**Introduction historique au droit privé**

**Introduction :**

Du milieu du 13ème siècle à 1789, la France est divisée en 2 zones sur le plan juridique. Au nord d’une ligne sinueuse, allant de La Rochelle à Genève, ce sont les pays de coutumes alors qu’au sud ce sont les pays de droit écrit c'est-à-dire qui applique le droit romain. Les coutumes qui se définissent comme des usages non-écrits et répétés consacré par le temps et accepté comme obligatoire par des groupes humains sur des territoires déterminés sont par définition, « multiples et variés ». Les 1ères rédactions de coutume, ont lieu à la fin du 12ème siècle et surtout, au 13ème siècle mais elles sont privées et n’ont par conséquent aucune autorité officielle. Ce sont, « les coutumiers ».   
C’est seulement en 1454 par l’ordonnance de Montils-lès-Tours que Charles VII ordonne leur rédaction officielle. Elle n’est devenue effective qu’au milieu du 16ème siècle.   
Les coutumes rédigées sont alors très nombreuses (+300) c’est pourquoi, la doctrine du 16ème siècle tente de dégager un droit commun coutumier c'est-à-dire des principes communs aux différentes coutumes. Hors sur ce point, 3 courants s’opposent :  
 • Pour le 1er président du parlement de Paris (*Lizet*), ce droit commun coutumier se trouve dans le droit romain auquel on doit recourir dans le silence de la coutume.   
 • Pour son successeur (*Christofle de Thou*), il réside dans le fond commun aux différentes coutumes.  
 • Pour *Dumoulin*, qui est considéré comme LE juriste du 16ème siècle, le droit commun coutumier doit être recherché dans la Coutume de Paris qu’il qualifiait de « coutume princesse » dans la mesure où elle possède un caractère plus général que les autres et où elle a valeur supplétive.

Toutefois, les coutumes et le droit romain ne sont pas les deux seules sources du droit. A partir du 16ème siècle, s’y ajoute la législation royale.   
Or, la multiplicité de ces sources suscite à partir du 16ème siècle, une volonté d’unification, en matière de droit privé. (→ Volonté qui est exprimée par les États Généraux) Le roi s’efforce alors, de satisfaire leurs doléances dans de grandes ordonnances réformatrices.   
Ainsi, les États généraux de Blois, qui se tiennent en 1576, donnent naissance à l’ordonnance de Blois 3 ans plus tard dont l’Art 207 promet une codification du droit. La tâche est confiée au président du parlement de Paris (*Brisson*), qui rédige le code Henri III promulgué en 1601. C’est également la dernière réunion des États généraux en 1614, qui est à l’origine du Code Michau du nom de son instigateur le chancelier *Michel de Marillac* en 1629. Œuvre de qualité considérée comme « l’œuvre législative la plus considérable qu’est jamais donné la Monarchie française » par Gaudemet. Ce code avec ses 461 articles est une œuvre de qualité mais il est mal accueilli et finalement repoussé par les Parlements et jamais appliqué.

En dépit des efforts déployés par la rédacteur, ces textes régissent des domaines très divers et ne présentent pas la rigueur d’un code. Néanmoins, au cours des deux dernier siècles de régime, on essaie toujours d’unifier le droit mais selon une méthode différente.  
→ Au 17ème après avoir envisagé dans un 1er temps de codifier tout le droit, Colbert décide de s’occuper en priorité des domaines essentiels et pour cela, il tire les leçons du passé. (Opposition systématique des parlements)   
Afin d’éviter tout blocage du parlement, le travail est confié à un Conseil de Justice majoritairement composé de praticiens (= professionnel du droit → avocats, maîtres des requêtes et des conseillers d’État) Ce Conseil est dominé par son oncle Pussort.

De ces travaux du CdJ, est issu une série de 5 ordonnances qui inspireront les rédacteurs des codes du 19ème siècle.

• En 1667, c’est l’ordonnance civil touchant la réforme de la justice également appelé « code Louis » en référence à louis XIV, qui a vocation à uniformiser les règles de la procédure civiles et dont le contenu sera reprit en 1806 lors de la rédaction du Code de procédure civil.

• En 1669, c’est une ordonnance sur les eaux et forêts qui est promulguée.

• En 1670, ordonnance sur la procédure criminelle qui servira de modèle pour le code d’instruction criminelle.

• En 1673, c’est l’ordonnance du commerce également dénommée « code Savary » du nom de son principal investigateur ou encore, « Code marchand. »

• En 1681, c’est l’ordonnance sur la Marine.

Après la mort de Colbert, sera promulgué sous la direction de Louvois, une ordonnance sur l’esclavage que l’on appelle le « code noir » et ce texte qui date de 1685, est très répressif et il est protecteur des intérêts coloniaux.

***Jugement des historiens →*** On s’entend dans cette œuvre, à un travail de qualité dont la meilleure preuve est la longévité par 19ème siècle interposé.

Parallèlement, les1er président du parlement de Paris, Guillaume de Lamoignon organise dans son hôtel particulier des conférences qui rassemble d’éminents juristes. L’essentiel en sera consigné dans un recueil intitulé *Arrêté de Monsieur le 1er président de Lamoignon* 1672 mais qui sera publié que 30 ans plus tard.   
Intérêts → les règles de droit y sont exprimées sous forme de brève formule et l’ouvrage est divisé en 5 parties :   
• personnes  
• choses  
• actions  
• régimes matrimoniaux et libéralités   
• successions   
Ces arrêtés n’ont pas de valeur officielle pourtant, on les invoque en justice et au 18ème, on demande même à Louis XVI de leur donner force de loi.   
A l’exception de cette dernière initiative, le droit civil est resté en dehors de ses tentatives d’unification.

→ Au 18ème siècle, une étape supplémentaire est franchie dans la 1ère moitié du siècle par le chancelier d’Aguesseau. Il estime que la réduction des disparités juridiques entre les provinces et l’harmonisation de la jurisprudence sont des préalables indispensables au bon fonctionnement de la justice.   
C’est pourquoi, il abandonne l’idée même de codification au profit de celle d’harmonisation du droit civil dans les domaines les plus adapté. Il associe les parlements à son entreprise en les consultants par l’envoi de questionnaire.   
3 ordonnances voient le jour :  
 • Sur les donations en 1731, qui est la seule a réaliser une véritable uniformisation du droit  
 • Sur les testaments en 1735  
 • Sur les substitutions fidéicommissaires en 1747.(= technique juridique qui permet de rendre un bien inaliénable sur une ou plusieurs génération.)

***Jugement →*** le domaine d’intervention de d’Aguesseau est restreint mais une fois encore, c’est une œuvre de qualité qui inspirera les rédacteurs du Code Civil. C’est aussi l’une des dernières tentatives d’unification de l’ancien droit car finalement, il faut bien reconnaitre que l’idée même est bien vouée à l’échec pour deux raisons :  
 • absence de volonté politique  
 • existence de privilèges & de statuts particuliers.

Cette recherche d’unité du droit se traduit aussi par la création en 1679, par l’Édit de Saint-Germain, d’un enseignement du droit français contenu dans les ordonnances et dans les coutumes. Il est prévu que cet enseignement sera réalisé dans chaque faculté par un professeur choisit parmi les praticiens. C’est là, une grande innovation car jusqu’en 1679, les juristes étaient uniquement formé au droit savant c'est-à-dire au droit romain et au droit canonique  
Au 18ème siècle de grand professeur s’illustrent dans cette nouvelle matière tel que Pocquet de Livonnière à Angers, Pothier à Orléans, Boutaric à Toulouse & Serres à Montpelier. Les conditions propices à l’uniformisation du droit français sont réuni en 1789 grâce à deux facteurs :  
 • La suppression des ordres et des privilèges qui rend possible l’élaboration des mêmes règles pour tous  
 • La nouvelle réorganisation administrative car le découpage de la France en département a justement pour but de mettre un terme aux anciens particularismes locaux des provinces.

La codification est alors une priorité pour les révolutionnaires, au même titre que la rédaction du Constitution beaucoup plu difficile à réaliser.

Ainsi, dès le 5 août 1790, la Constituante annonce qu’il sera fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution. Engagement qui est réitéré dans la loi des 16 et 24 août suivant sur l’organisation judiciaire. Mais aussi dans la Constitution de 1791 et par la législative. Les travaux ne commencent que sous la Convention. Un comité de législation est alors crée et il est placé sous la présidence de Cambacérès qui est député et président du tribunal criminel du département de l’Hérault. Cambacérès, c’est le projet de 3 Code Civil :  
 • Un 1er composé de 719 articles est présenté à l’Assemblée en août 1793. Il est particulièrement audacieux en matière de droit de la famille où il fait prévaloir l’égalité sur l’autorité. Après 3 mois d’examen et de discussion, il est abandonné en raison de sa trop grande complexité et de l’empreinte trop marquée des praticiens du droit. Mais plus justement à cause de l’instauration de la Terreur et du Gouvernement révolutionnaire. Une fois le code ajourné, la Convention vote des lois rétroactives en matière de filiation naturelle et de droit successoral en 1793 et 1794.

• Un 2ème projet beaucoup plus bref, 297 articles seulement est présenté à la fin de 1794 par Cambacérès dans la même ligne que le 1er mais plus individualiste. Il connait cependant le même sort en raison de la réaction thermidorienne.

• Un 3ème projet voit le jour, en juin 1796. C’est le plus volumineux des trois en 1104 articles, Cambacérès condamne les principes de l’An II qu’il défendait deux ans auparavant et opte pour un compromis entre l’ancien droit et les accès révolutionnaires. Deux articles seulement ayant été adopté, le chantier est abandonné au début de 1798 pour des motifs politiques. C’est donc à nouveau un échec qui n’est pas dû à l’incapacité des hommes de l’époque à légiférer mais à l’inévitable décalage entre le moment de l’élaboration des différents projets et celui de leur discussion car, les politiques ont toujours un temps d’avance sur les juristes.

Finalement, l’unification du Code Civil n’aboutira que sous le Consulat sous l’égide d’un pouvoir fort et d’une forte volonté politique. Une fois que les bases du nouveau régime auront été établi et après un dernier essai infructueux, celui de Jacqueminot. Les sources du droit privé sont donc totalement renouvelées à partir de 1804. Toutefois, si à cette époque le droit civil absorbe tous les rapports du droit privé, on a assisté depuis la fin du 19ème siècle à une diversification, un émiettement pour les plus pessimistes du droit privé en raison de la prise d’autonomie de pans entiers du droit tel que le droit des affaires, le droit du travail ou encore, le droit de la consommation. Mais le droit civil reste tout de même le droit privé commun.

L’évolution a pu se faire aussi en dehors du Code Civil sur certains points de droit :  
 • Le droit des personnes et de la famille  
 • Le droit des biens

**Partie préliminaire : L’histoire des sources du droit privé depuis 1804**

Cette histoire est dominée par le Code Civil qui devient depuis 1804, la source par excellence du droit privé. Toutefois, sa place a évolué de la fin du 19ème siècle au milieu du 20ème de sorte que l’on peut distinguer 3 phases dans cette histoire :  
 • De 1804 aux années 1880, c’est le temps du code et de l’exégèse. Face aux transformations politiques, économiques et sociales, le Code Civil fait figure de point fixe, de point de repère et la doctrine s’émancipe progressivement de la lettre des articles pour reprendre son rôle créateur de droit.

• Des années 1880 à 1945, le législateur de la IIIème République modifie la physionomie du code par ses interventions fréquentes jusqu’à la spécialisation et à l’autonomie de certains pans du droit. Par ailleurs, les représentants de la doctrine se font les portes paroles des nouveaux courants politiques ce qui modifie la pensée juridique et provoque une rénovation du Code Civil.

• De 1945 à la fin du 20ème siècle, période qui met en lumière l’impossible révision du Code Civil et les nouveaux contours du droit privé face à l’intervention croissante de l’État.

|  |
| --- |
| **Titre I :** Le temps du code et de l’exégèse : 1804-1880 |

La promulgation du Code Civil marque un tournant dans l’histoire des sources du droit privé. Désormais, le droit est unifié en ce sens que tous les français sont soumis aux mêmes règles quel que soit le lieu où ils résident et il n’existe plus de différence de statuts. Cependant, la nécessité d’une interprétation apparait rapidement et c’est ainsi que la doctrine renaît timidement d’abord autour de l’exégèse avant de devenir plus audacieuse.

***Chapitre 1 : Le Code Civil***

Sa réalisation s’inscrit dans le projet politique de Bonaparte. En effet, la loi du 19 brumaire An VIII qui valide le coup d’État de la veille et qui établit le Consulat provisoire charge deux commissions législative de préparer le Code Civil alors que dans le même temps, une nouvelle Constitution est en gestation. Cette nouvelle Constitution doit mettre un point final à la révolution et compenser la diminution de liberté politique par la garantie de la liberté civile.

Métaphore → La société sera ainsi structurée par des masses de granite qui prendront la place des grains de sable auxquelles les individus sont comparés.

En pratique c’est seulement une fois que les bases constitutionnelles du Consulat auront été posées que la procédure d’élaboration du Code Civil sera mise en œuvre. Cet esprit du Code Civil se déduit des principes qui le régissent.

1. **La procédure d’élaboration du Code Civil**

Le 24 thermidor An VIII (12.08.1800), afin d’éviter de passer par une commission issue des assemblées, Bonaparte désigne lui-même 4 commissaires chargé de rédiger un projet avant Brumaire An IX (= avant novembre suivant). Tous sont membres du Tribunal de Cassation ou du Tribunal des prises maritimes (= juristes) et ils sont en outre représentatifs des différentes traditions juridiques de la France d’Ancien Régime.

*• Le Parisien Tronchet →* ancien avocat au Parlement et alors président du Tribunal de Cassation. Il représente les coutumes. C’est le plus âgé de tous les rédacteurs, il a alors 75 ans, a défendu Louis XVI devant la Convention et préside ici les travaux de la commission.

• Maleville → Ancien avocat au Parlement de Bordeaux et membre du Tribunal de Cassation. Il remplit la fonction de secrétaire, représente les coutumes du sud-ouest ainsi que le droit romain.

*• Portalis →* Ancien avocat au Parlement d’Aix en Provence, et commissaire du Gouvernement au Conseil des prises maritimes. Il revient alors d’exil, considéré comme le père du Code Civil dans la mesure où il est l’instigateur de ses principales doctrines. Il représente lui aussi, les pays de droit écrit.

*• Bigot de Préameneu →* Commissaire du Gouvernement au Tribunal de Cassation, originaire de Rennes et représente par la même, les coutumes de l’Ouest.

Le juriste le plus éminent de l’époque était pourtant *Merlin de Douai* tenu à l’écart de cette commission en raison de ses idées républicaines trop marquée et de a forte personnalité. C’est en effet un conventionnel régicide doublé d’un ancien membre du Directoire.  
Les 4 sont pourtant de bons juristes mais non des personnalités de 1er plan. Ils ont été choisis pour leur modération dans la mesure où ils ont accepté la révolution puis brumaire sans pour autant souscrire aux lois rétroactives de l’An II. Bonaparte attend d’eux, une œuvre de transaction. Les deux plus marquant ont été Tronchet et Portalis.

Le Code Civil → Elaboré en 4 mois, leur projet mettra en revanche 4 ans pour devenir définitif en raison des obstacles apporté par certains corps de l’État.  
Leurs sources d’inspiration → principalement inspiré de l’ancien droit c’est la raison pour laquelle on a dit que c’était des disciples et non des prophètes et ces sources d’inspirations sont au nombre de 6 :  
• Le droit romain en matière de droit des obligations, des successions et de droit de propriété.  
• La coutume de Paris et le droit commun coutumier en ce qui concerne la puissance paternelle et maritale ainsi que le régime matrimonial de communauté.

• La législation royale en matière d’État civil, de preuve et pour les libéralités c'est-à-dire, les donations et les testaments.   
• Le droit canonique en partie pour le mariage   
• La doctrine et tout particulièrement, les théoriciens de l’école du droit naturel. Pothier surtout ainsi que Domat, l’école du droit naturel qui voit en le droit une somme de vertu sociale. En témoigne, la notion de droit subjectif qui domine le plan du code mais aussi l’affirmation d’un principe général de responsabilité et enfin, le transfert de propriété par l’effet de l’accord des consentements.  
• La législation révolutionnaire dans son côté raisonnable c'est-à-dire la conception de la propriété comme un droit inviolable et sacré, le mariage laïcisé et le principe égalitaire dans le droit des successions.

Le projet est communique aux tribunaux de cassation et d’appel qui l’approuve dans l’ensemble puis au conseil d’État. Devant celui-ci les débats sont assez vifs entre les hommes des anciens pays de coutume et les hommes des anciens pays de droit écrit mais aussi entre les partisans des conquêtes révolutionnaires et modérés. Ces débats ont aussi été marqués par les fréquentes interventions de Cambacérès et de Treilhard ancien conventionnel régicide et alors président du tribunal d’appel de la Seine. Bonaparte lui-même s’est impliqué dans les débats allant jusqu’à présidé 55 séances sur 107 contre 4 seulement pour le code de commerce.

**Rôle du 1er Consul ?** Essentiel dans la mesure où il a fait du Code Civil une affaire personnelle d’autant plus remarquable que sa présence à Paris était notamment fonction de ses campagnes militaire. Il déclare cet attache à Sainte-Hélène « ce que rien n’effacera, ce qui vivre éternellement, c’est mon Code Civil » Il l’a marqué de son empreinte personnelle en imposant ses vues dans un domaine où il y a avait un intérêt comme le divorce ou dans ce qui s’inscrivait dans son schéma politique et social. Comme l’autorité du père de famille qui doit reproduire celle du chef de l’État, comme l’infériorité de la femme ou encore l’exclusion des enfants naturels. Et parce que Bonaparte présidait lui-même les conseils d’État, il a eu le mérite de recentrer et de faire progresser les débats avec toute l’autorité d’un militaire lorsque les juristes se perdaient dans les détails.  
Une fois modifié par le conseil d’État, le texte arrive devant le Tribunat et l’affaire devient alors beaucoup plus malaisée en raison de la jeunesse des Tribuns et de leur attachement aux principes révolutionnaires. Les critiques sont nombreuses et le 1er titre est rejeté par le corps législatif. Pour éviter un nouvel échec il retire le projet et épure le Tribunat (le nombre de ces membres est réduit de moitié et il est divisé en section qui ne peuvent se réunir en assemblée plénière.

Enfin est instauré une communication officieuse qui permet d’être informé plus tôt de la vie adoptée et de se concerter.

Des lors, plus rien ne fait obstacle à la poursuite de la procédure ainsi, après le discours préliminaire de Portalis, le Code Civil est voté par le corps législatif sous forme de 36 lois étagée de 1803 à 1804.

Il est promulgué le 21 mars 1804 sous le nom de Code Civil des français et par la même, sont abrogé le droit romain, la législation royale, les coutumes, les statuts et règlement préexistant. En 1807, il est rebaptisé Code Napoléon jusqu’à la Restauration. Puis cette dénomination sera rétablie au début du Second Empire pour ne plus être abrogée.   
Avec ses 2281 articles, le Code Civil est le plus volumineux de tous les code napoléoniens et lorsque l’on s’intéresse de plus près à sa structure, on constate que son plan est romain car il s’inspire de celui des Institute de Gaius autour de 3 livres qui traites respectivement des personnes, des biens et des différentes manières dont on acquiert la propriété. Les livres III est un véritable fourre-tout dans la mesure où il traite aussi bien des obligations que des successions et des libéralités.

1. **L’esprit du Code Civil**

Les auteurs du Code Civil ainsi que ses 1ers commentateurs ont dégagé les principes de philosophie politique qui le fonde. On estime que leur meilleure expression figure dans le discours préliminaire de Portalis. Il y est présenté comme une œuvre de transaction entre le droit écrit et les coutumes. Mais cette affirmation est fausse en matière de droit des obligations (Droit des contrats et celui de la responsabilité civiles) où le pays de coutume appliquait déjà le droit romain et aussi dans le droit de la famille et où le Code Civil fait une large place aux droits coutumiers.

Le Code Civil selon Portalis réaliserait aussi un compromis entre l’ancien droit et le droit intermédiaire. Mais en réalité, la part de tradition et la part d’innovation sont relatives en fonction des domaines et des époques car il y a à la fois des continuités et des ruptures. Le Code Civil ne serait pas une œuvre politique ce qui est faux car une telle affirmation relève de la propagande napoléonienne.

Au-delà, le Code Civil apparait régit par 5 principes hérités du siècle des Lumières :  
 *• La laïcité →* le Code Civil marque le triomphe de la laïcisation du droit. Autrement dit, la séparation définitive du droit civil et du droit canonique. Cela transparait dans le caractère civil du mariage dont la célébration religieuse n’est que facultative et postérieur à la célébration civile. Mais aussi dans le maintien du divorce. De même, l’État civil est définitivement transféré aux municipalités.   
 *• L’individualisme →* Chaque homme est jugé doué du libre arbitre et par la même apte à choisir de s’engager ou non. Il y a ici un lien direct de filiation avec la Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen de 1789. L’idée étant que la société est fondée sur des liens juridiques volontaires.  
 *• La liberté →* Directement liée au précédent, il trouve son expression en matière contractuelle y compris en matière de contrat de mariage.

Liberté à la fois personnelle contre toutes les formes de communauté même contre la famille et une liberté économique.  
 *• L’égalité →* principe consacré par la Révolution et dans le Code Civil il y a un évènement autour du bon père de famille qui constitue le modèle, le standard.

Les privilèges et les particularismes n’ont plus cours et cette égalité se retrouve dans le droit des successions avec l’abolition définitive du droit d’aînesse.   
 *• L’autorité à l’image de celle du gouvernant sur les gouvernés →* en pratique, c’est l’autorité paternelle et maritale au sein du foyer, patronale dans les relations de travail mais aussi l’autorité du propriétaire sur les locataires. Cette autorité est assortie d’un pouvoir de coercition. Ce qui se traduit pour le créancier par la possibilité de faire emprisonner son débiteur et pour le père de faire incarcérer son enfant mineur. Les rédacteurs du Code Civil n’ont pourtant pas souhaité en faire la seule et unique source du droit privé.  
Portalis affirme dans son discours préliminaire que les codes des peuples se font avec le temps mais à proprement parlé, on ne les fait pas. Le Code Civil avait vocation a être interprété et qu’il avait été complété par d’autre source du droit à savoir par la jurisprudence, les usages et la doctrine. Il a vocation à être une source du droit vivante et évolutive, non pas une source de droit figée.