

Jean Carbonnier

ÊTRE SOI-MÊME EST INTERDIT RÉFLEXIONS À PROPOS DU LÉGISLATEUR DE 1804

Sur le thème que Diderot avait illustré par le paradoxe du comédien, un film français de l'entre-deux-guerres faisait chanter à l'une de ses actrices – actrice aussi dans le film – une chanson qui semblait sincèrement nostalgique:

Je ne suis pas ce que l'on pense,
Je ne suis pas ce que l'on dit,
au cinéma, quelle existence!
Être soi-même est interdit.

Le fait est qu'il est des hypocrisies professionnelles („hypocrisies” au sens le plus grec du terme), auxquelles les nécessités de la profession enlèvent toute immoralité. Les métiers du droit où les changements de rôle¹ sont si fréquents – étant métiers du pour et du contre, des recours, des transactions, de l'incertain – sont de ceux où les jeux de masques sont le plus familiers.

Selon l'édit du prêteur, si un magistrat avait appliqué le droit d'une certaine manière, de la même manière ce droit devait lui être appliqué². Pourquoi ce qu'il avait jugé bon pour les autres aurait-il été mauvais pour lui? Maxime de la plus haute équité, commentait Ulpien – l'équité du talion, à la vérité. Mais ce talion judiciaire fut plus tard, par on ne sait quelle glose, transformé en une sentence à l'adresse du législateur: Subis la loi que toi-même as faite, *Patere legem quam ipse fecisti*. Comme toutes les règles, celle-ci laisse deviner l'abondance de la transgression. Une chose est la fonction, autre chose la vie personnelle: que la première prétende dicter sa loi à la seconde, l'*ego* regimbe,

¹ „Rôle” au sens d'une sociologie anglo-américaine qui eut sa vogue – les rôles changeants, par opposition à la permanence du „status”; sur la distinction, voir M. Grawitz, *L'Année sociologique*, 1966, p. 415, et *Lexique des sciences sociales*, 1981, vis *Rôle* et *Status*.

² C'est un chapitre du *Digeste* (2, 2): „quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur”.

rien de plus humain. On dédramatisera le conflit, en ramenant la condamnation à un conseil préventif: ne fais de lois que celles que tu accepterais pour toi-même.

Le conseil n'est pas, toutefois, innocent: il exposerait la société à d'étranges secousses, pour peu qu'elle eût pour législateur tantôt un moine, tantôt un libertin. Une science raisonnable de la législation se donnera, au contraire, pour idéal de séparer les deux domaines. Si le législateur légiférait dans une île déserte, il pourrait prendre sa propre loi (mais que serait-ce, sinon une morale?) pour mesure, norme, des lois qu'il ferait. Légiférer dans une île déserte? L'utopie se dissout à son seul énoncé. Légiférant pour les autres, il renoncera à se faire plaisir en légiférant. „Ne légifère jamais pour la femme que tu aimés”, où donc a-t-on entendu cette voix? A Byzance, quand son amour pour Théodora rendait Justinien féministe? à Paris, quand la Commission de révision du Code civil se laissait entraîner par le conjugalisme de l'un de ses membres? Le législateur a une intention (il le faut bien à cause des interprètes, avides goules que nous sommes); il ne devrait pas avoir de sentiments. Pourtant, il n'y réussit pas toujours.

Nous n'apporterons pas de touches nouvelles au portrait, maintes fois peint, de Napoléon législateur. Il n'est guère contestable que la volonté de puissance dont la suite allait découvrir le paroxysme était déjà présente en l'An VIII et qu'elle s'est affirmée dans la rédaction du Code, sinon sur la multiplicité des dispositions techniques, du moins là où des principes étaient en débat. C'était assez pour justifier les accusations de despotisme, d'arbitraire, qui furent si rituelles chez les ultras de la Restauration avant d'être reprises par les Républicains du Second Empire. Mais ces condamnations très générales que le temps a amnistiées se renforçaient souvent d'imputations *ad hominem*, plus perfides, auxquelles leur caractère anecdotique a procuré une survie de légende. Les prises de position du Maître, loin de s'inspirer d'un grand dessein national, n'étaient que la réfraction d'expériences mesquinement personnelles ou, qui pis est, familiales. A qui avait éprouvé la détresse de ces vieux „palais” corses sur lesquels avaient soufflé les rafales de la pauvreté, il paraissait très plausible que la lésion des vendeurs pût faire rescinder les ventes d'immeubles. Qui avait eu à souffrir des imprudences d'une épouse coquette pouvait estimer souhaitable d'enfermer les femmes mariées, à défaut de harem, derrière les grilles d'une incapacité légale.

Concédonc ces quelques exemples au folklore législatif, mais formons une hypothèse qui les prend à rebours: que les législateurs, quand bien même ils ne seraient comptables de leurs décisions à personne, sont des politiques avant que d'être des hommes, et que conscients de ne plus s'appartenir, ils sont trop asservis à leur vocation pour ne pas faire prévaloir la solution politiquement nécessaire – celle que réclament la balance des intérêts, la topographie des partis, le privilège invisible du *statu quo* – sur la solution qu'ils désireraient en leur for intérieur.

Appliquant l'hypothèse à Bonaparte, nous la testerons sur une question où, contre lui, le grief a été complaisamment affûté d'avoir songé à lui-même plus qu'au pays: la question du divorce (cette question qui, après deux siècles, demeure la seule vraie question du droit civil des Français). Qu'il se soit préoccupé de l'embarras que la stérilité de Joséphine plaçait en travers de ses ambitions dynastiques, cela ne lui était pas défendu. Mais, alors qu'il fouillait déjà les chroniques de la monarchie défunte en quête de modèles pour une monarchie future, il ne pouvait ignorer que les divorces de princes ne s'étaient jamais réglés selon le droit commun et qu'en pays catholique, ce genre d'affaire devait, de gré à gré ou par combat, se traiter d'abord avec l'Église. De fait, le divorce de Napoléon ne fut pas un divorce selon le Code Napoléon³. Fondé directement sur un consentement mutuel et transposé en annulation canonique, il pouvait être présenté comme dissolution de mariage sans plus de précisions. L'Empereur ne se regardait pas comme divorcé, et il pouvait dès lors, en toute sincérité, manifester aux divorcés sa hargne et, par delà, au divorce sa réprobation. Témoin, entre autres, les algarades dont il accable le frère Lucien, coupable d'avoir épousé une divorcée⁴. Témoin l'affront fait à la veuve du général Dupont-Derval. Elle avait obtenu une pension: Napoléon la supprima dès qu'il eut appris que le général avait autrefois divorcé, et il la transféra sur la tête de la première femme, „la véritable femme”, eut-il soin de spécifier⁵.

Or, c'est vers ce temps-là que Murat, roi de Naples, était en train de louvoyer sur les eaux de la législation: pour accommoder la loi française à son royaume, ne devrait-il pas commencer par en retirer le divorce? Murat, „faible comme une femme ou comme un moine, dès qu'il n'apercevait plus l'ennemi à sabrer” – ainsi le décrivait Napoléon; quant à lui, empereur, il continuait d'apercevoir l'ennemi. Une lettre furieuse partit à l'adresse du beau-frère: „Je préférerais que Naples fût à l'ancien roi de Sicile plutôt que de laisser ainsi châtrer le Code Napoléon [...]. Le titre relatif au divorce en est la considération la plus importante, le fondement, la loi de l'État”.

Ce que révèle la confrontation des deux attitudes, *ad intra* et *ad extra*, ce n'est pas la duplicité, c'est une dualité, un dédoublement de la personne⁶ – l'une qui n'admet l'institution qu'à contre-cœur, si contre-cœur signifie rejet

³ Cf. H. Welschinger, *Le divorce de Napoléon*, 1889; L. Grégoire, *Le „divorce” de Napoléon et de l'impératrice Joséphine, étude de dossier canonique*, 1957 (on notera les guillemets).

⁴ La dame Jouberton, dont il avait des enfants. Napoléon, en 1805, dans une entrevue orageuse, l'avait sommé sans succès de divorcer: divorcer d'une divorcée, c'était, en un sens, rendre hommage à l'indissolubilité.

⁵ Cf. les *Mémoires de Constant, premier valet de chambre de l'empereur*, 1830, t. 5, p. 338 s.

⁶ De J. Bainville, dans son *Napoléon*, 1934, p. 277, cette remarque suggestive: „C'est comme s'il y avait eu en lui deux hommes, dont l'un, quelquefois, aux rares moments de détente, s'amuse à regarder l'autre”.

par le plus intime de l'être, l'autre qui l'a voulue, qui la veut avec l'énergie passionnée de la raison d'État.

Les perspectives de la recherche se font plus modestes quand on transporte l'hypothèse aux seconds couteaux de la codification – Portalis et Tronchet, pour ne citer que ces deux-là. Le mécanisme mental que l'on découvre n'est pas, néanmoins, différent.

Portalis a laissé la réputation d'un esprit fort ductile. Il fallait bien qu'il le fût, car, durant le Consulat, il eut à mener de front deux chantiers, ne l'oublions pas, et qui étaient de taille: le Code civil, bien évidemment, mais aussi le Concordat, cette annexe du Code sans laquelle l'irreligion de celui-ci ne se comprend pas. Chaque chantier appelait des attitudes distinctes. Mathieu Molé, spectateur malveillant, mais fin psychologue⁷, a dépeint avec quelle aisance, sur la scène du gouvernement, Portalis passait d'une comédie à l'autre: il changeait de personnage avec tant de précision et de naturel qu'il ne se fourvoyait jamais; pour les cardinaux, il avait le langage des sacristies, les subtilités des docteurs de Sorbonne; pour ceux qui, au Conseil d'État, tels Berlier ou Treilhard, se voulaient les mainteneurs des acquis de l'an II, il déployait l'argumentation des philosophes⁸.

C'est bien cela, le devoir d'état et d'État du législateur: il doit faire corps avec la *lex ferenda* qu'il a charge de conduire à la promulgation. Mais ne disons pas qu'il doit s'y donner corps et âme: l'âme a la liberté d'être ailleurs. Où était l'âme de Portalis, pendant qu'il travaillait au Code civil? Peut-être était elle restée en Allemagne, dans ce château du Holstein, où, fugitif de Fructidor, il avait été accueilli par le comte et la comtesse de Reventlow⁹. Il y avait goûté les charmes indéfinissables d'un romantisme politique à l'état naissant, empreint de spiritualité piétiste, aussi éloigné du cléricisme que de l'*Aufklärung*¹⁰. On peut imaginer qu'en comparaison de ce qu'il venait de vivre intensément là-bas en intellectuel cosmopolite, il dut se sentir souvent à l'étroit dans son personnage de législateur français.

⁷ M. Molé, *Souvenirs d'un témoin de la Révolution et de l'Empire (1791–1803)*, publiés par la marquise de Noailles, Genève 1943, p. 163.

⁸ Et Molé de poursuivre: „Incapable de conviction, exempt de passions, presque de préférences, il saisissait sur toutes questions le pour et le contre avec la même promptitude, les soutenait avec le même plaisir et le même succès”.

⁹ C'est à eux, en reconnaissance de leur hospitalité et de leur inspiration, que Portalis avait dédié son célèbre essai, publié seulement après sa mort par les soins de son fils: *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVII^{ème} siècle*, Paris, 1820. Sur le passage des Portalis, père et fils, à Emckendorff, le château des Reventlow, de 1797 à 1799, voir H. Tronchon, *La fortune intellectuelle de Herder en France*, thèse lettres, Paris 1920, p. 203 s.

¹⁰ Sur la place de la maison (du salon) des Reventlow dans le romantisme politique de l'époque, voir O. Brandt, *Geistesleben und Politik in Schleswig-Holstein um die Wende des 18 en Jahrhunderts*, Kiel 1927, et J. Droz, *Le romantisme allemand et l'État, résistance et collaboration dans l'Allemagne napoléonienne*, 1966, p. 20 s.

Le cas de Tronchet paraîtra plus banal, car, s'il y avait deux hommes en lui, c'était, à côté du législateur, un praticien du droit: ne sommes-nous pas habitués à voir des avocats dans les assemblées législatives? Il avait déjà derrière lui une carrière importante, une célébrité d'avocat (consultant plutôt que plaidant), quand il avait été élu aux Cinq-Cents sous le Directoire, puis quand il avait été nommé par les consuls pour faire partie de la commission qui devait rédiger un projet de Code.

Parmi les rédacteurs, il a toujours fait figure de modéré, de conservateur, enclin à refouler la législation révolutionnaire, hostile notamment à la loi du 12 Brumaire An II, qui avait proclamé les enfants naturels héritiers de leurs parents à égalité avec les enfants légitimes¹¹. Et pourtant, quelques années auparavant, il avait délivré coup sur coup deux consultations – elles ont été récemment redécouvertes par un historien, M. Halpérin¹², – où par des arguments d'exégèse qui n'étaient pas sans valeur, il préconisait une interprétation extensive de cette même loi. Faut-il en déduire que l'image qui nous a été classiquement transmise de Tronchet législateur – non sans superposition peut-être de l'aura du défenseur de Louis XVI – aurait besoin d'être au moins nuancée?¹³ et qu'en somme il était moins éloigné de la Révolution que d'ordinaire on ne le suppose? Ce serait méconnaître la distinction des rôles. Le jurisconsulte qui a accepté de soutenir une cause doit à ses clients (pour parler prosaïquement) d'y employer toutes les ressources du droit, y compris les plis et replis d'une loi qu'en conscience il exècre et qu'il est résolu à abolir s'il en a un jour le pouvoir. Ce sont deux métiers différents: chacun saisit le texte sous l'angle de vision qui lui est propre, et par leur séparation est garanti le respect de la déontologie législative comme de la déontologie judiciaire.

Leur fusion, au contraire, met en péril l'une et l'autre déontologie. Le consultant qui légifère, le législateur qui consulte sont exposés à de grandes tentations. M. Halpérin, poursuivant son enquête, relève que Tronchet s'était fait désigner par les Cinq-Cents comme rapporteur d'une résolution qui rejoignait étonnamment l'une de ses consultations. Seulement, voyez comme tout s'enchaîne. Le jour de la discussion, il fut absent de séance; on lui nomma un remplaçant en catastrophe; celui-ci discourut sans conviction; et le projet capota. Tant mieux. Mais comment cela a-t-il bien pu arriver? L'histoire fait parler les archives. Cependant, si denses que soient les documents, il y a, entre

¹¹ Voir p. ex. dans P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, t. 9, p. 93, sur une question de filiation naturelle, ses remarques méfiantes, moralisantes, en réponse à Portalis, qui, au demeurant, avait signé avec lui la première des deux consultations visées ci-dessous.

¹² Halpérin, *Notes sur une consultation et un discours inachevé de Tronchet*, „Revue hiostorique de droit” 1986, p. 221 s.

¹³ En ce sens, Halpérin, *op. cit.*, p. 230.

eux ou derrière eux, par centaines, des minutes de vie qui restent muettes. Chaque atome du silence des sources a pu être ici la chance d'une maladie ou du remords, d'un accident ou de la grâce. Parce que les législateurs sont des hommes, l'histoire des lois gardera toujours des secrets.

Université Paris II