et rapp. F. V 621-622 (bail à cheptel). Sur un tout autre plan, mais en lien avec l'exploitation des terres, rapp. Orléans F. V 76-77 (en faveur des démissions de biens révocables par lesquelles les père et mère pouvaient se « décharger leur vieillesse des soins de l'administration ou exploitation de leurs biens. »)

⁹ S'agissant des communautés continuées : Poitiers F. IV 313 (le tribunal expliquait que la communauté continuée était le régime juridique le plus approprié, spécialement en Limousin, Auvergne et une partie du Poitou : « C'est par la réunion de tous leurs moyens, que les familles des cultivateurs parviennent à se soutenir et même à s'enrichir dans des fermes importantes ; le mélange de leurs biens, l'accord de leurs bras, une vie commune, et, par conséquent, moins coûteuse, la possibilité de faire par eux-mêmes ce que, divisés, ils ne pourraient faire que par le secours des étrangers, dans lesquels ils ne trouveraient pas le même zèle : voilà ce que produit la communauté des biens. », rapp. Paris F. V 272-273.

S'agissant des communautés taisibles : Besançon F. III 173-174. De son côté, si le tribunal de Paris, approuvait la disparition de « ce débris des institutions gothiques » par l'effet de l'exigence d'un écrit pour tout contrat de société dont l'objet était d'une valeur de 150 fr. (art. 5 du titre XIV du livre III, F. II 370-371, comp. art. 1834 C. civ.), il n'en relevait pas moins que d'une part cet usage était consacré dans tout le pays coutumier, et, dans son ressort, « surtout entre les habitants des campagnes : Chartres, Dreux, Troyes, Sens, Auxerre » et que d'autre part son « utilité et même la nécessité pour beaucoup de personnes ne pouvaient pas être révoquée en doute. » Il concluait en conséquence : « ils seront toujours les maîtres d'en contracter, en les écrivant ou les faisant écrire, comme toutes les autres conventions. », F. V 279-280).

¹⁰ Poitiers F. V 313 (à propos la communauté continuée). Dans ce même esprit, le tribunal estimait que la combinaison des articles 127 du titre I^{er} Des successions du livre III (F. II 145, art. 816 C. civ.) et 43 du titre XX Des prescriptions du livre III (F. II 410, art. 2262 C. civ.) serait « bien funeste dans les campagnes surtout où les plus modiques propriétés sont partagées entre les cultivateurs sans formalités. » En effet il en résultait qu'une action en demande de partage successoral ne pouvait être écartée par l'un des cohéritiers, s'il ne rapportait pas la preuve d'un acte de partage ou justifiait d'une prescription trentenaire. Or, d'après le tribunal, « le droit le plus universel avait consacré en principe qu'entre gens de la campagne, une pareille jouissance [séparée, paisible et sans interruption] pendant dix ans entre majeurs équivalait à un partage. » F. III 303.

¹¹ Volontiers censeur des rédacteurs, le Tribunal d'appel de Riom notait : « on a trop considéré les familles comme riches ou aisées, peut-être parce que le travail s'est fait à Paris, et qu'on s'est trop circonscrit dans ce qu'on voit autour de soi ou dans ce qu'on a l'habitude de voir. », F. V 452.

¹² Relativement à cette classe laborieuse : Besançon F. III 173-174 précité (à propos des communautés taisibles « entre des personnes liées par le sang, par le besoin de réunir leurs travaux pour leur avantage commun, et qui ont peu l'usage des lettres. »), Poitiers (à propos du délai de prescription de l'action en partage successoral), F. V 303, Toulouse F. V 621 (à propos des baux emphytéotiques et de la locataire perpétuelle) et les tribunaux cités *supra* sur les communautés rurales. Rapp. Aix F. 86-87 (impl., coût des procédures d'exécution forcée), Montpellier F. IV 496 (coût des conventions

Le législateur était appelé à amender et à compléter le projet en y intégrant des dispositifs locaux dans des matières ayant « pour objet immédiat les choses et non les personnes. »¹ En effet le statut des personnes touchait le nouvel ordre public et devait demeurer absolument uniforme. En revanche il ne paraissait pas illégitime que le législateur introduisît dans le “code de la propriété” quelques concessions à la diversité en souffrant expressément certains tempéraments, voire qu’il substituât purement et simplement aux prescriptions des rédacteurs des dispositifs inspirés d’anciennes coutumes. Recrutés dans la contrée et eux-mêmes propriétaires de fonds ruraux, les magistrats des tribunaux s’autorisaient de leur expérience personnelle pour solliciter le législateur de réviser le projet dans différentes matières tenant directement ou indirectement à l’exploitation des terres², telles que la propriété et l’usage des eaux³, les baux des biens ruraux⁴, spécialement les baux à ferme⁵, les baux emphytéotiques⁶, la métairie perpétuelle⁷, la locatairie perpétuelle⁸, les baux à cheptel⁹ et plus généralement les rentes foncières¹⁰, la communauté taisible¹¹, la communauté continuée¹², la démission de biens révocable¹³, le délai de l’action en partage successoral (et *ipso jure* le délai de prescription acquisitive)¹⁴, les procédures d’exécution sur les immeubles¹⁵.

Il restait à convaincre le législateur en mettant en balance les avantages et les inconvénients qu’il y aurait à intégrer dans le code des dispositifs qui pourraient affecter l’unification des lois civiles. D’après le témoignage de certaines observations, pour le gagner à la cause, la meilleure voie était d’entonner un des thèmes les plus propres à complaire au gouvernement consulaire : l’intérêt de l’Etat¹⁶. Par-delà l’utilité de ces “convenances particulières” dans les différentes localités, leur intérêt pour le développement de l’agriculture en général était mis en avant¹⁷. Leurs mérites ne

matrimoniales pour écarter le régime légal de communauté dans “la classe peu aisée” ; dans le même sens : Grenoble F. III 582), Sur ce point plus généralement, voir notre article L’envers du miroir. Un objet d’inquiétude des observations des tribunaux sur le projet de code civil (1801) : la classe laborieuse dans les *Etudes offertes à Jean-Louis Harouel*, Paris, E.P.A., 2015, pp. 393-412.

¹ Montpellier F. IV 522 précité.

² *Nous nous abstenons de revenir sur les observations portant sur les régimes matrimoniaux et la liberté testamentaire déjà très étudiées.*

³ Montpellier F. IV 522-523 et 565.

⁴ Montpellier F. IV 572.

⁵ Montpellier F. IV 523.

⁶ Toulouse F. V 621. Voir M. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1959, pp. 262-263 et, plus récemment E. BECQUET, *Le bail emphytéotique de la rédaction des coutumes à la loi du 25 juin 1902*, thèse droit, Paris II, 2023, pp. 315-320.

⁷ Toulouse *ibid.* Voir M. GARAUD, *op. cit.* p. 263 (plus particulièrement sur la Marche et le Limousin relevant du ressort du Tribunal d’appel de Poitiers).

⁸ Toulouse *ibid.* Voir M. GARAUD, *ibid.*

⁹ Montpellier F. IV 523 et 572, Toulouse F. V 621-622.

¹⁰ D’une manière générale, par-delà la question de l’unification de la loi civile, le rétablissement des rentes foncières était une demande très fréquente des tribunaux, outre les tribunaux d’appel de Paris, F. V 277-279 et d’Orléans, F. V 89-90 (E. BECQUET, *op. cit.*, pp. 317-318), Tribunal de cassation F. II 725-726, Amiens F. III 142, Besançon F. III 175-176, Caen F. III 396-397, Poitiers F. V 315, Toulouse F. V 631, rapp. impl. Montpellier F. IV 572 et Lyon F. IV 197-198 (non sans réserves). Elles étaient déclarées avoir été abolies par la Révolution sous un “faux prétexte” de féodalité (Orléans F. V 89), dans le même sens, notamment Besançon F. III 175 et Caen F. III 396 ; sur l’abolition du régime féodal : M. GARAUD, *op. cit.*, pp. 167 et s., sur les rentes foncières plus particulièrement pp. 231-242.

¹¹ Besançon F. III 173-174 et Paris F. V 279-280 (pourvu qu’elles fussent conventionnelles), rapp. Paris F. V 272.

¹² Poitiers F. V 313-314 et Paris F. V 272 qui notait qu’elle « peut mériter l’attention du législateur. »

¹³ Orléans F. V 76-77. Le projet de la commission la déclarait abolie (Liv. III, tit. IX, art. 140 al. 2, F. II 297).

¹⁴ Poitiers F. V 303

¹⁵ Aix F. III 27-28.

¹⁶ Lors de la séance au Conseil d’Etat en date du 15 ventôse an XII/6 mars 1804, le Premier Consul intervint sur le point de savoir s’il convenait ou non de rétablir les rentes foncières, il arrêta le critère : « Mais il importe d’examiner avant tout s’il est de l’intérêt de l’Etat qu’il y ait beaucoup de rentes foncières et que l’usage de ces sortes de contrats se propage. Jusqu’à ce que ce point soit décidé, tout travail ultérieur devient inutile. », F. XI 66, rapp. Maleville F. XI 58 et 64.

¹⁷ Besançon F. III 174 précité (communauté taisible), Orléans F. V 77 précité (démission de biens révocable), Poitiers F. V 313-314 précité (communauté continuée) et 303 précité (impl. délai de prescription de l’action en partage successoral) et rapp. 279-280 précité (communauté taisible) et Toulouse F. V 621 et 631 précité (impl. bail

s'arrêtaient pas là. Les uns multipliaient les propriétaires¹ et stabilisaient la société², tandis que d'autres assuraient la cohésion des familles³ en préservant en certaines contrées « cette vie commune qui offrait l'image des patriarches. »⁴ C'était dire que les transactions proposées seraient incontestablement des plus profitables. Un commentaire du Tribunal d'appel de Toulouse, bien dans l'idéologie dominante du moment, est symptomatique. « Ces contrats sont cependant très avantageux à l'Etat en général, et surtout à la classe laborieuse et indigente. En multipliant le nombre des propriétaires, ils doivent nécessairement favoriser les progrès de la culture et la population ; attacher et rendre utiles à la patrie des hommes, dont plusieurs auraient pu lui devenir nuisibles. »⁵ C'était encore l'utilité commune que le Tribunal d'appel d'Aix-en-Provence mettait en avant : « Nos collocations ne feront que répandre dans les autres départements les bienfaits qu'elles répandaient sur nous depuis des siècles. »⁶ Pour prévenir toute critique à l'encontre du dispositif, il prenait soin de préciser : « Nous n'avons fait qu'élaguer de la procédure ce qui l'embarrassait ou la rendait onéreuse aux parties ; nous y avons adapté tout ce qui dans les institutions nouvelles pouvait concourir à l'améliorer. »⁷ Ce qui était bon pour la Provence pouvait être bon pour la France entière et, en conséquence, être intégré dans le code civil. Des observations du Tribunal d'appel de Montpellier venaient en parfait écho. Proposant de compléter le titre des servitudes et des services fonciers (livre III, titre IV)⁸ par différentes prescriptions inspirées du droit local, il concluait : « Ces dispositions, parce qu'elles contiennent de particulier étendraient le bienfait de ce code à celle des contrées de la France qui ont pu jusqu'ici moins en profiter ; et parce qu'elles contiennent de général, complèteraient ce même bienfait pour tous les pays de la République. »⁹ Il n'est pas certain que tous les législateurs aient jugé bienvenue cette référence aux « pays de la République ».

Tous ces tribunaux attachés à apporter leur contribution à l'intérêt général proposaient au législateur des dispositifs prêts à l'emploi afin de compléter le code civil sans difficultés. Le Tribunal d'appel de Poitiers suggérait de recourir à la coutume de Paris pour le dispositif sur la communauté continuée¹⁰, le tribunal d'Orléans d'emprunter aux œuvres de Pothier, auteur d'un *Traité du bail à rente*, pour les articles sur le bail emphytéotique et le bail à rente foncière¹¹, le tribunal de Grenoble d'adopter pour le régime matrimonial légal les dispositions du projet relatives aux conventions exclusives de communauté¹². Avec plus d'ambition, les tribunaux méridionaux d'Aix-en-Provence et de Montpellier avaient préparé de véritables projets de loi, l'un sur les procédures d'exécution sur les immeubles¹³, l'autre sous le titre de « mode ou règlement uniforme à établir dans la matière

emphytéotique et locataire perpétuelle) et plus généralement s'agissant des rentes foncières : T. cass. F. II 725 précité, Caen F. III 396 et 397 précité, Grenoble F. III 591 précité, Orléans F. V 89 précité, Paris F. V 277 précité.

¹ Orléans F. V 90 précité (baux à rente et emphytéotiques), Toulouse V 621 (baux emphytéotiques et locataire perpétuelle) et plus généralement s'agissant des rentes foncières : T. cass. F. II 725, Lyon F. IV 197-198 précité (le tribunal y trouvait la seule justification de leur rétablissement) et Poitiers V 315 précité.

² Poitiers F. V 313 précité (communauté continuée), rapp. F. V 315 précité (rentes foncières)

³ Poitiers *ibid.*

⁴ Poitiers *ibid.*

⁵ F. V 621.

⁶ F. III 87.

⁷ F. III 86.

⁸ Sur ce titre, cf. *infra* II. B.

⁹ F. IV 588.

¹⁰ F. V 314.

¹¹ F. V 89-90. Plus généralement, indépendamment de la question des « convenances particulières des localités », le tribunal de Paris faisait la même recommandation, Paris F. V 279 (« Ils ont pour cela des matériaux tout prêts dans nos livres, dans nos coutumes, notamment dans Pothier qui a fait *ex professo* un traité du bail à rente. »). Quant aux rentes foncières, plus généralement, le tribunal de Caen invitait à s'inspirer du III^{ème} projet de code civil de Cambacérès (Liv. II, tit. IV, F. I 253-255), F. III 396. Le Tribunal de cassation et le tribunal de Grenoble proposaient d'ajouter au projet de nouveaux titres dont ils avaient préparé la rédaction (respectivement F. II 725-729 et F. III 591-593).

¹² F. III 582. Il renvoyait aux articles de la section 1 du chapitre III du titre X du livre III, F. II 324-326.

¹³ F. III 87-117.

des dots”¹. La juridiction montpelliéraine ajoutait encore à ses observations un développement très circonstancié intitulé *Sur le Code rural*. C’était une forme de rapport sur “les servitudes rurales ou les services fonciers, les engagements des propriétaires des fonds joignants, l’usage des eaux d’irrigation, les baux à ferme et à cheptel, etc.”. Il mettait en évidence les points à régler et pour quelles raisons et donnait des orientations de solutions qu’il appartenait au législateur de convertir en articles de loi destinés à se combiner avec le code civil².

Surtout le Tribunal d’appel de Montpellier se singularisait par une dernière proposition d’une nature différente des précédentes. Insolite, sinon audacieuse, elle était présentée à la fin de ses observations dans un développement dans lequel il critiquait fortement la transaction intervenue entre le droit écrit et le droit coutumier, alertait sur les inextricables conflits entre lois anciennes et lois nouvelles, s’inquiétait des éventuelles divergences de jurisprudences et soulignait la nécessité de prendre en compte les “convenances particulières des localités”³. Pour démêler l’écheveau, il défendait une solution qui, selon toute vraisemblance, eût été qualifiée de “fédéraliste” “dans les années orageuses de la révolution”⁴. En effet elle ne tendait pas à recourir aux usages locaux pour combler des lacunes et omissions ou bien à en intégrer dans le dispositif même du code, elle visait à maintenir en vigueur l’ancien droit, sauf les dérogations apportées par le corps de lois communes⁵. Depuis 1789, les législateurs avaient poursuivi un projet radicalement différent : abolir l’ancienne législation civile pour lui substituer un code civil uniforme ; dans cette même perspective, la disposition générale finale du projet portait abolition de l’ancienne législation dans les matières, objets du futur code⁶. Selon toute apparence, la portée politique de la proposition n’avait pas échappé à l’attention du gouvernement. Dans la *Conférence des observations des tribunaux d’appel sur le projet de code civil* publiée sous l’autorité du ministre de la Justice, le développement initial, intitulé “Observations générales que l’ensemble du projet de code civil et de ses dispositions”, débutait précisément par l’analyse des observations du Tribunal d’appel de Montpellier⁷. De son côté, dans son *Analyse des observations des tribunaux d’appel et du Tribunal de cassation sur le projet de code civil, rapprochées du texte*, Crussaire y consacrait ses plus longs développements⁸. Très clairement inspiré par la théorie des climats, le tribunal considérait que l’unité législative « peut donc se borner à embrasser et comprendre seulement les dispositions principales et essentielles du système, celles qui tendent à un intérêt d’ordre général, et qui sont liées au maintien de la loi politique. »⁹ Plutôt que de procéder à une “destruction totale” de tout l’ancien droit dont il redoutait l’inéluctable conséquence de devoir “tout recréer” pour “recomposer un corps complet des lois”, il faisait la suggestion suivante : « Il paraîtrait donc plus simple et plus naturel de maintenir l’ancien système, en y dérogeant¹⁰ sur les points qui doivent être ramenés à l’unité et à l’uniformité, et surtout ceux dont notre nouvelle situation politique demande la modification ou la réforme. »¹¹ Les magistrats montpelliérains

¹ F. IV 538-564. Sur le projet : A. ROUX, *op. cit.*, pp. 223-242.

² F. IV 564-589 ; sur le projet : A. ROUX, *op. cit.*, p.p. 306-325. Le texte du tribunal comportait notamment dans le titre I^{er} une section relative aux droits sur les eaux (F. IV 565-571), une deuxième sur les baux ruraux (F. IV 572), une troisième sur les droits de parcours et de vaine pâture (F. IV 572-576), une quatrième sur les chemins ruraux (F. IV 576-577) ; s’agissant des servitudes, *cf. infra* II. B, pp. 33 et s.

³ F. IV 522-538. Sur ces points : A. Roux, *op. cit.*, pp. 329-338 et 345-356.

⁴ Rennes F. V 320 (en l’occurrence, l’expression se trouve dans une observation sur le mode de promulgation des lois).

⁵ Ce même tribunal proposait encore un autre mode de codification calqué sur les compilations romaines (Institutes pour les principes généraux du droit ; Digeste et Code pour les commentaires, développements et détails). Destiné à limiter, à défaut de pouvoir supprimer l’interprétation judiciaire, il n’intéresse pas le sujet de l’uniformité de la loi civile. Au reste les magistrats y ont consacré seulement une vingtaine de lignes, F. IV 534-635. Sur ce point : A. ROUX, *op.cit.*, p. 335.

⁶ F. II 413 précité, *cf.* p. 2 note 12.

⁷ I^{ère} partie, Paris, Imprimerie de la République, an IX/1801, pp. 1-17, spécialement pp. 3-9 et 14-16

⁸ *Op. cit.*, pp. 5-9, spécialement pp. 5-6 et 8-9, l’analyse des observations générales sur l’ensemble du projet de code civil de tous les tribunaux s’étendant de la page 1 à la page 11.

⁹ F. IV 535-536.

¹⁰ En italiques dans F. IV 536 et Archives parlementaires, 2^{ème} série, VI-I^{ère} partie, p. 650.

¹¹ F. IV 536.

estimaient pouvoir se prévaloir légitimement du Discours préliminaire proclamant : «il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire»¹.

En pratique les magistrats distinguaient trois domaines différents au sein de la législation civile. Une première partie était constituée de la raison écrite, des règles du droit naturel suivies en pays de droit écrit et en pays coutumiers². Il s'agissait des matières du livre II et de la plupart de celles du livre III³. Pour reprendre une image développée par le Tribunal d'appel de Rouen à un tout autre propos que l'uniformité de la loi, « là, le législateur ne crée point la loi, il n'est au fond qu'un jurisconsulte qui enseigne, interprète et déclare les documents de la raison universelle ... Cette partie des lois a ses sources dans l'équité même. »⁴ La deuxième partie portait sur le nouvel état des personnes issu de la Révolution et dans la dépendance de la constitution, soit « la plupart des points sagement traités dans le premier livre du projet de code. »⁵. Pour reprendre une expression des observations d'un tribunal rouennais particulièrement légaliste, cette partie de la législation civile relevait du «droit public en matière civile»⁶. « Tous les points de départ pour la confection de cette espèce de loi doivent être pris dans la constitution d'un peuple et dans ses lois politiques. », expliquait-il.⁷ L'originalité de la doctrine des magistrats de Montpellier tenait dans la troisième partie : « Toutes les autres matières pourraient ainsi rester à leur place, et avec leur force, dans le dépôt des anciennes lois ; et ces lois soit générales, soit particulières ou locales, continueraient d'être exécutées comme auparavant, dans tous les points généraux ou particuliers auxquels il n'aurait pas été dérogé par la loi nouvelle du Code. »⁸ Non seulement cette juridiction contestait la transaction -le départ- réalisée entre le droit écrit et le droit coutumier, mais encore il en appelait une seconde, certaines matières relevant de lois uniformes, d'autres d'usages fondés sur les habitudes et nécessités locales.

Les juges montpelliérains pensaient-ils véritablement qu'un tel projet emporterait l'adhésion des législateurs et du gouvernement ? S'il est impossible de répondre à la question, il est du moins permis de s'interroger. En toute hypothèse, il est de fait que, comme à l'accoutumée, les observations de ces tribunaux firent souvent office d'exutoire⁹. En effet, force est de constater qu'en l'occurrence, le législateur est demeuré sourd aux demandes des différents tribunaux. A la veille de l'adoption définitive du code civil, Cambacérès donnait quelques éléments d'explication. Fort de ses expériences passées, il déconseillait vivement de se livrer à des amendements de fond. Car, d'une part c'eût été cause de retard et nécessité de nouvelles présentations aux assemblées. D'autre part, faisait-il observer, « on remettrait en question tout ce qui a été décidé : on en reviendrait à refaire le code civil tout entier » sans compter que ces modifications seraient arrêtées probablement «sans mûr examen»¹⁰. Néanmoins il serait inexact d'en conclure que le législateur

¹ F. IV 538 et Discours préliminaire F. I 481 précité.

² F. IV 524 et 525.

³ Le tribunal dressait l'inventaire suivant : « Telles sont à peu près les matières traitées dans le livre II du projet de Code, sur les biens et les différentes modifications de la propriété ; telles sont encore la plupart des matières du troisième livre, sur les différentes manières dont on acquiert la propriété, comme les obligations en général, les engagements sans convention avec leurs accessoires, les contrats en particulier et les libérations qui sont la suite des engagements. », F. IV 524.

⁴ F. V 457 (sur l'interprétation judiciaire). Cette partie du droit n'était « autre chose que la collection des principes du droit commun. » Selon le tribunal, il portait notamment sur les « notions générales du droit, et, surtout, l'effet des obligations, la nature et les conséquences de chaque contrat, les règles d'interprétation qui s'y rapportent. »

⁵ F. IV 524. Il expliquait qu'il s'agissait des « points importants, les matières civiles liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique ; [...] La réforme, à cet égard, était nécessitée par la constitution même qui a dû la régler. »

⁶ F. V 458. Il y englobait : « les droits des pères et des enfants, ceux des époux, le mariage, le divorce, les successions, les donations, les testaments, etc. »

⁷ *Ibid.*

⁸ F. IV 537.

⁹ J.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil* précité, p. 272.

¹⁰ Discussion au Conseil d'état relative au classement des lois qui forment le code, séance du 17 nivôse en XII/8 janvier 1804, F. I. lxxxii. Rapp. Tronchet dénonçant, dans un discours hostile au rétablissement des rentes foncières, le risque que le code fût embarrassé d'une multitude de règles dont il aurait fallu le surcharger (Discussion au Conseil d'Etat, 15

était demeuré intransigeant et avait tenu l'uniformité de la loi civile comme un dogme politique intangible. Il est bien établi aujourd'hui qu'il n'entraîna pas dans ses vues de demeurer hermétiquement fermé aux particularismes locaux¹. A travers le dispositif du Code civil, il apparaît plutôt porté à consacrer un "compromis juridico-politique" selon l'expression de Joseph Goy². Le discours de Jaubert prononcé devant le Corps législatif le 30 ventôse an XII/21 mars 1804 sera des plus explicites : « Toutes les fois que l'équité naturelle ou les considérations d'ordre public ne commandent pas l'adoption d'un principe préférablement à tout autre, il a respecté les diverses habitudes, en laissant à tous la faculté de faire les stipulations qui peuvent le mieux convenir à leur position et à leurs goûts. Il arrivera par-là que les habitants du midi et ceux du nord pourront, sur plusieurs points, rester attachés à leur tradition, ou s'emprunter mutuellement leurs usages. »³ Et l'orateur d'enchaîner immédiatement : « Un exemple frappant de la prévoyance de la loi se montre dans la matière des conventions matrimoniales. »⁴. Sous la double réserve énoncée par le tribun, les volontés individuelles auraient dorénavant le champ libre. De la sorte, à l'ancienne diversité territoriale pouvait se substituer une diversité conventionnelle⁵. Pour s'en tenir aux demandes des tribunaux touchant directement ou indirectement à l'exploitation des fonds agricoles, le Code civil permettait de faire un aîné (par contrat de mariage ou testament)⁶ ou de constituer une communauté pour assurer la pérennité d'un domaine rural et de passer des contrats de mise en valeur des terres conformes aux nécessités et habitudes locales d'autant que l'article 530 C. civ. levait sans ambiguïté la prohibition des rentes foncières⁷. En l'espèce, manifestement les vues du législateur et de magistrats de différents tribunaux avaient convergé, elles pouvaient aussi diverger.

B. La délégation de la loi aux usages locaux

Un certain nombre d'articles du projet de la commission renvoyait expressément aux usages locaux dans diverses matières : le droit de l'usufruitier de procéder à des coupes de bois de taillis et de haute futaie ou de prendre des échelas dans les bois⁸, l'indemnité due en cas d'exhaussement

ventôse an XII/6 mars 1804, F. XI 60), l'idéal d'un code simple et accessible aux citoyens aurait été manqué. Sur le refus de procéder à une révision générale à l'issue des travaux : J.-FR NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, p. 222-223.

¹ Entre autres : J. GOY, *Le paradoxe de la codification* précité, p. 258, J.-L. HALPERIN, *ibid.*, pp. 251-252, J.-FR. NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, p. 106. Il faut aussi rappeler qu'à l'instigation de Portalis, le Livre préliminaire (tit. I^{er}, art. 4 et 5, F. I 4 précité) laissait place à la coutume en l'érigeant expressément en supplément des lois, J. POUMAREDE, *op. cit.*, pp. 178-179 et cf. *infra* II B 2°, pp. 41 et s.

² *Ibid.*

³ Présentation du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français, F. I cxii-cxiii.

⁴ F. I cxiii.

⁵ N. ARNAUD-DUC, Le droit et les comportements, la genèse du titre V du livre III du Code civil : les régimes matrimoniaux dans *La famille, la loi, l'Etat* (textes réunis et présentés par I. THERY et C. BIET) précité, p. 192.

⁶ Notamment J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 118.

⁷ Art. 530 C. civ. : « Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable.

Il est néanmoins permis aux créanciers de régler les clauses et conditions du rachat.

Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute stipulation contraire est nulle. »

Sur la discussion et l'adoption de cette disposition (15 ventôse an XII/6 mars 1804– 30 ventôse an XII/21 mars 1804) : F. XI 56-76, plus particulièrement sur la passe d'armes entre conseillers d'Etat : F. XI 56-71, en dernier lieu : E. BECQUET, *op. cit.*, p. 315-320. S'il faut en croire Maleville : « La presque universalité des terres, dans le midi de la France, était possédée à ce titre » F. XI 59, rapp. Pelet, F. XI 60-61.

⁸ Liv. II, tit. III, art. 15, 16 et 19, F. II 110, comp. art. 590, 591 et 593 C. civ.

d'un mur mitoyen¹, le privilège du bailleur sur les meubles du preneur², la recherche d'intention des parties³, l'étendue de la garantie des vices cachés⁴, le délai de l'action en résolution du contrat de vente pour vices rédhibitoires⁵ et dans la matière du contrat de bail : les modalités de la sanction de l'interdiction de sous-louer ou de céder le bail d'une maison⁶, le délai d'exercice du droit de congé en cas de bail sans écrit d'une maison d'habitation⁷, la tacite reconduction des baux à ferme et de maison ou appartement⁸, les réparations locatives⁹, les modalités de l'évaluation de l'indemnité due par le bailleur en cas d'éviction du locataire par l'acquéreur du bien loué et le délai d'exercice du droit de congé en ce cas¹⁰, le délai d'exercice du droit de congé accordé en cas de reprise par le bailleur en vue d'habitation¹¹ et l'obligation du fermier de laisser à son successeur les logements convenables ainsi que toutes facilités pour la consommation des fourrages et les récoltes restant à faire¹².

A leur propos, Jacques Poumarède a écrit : « Cette délégation légale aux usages a été faite sans véritable débat et sans que les codificateurs ne prennent le soin d'en définir les termes, tant il leur paraissait évident qu'«une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discipline des hommes instruits et à l'arbitraire des juges». »¹³. Quoique distribuée avec parcimonie, elle suscita la contestation d'un nombre important de tribunaux attachés à un culte de la loi hérité des Lumières et, pour quelques-uns, fort peu enclins à transiger. Le ton était donné par le Tribunal d'appel de Limoges. Il faisait grief à cette délégation d'être une inopportune « condescendance pour les habitudes particulières. »¹⁴ Ils n'emportèrent pas la conviction des

¹ Liv. II, tit. III, art. 17, F. II 117. Cette délégation était supprimée dans le projet de loi proposé par Treilhard à la discussion du Conseil d'Etat lors de la séance du 4 brumaire an XII/27 octobre, F. XI 248. Elle ne suscita aucun commentaire tout au long des travaux préparatoires. Sans doute parut-il à tous plus légitime d'évaluer un préjudice « suivant la valeur » plutôt que « suivant l'usage ». Comp. art. 658 C. civ.

² Liv. III, tit. VI, art. 8-3°, F. II 212. Cette délégation fut supprimée, car devenue sans objet, en raison d'une modification radicale du dispositif sur cette matière. La nouvelle mouture de l'article fut présentée par Treilhard au Conseil d'Etat lors de la séance du 3 ventôse an XII/23 février 1804, art. 10-1° du projet de loi, F. XV 327-328, comp. art. 2102-1° C. civ..

³ Liv. III, tit. II, art. 33, 55 et 56, F. II 163-164 et 167, comp. art. 1135, 1159 et 1160 anc. C. civ.

⁴ Liv. III, tit. XI, art. 62, F. II 342-343, comp. art. 1641 C. civ. Le dernier alinéa de l'article sur l'étendue de la garantie des vices cachés (« Le tout néanmoins suivant les circonstances et les usages des lieux. ») fut également amendé au cours des travaux préparatoires (art. 60 du projet présenté par Galli au Conseil d'Etat lors de la séance du 30 frimaire an XII/22 décembre 1804, F. XIV 12). En effet, il parut faire double emploi, ainsi que l'expliquait le tribun Grenier devant le Corps législatif, séance du 15 ventôse an XII/6 mars 1804, F. XIV 199. « Il a donc suffi de dire, comme on le voit dans l'article 67 [F. XIV 100-101 conforme à l'article 69 du projet initial], que l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant leur nature et l'usage des lieux où la vente a été faite. »

⁵ Liv. III, tit. XI, art. 69, F. II 343, comp. art. 1648 C. civ.

⁶ Liv. III, tit. XIII, art. 15, F. II 353. Cette délégation fut supprimée, car devenue sans objet, en raison d'une modification radicale du dispositif sur cette matière. La nouvelle mouture de l'article fut présentée par Galli, lors de la séance du 9 nivôse an XII/31 décembre 1803, art. 12 du projet de loi, F. XIV 218-219, comp. art. 1764 C. civ. pour les baux à ferme.

⁷ Liv. III, tit. XIII, art. 19, F. II 353-354, comp. art. 1736 C. civ.

⁸ Liv. III, tit. XIII, art. 25 et 26, F. II 354-355. Cette délégation fut supprimée, car devenue sans objet, en raison d'une modification radicale du dispositif sur cette matière. La nouvelle mouture de l'article fut présentée par Galli, lors de la séance du 9 nivôse an XII/31 décembre 1803, art. 20, 21 et 23 du projet de loi, F. XIV 218-219, comp. art. 1738 et 1776 C. civ. pour les baux ruraux et art. 1738 et 1759 C. civ. pour les baux d'habitation.

⁹ Liv. III, tit. XIII, art. 42 et 43, F. II 357, comp. art. 1754 C. civ. Lors de la discussion au Conseil d'Etat, le dispositif fit l'objet d'un amendement à l'instigation de Bigot-Préameneu, le renvoi aux usages des lieux passa du dernier alinéa au premier. L'intention du législateur était de signifier que l'énumération des alinéas 2 et suivants n'était pas limitative et que les usages conservaient toute leur force (Discussion au Conseil d'Etat, séance du 9 nivôse an XII/31 décembre 1803, F. XIV 248-249).

¹⁰ Liv. III, tit. XIII, art. 59 et 61, F. II 359, comp. art. 1745 et anc. art. 1748 C. civ.

¹¹ Liv. III, tit. XIII, art. 57, F. II 359, comp. art. 1762 C. civ.

¹² Liv. III, tit. XIII, art. 65, F. II 360, comp. art. 1777 C. civ.

¹³ *Op. cit.*, p. 181 qui cite en l'occurrence le Discours préliminaire, F. I 469-470.

¹⁴ F. IV 5 précité.

législateurs, bien qu'au Conseil d'Etat, ils aient trouvé un Berlier sur la défensive face aux usages locaux. Non seulement les observations des tribunaux demeurèrent quasi lettre morte. Mais encore, à l'issue des discussions au Conseil d'Etat, le champ d'application des usages locaux se révéla plus étendu que dans le projet d'origine. Le fait est qu'à l'initiative du Conseil d'Etat, différents articles furent amendés pour y introduire des délégations de la loi aux usages locaux, à savoir des dispositions portant sur des servitudes (clôture forcée et précautions à prendre pour certains travaux et dépôts de nature à nuire à un fonds voisin)¹ et sur la durée des baux². Enfin furent encore ajoutées des dispositions inédites concernant une servitude (distance de plantations des arbres de haute tige)³ et l'action du bailleur contre le sous-locataire.⁴

Incontestablement, dans leur majorité, les législateurs ne s'étaient aucunement montrés réfractaires à cette délégation et avaient jugé même utiles d'introduire de nouvelles combinaisons de la loi et des usages locaux, nonobstant les observations des magistrats les plus légalistes. Ces derniers se heurtèrent à l'empirisme et au relativisme dont les quatre rédacteurs avaient déjà fait preuve⁵ et que partageaient les législateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal. Alors que l'hostilité à cette délégation aux usages locaux paraît avoir été une rémanence de l'esprit de système (1^o), leur affermissement dans le dispositif du Code procédait de l'esprit de modération (2^o).

1^o) La réprobation des délégations, rémanence de l'esprit de système

Peu après 1804, le Procureur général après la Cour de cassation, Merlin, devait soutenir avec intransigeance que depuis la loi du 30 ventôse an XII (art. 7), les usages locaux avaient été abolis, sauf délégation expresse du Code civil⁶. Dans les observations des tribunaux de Bordeaux, Bourges, Caen, Douai, Liège, Limoges, Lyon, Nancy, Paris, Poitiers, Rennes, Rouen et Toulouse⁷, la question ne s'était pas ramenée simplement à une alternative : abolition-délégation. Les renvois de la loi aux usages étaient matière à critiques dont la portée, il est vrai, pouvait varier d'un tribunal à l'autre. Au reste, d'autres juridictions ne formulaient aucune observation sur la matière⁸. *Rara avis*, le Tribunal d'appel de Montpellier proposait d'ajouter des cas de délégations en toute conformité avec ses idées sur la place des usages locaux dans le nouveau système juridique⁹.

Les tribunaux les plus rigides contestaient, pour ne pas dire blâmaient, que la loi elle-même pût instituer des usages locaux en source du droit à l'encontre du principe d'uniformité (a). A

¹ Projet initial : liv. II, tit. IV, art. 22 et 27, F. II 110-111 ; version du Conseil d'Etat, F. XI 295 et 297 ; adopté par le Corps législatif le 10 pluviôse an XII/31 janvier 1804, F. XI 340 ; comp. art. 663 et 674 C. civ.

² Projet initial : liv. III, tit. XIII, art. 20, F. II 354 ; version du Conseil d'Etat, F. XIV 219 ; adopté par le Corps législatif le 16 ventôse an XII/7 mars 1804, F. XIV 358 ; comp. art. 1757 et 1758 C. civ.

³ La disposition est apparue dans le projet soumis au Conseil d'Etat lors de la séance du 4 brumaire an XII/27 octobre 1803, F. XI 249-250 ; elle fut adoptée par le Corps législatif le 10 pluviôse an XII/31 janvier 1804, F. XI 340. Comp. art. 671 C. civ.

⁴ La disposition est apparue dans le projet soumis au Conseil d'Etat lors de la séance du 9 nivôse an XII/31 décembre 1803, F. XI 272 ; elle fut adoptée par le Corps législatif le 16 ventôse an XII/7 mars 1804, F. XI 358. Comp. art. 1753 C. civ.

⁵ J.-Fr. NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, p. 105.

⁶ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1815, tome XIV, v^o Voisinage, § IV, VI, pp. 682-687. Un arrêt de cassation, conforme à ses réquisitions, fut rendu le 16 mars 1813 (*ibid.* p. 687), il confirmait une autre décision de cassation en date du 31 décembre 1810 (*ibid.*, p. 686).

⁷ Les références seront données au fil du développement.

⁸ Néanmoins il peut être remarqué que l'arrêt cassé en 1810 (Ph. A. MERLIN, *ibid.*, pp. 685-686) émanait de la Cour impériale d'Aix qui avait admis la persistance d'un usage local en matière de services fonciers en statuant par analogie ; à notre connaissance, les observations du tribunal sur le projet de code ne comportaient aucun développement critique ou non sur les délégations de la loi aux usages.

⁹ En matière de servitudes : F. IV 435-437 (écoulement des eaux et irrigation, rapp. Supplément Sur le Code rural, F. IV 566 et 571) et F. IV 437-438 (mitoyenneté, rapp. Supplément Sur le Code rural, F. IV 586 sur le bornage) et en matière de baux : F. IV 461-462 (charge du curement des puits et des fosses d'aisance) et F. IV 462 (partage des bestiaux dans le bail à cheptel).

propos de dispositions ponctuelles, d'autres tribunaux relevaient sans virulence que certaines délégations ne s'imposaient pas rationnellement. En tous cas, les uns et les autres s'accordaient à réclamer qu'un dispositif légal fût substitué aux usages locaux (b).

a) En tout premier lieu, les observations de quelques tribunaux sur les articles 4 et 5 du titre I^{er} du Livre préliminaire¹ laissaient augurer d'une fondamentale hostilité aux délégations de la loi aux usages locaux. Dans un ordre républicain, la loi devait constituer la source exclusive du droit et son uniformité être confessée comme un dogme politique (Lyon et Rouen)² ; le moindre de leurs inconvénients n'était pas qu'ils auraient pour effet « d'affaiblir et d'énerver la force de la loi. » (Rouen)³ Pour cette raison, le Tribunal d'appel d'Amiens réclamait les suppressions du dernier membre de phrase de l'article 4⁴ et de l'intégralité de l'article 5⁵. Quant au tribunal parisien, il concluait son développement sur l'article 4 par une condamnation sans appel : « On pense donc qu'il ne doit pas être mention d'usages dans un code destiné à les remplacer par des lois uniformes et écrites. »⁶

Pour d'autres, plus précisément la consécration des usages locaux dans le code par le biais d'une délégation de la loi paraissait contraire à sa finalité même : une législation simple et uniforme (Bordeaux)⁷, destinée à faire disparaître la confusion engendrée par des usages nécessairement variables d'un lieu à un autre (Bourges et Amiens)⁸. Pour le Tribunal d'appel de Rennes, s'en remettre aux usages locaux revenait à « détruire l'uniformité si nécessaire dans les lois. »⁹ Le Tribunal d'appel de Bourges jugeait utile de rappeler que « l'uniformité de la loi est la base qu'on doit admettre. »¹⁰ Dans les observations du Tribunal d'appel de Lyon, la cause était entendue par avance, tant il était prévenu contre les usages. D'après lui, leur donner force aux lieu et place de la loi aurait immanquablement pour effet d'« anéantir sa disposition sage et expresse en renvoyant à un usage peut-être mauvais, et toujours moins précis, moins certain. »¹¹ C'est pourquoi, estimait-il, le législateur n'avait pas d'autre choix que de s'abstenir de procéder à des renvois « à des usages qui sont inutiles, s'ils sont conformes à la loi ; qui doivent être abrogés, s'ils leur sont contraires. »¹² Nul doute qu'un Portalis était porté à considérer ce genre de considérations comme une illustration révélatrice du « faux esprit philosophique » : « La fureur de tout généraliser rend ennemi des règles particulières, des restrictions, des extensions, des tempéraments d'équité qui semblent faire un art de la raison même. Comme on s'habitue à ne rien distinguer, on finit par ne plus rien connaître. On veut que le climat, que le caractère national, que toutes les circonstances s'aplanissent sous l'empire de quelque idée générale, que tout fléchisse devant une abstraction. »¹³ Cependant ces observations critiques des magistrats pouvaient trouver aussi une explication dans leur expérience

¹ Article 4 : « Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois. » ; article 5 : « La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune. », F. II 4 précité. Sur la critique du Livre préliminaire par les tribunaux en général : J. MOREAU-DAVID, *op. cit.*, pp. 149-153.

² Respectivement F. IV 27-28 et F. V 459-460 précités. Sur l'uniformité des lois, dogme politique *cf. supra* I^{ère} partie.

³ Rouen F. V 458-459.

⁴ « et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois. », F. III 125.

⁵ *Ibid.*

⁶ F. V 92.

⁷ F. III 176.

⁸ Respectivement F. III 248 (délai d'exercice du droit de congé) et F. III 140 (délai d'exercice du droit de congé) ; dans le même sens Paris F. V. 92 (sur l'article 4 du titre I^{er} du Livre préliminaire), rapp. Caen III 395-396 (développement introductif des observations).

⁹ Rennes F. V 395 (délai de l'action en résolution du contrat de vente pour vices rédhibitoires).

¹⁰ F. III 248 ((délai d'exercice du droit de congé).

¹¹ F. IV 186 (garantie des vices cachés).

¹² *Ibid.*

¹³ *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle* précité, tome 2, ch. XXXIV, p. 400 cité par J. FR. NIORT, Retour sur l'"esprit" du Code civil des Français précité dans *Les penseurs du Code civil* (ouvrage coordonné par CL. GAUVARD), Paris, 2009, p. 134.

personnelle ; elle les conduisait quelquefois à s'inquiéter de la ténacité, voire de la vitalité des usages dans leur ressort. Quel qu'ait pu être leur discours sur la rupture radicale et définitive qu'en théorie, la Révolution avait provoquée dans les sources du droit, les juges du Tribunal d'appel de Rouen avouaient redouter l'"influence des usages contraires" aux lois¹. De son côté, le Tribunal d'appel de Bourges s'alarmait de la mention "suivant l'usage des lieux" reproduite dans différents articles du projet : « Si on ne fait justice de ces mots répétés si souvent, les coutumes locales renaîtront comme par le passé. »² « Si on les conserve, la France va se couvrir encore de coutumes et d'usages différents. »³ avertissait-il encore. Pour conjurer le péril et promouvoir le règne de la loi, les tribunaux de d'Amiens, de Bourges, de Lyon ou encore de Nancy proposaient de "rayer", de "retirer" ou de "supprimer" cette mention "suivant les usages des lieux"⁴. Dès lors, il n'est pas indifférent de noter que le Tribunal d'appel d'Ajaccio pressait le législateur d'introduire une précision dans le futur corps de lois : « aucun usage *contra jus* ne devrait être admis. »⁵ Une observation de Tribunal de cassation est également à souligner. Bien qu'il n'ait formulé aucune critique sur les articles renvoyant aux usages locaux⁶, il posait néanmoins la question : « n'est-il pas utile d'exprimer formellement que les coutumes et usages ne doivent et ne peuvent être que le supplément des lois, pour mieux faire sentir qu'ils ne peuvent leur être contraires, ni les abroger ! »⁷ Les magistrats de ces tribunaux ne se cachaient pas la réalité et paraissaient bien tenir pour vérité établie un constat -sociologique avant la lettre ?- émanant du Tribunal d'appel d'Agen : « les usages ne viennent qu'à défaut de la loi ; ils la suppléent d'abord et finissent par la tuer. »⁸.

Dans ces conditions, pour parer la menace, les tribunaux rouvraient, pour autant qu'il ait été jamais fermé, le procès des usages. Loin d'être inédits, les griefs développés n'en présentaient pas moins une certaine originalité : ils résultaient clairement d'une réflexion fondée sur une pratique judiciaire éprouvée. Très certainement les magistrats escomptaient que leurs observations trouveraient quelque résonance auprès d'autres hommes de lois parmi les législateurs. Ainsi reprochaient-ils aux usages locaux de constituer une source de procès de la mesure où la preuve de leur existence donnerait lieu à un abondant contentieux, à une "foule de procès" selon les tribunaux d'appel de Bourges et de Paris⁹. D'une part ces litiges seraient "très dispendieux"¹⁰. D'autre part l'usage local étant qualifié de « recueil de faits parmi lesquels ils s'en trouvent, presque toujours, quelques-uns de contradictoires »¹¹, il n'y aurait d'autre ressource que de recourir à la preuve

¹ F. V 541 (observation d'ordre général à propos de la résolution des contrats). Cette influence lui apparaissait d'autant plus probable que par le jeu du respect des droits acquis, qu'il s'agit de servitudes ou d'obligations conventionnelles, les anciens usages seraient bien loin de disparaître de la pratique. Sur la persistance des anciens usages et les éventuels conflits de lois dans le temps, notamment Caen (sur les marques de mitoyenneté) F. III 410 ou encore Toulouse (sur les servitudes en général), F. V 572 et 574.

² F. III 247 (délai de l'action en résolution du contrat de vente pour vices rédhibitoires).

³ F. III 235 (privilège du bailleur sur les meubles).

⁴ Amiens, Bourges, Lyon et Nancy sur l'article relatif à la garantie des vices cachés (F. III 139, 140 et 246, F. IV 186 et F. V 615), Amiens sur l'article relatif aux réparations locatives (F. III 140), Amiens sur l'article relatif à l'indemnisation du locataire évincé (F. III 140), Amiens sur l'article relatif au délai de l'action en résolution du contrat de vente pour vices rédhibitoires (F. III 139).

⁵ F. III 118 (sur l'article 5 du titre I^{er} du Livre préliminaire).

⁶ F. II 543, 549, 585, 587, 653, 724, 730 et 731.

⁷ F. II 415. En conséquence, il proposait la rédaction suivante : « Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui ne peuvent et doivent être que le supplément des lois. », *ibid.*

⁸ F. III 23 (garantie des vices cachés).

⁹ F. III 235 (privilège du bailleur sur les meubles) et F. V 92 (observation sur l'article 4 du titre I^{er} du Livre préliminaire) ; rapp. Bordeaux F. III 176 (impl.)

¹⁰ Limoges F. IV 4 (développement introductif des observations) ; dans le même sens Liège F. III 629 (délai de l'action en résolution du contrat de vente pour vices rédhibitoires)

¹¹ Limoges *ibid.*

testimoniale¹. Cette dernière était décrite comme « sujette à beaucoup d'inconvénients »² et dangereuse³, spécialement à cause des risques de fraudes provoquées par « la facilité de se procurer des certificats, de faire entendre des témoins, etc. »⁴ Le Tribunal d'appel de Paris dénonçait une matière à chicanes qui aurait pour conséquence un encombrement du Tribunal de cassation du fait d'une multiplication « de pourvois en cassation sous le prétexte qu'on les aura violés ? »⁵ Et que décider en l'absence d'un usage dans un ressort considéré ? Le Tribunal d'appel de Grenoble s'interrogeait à propos de l'indemnité en raison de l'exhaussement d'un mur mitoyen, il proposait que la loi consacrait l'usage le plus commun⁶ et, plus loin, à propos des précautions à prendre pour la réalisation de travaux et dépôts susceptibles d'être nuisibles à un fonds voisin, il suggérait de « donner la coutume de Paris pour règle et d'en transcrire les articles dans le code civil. »⁷ À l'inverse, que juger, lorsque dans un même ressort, les usages variaient d'un lieu à un autre ? Le Tribunal d'appel de Bourges posait la question à propos du délai de congé du locataire en cas de bail sans écrit⁸. Quant au Tribunal d'appel de Douai, il rapportait que dans le département du Pas-de-Calais, s'agissant de la garantie des vices cachés et du délai de l'action en résolution du contrat de vente pour vices rédhibitoires, « l'usage, sur ce point, varie d'une commune à l'autre ; on peut y compter trente à quarante usages différents. Appellera-t-on *usage* celui d'une seule commune contrarié par l'usage de la commune voisine ? Ou donnera-t-on seulement ce nom à ce qui se pratique uniformément dans un arrondissement, dans un département ou dans le ressort d'un tribunal d'appel ? »⁹ Un dernier grief n'était pas le moindre, puisqu'il touchait à l'ordre politique. Les jugements rendus par les tribunaux sur les usages risquaient d'affecter gravement le respect dû à la majesté de la justice. En effet les usages locaux généreraient des litiges mettant aux prises des citoyens souvent peu avertis des subtilités juridiques. Or « les tribunaux seraient souvent obligés de rendre, à la même audience, des jugements différents sur des procès ayant le même objet ; et, quoique la loi eût été observée dans leurs décisions fondées sur les usages locaux, elles seraient improuvées par tous les hommes peu instruits devant lesquels la prononciation en serait faite ».¹⁰ Dès lors les magistrats de Limoges tranchaient : « le tribunal pense qu'il vaudrait mieux fixer uniformément les choses que l'on soumet à l'usage. »¹¹

b) En 1804, dans son rapport sur le titre De la distinction des biens, après s'être félicité que « les dispositions relatives aux personnes sont maintenant uniformes dans toute l'étendue de la République », Goupil-Préfeln enchaînait : « Ce bienfait serait incomplet si la même uniformité n'existait pas dans les règles qui doivent constituer la base primordiale de l'ordre social, la propriété, et garantir la jouissance dans leur plénitude des droits qui en résultent. »¹² Il semble bien que quelques temps auparavant, cette opinion était assez généralement répandue au sein des tribunaux. Pour de nombreux magistrats, l'uniformité de la loi civile devait être la règle en matière de propriété et par-delà, dans les manières dont on acquérait et disposait de la propriété. Ainsi le Tribunal d'appel d'Agen proclamait : « il ne faut laisser régler par l'usage rien de ce qui peut être réglé par la loi. »¹³ Il n'avait pas à craindre d'être contredit par le Tribunal d'appel de Toulouse qui affirmait

¹ Limoges *ibid.* De son côté, dans son observation sur l'article 5 du titre I^{er} du Livre préliminaire, le Tribunal d'appel d'Ajaccio exposait : « Il conviendrait de fixer la manière de constater la réalité des usages. »

² Limoges *ibid.*

³ Bourges F. III 246 (garantie de vices cachés).

⁴ Bourges *ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ F. III 547.

⁷ F. III 548.

⁸ F. III 248.

⁹ F. III 526.

¹⁰ Limoges F. IV 4 (développement introductif des observations).

¹¹ *Ibid.*

¹² Rapport fait au Tribunat sur le titre De la distinction des biens (26 nivôse an XII, 17 janvier 1804), F. XI 42.

¹³ F. III 23 (délai de l'action en résolution du contrat de vente pour vices rédhibitoires).

dans le même sens : « il est inutile de s'en référer à l'usage des lieux, lorsqu'on peut établir une règle générale. »¹

A défaut de définir précisément l'empire de la loi, ces considérations générales dénotaient un état d'esprit porté à réduire à la portion congrue les délégations aux usages locaux. Si transaction il y aurait, le partage serait léonin. Ainsi, par exemple, puisqu'ils touchaient directement à la propriété, les servitudes et les services fonciers étaient volontiers regardés comme relevant par nature de la loi. Ainsi le Tribunal d'appel de Toulouse entendait que « tout ce qui relève, tout ce qui a trait aux servitudes en général », qu'il s'agit des « servitudes qui dérivent de la situation des lieux »² ou des « servitudes établies par la loi pour l'utilité des particuliers »³, fût réglé par le Code civil⁴. Pour leur part, les tribunaux d'Agen et de Douai ne se faisaient pas faute de rappeler que le projet de la commission prévoyait expressément que certaines servitudes seraient régies par la loi, plus particulièrement par le futur code rural⁵. Entrant dans les mêmes vues, les tribunaux d'appel d'Amiens et de Grenoble jugeaient que la question aussi ponctuelle de l'indemnité en réparation des incommodités créées par les travaux d'exhaussement d'un mur mitoyen ressortissait de la loi plutôt que des usages locaux⁶.

Par ailleurs, peut-être une réminiscence d'un passé récent qui faisait du législateur le maître de l'espace et du temps, une opinion assez commune tenait qu'il appartenait à la loi d'en donner la mesure. C'était ainsi qu'en matière de mitoyenneté, à propos de la distance à respecter pour les constructions susceptibles de nuire au voisin., le Tribunal d'appel d'Amiens, suivi en cela par les juridictions de Grenoble, Lyon, Rennes et Toulouse, posait un principe : « le code civil doit fixer la distance [...] pour que la même règle soit exactement observée partout. »⁷ D'une manière générale, indépendamment de leurs observations sur les délégations de la loi aux usages locaux, les tribunaux de Toulouse et de Montpellier (sous certaines réserves) en tiraient la conséquence pratique que les distances des plantations et des constructions ainsi que la hauteur des clôtures (mur ou haies vives) devaient être décidées par la loi⁸. Pareillement la plupart des tribunaux affirmaient que la loi devait donner la mesure du temps. Le Tribunal d'appel de Poitiers se montrait des plus péremptores : « elle [la loi] pourrait fixer le délai pour le congé, parce qu'il n'y a aucun intérêt direct de localité dans cette espèce de prescription, s'il est permis de se servir de ce terme ; la durée des actions est entièrement du ressort de la loi. »⁹ Des juridictions en nombre faisaient chorus. Les dispositions du projet touchant aux délais et durées dans le contrat de bail et le contrat de vente étaient

¹ F. V 618 (sanction de l'interdiction de sous-louer ou de céder le bail d'une maison et délai d'exercice du droit de congé en cas de bail sans écrit)

² Sect. 1 du chapitre 1 du titre IV du livre II du projet, F. II 115-116, cf. art. 640-648 C. civ.

³ Sect. 2 du chapitre 2 du titre IV du livre II, F. II 116-120, cf. art. 653-685 C. civ.

⁴ F. V 572.

⁵ Respectivement F. III 12 et 514 renvoyant à l'article 11 du chapitre 2 du titre IV du livre II (F. II 116, cf. art. 652 C. civ.). Cette disposition portait sur des servitudes relatives aux murs et fossés mitoyens, aux contre-murs, aux égouts des toits et au droit de passage.

⁶ Respectivement F. III 133 (invitant le législateur à fixer l'indemnité « selon la valeur ») et F. III 547 (invitant le législateur à fixer l'indemnité au sixième du coût total « selon l'usage le plus commun »).

⁷ Amiens F. III 7 ; Grenoble F. III 548 (suggérant de se référer à la coutume de Paris, cf. art. 188-192 et 217 de la nouvelle coutume de 1580, CH. A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, tome III, pp. 44 et 45 ; Lyon F. IV 106-107 (invitant le législateur à fixer la distance à deux mètres) ; Rennes F. V 353 (renvoyant au projet de Cambacérès, cf. III^{ème} projet de code civil, art. 458 fixant la hauteur à 6 pieds deux pouces, environ 2 mètres, F. I 249) ; Toulouse F. V 573. Comp. art. 674 C. civ.

⁸ Respectivement F. IV 572 impl. et 573-574. Le Supplément des observations du tribunal montpellierain (F. IV 585-588) considérait que « les servitudes rurales et les obligations résultant du voisinage des fonds sont aussi la matière naturelle du règlement général que la loi doit donner à l'agriculture. » (585-586). Mais un départ était à opérer entre les prescriptions à portée générale relevant du futur code et les autres touchant aux « convenances particulières des localités » (*ibid.* 588 impl.), les usages locaux devant être maintenus, le cas échéant, par exemple pour le bornage des fonds contigus, *ibid.* 586). Sur la doctrine du Tribunal d'appel de Montpellier posant le principe de l'uniformité de la loi civile non exclusive d'exceptions, cf. *supra* II A, pp. 24 et s.

⁹ F. V 316 (délai d'exercice du droit de congé en cas de bail sans écrit).

véritablement passées au crible de la critique. La substitution de la loi aux usages étaient exigées pour la durée du temps nécessaire à la relocation (Amiens, Toulouse)¹, les différents délais d'exercice du droit de congé (Agen, Amiens, Bourges, Orléans, Poitiers, Toulouse)², la durée du congé retenue pour l'évaluation de l'indemnité du locataire évincé par un acquéreur (Agen et Toulouse)³, le délai de l'avertissement-congé pour empêcher la tacite reconduction, la durée du bail en cas de tacite reconduction (Amiens, Caen, Lyon, Rennes et Toulouse)⁴ et enfin la durée du bail en cas de tacite reconduction (Toulouse)⁵. En matière du contrat de vente, le délai de l'action en résolution pour vices rédhibitoires tombait également sous les foudres des magistrats (Agen, Amiens, Bordeaux, Bourges, Caen, Douai, Liège, Lyon, Nancy, Orléans, Poitiers, Rennes, Rouen et Toulouse)⁶. « Pour l'intérêt du commerce comme pour celui de la justice, il faut, à cet égard, un règlement général. » justifiait le tribunal rouennais⁷.

Au reste, pour les mêmes raisons, les tribunaux ne se satisfaisaient pas non plus du renvoi aux usages locaux pour la définition des vices cachés, ils attendaient une définition légale (Agen, Amiens, Bourges, Douai, Lyon, Nancy et Toulouse)⁸. Farouches tenants de l'asservissement des magistrats à la loi, ils considéraient résolument que la sécurité juridique des citoyens passait par l'incorporation dans le Code civil de définitions précises, d'une rigueur mathématique, ... aux antipodes d'usages tenus pour incertains et divers⁹. Partant de là, d'autres dispositions portant une délégation de la loi aux usages ne pouvaient pas non plus échapper à la censure. Ainsi en était-il de la définition des réparations locatives (Agen, Amiens et Toulouse)¹⁰ et, dans un tout autre registre, de celle du privilège du bailleur d'immeubles sur les meubles garnissant le bien loué (Bourges, Lyon et Toulouse)¹¹.

La vérité est que sur les treize articles du projet renvoyant aux usages (si l'on excepte les dispositions relatives à la recherche de l'intention des parties dans les conventions)¹², tous ont fait l'objet d'une réprobation par un tribunal ou par un autre. Cependant l'étendue de la défaveur variait selon les juridictions, le culte de la loi n'était pas pratiqué avec la même ferveur dans toute la

¹ Amiens III 140 (suggérant au législateur de fixer le délai en fonction de « l'importance de la maison louée ») et Toulouse F. V 618.

² En cas de bail sans écrit : Agen F. III 24, Amiens F. III 140, Bourges F. III 248 (suggérant au législateur de fixer le délai en fonction de « la population des lieux, la nature de l'objet et l'importance du prix »), Orléans F. V 83 (suggérant au législateur de fixer le délai en fonction de la population des lieux et du prix des loyers), Poitiers F. V 316 et Toulouse F. V 618.

En cas de reprise du bien loué par l'acquéreur : Agen F. III 24, Amiens F. III 140 et Toulouse F. V 620.

En cas de reprise du bien loué par le bailleur : Agen, Amiens et Toulouse *ibid*.

³ *Ibid*.

⁴ Amiens F. III 140, Caen F. III 455, Lyon F. IV 200, Rennes F. V 395-396 et Toulouse F. V 619.

⁵ *Ibid*.

⁶ Agen F. III 23, Amiens F. III 139, Bordeaux F. III 201, Bourges F. III 246-247, Caen F. III 452, Douai F. III 526, Liège F. III 629, Lyon F. IV 186 (suggérant au législateur de fixer le délai à une décade), Nancy F. IV 615, Orléans F. V 83 (suggérant au législateur de fixer le délai en fonction de la nature de la chose et des vices), Poitiers F. V 316, Rennes F. V 394-395 (suggérant au législateur de fixer le délai en fonction de la nature des vices), Rouen F. V 540 (suggérant au législateur de fixer le délai en fonction de la nature des vices) et Toulouse F. V 616 (suggérant au législateur de fixer le délai en fonction de la nature des vices).

⁷ F. V 540.

⁸ Agen F. III 23 (impl.) et Amiens F. III 139., Bourges F. III 246, Douai F. III 526, Lyon F. IV 186, Nancy F. IV 615 (suggérant au législateur de renvoyer à la prudence du juge) et Toulouse F. V 615.

⁹ Cf. notre article *Juge et partie. Les observations des tribunaux sur l'application et l'interprétation du futur Code civil (1801)* précité, pp. 129-131.

¹⁰ Agen F. III 24, Amiens F. 140 et Toulouse F. V 619.

¹¹ Bourges F. III 235 (suggérant au législateur de se référer à la population des villes et à l'importance des objets affermés à propos du délai visé dans l'article), Lyon F. IV 237 et Toulouse F. V 589 (suggérant au législateur de fixer des règles uniformes sauf « dans les cas extraordinaires, par exemple à l'égard des loyers des boutiques, pendant la durée de certaines foires »).

¹² Quand des magistrats s'intéressaient à la matière, ils faisaient porter leurs observations sur le respect de la volonté des parties, voir notamment Amiens F. III 136 et Lyon F. IV 130.

République. Deux tendances se dégagèrent. Une première série d'observations faisait apparaître des magistrats ne se résignant pas au fait que les usages locaux pussent entreprendre sur le domaine de la loi et portassent atteinte à l'uniformité de la législation civile. Ainsi certains tribunaux se livraient à une recherche systématique des articles du projet renvoyant aux usages (Agen, Amiens et Toulouse)¹, parfois sans cacher leur agacement (Agen)². Dans le même esprit, quelques autres portaient leurs critiques sur un nombre plus restreint de dispositions (Bourges, Lyon, Paris, Rennes, Rouen)³, mais elles apparaissaient comme des illustrations de leurs déclarations de principe hostiles aux coutumes et aux usages⁴. Si tous ces tribunaux pouvaient souffrir éventuellement qu'une transaction pût être opérée en incorporant les coutumes et les usages dans le futur corps de loi⁵, ils répugnaient à admettre qu'ils vissent en concours, en concurrence, avec la loi. Une seconde série d'observations faisait découvrir des magistrats dont les représentations politiques étaient sans doute plus flexibles. Elles se limitaient à quelques articles, un, deux, trois exceptionnellement (Bordeaux, Caen, Douai, Grenoble, Liège, Montpellier, Nancy, Orléans, Poitiers)⁶. Généralement elles avaient trait aux dispositions relatives à la garantie des vices cachés et à l'action en résolution du contrat de vente pour vices rédhibitoires⁷. En l'occurrence "l'intérêt du commerce" leur semblait justifier l'unité de la loi pour "toute la république" (Liège, Poitiers)⁸. S'agissant des autres délégations du projet, il semble licite de considérer qu'à l'instar des tribunaux muets sur l'ensemble de la matière, ils ne trouvaient rien à redire. Ils ne faisaient pas leur observation du Tribunal d'appel de Toulouse qui résonnait comme une sommation faite au législateur : « il convient que le Code pose des règles uniformes et qu'il entre dans tous les détails nécessaires. »⁹.

2°) Le raffermissement des délégations, expression de l'esprit de modération

"Entrer dans tous les détails nécessaires". Relevant comme d'autres¹⁰ que les rédacteurs avaient omis de fixer les distances de plantation des haies et des arbres entre des fonds voisins, le Tribunal d'appel de Lyon proposait une disposition ainsi conçue :

« Nul ne pourra planter à l'avenir sur son héritage une haie vive, qu'à la distance de six décimètres trois quarts (deux pieds) du fonds de son voisin. Toute haie entre deux héritages est présumée mitoyenne, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

Si le propriétaire de l'un des deux héritages, a joui de ladite haie pendant le temps nécessaire pour prescrire, il est propriétaire de la haie, quand même le propriétaire du fonds voisin allèguerait, après que la prescription est acquise, l'existence d'une borne qui paraîtrait lui donner la propriété ou la copropriété de la haie. Nul ne peut planter des arbres sur son héritage

¹ Agen : 8 occurrences (F. III 12, 23 et 24) ; Amiens : 11 occurrences (F. III 133, 139 et 140) et Toulouse : 17 occurrences (F. IV 572, 573, 574, 589, 616, 618, 619, 620).

² « Encore l'usage ... Est-il donc impossible de régler uniformément le temps de relocation ! Quelle que soit la règle, on s'y conformera ; mais il en faut une. », F. III 24.

³ Bourges : 4 occurrences (F. III 235, 246, 246-246 et 248-249) ; Lyon : 5 occurrences (F. IV 106-107, 186, 200 et 237) ; Paris : 1 occurrence (F. V 92) ; Rennes : 4 occurrences (F. V 353, 294-395 et 395-396) ; Rouen : 1 occurrence (F. V 540).

⁴ Cf. *supra* pp. 36-38.

⁵ Cf. *supra* II A 2°), pp. 27 et s.

⁶ Bordeaux : 1 occurrence (F. III 201) ; Caen : 2 occurrences (F. III 452 et 455) ; Douai : 3 occurrences (F. III 514 et 526) ; Grenoble : 2 occurrences (F. 548) ; Liège 1 occurrence (F. III 629) ; Montpellier : 2 occurrences (F. IV 585-588) ; Nancy : 2 occurrences (F. V 615) ; Orléans : 2 occurrences (F. V 83) ; Poitiers : 2 occurrences (F. V 316).

⁷ Bordeaux, Caen, Douai, Nancy, Orléans, Poitiers, *ibid.*

⁸ *Ibid.* L'intérêt du commerce était explicitement mis en avant par le tribunal de Rouen, F. V 540 précité.

⁹ F. V 616 (à propos de la garantie des vices cachés).

¹⁰ T. cass (F. II 549), Amiens, Douai, Grenoble (respectivement F. III 133, 514 et 548), Montpellier (F. IV 587-588), Toulouse (F. V 573).

qu'à la distance de six mètres et demi du fonds de son voisin, si ce sont des noyers, chênes, châtaigniers, ormes, frênes, tilleuls, peupliers, aunes, bouleaux, trembles, et autres arbres de bois dur ou de bois blanc, portant un grand ombrage ; et à la distance de trois mètres, si ce sont des cerisiers, pommiers, poiriers, abricotiers, etc., à la seule exception des amandiers, pêchers et saules, qui peuvent être plantés à cinq pieds.

Demeurent exceptés

- 1° les arbres d'espalier, qui peuvent être placés contre le mur mitoyen ;
- 2° Tous les arbres fruitiers, nains ou à mi-vent, qui peuvent être placés à deux pieds de l'héritage voisin ;
- 3° La vigne, qui peut être plantée à un pied de la vigne voisine ;
- 4° Les arbres qui sont plantés ou élevés de bois à bois, qui peuvent être placés ou rester près de la limite ;
- 5° Les arbres qui sont plantés au bord des ruisseaux et des chemins de communication et vicinaux, qui peuvent être plantés à l'extrémité de l'héritage, à quelque distance qu'il soit de celui dont le chemin ou le ruisseau le sépare.

Quant aux arbres à planter le long des grandes routes, on doit se conformer aux règlements de la voirie. »¹

Elle était à mille lieues de la discipline que s'étaient imposé les législateurs : la sobriété de la loi². De ce point de vue, la proposition du Tribunal de cassation sur le même sujet entraînait bien mieux dans leurs vues, dans le fond et la formulation : « Les plantations de haies et d'arbres de différente nature ne peuvent également être faites près d'un héritage ou mur voisin qu'en observant sur les distances les usages et règlements particuliers. »³ En vérité, la doctrine des tribunaux d'appel critiques et celle des législateurs ou, peut-être plus précisément leurs états d'esprit, différaient considérablement sur cette question des délégations. Très schématiquement, d'un côté les positions des magistrats paraissaient parfois frappées au coin du dogmatisme, de l'autre, les sentiments des législateurs portaient plutôt l'empreinte du pragmatisme. Pour ces derniers, la transaction entre la loi et les usages locaux sous la forme d'une délégation paraissait légitime comme inscrit dans l'ordre des choses, les compromis législatifs leur paraissaient ressortir de la nature même du ministère du législateur. Dans un exposé des motifs prononcé devant le Corps législatif en 1801, Portalis exprimait leur sentiment le plus clairement. Sous les auspices de Montesquieu, il faisait savoir : « On n'a pas perdu de vue qu'il ne suffit pas à législation de faire de bonnes choses, qu'il faudrait encore n'en faire que de convenables ; que l'esprit de modération est le véritable esprit du législateur et que le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites. »⁴

Si on ose dire, les législateurs retinrent bien la leçon. Après des discussions ni vives ni longues au Conseil d'Etat, les dispositions des projets de loi concernant les délégations aux usages locaux furent adoptées sans difficulté par le Tribunat et le Corps législatif. En pratique, il n'y eut guère d'échanges sur cette question que lors des séances du Conseil d'Etat des 27 octobre et 31 décembre 1803, lorsque vinrent en discussion les articles relatifs à deux servitudes (clôture forcée et précautions à prendre pour certains travaux et dépôts de nature à nuire à un fonds voisin) d'une part et d'autre part au délai d'exercice du droit de congé en cas de bail sans écrit et aux réparations

¹ F. IV 105-106, rapp. Montpellier, *ibid.*

² Nous empruntons l'expression à B. BEIGNIER, Portalis et le droit naturel dans le Code civil, R.H.F.D., 1988, 6, p. 100.

³ F. II 549.

⁴ Présentation et exposé des motifs devant le Corps législatif du Titre préliminaire De la publication, des effets et de l'application des lois en général (3 frimaire en X/24 novembre 1801), F. VI 42. Le livre XXIX, I de l'*Esprit des lois* débutait ainsi : « Je le dis, et il me semble que je n'ai fait cet ouvrage que pour le prouver : l'esprit de modération doit être celui du législateur : le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites ».

locatives¹. Ce fut alors l'occasion pour Berlier de se singulariser en se posant en ultime défenseur de "l'uniformisme légaliste républicain"². A l'inverse des autres législateurs, il ne cachait pas (ou mal, à dessein) ses réserves, rejoignant en cela la position de certains tribunaux d'appel. De toute évidence, ces délégations heurtaient ses convictions politiques, spécialement sa conception de la loi, lui l'ancien membre du Comité de salut public et représentant en mission en 1793. L'uniformité de la législation civile devait demeurer un dogme dont il jugeait préférable de ne pas s'écarter. Mais, dans la conjoncture née du 18-Brumaire, peut-être savait-il par avance que sa voix ne pourrait guère être entendue. Car, face à lui, il aurait à batailler contre Bigot-Préameneu, Treilhard et Galli, trois de ses collègues de la section de législation du Conseil d'Etat au sein de laquelle siégeait également Portalis³.

Lors de sa première intervention, Berlier objecta que l'article concernant les constructions susceptibles d'être nuisibles au fonds voisin : « n'est qu'un renvoi pur et simple aux usages, statuts locaux, ce qui éloigne du but qu'on s'est proposé dans le code civil. » Il continua en soutenant que d'après lui, leur variété n'était pas si grande qu'on ne pût les assujettir à une règle commune et uniforme et que finalement « ce serait au moins un point à examiner. »⁴ Son invitation à ouvrir le débat ménageait aux éventuelles oppositions la possibilité de se manifester. Mais Treilhard coupa court aussitôt en rétorquant : « qu'on ne peut établir une règle uniforme, parce qu'on ne construit pas partout avec les mêmes matériaux et d'après les mêmes principes. » Le procès-verbal d'enchaîner : « l'article est adopté. »⁵ ! Une nouvelle occasion se présenta à Berlier de développer son point de vue. Non seulement il avait été nommé avec Regnaud et Jollivet⁶ pour présenter au Corps législatif le projet de loi sur les servitudes et services fonciers (livre II, titre IV), mais encore il avait été désigné pour en faire l'exposé des motifs⁷. Peut-être ce choix d'un Berlier acquiesçant bon gré mal gré à des exceptions à l'uniformité de la loi tendait-il à désarmer les légalistes les plus ardents. D'ailleurs, dans son discours, il donnait à entendre sans ambiguïté que le recours aux usages locaux était seulement une concession imposée par l'ordre des choses.

Dès ses premiers développements, il dévoilait le fond de sa pensée. Après avoir exposé que le gouvernement s'était employé à "rapprocher" et à "concilier" les anciennes règles en vue de donner à la République des lois uniformes⁸, il déclarait : « malgré son extrême désir d'établir l'uniformité dans cette partie de la législation comme dans les autres, il y a quelquefois renoncé, quand des différences locales la repoussaient invinciblement. »⁹ Pour tous les juristes du temps, invinciblement renvoyait bien sûr à la *vis major* du droit romain. La délégation aux usages locaux ne pouvait se justifier que par un obstacle irrésistible, insurmontable pour dégager des règles communes. La suite de son intervention était sur le même registre. Les exemples pourraient être multipliés : « la conciliation des usages a été jugée impossible, lorsqu'il a été question des plantations

¹ Respectivement F. XI 265-267 (futur article 663 C. civ.), 267 (futur article 674 C. civ.), F. XIV 237-238 (futur article 1736 C. civ.) et 248-249 (futur article 1754 C. civ.)

² Cette expression est de J.-FR. NIORT, *Homo civilis* précité, tome I, p. 220.

³ L. E. TESTU, *Almanach national de France (an XII)*, Paris, Testu, 1803, p. 57. Le cinquième membre était Réal qui, à l'instar de Portalis, n'intervint pas dans la discussion générale.

⁴ F. XI 267.

⁵ F. XI 267-268. Comme l'article du projet faisait référence seulement à « la distance prescrite par les règlements particuliers sur ces objets » (art. 27 du liv. II, tit. IV, F. XI 118-119), la section de législation du tribunal proposa d'ajouter le mot usages. « Ce mot paraît avoir été oublié. En effet les usages constants et reconnus doivent en matière pareille avoir la même force que les règlements. Il n'y a pas moins de raison de la leur donner dans cet article qu'il y en avait pour les articles 660 [663 C. civ.] et 668 [671 C. civ.], où les mots règlements et usages sont accolés ensemble. » F. XI 288 (Communication officieuse au Tribunat, 17 brumaire an XII, 9 novembre 1803). Conf. art. 674 C. civ.

⁶ Le premier était membre de la section de l'Intérieur, le second de la section des Finances, *Almanach national de France (an XII)* précité, p. 58.

⁷ F. XI 303.

⁸ Présentation et exposé des motifs du livre II, titre IV au Corps législatif (29 nivôse an XII, 20 janvier 1804), F. XI 304. Rapp. F. XI 309 : « En établissant à ce sujet un droit commun, on l'a fondé sur nos habitudes et sur les usages reçus le plus universellement. »

⁹ *Ibid.*

limitrophes, ou du moins il n'a pas été permis de les assujettir à une mesure commune et uniforme »¹ ou encore « Il a donc fallu encore s'en rapporter sur ce point aux règlements et usages locaux, et renoncer par nécessité au bénéfice de l'uniformité dans une matière qui ne la comportait pas. »² Et très certainement, ce n'est pas sans satisfaction qu'il faisait savoir : « cet obstacle n'existe pas pour les autres servitudes légales que nous avons encore à examiner ; savoir, les vues, l'égout et le droit de passage. »³ Une délégation de la loi aux usages locaux, mais seulement en cas de force majeure. Sans doute le discours de Berlier parut-il trop teinté d'une idéologie dogmatique, trop empreinte d'une hostilité de principe aux usages et, par-là, possiblement susceptible de rendre difficile tout compromis, s'il trouvait quelques soutiens. De surcroît, le moment approchait de mettre fin aux travaux préparatoires du code civil, raviver des passions eût été intempestif à proprement parler. Aussi bien les observations critiques des tribunaux d'appel proches de la doctrine de Berlier furent exécutées d'un trait par Treilhard : « ils se sont élevés contre le renvoi aux usages locaux. Ils n'y ont vu qu'un principe de doutes et d'incertitudes. »⁴ Il n'en fut plus question. Dans la suite des débats, se trouvant isolé, Berlier prit le parti de se taire, à une exception près. Mal lui en prit, car, emporté par ses convictions, il tenta de s'opposer à un amendement proposé par Cambacérès renvoyant aux usages locaux ; Tronchet lui remontra à juste titre qu'il s'égarait dans l'interprétation, pour ne pas dire dans sa lecture de l'article⁵.

D'une manière générale, les législateurs ne partageaient pas l'approche des adversaires des délégations. La modération était à l'ordre du jour. Animés par un autre état d'esprit ou mus par un autre mode de penser, ils jouaient l'uniformité de la loi en sourdine. Le dogme n'était nullement remis en cause⁶. Mais, en premier lieu, il était établi au Conseil d'Etat comme au Tribunal que le législateur n'avait pas vocation à entrer dans tous les détails⁷ et que la variété des situations et des circonstances était infinie tant dans le domaine des servitudes et des services fonciers⁸ qu'en matière contractuelle⁹. Une transaction entendue comme une combinaison entre "l'empire légitime des

¹ F. XI 309.

² F. XI 310.

³ *Ibid.*

⁴ Discussion au Conseil d'Etat du liv. II, tit. IV Des servitudes et des services fonciers, 4 brumaire an XII/27 octobre 1803, F. XI 266 (sur la disposition relative à la clôture forcée).

⁵ Discussion au Conseil d'Etat du livre III, titre XIII Du louage, 9 nivôse an XII/31 décembre 1803, F. 238-239. La disposition discutée portait sur la durée du bail d'un appartement meublé en distinguant selon que le contrat avait été passé par écrit ou sans écrit (art. 16 du projet, F. XIV 219) ; Tronchet fit observer à Berlier que le renvoi aux usages locaux (proposé par Cambacérès en l'occurrence) concernait seulement les baux sans écrit, cf. article 1758 C. civ.

⁶ Par exemple Cambacérès (Discussion au Conseil d'Etat du liv. II, tit. IV Des servitudes et des services fonciers, 4 brumaire an XII/27 octobre 1803), F. XI 266-267, Albisson (Rapport fait à l'assemblée générale du Tribunal, 7 pluviôse an XII/28 janvier 1804), F. XI 323 (sur le même titre), Gillet (Rapport fait au Corps législatif, 10 pluviôse an XII/31 janvier 1804), F. XI 332 et 338 (sur le même titre), Regnaud (Discussion du Conseil d'Etat (9 nivôse an XII, 31 décembre 1803), F. XIV 237 (sur le délai d'exercice du droit de congé en cas de bail sans écrit).

⁷ Portalis (Présentation et exposé des motifs du liv. III, titre XI De la vente, 15 ventôse an XII/6 mars 1804), F. XIV 122 (sur la garantie des vices cachés), Grenier (Discours devant le Corps législatif sur le livre III, titre XI De la vente, 15 ventôse an XII/6 mars 1804), F. XIV 199 (sur la même question), Gillet (Discours fait au Corps législatif sur le liv. II, tit. IV Des servitudes et des services fonciers, 10 pluviôse an XII/31 janvier 1804), F. XI 332, rapp. Faure (Rapport fait à l'assemblée générale du Tribunal relatif au livre III, titre XI, 12 ventôse an XII//3 mars 1804), F. XIV 168 (sur la garantie des vices cachés).

⁸ Notamment Treilhard (Discussion au Conseil d'Etat du liv. II, tit. IV Des servitudes et des services fonciers, 4 brumaire an XII/27 octobre 1803), F. XI 267, Albisson (Rapport fait à l'assemblée générale du Tribunal en date du 7 pluviôse an XII/28 janvier 1804 précité), F. XI 323-324 (sur le même titre), Gillet (Discours fait au Corps législatif précité en date du 10 pluviôse an XII/31 janvier 1804), F. XI 332 (sur le même titre).

⁹ Notamment Cambacérès pour le bail à ferme, Regnaud pour le contrat d'apprentissage et Tronchet pour le contrat de vente (Discussion du Conseil d'Etat du liv. III, tit. III Des contrats et des obligations contractuelle sur la disposition relative à l'interprétation de la volonté des parties, futur article 1135 C. civ., 11 brumaire an 12, 3 novembre 1803), F. XIII 54, Bigot-Préameneu, Regnaud et Cambacérès (Discussion du Conseil d'Etat (9 nivôse an XII, 31 décembre 1803), F. XIV 237-238 (sur le délai d'exercice du droit de congé en cas de bail sans écrit), Mouricault (Rapport fait à l'assemblée générale du Tribunal, 14 ventôse an XII, 5 mars 1804), XIV 329 (sur le même article).

usages” de chacune des localités¹ et la loi tirait sa légitimité de son évidence. De ce point de vue, la proposition d'article du Tribunal d'appel de Lyon sur les distances de plantations constituait un contre-modèle. Procéder par énumération pour prendre en compte les climats, les sols, les types de plantations et de constructions, etc., présentait en outre le grave inconvénient d'engendrer une nouvelle difficulté d'une tout autre nature. Immanquablement l'interprète se poserait la question de savoir si elle était limitative ou illustrative d'une règle de principe. Pour cette raison, les conseillers d'Etat Miot², Galli, Regnaud et Tronchet estimaient convenable de se borner à renvoyer aux usages locaux³. Au Tribunal, Albisson aboutissait à la même conclusion : « rien de si difficile que d'établir un droit commun sur de pareils objets ; et rien de plus sage que de les laisser absolument, comme fait le projet, sous l'empire des règlements et usages particuliers. »⁴ En second lieu, le tribun Mouricault et Cambacérés évoquaient une nouvelle fois l'accoutumance des populations aux usages⁵, la familiarité avec des règles anciennes⁶ et l'attachement aux habitudes⁷. La délégation ne trouvait pas seulement sa justification dans la difficulté de dégager une règle uniforme. Ces usages locaux renvoyaient à un “droit de la quotidienneté humaine et des nécessités courantes des êtres humains”⁸. Pour les législateurs, dans les matières concernées, l'enjeu n'était pas de doter la république de lois civiles “appropriées à la constitution” et conformes au “caractère national”. L'unité de la nation en devenir pouvait bien s'accommoder d'usages locaux portant sur des détails sans grande portée politique, “des détails menus et changeants” selon l'expression d'Adhémar Esmein⁹. Il n'échappait pas aux législateurs qu'il s'agissait de réalités de terroirs qu'il eût été inopportun de méconnaître. « Le législateur a sagement fait de s'interdire à cet égard une disposition générale. [...] Il existe des différences qui tiennent aux localités ; et la loi, pour vouloir être uniforme, deviendrait souvent injuste. »¹⁰ Au demeurant, prescrire une délégation de la loi aux usages pouvait prendre aussi parfois une éminente importance politique. Intervenant à propos de la hauteur des murs mitoyens fixée par le projet de loi, Galli avait demandé que la loi renvoyât aux usages locaux, car, expliquait-il, elle était inadaptée aux “cours tellement resserrées” à Turin et dans le Piémont ; elle risquait, par voie de conséquence, de les priver de jour¹¹. Treillard aborda de plus haut la question, sa réponse fut que « pour ne pas heurter les habitudes des pays nouvellement réunis », le gouvernement leur permit de suivre des règlements locaux¹².

Quoi qu'il en fût, si le législateur convenait que l'uniformité « ne saurait s'étendre à tout indifféremment »¹³, il tenait pour inconcevable que le Code civil portât en lui des germes d'hérésies.

¹ L'expression est du tribun Gillet dans son discours au Corps législatif en date du 10 pluviôse an XII/31 janvier 1804 précité, *ibid.*

² Il était membre de la section de l'Intérieur, *Almanach national de France (an XII)* précité, *ibid.*

³ Discussion du Conseil d'Etat sur la disposition relative aux réparations locatives, 9 nivôse an XII/31 décembre 1803, F. XIV 248-249.

⁴ Rapport fait à l'assemblée générale du Tribunal précité en date du 7 pluviôse an XII/28 janvier 1804, F. XI 324 (conclusion du paragraphe sur les servitudes légales).

⁵ Mouricault, *ibid.*

⁶ Cambacérés (Discussion au Conseil d'Etat du liv. II, tit. IV Des servitudes et des services fonciers, article sur la clôture forcée, 4 brumaire an XII, 27 octobre 1803), F. XI 266.

⁷ Mouricault, *ibid.*

⁸ J.-L. CHABOT, Cartésianisme méthodologique et Code civil dans *Le Code civil et les droits de l'Homme* (textes réunis par J.-L. CHABOT, PH. DIDIER ET J. FERRAND, Actes du colloque international de Grenoble, 3 et 4 décembre 2003), Paris, 2005, p. 38.

⁹ *Op. cit.*, p. 8 ; sans doute faisait-il notamment abstraction de la garantie des vices cachés (art. 1641 et 1648 C. civ.) et des réparations locatives (art. 1754 C. civ.).

¹⁰ Grenier, Discours devant le Corps législatif sur le livre III, titre XI De la vente précité en date du 15 ventôse an XII/6 mars 1804, F. XIV 199 (sur les vices rédhitoires).

¹¹ Discussion au Conseil d'Etat ((Discussion au Conseil d'Etat du liv. II, tit. IV Des servitudes et des services fonciers, sur la disposition relative à la clôture forcée, 4 brumaire an XII/27 octobre 1803), F. XI 265.

Le comte Pietro Gaetano Galli Della Loggia était à l'origine un magistrat piémontais de Turin, L. G. MICHAUD, *Biographie ancienne et moderne* précité, tome XV (1856), v° Galli (Pierre Gaytin), p. 452.

¹² *Ibid.*

¹³ Gillet, Rapport fait au Corps législatif précité en date du 10 pluviôse an XII/31 janvier 1804, F. XI 332.

Une proposition d'amendement de Galli fournit à Regnaud motif de se faire gardien de l'orthodoxie. A l'article sur le délai d'exercice du droit de congé en cas de bail sans écrit d'une maison d'habitation, Galli réclamait que fût ajoutée la mention « sauf les usages contraires. »¹ Regnaud lui objecta : « cette rédaction aurait pour l'inconvénient de subordonner la loi à l'usage. »² Tout était dit, la demande demeura sans suite. Dans le code, tantôt la loi portera délégation expresse, tantôt elle disposera «à défaut d'usages»³, jamais «sauf usages contraires». Ni la «condescendance pour les habitudes particulières»⁴ ni la raison d'Etat le cas échéant, ne devaient emporter reviviscence des usages. Si le législateur avait pu consentir des transactions par esprit de modération et par commodité, le principe cardinal demeurerait que la loi constituait la source exclusive du droit et, par voie de conséquence, l'uniformité de la législation civile un dogme politique. De ce point de vue au moins, les législateurs rejoignaient les tribunaux critiques. Fait significatif, alors que le Tribunal de cassation n'avait pas rendu des observations défavorables aux délégations de la loi (il avait même proposé d'en ajouter une au projet)⁵, la Cour de cassation arrêta dès les lendemains de la publication du Code civil que les usages locaux étaient maintenus aux seuls cas particuliers prévus et exprimés dans ses articles. C'était dire que les délégations étaient d'interprétation stricte⁶. Elle ne tarda pas non plus à décider qu'un usage local non sanctionné par le code ne pouvait pas constituer un moyen de cassation⁷.

Sur la place des habitudes locales dans le nouveau droit civil, les avis pouvaient varier entre législateurs, entre législateurs et tribunaux et encore entre les tribunaux eux-mêmes. L'esprit des observations des tribunaux de Paris, de Lyon ou de Rouen se révélait bien différent de celui des tribunaux d'appel de Montpellier ou d'Aix. Pour autant, à l'exception de l'intransigent tribunal lyonnais de sensibilité jacobine⁸, même les tenants de l'uniformité les plus rigoureux se laissaient aller parfois à des concessions. Ces nuances étaient le reflet du moment politique. D'une part la politique de réconciliation et de ralliement du gouvernement consulaire avait eu pour effet un recrutement de magistrats parmi des républicains modérés, ou si l'on préfère assagis, et des royalistes résignés. L'adhésion, au moins déclarée au nouveau régime républicain, impliquait de faire acte de foi en l'uniformité de la loi. D'autre part le besoin d'apaisement, la restauration de l'ordre, la quête de la concorde dans la vie sociale et politique supposaient des concessions, en particulier de ménager les mœurs et manières des citoyens, autrement dit de manifester une certaine «condescendance pour les habitudes particulières»⁹. Les observations des tribunaux montrent des magistrats déterminés à apporter une contribution décisive au projet gouvernemental. Entrant parfaitement dans les vues des rédacteurs, ils ne doutaient pas que « la seule existence d'un code

Plus loin, à propos des servitudes de voisinage, il déclarait : « Ce sont toutes les règles déjà usitées qu'on a retracées avec quelques légères modifications favorables à l'uniformité, sans pousser néanmoins cette faveur au-delà de justes bornes : car le véritable but de toutes les lois sages, c'est l'utilité ; et les auteurs du projet ont su la respecter, lorsqu'ils l'ont aperçue, comme nous vous l'avons annoncé plus haut, dans la diversité des habitudes locales. », *ibid.*, 338.

La primauté de la loi était sauvegardée.

¹ Discussion du Conseil d'Etat (9 nivôse an XII, 31 décembre 1803), F. XIV 237 (sur le délai d'exercice du droit de congé en cas de bail sans écrit), F. XIV 237.

² *Ibid.*

³ Cf. art. 663 et 671 C. civ.

⁴ Limoges, F. IV 5 précité.

⁵ Cf. *supra* p. 42.

⁶ C. I. Aix-en-Provence 16 nov. 1808 cassé par C. cass. 31 décembre 1810, PH. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome XIV, v° Voisinage, § 4, VI précité, pp. 685-686.

⁷ PH. A. MERLIN, *ibid.*, pp. 682-687 reproduisant ses réquisitions dans l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1813 et T. CREPON, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, tome 2, Paris, 1892, n° 1886-1888, pp. 525-526

⁸ J. POUmarede, De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes dans *Les penseurs du Code civil* (ouvrage coordonné par CL. GAUVARD) précité, p. 178.

⁹ F. IV 5 précité.

civil et *uniforme* est un monument qui atteste et garantit le retour permanent de la paix intérieure de l'Etat. »¹

L'heure était donc nécessairement à la transaction entre loi, coutumes et usages. « Oubliée l'uniformité révolutionnaire, Montesquieu l'emportait sur Rousseau et Robespierre. »² En vérité, à l'uniformité révolutionnaire avait succédé une uniformité consulaire. En matière civile, la république, une et indivisible, était destinée à être régie par une « loi unique, mais nuancée »³. Dans les observations, l'uniformité de la loi restait un dogme politique (l'expression était du Tribunal d'appel de Montpellier lui-même)⁴ et était célébrée comme un bienfait de la Révolution. En conséquence, les tribunaux estimaient devoir lui témoigner un respect religieux, dès lors qu'une disposition civile procédait du droit naturel ou touchait à l'ordre constitutionnel de l'Etat. Ils s'y appliquaient d'autant plus que, dans leur discours, l'uniformité de la loi civile prenait couleur d'une défense et illustration de l'unité de la nation. Le Tribunal d'appel de Rouen avançait une terminologie des plus symptomatiques en qualifiant certaines matières de « droit public en matière civile »⁵. De la sorte une *summa divisio* était établie. Au sein du futur code civil, il conviendrait de distinguer les dispositions « appropriées à la constitution » et celles affectant strictement les rapports privés entre citoyens. S'agissant de ces dernières, nombre de tribunaux partageaient le sentiment qu'en 1804, devait exprimer le tribun Siméon à propos de la question très controversée du régime matrimonial légal. Leur opinion était que la sagesse du projet de code « a consisté à ne pas se montrer trop sévèrement jaloux de cette uniformité à laquelle tend si constamment notre législation ; à reconnaître que, si l'uniformité plaît à l'esprit, la condescendance pour les mœurs et les usages satisfait les cœurs. »⁶

Naturellement, en fonction des sensibilités politiques dominantes dans tel ou tel tribunal, le curseur était placé différemment entre uniformité de la loi et particularismes locaux. Le républicanisme des différents tribunaux pouvait se mesurer à l'aune de leur discours sur l'unification de la législation civile. Les observations présentaient une bigarrure de doctrines, dès lors qu'il s'agissait de définir la portée de l'uniformité des lois et de développer une transaction entre la loi d'un côté et les coutumes et usages de l'autre. Ainsi, en cas de silence du code, certaines juridictions érigeaient les anciennes coutumes et usages en supplément des lois au sens du Livre préliminaire, c'est-à-dire en sources du droit. Dans le même cas, d'autres se limitaient à les donner pour guide aux juges. Mais, au Conseil d'état, quand bien même ne s'agissait-il pas de « droit public en matière civile », ces propositions n'étaient pas sans éveiller quelques inquiétudes. Elles risquaient de donner naissance à une diversité de jurisprudences en discordance avec l'uniformité du système juridique. Plus ordinairement, à l'exemple des rédacteurs et bientôt des législateurs, lorsqu'ils viendraient à débattre du droit de disposer à titre de gratuit et du régime matrimonial légal, les observations invitaient à opérer une transaction en intégrant dans le corps même du Code civil certaines dispositions des coutumes et usages et à en faire des règles supplétives de la volonté des parties. Introduire des facultés de préférence à des obligations était un moyen de « laisser aux hommes la liberté de rester attachés à leurs traditions, à leurs mœurs »⁷ d'une part et d'autre part de faire recevoir le code civil par l'adhésion plutôt que de l'imposer par la contrainte. Intérêt non négligeable

¹ Présentation et exposé des motifs du projet de loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français devant le corps législatif (28 ventôse an XII/19 mars 1804, F. I ci. C'est nous qui soulignons.

² J. GOY, *Dictionnaire critique de la Révolution française* précité, 1^{er} Code civil, p. 518.

³ *Ibid.*

⁴ F. IV 635 précité.

⁵ F. V 458 précité.

⁶ Discours prononcé devant le Corps législatif sur le livre III, titre X Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux (20 pluviôse an XII/10 février 1804), F. XIII 805

⁷ J.-FR. NIORT, Retour sur l'« esprit » du Code civil des Français dans *Les penseurs du Code civil* (ouvrage coordonné par CL. GAUVARD) précité, p. 150.

pour le gouvernement consulaire, il affichait ainsi une volonté de rupture avec certains errements de la dernière décennie¹.

Dans des observations de tribunaux et dans les interventions des législateurs, des préoccupations analogues se faisaient jour à travers la question des délégations de la loi aux usages locaux. Mais, en vérité, elles partageaient les magistrats, bien qu'elles portassent très généralement sur des points de "détails menus et changeants"². D'un côté les observations d'un certain nombre de juridictions émettaient des critiques tantôt de principe, tantôt ponctuelles et appelaient le législateur à se prononcer lui-même. A n'en pas douter, elles étaient composées de magistrats, héritiers orthodoxes de la nomophilie des Lumières et, par le fait, attachés à des degrés divers aux idées que la loi se devait d'être égale pour tous et qu'elle était le palladium de la sécurité juridique des citoyens³. D'un autre côté différentes juridictions gardaient le silence. D'une part nul n'avait jamais contesté depuis le premier projet de code civil de Cambacérès que le législateur était évidemment dans l'impossibilité de pourvoir à tout⁴. De surcroît, *de minimis non curat lex* disait-on Outre-Manche. D'autre part, il ressortait du Discours préliminaire que se faire sociologue entraînait aussi dans son partage et que, plus précisément, composer avec les habitudes locales ne lui était pas absolument proscrit. Au cours des travaux préparatoires, le législateur lui-même abonda en ce sens et resta fermé aux sollicitations du premier parti. Qui plus est, loin d'y déférer, il décida d'ajouter de nouvelles délégations au projet. Non seulement il lui apparaissait vain de chercher à concilier dans une règle commune des usages inconciliables. Mais encore il ne lui semblait pas impolitique de transiger sur des matières estimées marginales et insignifiantes, des vétilles pour ainsi dire. Aussi bien escomptait-il qu'un futur code rural et des règlements d'autorités locales complèteraient le dispositif du code civil, le cas échéant.

Au final, les observations des tribunaux témoignaient du changement intervenu dans l'art de donner la loi. Dans le nouvel ordre politique, puisque, par nature, la loi était une, la problématique de son uniformité, -le diptyque national-local-, interférait nécessairement dans la composition de la législation. Quant à l'esprit de modération, il imposait encore au législateur d'en prendre en compte un second : moeurs-droit. À propos de la stabilité de l'Etat et de l'ordre constitutionnel, le Tribunal d'appel de Montpellier montrait de la manière la plus éclairante ces imbrications. Pour lui, elle était garantie par la justice et la raison, « lorsque les rapports ou les convenances générales qui naissent tant de la situation locale que du caractère national sont tellement saisis par le système d'institution, que les moeurs se trouvent conformes aux lois, et les lois aux principes politiques ou aux maximes qui gouvernent l'Etat. C'est dans cette harmonie de tous les rapports et de tous les principes, que se conserve et se propage l'esprit de justice, qui maintient l'ordre général et particulier dans les sociétés. »⁵

Novembre 2024

¹ Il reviendra aux populations et aux praticiens du droit, notaires et juges, de savoir tirer parti de cette transaction selon les convenances locales, parfois bien au-delà des intentions des législateurs du Consulat, notamment J.-L. HALPERIN *L'impossible le code civil* précité, p. 291, J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 129-140, CH. LACANETTE-POMMEL, *La famille dans les Pyrénées. De la coutume au code Napoléon*, Estadens, Universatim PyrGraph, 2003, J. POUWAREDE, *De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes dans Les penseurs du Code civil* (ouvrage coordonné par CL. GAUVARD) précité, p. 174.

² A. Esmein, *op. cit.*, p. 8 précité.

³ Sur cette préoccupation récurrente des magistrats, notamment s'agissant de l'office du juge, voir notre article *Juge et partie. Les observations des tribunaux sur l'application et l'interprétation du futur code civil (1801)* dans R.H.F.D. 2019, n° hors-série, *Liber amicorum, Mélanges réunis en hommage au Professeur Jean-Louis Thireau*, pp. 121-143 précité.

⁴ Rapport fait à la Convention nationale sur le 1^{er} projet de Code civil, 9 août 1793, F. I 2 précité : « Ce serait se livrer à un espoir chimérique que de concevoir le projet d'un code qui préviendrait tous les cas. »

⁵ F. IV 514. Il poursuivait : « en les mettant en opposition les uns avec les autres, on les constitue dans un état de violence qui ne peut pas être de durée. », *ibid.*