

Alfred Dufour

Code Napoléon et histoire du droit genevois

Introduction

En ces années commémoratives de divers bicentennaires, les raisons ne manquent pas de traiter du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois*. Il y a d'abord, bien sûr, le bicentenaire du Code Napoléon, marqué ici et là dès 2004, à Paris solennellement en mars 2004 comme à Bonn au *Rechtshistorikertag* allemand de septembre 2004, en Belgique comme à la Faculté de droit de Genève en février de la même année sous l'égide des romanistes romands, par des Colloques ou des conférences commémoratives. Et assurément, n'en déplaît à quelques esprits chagrins ou viscéralement anti-napoléoniens, le Code Napoléon mérite à plus d'un titre ces célébrations commémoratives. En une époque qui perd de plus en plus toute mémoire, il est, en effet, un *lieu de mémoire*. Il y a quelques années le regretté Doyen Carbonnier lui avait significativement consacré tout un chapitre du premier tome des *Lieux de Mémoires* publiés sous la direction de Pierre Nora¹. Il y célébrait le Code Napoléon comme "le Code ancêtre, le Code par excellence, le Code"², et il précisait: "historique dès sa naissance, parce qu'il a été mis au monde par un personnage qui déjà était acclamé comme faisant partie de l'histoire, comme faisant de l'histoire"³. Plus près de nous culturellement et avec moins d'emphase notre compatriote Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) célébrait il y a plus de 150 ans déjà dans le Code Napoléon "la première tentative en fait dans toute l'histoire universelle de réaliser un compromis entre le droit romain et le droit indigène et de satisfaire en même temps aux exigences de la vie moderne"⁴.

* Certaines parties de ce texte ont été présentées dans le cadre d'une séance consacrée au bicentenaire du Code Napoléon le 18 novembre 2004 à la Société d'Histoire et d'Archéologie de Genève.

¹ Cf. *Les Lieux de mémoire*, dir. P. Nora, Paris (1984) 1997², éd. Quarto, t.I. pp.1331-1351.

² Cf. *Op.cit.*, p. 1333.

³ Cf. *Op.cit.*, *loc.cit.*

⁴ Cf. J.C. BLUNTSCHLI, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, I. Bd, Zürich 1854, Beilage (aus der *Oestlichen Schweiz*, Jan. 1844), pp.XXIII-XXIV: "Er

C'est que le Code Napoléon marque sans aucun doute un des sommets du mouvement de codification comme un des grands moments de l'histoire du droit privé occidental par cette double synthèse qu'il opère pour la première fois, d'une part, entre la tradition du droit romain et la tradition coutumière d'origine germanique, d'autre part, entre l'Ancien Droit et les principes de liberté et d'égalité de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁵.

Il n'est cependant pas dans notre dessein fondamental de nous borner à célébrer à notre tour dans un cadre plus historique que juridique ce grand anniversaire de l'histoire juridique occidentale, fût-ce pour réparer l'absence totale de toute commémoration genevoise du centenaire du Code en 1904, que ce soit dans le cadre de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Genève ou dans les milieux juridiques de l'époque. En fait, il nous est apparu qu'il y avait des raisons plus pertinentes de traiter du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois; trois ordres de raisons nous ont, en effet, réellement déterminé: le premier tient à ce que, tout comme la période française de l'histoire genevoise, ainsi qu'on l'a récemment relevé, l'histoire du droit genevois est longtemps demeurée "la parente pauvre de l'historiographie genevoise"⁶. Sans doute la situation a-t-elle évolué depuis cette dernière décennie⁷. Il n'empêche que dans le dernier Colloque sur *Genève française* de 1998, dont les Actes ont paru en 2004, l'histoire du droit est totalement absente; quant au précédent Colloque sur *Genève et le Bicentenaire de la Révolution française* de 1989, dont les Actes ont paru en 1992 sous le titre *Regards sur la Révolution genevoise*, l'histoire constitutionnelle comme l'histoire du droit privé genevois y brillent également par leur absence⁸. Il est

war der erste - und in der Tat welthistorische - Versuch, das römische und das einheimische Recht durchgreifend auszugleichen und zugleich die Ansprüche des modernen Lebens zu befriedigen".

⁵ Cf. les propos d'A. SOREL, in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, t.1, Paris 1904, Introduction, p. XXIX: "Le Code civil, c'est la jurisprudence du droit romain et l'usage des coutumes combinés ensemble et adaptés à la *Déclaration des Droits de l'Homme* selon les mœurs, convenances et traditions de la nation française".

⁶ Cf. C. SANTSCI, "Genève française - Essai de synthèse du Colloque", in *Genève française 1798-1813*, éd. L. Mottu-Weber - J. Droux, Actes du Colloque tenu du 12 au 14 novembre 1998, Genève, *Mémoires publiés par la Société d'Histoire et d'Archéologie de Genève (MDG)*, t. 62, Genève, 2004, p.341.

⁷ Cf. B. ROTH-LOCHNER, *Messieurs de la Justice et leurs Greffes*, MDG, t.54, Genève 1992 et *De la banche à l'étude - le notariat genevois sous l'Ancien Régime*, MDG, t.58, Genève, 1997.

⁸ Voir, selon le titre de la contribution sur le *Discours politique* d'une des participantes, le "silence éloquent" à cet égard des Actes du Colloque *Genève française 1798-1813*, *op.cit.* Hormis un tableau sur l'organisation judiciaire du département du Léman avec le rappel en note "de l'œuvre codificatrice de l'Empire" dans la contribution de B.

donc grand temps de réactiver l'étude de l'histoire du droit genevois. Les commémorations du bicentenaire du Code Napoléon nous en offrent une occasion privilégiée.

Nous touchons là au second ordre de raisons, et à la vérité à la raison principale, qui nous a déterminé à traiter du sujet du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois. Et c'est justement la place qui revient à ce Code français dans l'histoire juridique genevoise, puisque Genève est le seul des XXII Cantons de la Confédération suisse du XIX^e siècle à avoir connu le Code Napoléon comme Code en vigueur à travers la totalité du XIX^e siècle jusqu'en 1912. Si c'est cet assujettissement de Genève au Code Napoléon de 1804 à 1912 qui nous est apparu comme la raison déterminante d'aborder en ces années commémoratives le sujet de la place du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois, il est encore un troisième ordre de raisons d'aborder ce sujet. C'est que le maintien du Code Napoléon à Genève tout au long du XIX^{ème} siècle – tout comme celui du Code de commerce napoléonien jusqu'en 1883 – pose une question fondamentale, une de ces grandes questions de l'historiographie juridique: ce maintien illustre-t-il en effet l'imposition d'une législation *étrangère* à Genève, comme dans d'autres régions ou pays annexés ou satellisés par la France, ou constitue-t-il bien plutôt l'aboutissement d'une évolution séculaire de l'ancien droit privé genevois ? En d'autres termes le Code Napoléon – tout comme le Code de commerce – représente-t-il un corps étranger à Genève comme il a pu l'être dans les "Etats français" de la Confédération du Rhin de 1806 – tel le Royaume de Westphalie ou le Grand Duché de Berg – ou couronne-t-il au contraire le développement d'une longue évolution ? Mais pour pouvoir bien poser la question et tenter de la résoudre, encore faut-il en élucider les principales prémisses.

Du coup nous touchons à l'objet de la présente étude. A cet égard, la problématique du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois au XIX^{ème}

ROTH-LOCHNER (*op.cit.*, p.7), et dans l'"Essai de synthèse" concluant le volume de C.SANTSCHI sur l'application à Genève au XIX^{ème} siècle du Code Napoléon (cf. *op.cit.*, p.342), les organisatrices et éditrices n'ont pas fait la moindre place à l'histoire du droit et des institutions en dépit des nombreuses mutations intervenues à Genève avec l'application des lois françaises dès 1798, puis et surtout avec celle des Codes napoléoniens dès 1804, dont on sait l'importance pour le XIX^{ème} siècle genevois. Quant au Colloque sur *Genève et le bicentenaire de la Révolution française*, dont les Actes ont paru sous le titre *Regards sur la Révolution genevoise 1792-1798*, MDG, t.55, Genève, 1992, il ne fait de place qu'à l'histoire du droit pénal avec les contributions de M. PORRET sur les "représentations de la Justice patricienne" (*op.cit.*, pp.119-150) et de R. ROTH sur les "Réformes du droit pénal à Genève durant l'époque révolutionnaire" (*op.cit.*, pp.151-169).

siècle revêt à nos yeux deux aspects principaux. Il s'agit, d'une part, d'un aspect proprement *historico-juridique*, qui tient au *destin* du Code Napoléon à Genève au XIX^{ème} siècle; et il s'agit, d'autre part, d'un aspect *philosophico-juridique* qui tient plus particulièrement aux raisons de la survivance du Code Napoléon à Genève. En toute rigueur, cela appellerait un exposé en deux parties. Mais pour un cercle d'historiens plus que de philosophes du droit comme pour des raisons de place, nous nous en tiendrons à l'aspect *historico-juridique*. Nous n'aborderons l'aspect *philosophico-juridique* de la survivance ou Réception du Code Napoléon à Genève qu'en guise de conclusion.

I.

Concernant le destin et le sort du Code Napoléon à Genève au XIX^{ème} siècle, Genève s'étant vu imposer ce Code comme les autres lois de la République Française du fait de son Annexion à la France par le Traité de Réunion du 17 mai 1798, le premier problème qui se présente à cet égard est celui des *conditions* de la survivance de ce Code à Genève à partir de la Restauration de l'indépendance genevoise.

Trois questions nous paraissent devoir être posées à ce sujet.

1. La première est celle du *sort* du Code Napoléon proprement dit comme de tout le reste de la législation française en 1813-1814, au moment de la Restauration de la République genevoise.
2. La deuxième question qui se pose - une fois la première élucidée - est celle de la *destinée* du Code Napoléon tout au long du XIX^{ème} siècle genevois.
3. Enfin la troisième question à se poser, d'ordre plus technique, est celle des *modalités concrètes* de la survivance du Code Napoléon au sein de la législation genevoise.

1. La première question qui se pose quant au *destin* du Code Napoléon à Genève au XIX^{ème} siècle est celle de savoir ce qu'il advient de ce Code au moment de la Restauration de la République en 1813-1814. Le problème a été bien étudié dans le contexte genevois à deux reprises en tout cas, une première fois par Alfred Martin en 1912, une seconde fois par Alain Zogmal dans sa thèse sur P.F. Bellot de 1998⁹, et nous nous y sommes arrêté nous-même dans notre première publication de jeune assistant voici près de 40 ans en 1968 sur *Alfred Martin et l'histoire du droit genevois*¹⁰. Le problème

⁹ Cf. A. MARTIN *Une Commission des Edits Civils en 1814*, Genève 1912, et A. ZOGMAL, *Pierre-François Bellot (1776-1836) et le Code Civil*, Genève 1998.

¹⁰ Cf. A. DUFOUR, "Alfred Martin et l'histoire du droit genevois", in *Semaine Judiciaire*, n° 23, juin 1968, pp.375-397.

mérite, en fait, d'être situé dans un contexte plus vaste tout à la fois romand et européen.

Comme l'a fort bien formulé Alain Zogmal dans son excellente thèse d'histoire du droit précitée sur *Pierre-François Bellot et le Code Civil* sous la rubrique *Les dilemmes de la politique législative de la Restauration*:

"A la fin décembre 1813 et au début de 1814, le Gouvernement provisoire de la République de Genève a le choix entre quatre options de politique législative:

- a) s'en tenir au statu quo et garder les Codes reçus de la France, quitte à procéder à des adaptations de leur contenu;
- b) décréter immédiatement l'abrogation des lois françaises en vigueur et le retour au droit civil de l'Ancien Régime;
- c) doter Genève d'une législation nationale établie à partir des Codes reçus de la France;
- d) enfin, ultime possibilité, faire rédiger des Codes proprement genevois, en prenant l'ancien droit pour modèle"¹¹.

De fait, ces dilemmes et les options qui se présentaient n'étaient pas propres à la République alors restaurée au bout du Léman. On les retrouve au lendemain des premières défaites du maître de l'Europe dans la quasi-totalité des territoires annexés ou des Etats satellisés par la France napoléonienne. C'est tout naturellement le cas aux frontières de la France, ramenée à ses limites de 1791, et dans les Royaumes et Duchés satellites dévolus jusqu'alors aux frères de Napoléon. Et c'est tout particulièrement le cas dans la partie de l'ancien Evêché de Bâle annexée en 1793 à la France et qui sera cédée au Canton de Berne par le Congrès de Vienne le 20 mars 1815.

Dans ces différents territoires et Etats, l'écroulement du système napoléonien place les nouvelles autorités – pour la plupart des autorités restaurées – devant les mêmes dilemmes que le gouvernement provisoire genevois le 31 décembre 1813. Il s'agit toujours de choisir entre quatre options, à savoir: soit, *primo*, conserver le Code Napoléon et les autres Codes napoléoniens; soit, *secundo*, décréter leur abrogation immédiate et le retour au Droit de l'Ancien Régime; soit, *tertio*, doter le pays de nouveaux Codes inspirés des Codes napoléoniens; soit enfin, *quarto*, élaborer une codification nationale inspirée de l'Ancien Droit. Les choix effectués varieront considérablement d'Etat à Etat. Ainsi, première option, le Grand Duché de Luxembourg conservera-t-il le Code Napoléon tout comme les Grand Duchés de Berg et de Bade et aussi, quelques lustres plus tard, en 1831, la Belgique, affranchie du Royaume de Hollande¹². Il en ira de même des territoires de la

¹¹ Cf. A.ZOGMAL, *op.cit.* p.124.

¹² Cf. à ce sujet, outre la contribution classique au *Livre du Centenaire* d'E. MÜLLER, "Le Code civil en Allemagne", *op.cit.* t.II, pp.628-638, notamment pp.632-635, l'étude de R. CHABANNE, "L'Allemagne napoléonienne en face du problème de la

rive gauche du Rhin comme les provinces rhénanes prussiennes, bavaoises et hessoises¹³. Il n'en demeure pas moins, deuxième option, que la plupart des autres Etats et territoires allemands, tout comme la majeure partie des Etats italiens, s'empressent dès début 1814 d'abroger le Code Napoléon pour revenir à l'Ancien Droit¹⁴. C'est le cas dès janvier-février 1814 du Nassau, du Grand Duché de Francfort, puis des anciennes villes hanséatiques de Lübeck, de Hambourg et de Brême, ainsi que du Grand Duché d'Oldenbourg et de l'ex-Royaume de Westphalie, qui se voit réappliquer le Code prussien, l'*Allgemeines Landrecht Preussens* de 1794¹⁵. C'est alors aussi que s'amorce le grand débat sur la codification en Allemagne entre les tenants d'un Code civil général pour toute l'Allemagne, plus ou moins inspiré du Code Napoléon – thèse soutenue par le civiliste de Heidelberg A.F.J. Thibaut (1772-1840)¹⁶ – et les adversaires de toute codification générale du fait de l'enracinement indigène et coutumier du Droit dans la conscience populaire de chaque nation – thèse défendue par l'illustre F.C. von Savigny (1779-1861)¹⁷.

Si la plupart des Etats allemands, exception faite des provinces rhénanes, optent pour l'abrogation immédiate du Code Napoléon et le retour aux Ordonnances et aux Coutumes de l'Ancien Régime, il en ira de même plus près de chez nous en Savoie, où le Roi de Piémont-Sardaigne décrète le 18 octobre 1814 l'abrogation du Code Napoléon et le rétablissement des Royales Constitutions de 1770¹⁸, ce qui ne sera pas sans peser sur les options ultimes qui s'offriront au gouvernement genevois de la Restauration.

Avant d'aborder les choix successifs du Gouvernement provisoire, puis constitutionnel, de Genève qui conditionneront le sort du Code Napoléon

codification", in *Annales de la Faculté de Droit – Université Jean Moulin*, Lyon 1974/1, p.30 et J.L.HALPÉRIN, *Le Code civil*, Paris 1996, pp.138-139. Voir également *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, éd. A. Erler-E. Kaufmann, Berlin, Bd. I, 1971, col. 623-624.

¹³ Cf. E. MÜLLER, *op.cit.,loc.cit.*, R. CHABANNE, *op.cit.,loc.cit.*, et J.L. HALPÉRIN, *op.cit.,loc.cit.*; HRG, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁴ Cf. E. MÜLLER, *op.cit.,loc.cit.*, R. CHABANNE, *op.cit.,loc.cit.*, et J.L. HALPÉRIN, *op.cit.*, p. 139; HRG, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁵ Cf. R. CHABANNE, *op.cit.,loc.cit.*; HRG, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁶ Cf. A.F.J. THIBAUT, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814.

¹⁷ Cf. F.C. von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814. Nous venons de donner de ce texte la première traduction française, Paris, PUF, 2006.

¹⁸ Cf. J.L. HALPÉRIN, *op.cit.,loc.cit.* Voir à l'époque P.F. BELLOT, *Cours de droit civil moderne*, Genève 1831-1832, Ms. Cours Univ. 22, BPU Genève, Cahier 2, fol. 8, sect. 3, § 2: Législation civile des Communes détachées de la Savoie.

comme celui des autres Codes napoléoniens dans le Canton de Genève, il reste à évoquer la situation dans le reste de la Suisse romande.

Hormis le Jura devenu bernois, sur lequel nous reviendrons, cette situation n'offre aucune analogie avec celle de Genève. Et cela pour des raisons d'ordre à la fois *politique* et *juridique*. D'une part, en effet, Vaud et Fribourg sont depuis 1803 des Cantons souverains de la Confédération Suisse de la Médiation ayant leur propre régime juridique à prédominance coutumière, même si le gouvernement du Canton de Vaud met en train une entreprise de codification dès 1804 qui prendra en fait 15 ans¹⁹. Quant au gouvernement du Canton de Fribourg, il ne se lancera dans la même entreprise qu'en 1822 et elle prendra entre 12 et 17 ans²⁰. Cela dit, si le Code Napoléon n'est donc pas en vigueur dans ces deux Cantons comme à Genève ou dans le Jura en 1814, il n'en va pas moins tenir lieu de modèle dans le processus d'élaboration des Codes civils vaudois de 1819²¹ et fribourgeois de 1834 à 1849²². D'autre part, Neuchâtel et le Valais ont un statut *sui generis*: Neuchâtel, Principauté prussienne, dévolue au Maréchal Berthier, restera foncièrement régie par le droit coutumier jusqu'en 1848²³, et l'idée de lui imposer le Code Napoléon "ne semble jamais avoir été sérieusement envisagée", se heurtant par avance en 1806 comme en 1809 à l'hostilité foncière du Conseil d'Etat comme du Procureur général²⁴. Il en ira de même de la République indépendante du

¹⁹ Cf. E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, Bd IV., Bâle 1893, §.118, pp.188-189; A. et D. CABANIS, "Code Napoléon et Code civil vaudois de 1819: adaptation et progrès", in *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, 1975, pp.221-234, notamment pp.222-225, et J.F. POUDRET, "Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX^{ème} siècle", in *Revue historique de droit français et étranger*, 1991, pp.48-53. On consultera aussi avec profit la contribution d'E. HOLTHÖFER sur les codifications des cantons latins in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. III/II Munich 1982, pp.1859-1924; pour le Canton de Vaud, pp.1870-1877.

²⁰ Cf. E. HUBER, *op.cit.*, Bd IV., § 118, p.189; R. de WECK, "1830 et les Codes fribourgeois", in *Annales fribourgeoises*, XVIII, 1930, pp.253-266, et J. F. POUDRET, *op.cit.*, pp.54-55; voir aussi E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1898-1905.

²¹ Cf. E. HUBER, *op.cit., loc.cit.*; A. et D. CABANIS, *op.cit.*, pp.223-225 et 230-231, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.51 et 61; voir E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, p.1874.

²² Cf. E. HUBER, *op.cit.* p.189; R. de WECK, *op.cit.*, p.257-265, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.54-55; voir aussi E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1906-1907.

²³ Cf. D. FAVARGER, "Essai sur la notion de sources du droit – Réflexions pour servir à la publication des sources de l'Ancien Droit neuchâtelois", in *Revue de droit suisse (RDS)*, 1970, p.371.

²⁴ Cf. Ph. HENRY, "Neuchâtel français ? Le rattachement de la Principauté à l'Empire napoléonien (1806-1814)", in *Genève française 1798-1813*, *op.cit.*, p.88, qui cite un

Valais de 1803 à 1810, qui, tout en décidant de codifier le droit civil et pénal en 1804, se bornera à imposer comme Code du Pays le *Landrecht* de l'Evêque de Riedmatten de 1571²⁵. Mais dans ces deux Etats également, si le Code Napoléon n'entrera jamais en vigueur, même pas pendant la brève période d'annexion du Valais à l'Empire français de 1810 à 1814²⁶, il n'en n'inspirera pas moins formellement leurs Codes, qui constituent les deux codifications cantonales romandes les plus tardives: à savoir le *Code civil neuchâtelois* de 1853-1855²⁷ et le *Code civil valaisan* de 1855²⁸.

Tout autre, et en définitive très proche de celle de Genève, sera la situation du Jura, soit du territoire de l'Ancien Evêché de Bâle au moment de son rattachement en 1815 au Canton de Berne. C'est qu'il s'agit là, en effet, d'un ancien territoire annexé à la République française comme Genève et qui s'est vu à ce titre imposer le Code Napoléon avec toute la législation française.

Concernant alors le sort du Code Napoléon dans le Jura devenu bernois par la grâce des Puissances Alliées, ce sort est formellement scellé par l'article 14 de l'Acte de Réunion prévu par le Congrès de Vienne, qui se prononce pour la deuxième option évoquée, à savoir, ni plus, ni moins que l'abrogation de la législation française, partant du Code Napoléon, et son remplacement

propos du Procureur général de Rougemont en 1809 – "Abolir nos lois, c'est détruire notre individualité" – après ceux du gouvernement en 1806, pour lequel imposer d'un coup le Code Napoléon, si remarquable soit-il, "serait nous faire un mal infini".

²⁵ Cf. E. HUBER, *op.cit.*, p.190, et la thèse d'histoire du droit de Fribourg de M. SULSER, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Wallis im 19. Jahrhundert*, Liestal, 1976, pp. 4-5; voir aussi E.HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1886-1888.

²⁶ Cf. J.L. HALPÉRIN, "L'exportation en Suisse des institutions politiques et juridiques français", in *Bonaparte, la Suisse et l'Europe*, *op.cit.*, p.48, dubitatif à cet égard, J.F. POUURET, *op.cit.*, p.56, alors que M. SULSER, *op.cit.*, pp.5-6 et 16, comme A. MARTIN, *op.cit.*, p.894, postulent son éphémère imposition; *contra* E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, p.1888.

²⁷ Sur le Code civil neuchâtelois, œuvre du chef des Révolutionnaires de 1848 devenu Président du Conseil d'Etat, Alexis-Marie Piaget (1802-1870), qui, par delà ses modifications, reprend la tripartition fondamentale du Code Napoléon et nombre de ses dispositions, voir la belle thèse d'I. AUGSBURGER-BÜCHELI, *Le Code civil neuchâtelois - 1853-1855 - Etude de l'élaboration et de la structure d'un Code civil qui a pour modèle le Code civil français*, Neuchâtel, 1988, ainsi que pour sa dépendance à l'égard du Code Napoléon, J.F. POUURET, *op.cit.*, pp.58-59. Voir aussi E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1879-1885.

²⁸ Cf. M. SULSER, *op.cit.*, pp.40-197. Œuvre de B. E. Cropt (1798-1896), le Code civil valaisan reprend également la tripartition du Code Napoléon, tout en lui apportant de substantielles modifications, notamment en matière matrimoniale comme en matière successorale et immobilière; cf. E. HUBER, *op.cit.*, p.190, M. SULSER, *op.cit.*, pp.63-68 et J.F. POUURET, *op.cit.*, pp.56-57, de même que E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1888-1893.

par une législation nationale fondée sur l'Ancien Droit et sur les lois bernoises²⁹. Cette abrogation est cependant différée, sa date étant laissée à l'appréciation du gouvernement bernois:

"La législation française civile est abolie en principe dans les parties de l'Evêché où elle existe encore. L'époque de son abolition sera fixée par le gouvernement. (...) Il sera nommé par le gouvernement une commission de juristes qui formera un recueil d'ordonnances, fondé sur les us et coutumes du pays et sur les lois de Berne comme droit subsidiaire, pour être soumis à la sanction du Conseil souverain"³⁰.

Or qu'advient-il ? Au vu, d'une part, de l'incertitude et de l'imperfection de l'Ancien Droit – les anciennes coutumes de la Principauté épiscopale –, d'autre part, de la nécessité d'une vaste mise à jour du droit bernois, il en résultera la décision du gouvernement bernois en date du 19 décembre 1817 de différer l'exécution de l'article 14 de l'Acte de Réunion et donc de maintenir provisoirement en vigueur la législation française dans le Jura, partant le Code Napoléon jusqu'à la révision du droit bernois³¹. De fait, même codifié entre 1824 et 1830, le droit bernois ne s'appliquera jamais, hormis pour le mariage des protestants, dans le Jura et le Code Napoléon ainsi que les autres Codes napoléoniens resteront en vigueur tout au long du XIX^{ème} siècle³².

Qu'en est-il alors à Genève ? Laquelle des quatre options mentionnées l'emportera-t-elle dans la politique législative du Gouvernement pour décider du sort du Code Napoléon à Genève comme des autres Codes napoléoniens ? Eh ! bien, à lire les Registres du Conseil provisoire comme du Conseil d'Etat³³ et ceux des Commissions compétentes pour la rédaction d'un Code civil³⁴ et

²⁹ Cf. E. HUBER, *op.cit.*, p.187, et A. BERNEL, *Le droit du Code civil français applicable au Jura bernois*, thèse de droit, Berne, Genève 1955, pp.16-19; A. COMMENT, *Code Napoléon (CN) et Code civil (CCS) dans le Jura bernois 1815-1965*, Laufon, 1965, pp.165-189, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.45-47; voir aussi E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1862-1866, en particulier pp.1863-1864.

³⁰ Cf. *Acte de Réunion du ci-devant Evêché de Bâle au Canton de Berne du 14 novembre 1815*, art. 14 et 15, cité par A. BERNEL, *op.cit.*, pp.17-18.

³¹ Cf. A. BERNEL, *op.cit.*, pp.1-23 et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.46-47; de même E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, p.1864.

³² Cf. E. HUBER, *op.cit.*, *loc.cit.*; A. BERNEL, *op.cit.*, pp.26-27; A. COMMENT, *op.cit.*, pp.175-181, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.47-48; de même E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, p.1865.

³³ Cf. Archives d'Etat de Genève (AEG), *Registre du Conseil provisoire (RCP)*, 1813-1814; *RC*, 314-315, *Registre du Conseil d'Etat (RCE)*, 1814, 1.

³⁴ Cf. *Registre des séances de la Commission nommée pour faire la révision des lois civiles de Genève, nommée par le Magnifique Conseil le 18 mai 1814*, AEG, Justice A 7 bis.

d'un Code de commerce³⁵ comme pour la rédaction d'un projet de Constitution³⁶, il apparaît que les autorités genevoises de la Restauration ont envisagé successivement plusieurs options entre la fin de 1813 et juillet 1816.

On peut à cet égard en distinguer trois, correspondant à celles que nous évoquions tout à l'heure.

1°) En un premier temps, en effet, il semble que le Conseil provisoire ait songé d'abord à l'éventualité de l'abrogation pure et simple des Codes français pour "rétablir les Anciens Edits". C'est l'interprétation que donne ainsi Alain Zogmal de la Proclamation du Conseil provisoire du 31 décembre 1813:

"Nous soussignés, nous nous constituons en Gouvernement, sous le titre de Syndics et Conseils provisoires, avec la charge d'administrer et de faire administrer la police et la justice tant civile que criminelle; (...) de préparer les lois et les règlements qui nous paraîtront le mieux assortis à notre situation future"³⁷

2°) Assez rapidement cependant, en un deuxième temps, une deuxième option s'impose et c'est celle de l'élaboration de *nouveaux Codes*, mais sur la base de l'Ancien Droit, c'est-à-dire des *Edits civils*. C'est ce qui ressort du Registre du Conseil provisoire en date du 18 mai 1814; ce Conseil institue alors, en effet, deux Commissions pour la rédaction d'un Code civil et d'un Code de commerce:

"On propose de nommer deux commissions pour s'occuper le plus promptement possible de la rédaction d'un Code civil et d'un Code de commerce adaptés à la nouvelle situation de Genève.

La Commission pour le Code civil devra prendre pour base nos anciennes lois civiles de l'Edit de 1707 modifié en 1783. Nos lois civiles devront être les mêmes, quelle que soit l'étendue de notre canton, il y a grande convenance à s'en occuper immédiatement. Les lois de commerce seront particulièrement importantes pour Genève, mais comme elles intéressent aussi l'étranger, il est nécessaire qu'elles soient connues un peu d'avance; il importe donc qu'elles soient bientôt rédigées"³⁸.

Sur quoi le Conseil provisoire précise également la procédure à suivre, une fois les projets achevés:

³⁵ Cf. *Notes de la Commission de révision du Code de commerce*, 1814-1815, BPU Genève, Ms. 3655.

³⁶ Cf. *Rapport de la Commission chargée de rédiger un projet de Constitution pour la République de Genève*, Genève, 1814.

³⁷ Cf. *RCP*, RC 314 ff. 12-13, et l'interprétation d'A. ZOGMAL, *op.cit.,loc.cit.*

³⁸ Cf. *RCP*, RC 314 f.172.

"Quand le travail de ces deux commissions sera préparé, il sera soumis à la révision des Commissions du Conseil, ou de tels citoyens indiqués par lui, avant que d'être porté définitivement à la sanction du corps qui sera appelé à lui donner force de lois"³⁹.

L'objectif clairement assigné jusqu'à la procédure de réalisation, c'est donc, d'une part, l'élaboration de nouveaux Codes, mais, d'autre part, à tout le moins pour la rédaction d'un nouveau Code civil, le choix délibéré pour base, sinon pour modèle, non pas du Code Napoléon, mais des Anciens Edits Civils du XVI^{ème} siècle dans leur dernière version de 1783.

Et c'est bien la mise en œuvre de ce travail de véritable mise à jour des Edits civils que révèlent les Registres de la Commission pour le Code Civil, bientôt dite Commission des Edits civils. Du 26 mai au 5 septembre 1814, en une vingtaine de séances, la Commission pour la rédaction d'un Code civil n'aura discuté et arrêté que la révision de cinq des trente-quatre titres des Edits civils⁴⁰. Il s'agit d'abord du titre XI relatif à l'état des personnes et aux tutelles; ensuite du titre XII relatif au mariage, à la dot et à l'augment de dot; par ailleurs du titre XVII de l'extension des fiefs et de la taillabilité; enfin des titres XVIII et XIX portant principalement sur les locations de maisons et les locations de chevaux⁴¹.

Cela dit, force est de relever, d'un côté, la méthode littérale, quasi régressive, de la Commission bien dite des Edits civils, qui privilégie ainsi textes et discussions des Commissions de révision des Edits de 1783 et de 1791⁴² et qui paraît plus soucieuse d'œuvrer dans la continuité du passé plutôt que d'innover, les principales innovations étant le plus souvent d'ordre formel et tenant paradoxalement dans la reprise de certaines formules du Code Napoléon⁴³.

A quoi il faut ajouter, d'un autre côté, que la discussion des 25 articles du titre XII relatif au mariage, à la dot et à l'augment de dot ne permettra pas de trancher les plus importantes questions de principe, à savoir si l'on traiterait dans le Code civil de tout ce qui a trait au mariage et au divorce et si l'on

³⁹ Cf. *RCP, RC 314, loc.cit, in fine*.

⁴⁰ Cf. *Registre des séances de la Commission, cit. supra*, n. 34, Justice A 7 bis, pp.3-45.

⁴¹ Cf. *Registre des séances cit.*, pp.6-45, Séances du 2 juin (t. XI) des 6, 10, 22, 25, 28 et 30 juin, 4, 8 et 11 juillet (t. XII), du 11 juillet (t. XVII et XVIII) et du 1^{er} août (t. XIX).

⁴² Cf. par exemple les débats et propositions de la X^{ème} Séance du 8 juillet 1814, *Registre cit.*, p.22, de la XXI^{ème} Séance du 5 septembre 1814, p.52, et de la XXIII^{ème} Séance du 9 février 1815, p.56.

⁴³ Voir notamment les conclusions des XIX^{ème} et XX^{ème} Séances des 15 et 19 août 1814, *Reg. cit.*, pp.49-51.

n'envisagerait le mariage que comme un contrat civil⁴⁴. Et pour cause, puisque les milieux proches du Consistoire œuvrent déjà pour un retour à l'obligation de la célébration religieuse du mariage, qui prendra forme dans la Loi du 20 mai 1816.

Enfin, force est de constater qu'après une interruption de près de six mois, la Commission dite des Edits civils ne reprendra ses travaux le 31 janvier 1815 que pour s'occuper désormais de l'organisation des tribunaux et de la procédure civile⁴⁵.

C'est qu'entre temps, mis au courant des lenteurs de la Commission, le nouveau Conseil d'Etat, qui a proclamé dans sa *Loi sur l'organisation provisoire de la Justice*, le 6 janvier 1815, le maintien provisoire des divers Codes et lois en vigueur⁴⁶, décrète le 24 janvier 1815 de "recommander à la Commission nommée pour la révision des Edits civils", d'une part, de procéder en priorité dans le respect "de la lettre et de l'esprit" des Edits civils de 1783 "à la révision de nos lois relatives à la procédure civile", d'autre part, "de donner au Conseil dans le plus bref délai un préavis sur l'organisation des tribunaux de la République"⁴⁷.

Dès lors, la Commission de rédaction d'un Code civil, dite Commission des Edits civils, décide de ne plus se consacrer dans les mois suivants qu'à l'organisation judiciaire et à la procédure civile⁴⁸ en délaissant totalement le droit civil proprement dit. Ce tournant ne conduira pas seulement à un premier projet de loi d'organisation judiciaire, mais surtout à l'arrêt des travaux de la Commission en date du 20 octobre 1815⁴⁹, puis à sa dissolution formelle par arrêté du Conseil d'Etat en date du 19 juillet 1816⁵⁰. Une nouvelle Commission plus restreinte de trois membres est alors créée avec un mandat analogue étendu à la révision des titres des Edits sur le mariage, les biens meubles et immeubles, les donations, les testaments et la succession *ab intestat*, mais axé prioritairement sur la procédure civile⁵¹. C'est elle dont les

⁴⁴ Voir la IV^{ème} Séance du 10 juin 1814, *Reg. cit.*, pp.8-9.

⁴⁵ Cf. Compte rendu de la XXII^{ème} Séance, *Reg. cit.*, p.56.

⁴⁶ Voir la teneur de l'art. 74 de la dite loi: "Les divers codes et lois présentement en vigueur en matière civile, commerciale et criminelle sont provisoirement maintenus", cf. *Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République de Genève*, t. I, 1814-1815.

⁴⁷ Cf. *Registre du Conseil d'Etat (RCE)*, 315, f. 254.

⁴⁸ Cf. Compte rendu de la XXII^{ème} Séance du 31 janvier 1814, *Reg. cit.*, pp.55-56.

⁴⁹ Cf. *Reg. cit.*, f. 66.

⁵⁰ Cf. *RCE* 1816, t.2, ff. 59-60.

⁵¹ Cf. *op.cit., loc.cit.*. Présidée par J. Le Fort, Conseiller d'Etat, elle comprendra P. Girod et P.F. Bellot.

travaux aboutiront le 29 septembre 1819 à la fameuse *Loi sur la procédure civile*⁵², dont P.F. Bellot est le véritable auteur, mais c'est elle aussi qui n'achèvera jamais la révision des autres titres des Edits.

Si tel est le sort de la Commission pour le Code civil, tout autre sera celui de la Commission pour le Code de commerce. Et pour une raison bien simple: c'est que d'entrée de jeu, comme l'atteste le Registre de cette Commission, elle affirmera *expressis verbis* "la nécessité de maintenir les lois existantes dans le Code de commerce"⁵³. "La nécessité de la conservation de ces lois", poursuit le Registre, "fut motivée non seulement sur ce que le Code de commerce est un bel ouvrage composé de tous les meilleurs règlements d'édits parus sous divers règnes et notamment sous Louis XIV, mais encore sur ce que notre voisinage du territoire français, les fréquents rapports commerciaux qui en résultent doivent nous faire désirer d'être régis sous ce rapport à peu près par les mêmes lois"⁵⁴.

En clair, la Commission pour le Code de commerce se prononce et axe ses travaux dans le sens du maintien du Code de commerce. Et le fait est que, d'une part, quatre mois après sa constitution le Tribunal de Commerce est expressément maintenu par la Constitution de 1814, à la différence du reste de l'organisation judiciaire française, et que, d'autre part, la Commission pour le Code de commerce achève ses travaux en 1817, "convaincue de la perfection de la législation reçue de la France"⁵⁵.

La question du sort du Code de commerce étant ainsi clarifiée dans le sens de son maintien en vigueur sur le territoire de la République avec la juridiction correspondante, expressément consacrée par la Constitution de 1814, qu'en est-il finalement du sort du Code Napoléon ?

3°) Ce sort résultera de la troisième option, à laquelle le gouvernement genevois finira par se rallier en un troisième temps, à l'instar du gouvernement bernois dans le Jura à la même époque, à savoir le maintien en vigueur des Codes français, conçu à titre provisoire. C'est ce qui ressort de la *Loi transitoire sur l'organisation judiciaire* du 20 février 1816, qui reprend l'article 74 de celle du 6 janvier 1815. Elle stipule que "les divers Codes et Lois présentement en vigueur en matière civile, criminelle et de commerce

⁵² Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. V, 1819, pp.101ss.

⁵³ Cf. *Notes cit.*, *supra*, n.35, BPU, Genève, Ms 3655, p.2.

⁵⁴ Cf. *op.cit.*, *loc.cit.*

⁵⁵ Telle est la formule d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, p.129, qui résume bien l'esprit des procès-verbaux des séances de la Commission célébrant les mérites du Code de commerce de 1806.

sont provisoirement maintenus dans toutes les dispositions auxquelles il n'aurait pas été dérogé⁵⁶. Et c'est ce maintien provisoire, indéfini, qui va devenir définitif.

C'est ainsi par suite, d'une part, des différentes péripéties des travaux de la Commission dite des Edits civils, d'autre part, des divers aléas de la formation territoriale du Canton de Genève avec ses nouveaux territoires soumis à des régimes juridiques différents, enfin, du fait de la particularité de l'héritage juridique de l'Ancien Droit que le Code Napoléon s'est finalement maintenu d'abord à titre provisoire, puis définitivement dans le Canton de Genève. Avant d'en examiner de plus près les raisons, ce que nous ferons dans notre conclusion, il reste à voir quelle a été sa destinée à travers le XIX^{ème} siècle genevois.

II.

La deuxième question qui se pose concernant le Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois du XIX^{ème} siècle tient à sa *destinée*, à ce qu'il en est advenu, en d'autres termes, à ce qu'est devenue dans le terroir genevois cette législation présentée au seuil de la Restauration, souvent dans une perspective rhétorique, comme une législation *étrangère*.

C'est que, si formellement le Code Napoléon est "provisoirement maintenu" aux termes des lois d'organisation judiciaire de 1815 et de 1816 que nous avons citées, ce maintien n'ira pas en pratique sans ajustements, ni sans modifications souvent substantielles. Et il ne pouvait en aller différemment, dès lors que Genève, restituée à son indépendance, était désormais en mesure, d'une part, d'adapter à ses traditions nationales la législation qui lui avait été imposée par un souverain étranger, d'autre part, de l'améliorer dans les domaines où cette législation présentait des déficiences ou des injustices appelant des correctifs.

C'est ainsi qu'à l'instar de ce qui se passera dans l'élaboration des codifications civiles des Cantons de Vaud (1819) et de Fribourg (1834-1849), mais aussi de celles de Neuchâtel (1853-1855) et du Valais (1855), directement et formellement inspirées du Code Napoléon, de substantielles modifications vont être apportées par les autorités genevoises au Code Napoléon par voie de dérogation ou d'adjonction dans trois domaines

⁵⁶ Cf. Tit. VIII, art. 36 al. 1, chiffre 2, *Recueil authentique des lois ...*, t. II, 1816, pp.71 et 84.

principaux. Il s'agit de ceux du *droit matrimonial*, des *droits réels* et du *droit des successions*⁵⁷.

Si nous examinons de plus près les modifications opérées dans ces trois domaines, nous constatons que ce sont trois entreprises législatives d'une certaine envergure qui sont mises en train dès 1816-1820, la plus importante affectant, à l'initiative de P.F. Bellot, les droits réels.

1. Reprenons-les brièvement en commençant par les principales réformes opérées dans le domaine du *droit matrimonial*. Ces modifications majeures⁵⁸ du Code Napoléon en matière matrimoniale affectent, d'une part, les formes de la célébration du mariage, d'autre part, la capacité de la femme mariée.

Pour ce qui est de la modification des formes de la célébration du mariage, à laquelle nous avons consacré voici près de vingt ans une conférence et une étude substantielle, récemment republiée, à laquelle nous renvoyons⁵⁹, nous nous bornerons à rappeler que c'est là l'objet de la *Loi du 20 mai 1816 contenant quelques dérogations aux lois sur le mariage actuellement en vigueur* et qui restaure en fait l'obligation de la célébration religieuse, la bénédiction nuptiale obligatoire rétroagissant au jour du mariage civil⁶⁰. L'application de cette loi de 1816 réclamée par le Consistoire faisant problème, notamment dans les communes cédées par la Sardaigne en vertu du Traité de Turin, communes où registres d'état-civil et célébrations des mariages continueront à être l'affaire des curés conformément à ce Traité, les autorités genevoises tenteront de revenir à la législation uniforme du Code

⁵⁷ Cf. A. MARTIN, "Le Code civil dans le Canton de Genève", in *Livre du Centenaire*, *op.cit.*, t. 2, Paris, 1904, pp.882-890, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.43-45.

⁵⁸ Nous laisserons délibérément de côté, en raison de son caractère mineur, la question du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, prohibé par le Code Napoléon (art. 162), mais autorisé par une loi française de 1792, en vigueur à Genève de 1798 à 1804. A cet égard, le législateur genevois, à l'instar du législateur français de 1832, autorisera par la loi du 10 mars 1849 sur les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs le gouvernement à lever cette prohibition comme il pouvait le faire aux termes de l'art. 164 pour les mariages entre oncle et nièce et tante et neveu; cf. A. FLAMMER, *Le Droit civil genevois, ses principes et son histoire*, Genève 1875, pp.84-86.

⁵⁹ Cf. A. DUFOUR, "Mariage civil et Restauration", in *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts – Politische Implikationen und Perspektiven*, hrsg. H. Mohnhaupt, Ius Commune 32, Francfort/Main, 1987, pp.221-245; rééd. in A. DUFOUR, *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Genève, 2003, pp.152-176.

⁶⁰ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. II, 1816, pp. 211-215, et notre article précité, pp.229-233; rééd., pp.160-164. Voir aussi les développements et considérations d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.217-220.

Napoléon pour tout le Canton par la *Loi sur le mariage* du 26 décembre 1821, qui rétablit le régime du mariage civil sur tout le territoire genevois⁶¹.

Au vu des protestations convergentes de l'Evêque du diocèse, de la Cour de Sardaigne et de la Diète fédérale⁶², force leur sera de faire machine arrière par la *Loi sur quelques modifications à la législation du mariage* du 24 janvier 1824⁶³. Cette loi de 1824 dérogera aux dispositions du Code Napoléon sur la célébration du mariage et sur le divorce pour les seuls citoyens catholiques des communes cédées par le Traité de Turin en consacrant à nouveau les lois et usages canoniques jusqu'alors en usage dans ces communes⁶⁴. Par là se trouvera introduite dans le Canton de Genève une disparité de législation correspondant à un régime d'union incorporée⁶⁵, qui se perpétuera jusqu'en 1861 au lendemain de l'annexion de la Savoie par la France⁶⁶. C'est alors que sera votée la *Loi sur le mariage civil* du 12 octobre 1861, rétablissant partout le régime du Code Napoléon⁶⁷.

Aussi révélatrice de l'emprise des traditions locales, cette fois-ci plus juridiques que confessionnelles, apparaît la modification du Code Napoléon opérée en 1819 en matière de capacité de la femme mariée. Tel sera l'objet de la *Loi sur l'autorisation nécessaire à la femme qui s'oblige pour son mari* du 30 janvier 1819, qui consacre, en fait, en dérogation aux dispositions du Code Napoléon, la perpétuation d'une pratique correspondant à une règle des Edits Civils⁶⁸. L'article 7 du titre XI des anciens Edits Civils stipulait en effet que la femme mariée ne pouvait contracter ou s'engager pour son mari qu'avec

⁶¹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. VII, 1821, pp.248-250. Sur les péripéties de l'application de la loi de 1816 et le retour au mariage civil du Code Napoléon, voir notre étude précitée pp.233-242, rééd. pp.164-173, ainsi qu'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.221-222.

⁶² Cf. A. DUFOUR, *op.cit.*, pp.243-244; rééd., pp.174-175.

⁶³ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. X, 1824, pp.10-12. Sur les conditions de son adoption voir A. DUFOUR, *op.cit.*, p.244; rééd. p.175.

⁶⁴ Cf. A. DUFOUR, *op.cit.,loc.cit.*

⁶⁵ Cf. A. DUFOUR, *ibid*; J.F. POUDRET, *op.cit.*, p.44, parle de simple "dualité de législation".

⁶⁶ Voir A. DUFOUR, *op.cit.*, p.245, rééd. p.176.

⁶⁷ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. XLVII, 1861, pp.434-435. Voir A. DUFOUR, *op.cit.,loc.cit.*

⁶⁸ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. V, 1819, pp.9-12. Sur le problème en cause, sur son contexte et sur les péripéties judiciaires de l'application de la règle posée par l'art. 217 du Code Napoléon en la matière, cf. A. MARTIN, *op.cit.*, pp.186, et surtout l'analyse détaillée qu'en fait A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.188-200

l'autorisation de deux proches parents ou alliés ou, à défaut, de voisins⁶⁹. L'article 217 du Code Napoléon n'assujettissait, au contraire, la femme mariée pour tous les engagements qu'elle pourrait contracter qu'à une seule autorisation: celle de son mari⁷⁰. Arguant d'une lacune du Code Napoléon à combler par le droit antérieur, le Tribunal de commerce n'avait cessé d'appliquer à Genève la règle des anciens Edits civils jusqu'à une décision en appel de la Cour Suprême en 1818 interprétant littéralement le Code Napoléon contrairement à toute la tradition juridique nationale des Edits civils⁷¹. C'est à la suite de cet arrêt de la Cour Suprême de 1818, contraire à toute la tradition genevoise, que sera élaborée à l'initiative du Conseil d'Etat la loi du 30 janvier 1819⁷². Cette *Loi sur l'autorisation nécessaire à la femme mariée qui s'oblige pour son mari* n'abrogera pas formellement l'art. 217 du Code Napoléon, elle le complètera en consacrant législativement l'antique règle du Titre XI des Edits civils.

2. D'une beaucoup plus grande ampleur que ces réformes en matière de droit matrimonial sera l'entreprise législative amorcée et partiellement menée à chef en matière de *droits réels*.

Pour bien comprendre toute l'ampleur de la réforme législative entreprise à cet égard, il convient de bien se rendre compte tout à la fois de la particularité et de l'imperfection, voire des déficiences notoires du régime consacré par le Code Napoléon en la matière et singulièrement en matière de droits réels *immobiliers*. Ce régime se ramenait en fait dans ses grandes lignes au régime romain de la *clandestinité*, sauf pour les hypothèques, et encore dans certaines limites. Pareil régime, diamétralement opposé au régime germanique du Registre foncier, impliquait quant à la *propriété*, d'une part,

⁶⁹ Cf. *Edit civils*, Genève 1783, Titre XI: *De l'état et qualité des personnes et des tutelles et gouvernemens des pupilles et mineurs*, art. 7: "La femme sous puissance de mari ne pourra s'obliger, contracter, cautionner, ou ratifier pour son mari, ni là où il a intérêt, si elle n'est autorisée par deux de ses plus proches parens ou alliés ou voisins connus à défaut de parens ou alliés, et que ce soit des personnes prudentes, majeurs et capables de pouvoir eux-mêmes contracter". Sur les aléas de l'application à la fin de l'Ancien Régime de cette disposition des *Edits civils* dans le cas de la femme mariée marchande, voir la belle étude de L. MOTTU-WEBER, "Le procès de Judith Porte à Genève en 1761-1762, épisode d'un long débat sur la capacité civile de la femme mariée" in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^{ème} siècle*, III^{ème} cycle de droit, éd. P. Caroni, Fribourg, 1997, pp.201-216.

⁷⁰ Cf. Art. 217: "La femme, même non commune ou séparée de bien, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit".

⁷¹ Cf. A. MARTIN, *op.cit.,loc.cit.*, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.190-196.

⁷² Cf. A. MARTIN, *op.cit.,loc.cit.*, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.196-199.

que le transfert de la propriété immobilière s'opère par la seule conclusion du contrat entre les parties sans aucune nécessité d'une inscription dans un registre public⁷³, d'autre part, concernant l'inscription dans un registre public - inscription nécessaire si l'acquéreur voulait purger l'immeubles des éventuelles charges hypothécaires -, elle avait pour principale fonction de rendre le contrat de transfert immobilier opposable aux tiers sans faire foi pour autant de l'état réel des charges grevant l'immeuble en cause⁷⁴. C'est enfin que, si le Code Napoléon instaurait bien la publicité des hypothèques par leur inscription dans un Registre de conservation des hypothèques, d'un côté, il n'imposait pas la transcription des mutations immobilières; d'un autre côté, il consacrait l'existence d'hypothèques occultes et générales indépendamment de toute formalité d'inscription dans les registres⁷⁵. Telle était en particulier l'hypothèque légale, que ce soit celle de la femme mariée sur l'ensemble des immeubles de son mari pour la sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales⁷⁶ ou que ce soit celle des mineurs et interdits sur l'ensemble des biens meubles et immeubles de leur tuteur pour la sûreté de leurs biens⁷⁷.

En conclusion, aussi bien le système du transfert de la propriété immobilière que le régime hypothécaire du Code Napoléon appelaient donc une réforme substantielle. Or nul n'apparaissait plus qualifié à Genève pour l'entreprendre que P.F. Bellot, Conservateur du Bureau des Hypothèques de 1814 à sa mort en 1836, qui avait connu pas moins de trois régimes en la matière: celui des Edits civils, celui du droit intermédiaire et celui du Code Napoléon⁷⁸.

Conscient de tous les inconvénients du régime de la clandestinité des droits réels du Code Napoléon, Bellot va œuvrer sans relâche à une véritable refonte du système des droits réels en vigueur. Cette vaste entreprise se réalisera en fait en trois temps.

⁷³ Cf. Pour un rappel des grandes lignes du régime du transfert de la propriété immobilière selon le Code Napoléon, voir l'excellent résumé d'A. FLAMMER, *op.cit.*, p.169.

⁷⁴ Sur la fonction de la publicité foncière selon le Code Napoléon, cf. les exposés d'A. FLAMMER, *op.cit.,loc.cit.* et d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp. 254-257.

⁷⁵ Cf. Code Napoléon, art. 2106, 2121, 2122 et 2135. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.169-170, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp. 257-259.

⁷⁶ Cf. Code Napoléon, art. 2121, al. 1.

⁷⁷ Cf. Code Napoléon, art. 2121, al. 2.

⁷⁸ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.170, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.246-253, pp.261-263 et 273-279.

1. En un premier temps, entre 1816 et 1820, ce sera l'obligation de la transcription des actes translatifs de la propriété immobilière comme des actes de partage et autres actes de déclaratifs de propriété. Tel sera l'objet de la *Loi sur les droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèque* du 16 juin 1816⁷⁹ et de la *Loi sur la publicité des divers droits immobiliers* du 29 juin 1820⁸⁰.
2. Ce sera ensuite, en un deuxième temps, le grand œuvre de Bellot: le *projet de loi sur les droits réels* du 21 décembre 1827, qui proposera en 430 articles la refonte intégrale du régime des droits réels du Code Napoléon⁸¹.

Elaboré avec la collaboration de Pellegrino Rossi (1787-1848) et de l'ancien Syndic Pierre Girod (1776-1844), ce projet, visiblement inspiré par le système germanique, tendait à instaurer la publicité intégrale des droits réels comme celle des registres des droits réels. "Aucun droit réel sur des immeubles situés dans le Canton ne sera considéré comme tel", stipulait son premier article, "s'il n'est rendu public dans les formes prescrites par la loi". "La publicité", poursuivait le second article, "s'acquiert par l'inscription dans les registres du Bureau des droits réels"⁸².

Il n'en allait pas seulement ainsi, bien évidemment, du premier des droits réels, le *droit de propriété*, mais également de tous les *droits réels limités*, usufruit, servitudes – continues ou discontinues –, apparentes ou non apparentes, comme enfin des hypothèques. A cet égard aussi, le projet innovait par rapport au Code Napoléon, mais aussi par rapport aux Edits civils, en soumettant hypothèques légales et hypothèques conventionnelles au double principe de la *publicité* et de la *spécialité*⁸³. En fait, beaucoup trop ambitieux et se heurtant à trop de résistance, ce vaste projet de réforme des droits réels ne sera finalement pas adopté⁸⁴, mais il ne restera pas sans conséquence.

⁷⁹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. II, 1816, pp.228-282. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, p.171.

⁸⁰ Cf. *Rec.cit.*, t. VI, 1820, pp.194-201. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.172-173.

⁸¹ Cf. outre A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.174-179, et les brefs résumés d'A. MARTIN, *op.cit.*, pp.887, et de J.F. POUDRET, *op.cit.*, p.45, les développements détaillés d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.261-274, et surtout l'imposant chapitre 8, pp.275-311.

⁸² Cf. *Projet de loi relative à l'acquisition, à la conservation et à la publicité des droits réels*, RCE, 1827, II, ff. 230-231, art. 1 et 2. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, p.175, A. MARTIN, *op.cit.*, p.887, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, p.287.

⁸³ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.175, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.285-287.

⁸⁴ A propos de l'échec du projet voir A. FLAMMER, *op.cit.*, p.176, A.MARTIN, *op.cit.*, pp. 887-888, et les développements d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.294-304.

3. C'est ainsi qu'en un troisième temps les principaux chapitres de l'ambitieux projet d'ensemble de Bellot de décembre de 1827 seront en fait adoptés par tranches successives entre 1830 et 1868.
 - 3.1. Ce sera, d'abord sous l'égide de Bellot lui-même, la *Loi sur les effets de la transcription et sur la nature des actes à admettre à cette formalité* du 28 juin 1830, qui imposera la *forme authentique* aux actes de transfert de la propriété immobilière et qui subordonnera leur opposabilité aux tiers à leur transcription au Bureau des hypothèques⁸⁵.
 - 3.2. Ce sera ensuite, après la mort de Bellot, la *Loi sur le cadastre* du 2 février 1841, qui prescrira l'établissement d'un cadastre de toutes les propriétés foncières du Canton, c'est-à-dire d'une "description fidèle et continuellement mise à jour de la situation et des limites de toutes les propriétés foncières"⁸⁶.
 - 3.3. Ce sera, enfin et surtout, la révision du Régime hypothécaire du Code Napoléon, d'une part, par la *Loi abrogeant l'hypothèque judiciaire* du 6 janvier 1851, qui supprimera purement et simplement l'hypothèque judiciaire caractérisée par sa généralité⁸⁷, d'autre part et principalement, par la *Loi sur l'hypothèque légale* du 12 septembre 1868, qui imposera aux hypothèques légales les principes de la *publicité* et de la *spécialité*⁸⁸.

Cela signifiera concrètement, d'abord, que toutes les hypothèques légales seront soumises au principe de l'inscription, ensuite, que cette inscription sera spéciale, c'est-à-dire qu'elle sera prise pour une somme, contre une personne et sur des immeubles déterminés.

C'est ainsi que la vaste entreprise de refonte du régime des droits réels du Code Napoléon projetée par P.F. Bellot s'opérera par voie graduelle, sans altérer l'ordonnance générale du Code.

⁸⁵ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. XVI, 1830, pp.55-57. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.173-174, A. MARTIN, *op.cit.*, p.888, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.267-270.

⁸⁶ Cf. *Rec.cit.*, t. XXVII, 1841, pp.23-52. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.179-196, notamment pp.182-185, A. MARTIN, *op.cit.*, p.888, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.305-306.

⁸⁷ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. XXXVII, 1851, pp.7-9, et Code Napoléon, art. 2123. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, p.201, et A. MARTIN, *op.cit.*, p.889.

⁸⁸ Cf. *Rec.cit.*, t. LXIV, 1868, pp.245-252. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.203-211, et A. MARTIN, *op.cit.*, p.889.

3. Le troisième ordre de modifications majeures apportées par le législateur genevois au Code Napoléon, toujours dans le cadre même du Code, affectera le domaine du *droit des successions*.

A cet égard, si, en matière de *droits réels*, comme nous venons de le voir, ce sont des déficiences du système adopté par le Code Napoléon qui motiveront l'intervention du législateur genevois, en matière *successorale* c'est une exigence de *justice* qui est à l'origine de l'importante réforme opérée en 1874 par la *Loi concernant les droits successoraux de l'enfant naturel et du conjoint, la succession de l'enfant naturel et le degré de successibilité* du 5 septembre 1874.⁸⁹

Cette réforme des dispositions successorales du Titre premier du Livre III du Code Napoléon ne touchera donc en fait que les droits successoraux de *l'enfant naturel* et du *conjoint survivant*.

Pour réaliser toute la portée de la loi du 5 septembre 1874 concernant d'abord *l'enfant naturel*, il faut avoir en tête l'esprit du Code Napoléon et de ses principaux inspirateurs – de Napoléon Bonaparte (1769-1821) à Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807) – en matière familiale. On sait en particulier quelle est à leurs yeux l'importance du *mariage* dans son sens authentique, hérité des Romains – *matrimonium de matris munus* –, c'est-à-dire d'institution à fonction reproductrice, destinée à perpétuer la société civile. C'est le lieu de rappeler les propos de Portalis dans son *Discours préliminaire du projet de Code Civil*:

"Notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l'esprit de famille qui est si favorable, quoi qu'on en dise, à l'esprit de cité [...]. Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques; et *c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande*; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font de bons citoyens. Or il appartient essentiellement aux institutions civiles, de sanctionner et de protéger toutes les affections honnêtes de la nature".⁹⁰

S'il "appartient essentiellement aux institutions civiles de sanctionner et de protéger toutes les affections honnêtes de la nature", rien d'étonnant alors à ce que l'enfant né hors mariage, fruit d'amours désordonnées, et surtout l'enfant adultérin ou incestueux, né d'amours déshonnêtes et coupables, soient dépourvus de toute protection dans l'ordre successoral.

⁸⁹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. LX, 1874, pp. 371-379.

⁹⁰ Cf. J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du projet de Code civil*, in LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*. t. 1^{er}, Paris, 1827, pp.315-316.

C'est ainsi que le Code Napoléon refuse formellement en son art. 756 la qualification d'héritier aux enfants naturels⁹¹. Pratiquement cependant, le Code les admet à la succession en "l'absence de parents au degré successible", c'est-à-dire au douzième degré⁹². Dans les autres cas, en présence d'héritiers proches, tout ce que le Code Napoléon accorde aux enfants naturels – et ceci pour autant qu'ils aient été reconnus (et l'on sait qu'au surplus le Code Napoléon interdit toute action en recherche de paternité⁹³) – tient alors dans un droit de créance sur les biens de leur père et mère, droit dont la quotité variera selon le degré de proximité des héritiers appelés à la succession⁹⁴. Quant aux enfants adultérins ou incestueux, le Code Napoléon ne leur accorde que des aliments⁹⁵ – et encore pour autant qu'ils n'en aient pas déjà reçu de leur père ou mère ou acquis grâce à eux une formation dans un art mécanique⁹⁶. Il faut encore ajouter à cela qu'enfants naturels et adultérins ou incestueux, d'une part, ne se voyaient naturellement pas reconnaître de réserve, et surtout, d'autre part, qu'ils ne pouvaient rien recevoir à titre de donation ou par testament au-delà de leur part éventuelle *ab intestat*⁹⁷.

Pareillement, traité au chapitre dit *Des successions irrégulières* après les *enfants naturels*, le *conjoint survivant* apparaît également comme un successeur irrégulier⁹⁸. Cela signifie concrètement qu'il n'est appelé à la succession de son conjoint défunt qu'à défaut de parents au degré successible,

⁹¹ Cf. art. 756: "Les enfants naturels ne sont point héritiers".

⁹² Cf. L. III, t. I^{er}, chap. IV: *Des successions irrégulières*, art. 758: "L'enfant naturel a droit à la totalité des biens lorsque ses père et mère ne laissent pas de parents au degré successible"; cf. art. 755: "Les parents au-delà du douzième degré ne succèdent pas".

⁹³ Cf. art. 340: "La recherche de la paternité est interdite".

⁹⁴ Cf. art. 757: "Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère décédés est réglé ainsi qu'il suit: si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime; il est de la moitié lorsque les père ou mère (*sic*) ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs; il est des trois quarts, lorsque les père ou mère (*sic*) ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères, ni sœurs".

⁹⁵ Cf. art. 762: "Les dispositions des art. 757 et 758 ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des aliments".

⁹⁶ Cf. art. 764: "Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront (*sic*) fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession".

⁹⁷ Cf. art. 908: "Les enfants naturels ne pourront, par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions".

⁹⁸ Cf. L. III, t. I^{er}, chap. IV: *Des successions irrégulières*, sect. II: *Des droits du conjoint survivant et de l'Etat*, art. 767-773.

c'est-à-dire de parents jusqu'au douzième degré, ou d'enfants naturels⁹⁹. L'idée inspiratrice de ce traitement singulier tient à nouveau dans une conception particulière, quasi coutumière, de la famille, bien exprimée par un des principaux jurisconsultes de l'époque, Joseph-Jérôme Siméon (1749-1842): "Le conjoint survivant, quelque étroit que fût le lien qui l'unissait avec le défunt, appartient à une famille étrangère"¹⁰⁰.

Face alors à l'*injustice* – que nous trouvons aujourd'hui criante – de ces dispositions successorales du Code Napoléon concernant surtout la succession des enfants naturels, mais aussi celle du conjoint survivant, il apparaît tout naturel que le législateur genevois soit intervenu pour abroger ces divers articles du Code Napoléon et les remplacer par des dispositions nouvelles, plus conformes à l'éthique chrétienne de la République protestante. Partant effectivement du principe que l'enfant est innocent du fait de sa naissance et que l'on ne saurait faire retomber sur lui la faute de ses parents, la loi genevoise du 4 septembre 1874 va d'abord formellement "déférer les successions aux enfants *légitimes et naturels* du défunt", modifiant ainsi par simple adjonction d'adjectifs l'art. 731 du Code Napoléon, sans plus différencier enfants adultérins, incestueux et naturels¹⁰¹. La loi genevoise va ensuite tout aussi formellement déférer les successions au conjoint survivant à la suite des ascendants immédiats du défunt et de leurs descendants, modifiant en conséquence l'article 767 du Code Napoléon¹⁰².

Quant aux parts et droits dévolus à ces nouvelles catégories d'héritiers par rapport à ceux du Code Napoléon, s'agissant tout d'abord des *enfants naturels*, d'un côté, la loi genevoise du 4 septembre 1874 leur attribue la qualité d'héritier et d'héritier réservataire¹⁰³ et elle leur reconnaît à ce titre dans la succession de leurs père et mère une part variant quant à sa quotité selon la qualité et le rang des autres héritiers¹⁰⁴. D'un autre côté et surtout, dans la

⁹⁹ Cf. art. 767: "Lorsque le défunt ne laisse ni parens au degré successible, ni enfans naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit"; art. 768: "A défaut de conjoint survivant, la succession est acquise à l'Etat".

¹⁰⁰ Cité par J.L. HALPÉRIN, *op.cit.*, p.51.

¹⁰¹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. LX, 1874, art. 731 et 756ss (nouveaux) pp.371-375 et 378-379. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.231-233 et 236-237.

¹⁰² Cf. *Rec.cit.*, t. LX, 1874, art. 767 et 1094, pp.375-376 et 378-379.

¹⁰³ Cf. *Rec.cit.*, t. LX, 1874, art. 731, 913 et 915 (nouveaux), pp.372, 377-378. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.236-237.

¹⁰⁴ Cf. *Rec.cit.*, *op.cit.*, art. 767 (nouveau), pp.375-376. Selon cet article, cette part est ainsi réduite de moitié en concours avec les frères et sœurs légitimes pour marquer tout de même la prééminence toujours reconnue à l'institution du mariage. Elle est réduite d'un quart en concours avec les père et mère du défunt. Enfin, elle équivaut à la totalité

ligne des anciens Edits civils, qui, tout en refusant aussi la qualité d'héritiers aux enfants illégitimes, ne leur en reconnaissent pas moins la capacité de recevoir par testament ou par donation de leurs père et mère une part allant du huitième à la moitié des biens de ces derniers selon qu'il y avait ou non des descendants¹⁰⁵, la loi genevoise du 4 septembre 1874 consacre la pleine capacité des enfants naturels de recevoir par testament ou par donation au-delà de leur part légale¹⁰⁶ dans le respect de la réserve des autres héritiers réservataires.

S'agissant par ailleurs du *conjoint survivant*, le législateur genevois de 1874 lui reconnaît donc la qualité d'héritier, mais non celle d'héritier réservataire¹⁰⁷. En tant qu'héritier il lui attribue une part dont la nature juridique – usufruit ou propriété – et la quotité varient aussi selon la qualité et le rang des autres héritiers¹⁰⁸. Enfin, il a le droit de recevoir, par contrat de mariage ou pendant le mariage par donation ou par testament, toute la partie non réservée par la loi aux descendants et aux ascendants¹⁰⁹.

Ultime autre réforme d'importance de la loi du 5 février 1874, c'est la réduction du degré de successibilité. Alors que le Code Napoléon appelait à la succession les parents jusqu'au douzième degré¹¹⁰, le législateur genevois stipule que désormais les parents ne succèdent plus au-delà du huitième degré, c'est-à-dire au-delà des arrière-petits-cousins¹¹¹. Cela signifie concrètement qu'au-delà de parents à ce degré, c'est l'époux survivant ou, à son défaut, l'Etat qui recueille la totalité de la succession.

de la succession en l'absence de descendants ou de père et mère du défunt. Voir A. FLAMMER, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁰⁵ Cf. *Edits civils*, Genève, 1783, t. XXX: *Des successions ab intestat*, art. IV.

¹⁰⁶ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. LX, 1874, art. 913 et 915 (nouveaux), pp. 377. Voir A. FLAMMER, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁰⁷ Cf. *Rec.cit., t.cit.*, art. 731 (nouveau), p.372. Voir A. FLAMMER, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁰⁸ Cf. *Rec.cit., t.cit.*, art. 767 (nouveau), pp.375-376. Ainsi, en présence d'enfants légitimes, le conjoint survivant n'a droit qu'à la jouissance de la moitié des biens du défunt. En présence d'enfants naturels d'avant mariage, de père ou mère ou de leurs descendants, le conjoint survivant a droit au quart de la succession en pleine propriété. Il a droit à la moitié de la succession en présence d'autres ascendants ou collatéraux. Enfin, il a droit à la totalité de la succession à défaut de parents au degré successible. Voir A. FLAMMER, *ibid.*

¹⁰⁹ Cf. *Rec.cit., t.cit.*, art. 1094 (nouveau), pp.378-379. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.239-239.

¹¹⁰ Cf. art. 755, *cit. supra*, n.92.

¹¹¹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. LX, 1874, art. 755 (nouveau), p.372: "Les parents au-delà du huitième degré ne succèdent pas. A défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout".

Pour être complet sur ce chapitre successoral, il faudrait relever que près de vingt ans plus tôt, en 1856, le législateur genevois, suivant l'exemple du législateur français, avait pour d'analogues raisons de justice abrogé d'autres dispositions léonines du Code Napoléon. Il s'agit de celles relatives à la mort civile, qui frappaient toute une catégorie d'individus condamnés à certaines peines perpétuelles, même pour crime politique et par contumace¹¹². Considérant cette institution entraînant la dissolution du mariage et l'ouverture de la succession d'un condamné, voire même la dévolution à l'Etat par voie de déshérence de ses biens, comme profondément injuste, le législateur genevois, s'inspirant de la loi française du 31 mai 1854, décidera le 13 décembre 1856 d'abolir l'institution de la mort civile et la remplacera par des dispositions relatives à l'interdiction légale¹¹³ déjà prévues pour d'autres cas par le Code pénal de 1810.

III.

En évoquant ces différentes modifications substantielles du Code Napoléon qui caractérisent sa destinée au travers du XIX^{ème} siècle genevois, nous abordons la dernière question soulevée par sa survivance dans l'histoire juridique genevoise: c'est la question plus technique des modalités concrètes de sa survivance, qui, pour significative qu'elle soit, ne nous retiendra cependant pas longtemps.

Ainsi que nous avons pu le constater, que ce soit en matière de *droit matrimonial*, de *droits réels* ou de *droit des successions*, les dispositions ou les institutions du Code Napoléon sont rarement formellement *abrogées* ou *abolies*: elles sont, en fait, simplement et euphémiquement *modifiées*; le plus souvent le législateur se borne, en effet, à leur adjoindre des dispositions nouvelles qui les vident partiellement de leur substance. C'est ce qu'avait finement observé Alain Zogmal dans sa thèse précitée: "Au lieu de *modifier directement* la lettre du Code Napoléon, la technique législative genevoise sous la Restauration préfère *ajouter* des articles sans en retrancher. Le législateur agit par couches successives de sens"¹¹⁴.

¹¹² Cf. Art. 22: "Les condamnations à des peines dont l'effet est de priver celui qui est condamné de toute participation au droit civil ci-après exprimés emporteront la mort civile". Voir art. 27 pour les condamnés par coutumace.

¹¹³ Cf. *Loi portant abolition de la mort civile* du 13 décembre 1856, *Recueil authentique des lois ...*, t. XLII, 1856, art. 1 et 2, pp.491-492.

¹¹⁴ Cf. A. ZOGMAL, *op.cit.*, p.198.

On en a quelques exemples, d'abord, avec la législation matrimoniale. Que ce soit la législation de 1816 restaurant l'obligation de la bénédiction nuptiale, celle de 1819 rétablissant la nécessité d'une autorisation pour la femme qui s'oblige pour son mari ou celle de 1824 enfin restaurant la réglementation canonique du mariage pour les catholiques des Communes cédées par le Traité de Turin, dans chaque cas la loi votée et promulguée par le législateur genevois vient s'insérer dans le corps des dispositions du Code Napoléon sans en abroger formellement aucune. L'importante loi du 20 mai 1816, qui remet en cause toute la laïcité du mariage, s'intitule euphémiquement: "Loi concernant quelques dérogations aux lois actuellement en vigueur sur le mariage"¹¹⁵. La loi-reculade du 24 janvier 1824, qui bat en brèche l'unité de législation du Canton et la laïcité du mariage dans les anciennes communes sardes, se présente comme une simple "Loi sur quelques modifications à la législation du mariage"¹¹⁶. Enfin, la loi rétablissant le régime des Edits civils en dérogation formelle à celui du Code Napoléon pour la femme qui s'oblige pour son mari se présente comme un complément de l'art. 217 du Code Napoléon et s'intitule sans autre référence "Loi sur l'autorisation nécessaire à la femme qui s'oblige pour son mari"¹¹⁷.

Il n'en va pas très différemment de l'ample révision du régime des droits réels qui s'opère elle aussi, nous venons de le voir, par simple adjonction ou par complément des lois sur la transcription des actes translatifs de la propriété foncière de 1816 et 1820 à la loi sur le cadastre de 1841 et jusqu'à la loi sur les hypothèques légales de 1868.

Il en va enfin de même, nous y avons fait allusion, de manière encore plus caractéristique, de l'importante réforme en matière successorale au bénéfice de l'enfant naturel et du conjoint survivant. Plutôt que d'opposer de nouvelles règles aux dispositions discriminatoires en la matière du Code Napoléon, la loi genevoise du 4 septembre 1874 procède par voie d'adjonction. Le législateur genevois insère ainsi à l'art. 731 du Code Napoléon par voie adjectivale au nombre des successibles nommés "enfants" la spécificité "légitimes et naturels"¹¹⁸. Et il ajoute pareillement, après la mention des "descendants du défunt" et de "ses ascendants", celle de "l'époux survivant"¹¹⁹. Il n'y a guère que pour la mort civile ou pour l'hypothèque

¹¹⁵ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. II, 1816, p.211.

¹¹⁶ Cf. *Rec.cit.*, t. X, 1824, p.10.

¹¹⁷ Cf. *Rec.cit.*, t. V, 1819, p.9. Voir à ce sujet les pertinentes remarques d'A. ZOGMAL, *op.cit.,loc.cit.*

¹¹⁸ Cf. *Rec.cit.*, t. LX, 1874, art. 731, p.372.

¹¹⁹ *Ibid.*

judiciaire que le législateur genevois procède explicitement par abolition - ainsi la loi du 13 décembre 1856 portant formellement *abolition* de la mort civile¹²⁰ - ou par abrogation formelle - ainsi la loi du 6 janvier 1851 *abrogeant* l'hypothèque judiciaire¹²¹.

Conclusion

Au vu des profondes modifications apportées par le législateur genevois au Code Napoléon tout au long du XIX^{ème} siècle, on ne peut s'empêcher de se demander pourquoi ce Code a été formellement conservé à Genève, de préférence à l'élaboration d'une nouvelle codification civile cantonale à l'instar de ce qui s'est fait à la même époque dans les Cantons de Vaud et de Fribourg, voire plus tard dans ceux de Neuchâtel et du Valais. A cette question relative à la survivance du Code Napoléon à Genève il y a plusieurs réponses. Il nous semble à cet égard, si nous laissons de côté l'explication socio-économique, qui est hors de notre compétence, qu'il y a principalement trois ordres de raisons à ce maintien du Code Napoléon à Genève; elles nous apparaissent de nature *politique*, *juridique* et *historico-juridique*.

1. Le premier ordre de raisons à la survivance du Code Napoléon à Genève apparaît de nature *politique*. Il implique lui-même trois aspects qui ont été bien vus par les contemporains ou leurs successeurs immédiats.

Premier ordre de raisons de nature *politique*, c'est, schématiquement formulé, d'une part, qu'une période de bouleversement politique, comme l'est le début de la Restauration à Genève, n'est pas favorable à l'élaboration d'une nouvelle codification. C'est ce dont Bellot se fait explicitement l'écho au seuil de l'*Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile* de 1819:

"Genève était rendu à son indépendance. Les institutions françaises, qui lui avaient été imposées dès 1798, allaient être remplacées par des institutions nationales. Mais ces institutions ne s'improvisent point, et les premiers moments d'une restauration ne sont pas favorables à cette méditation calme qui doit présider au travail des lois civiles et criminelles"¹²².

1.2. C'est, d'autre part, qu'une période de profonde mutation socio-politique, culturelle et religieuse, comme l'est la phase de nouvelle constitution territoriale du Canton entre 1814 et 1816, exclut le retour aux anciens

¹²⁰ Cf. *Rec.cit.*, t. XLII, 1856, p.491.

¹²¹ Cf. *Rec.cit.*, t. XXXVII, 1851, p.7.

¹²² Cf. P.F. BELLOT, *Loi sur la procédure civile, Exposé des motifs*, éd. Chs. Schaub - P. Odier - E. Mallet, Genève 1837, p.1.

Edits Civils de la République calviniste. C'est ce qu'exposera A. Flammer quelques décennies plus tard avec beaucoup de lucidité:

"Genève, en effet, agrandie dans son territoire des communes avoisinantes nécessaires à son désenclavement et à sa réunion effective à la Confédération suisse, ne pouvait songer à soumettre ces territoires nouveaux à des lois qu'ils n'avaient jamais connues, et dont ils n'auraient peut-être accepté le joug qu'avec une certaine répugnance, à cause de leur origine protestante"¹²³.

1.3. C'est enfin que le Code Napoléon, comme ses censeurs de l'Ecole du droit historique ne s'y sont pas trompés, était riche de tous les acquis politiques de la Révolution française, sur lesquels il était difficile de revenir, de l'état-civil laïc à l'égalité civile et de la liberté des individus à celle des contrats et des propriétés¹²⁴. Ce n'est pas sans raison à cet égard que Napoléon pourra proclamer à Sainte-Hélène: "J'ai semé la liberté à pleines mains partout où j'ai implanté *mon* Code civil"¹²⁵.

2. Il est cependant un deuxième ordre de raisons plus techniques au maintien du Code Napoléon à Genève à la Restauration et il apparaît de nature *juridique*. Il implique lui-même deux aspects.

2.1. C'est, d'une part, l'incontestable supériorité technique du Code Napoléon par sa synthèse de l'Ancien Droit et des idées nouvelles, par son unité et par sa systématique, mais aussi par sa stylistique, au point de tenir bientôt lieu de Bréviaire à Stendhal. C'est ce dont P.F. Bellot convient dès 1819 dans le texte précité:

"Si les Codes français avaient contre eux la nouveauté de leurs dispositions, et plus encore le souvenir de la domination étrangère à laquelle nous les devons, l'impartialité ne permettait pas de méconnaître tout le mérite de quelques-unes de leurs parties. Le Code civil, surtout, se recommandant à nous par l'esprit d'équité dont il était généralement empreint, et par l'art avec lequel ses habiles rédacteurs avaient su adapter aux maximes de l'ancien droit d'heureuses, d'importantes innovations"¹²⁶.

Mais c'est aussi l'apport de toute la doctrine française qui entre en ligne de compte, comme le dira A. Flammer à propos de l'échec du grand projet de révision des droits réels:

¹²³ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.52.

¹²⁴ Cf. J. CARBONNIER, *op.cit.*, pp.1335 et 1339; dans le même sens, voir J.L. HALPÉRIN, *Le Code civil, op.cit.*, pp.107-108.

¹²⁵ Cité sans référence par J. CARBONNIER, *op.cit.*, p.1337. *Ibid*: "Pourquoi *mon* Code Napoléon n'eût-il pas servi de base à un Code européen?". Voir pour ce propos LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, éd. Pléiade, Paris, 1963, ch. XI, p.345.

¹²⁶ Cf. P.F. BELLOT, *op.cit.,loc.cit.*

"L'intérêt des légistes était d'ailleurs de conserver une législation qui leur permettait de profiter des travaux juridiques d'un grand pays voisin"¹²⁷.

2.2. Le deuxième aspect de cet ordre de raisons proprement *juridiques* au maintien du Code Napoléon à Genève, c'est, d'autre part et comparativement, non seulement l'impraticabilité des Anciens Edits Civils, mais aussi l'interruption de leur application à Genève depuis plusieurs lustres comme de la jurisprudence d'usage et de la tradition supplétive du droit romain. C'est ce que Bellot mettra clairement en évidence toujours en 1819:

"Si ces Edits civils s'offraient à notre souvenir comme une loi nationale éprouvée par près de deux siècles et demi [...], sur nombre de points, ils étaient imparfaits ou devenus inexécutables; [...] sur un plus grand nombre, ils gardaient un silence absolu, auquel il n'était suppléé que par une jurisprudence d'usage ou par le droit romain. Mais, d'une part, la tradition de cette jurisprudence d'usage avait été sinon perdue, du moins extrêmement affaiblie par une interruption de plus de vingt ans, et, d'autre part, ce corps du droit romain, mine si abondante de richesses comme doctrine, s'offrait, comme code, comme loi en vigueur, avec tous les inconvénients attachés à une langue étrangère et savante"¹²⁸.

3. Le troisième ordre de raisons à la survivance du Code Napoléon à Genève nous apparaît enfin de nature *historico-juridique*. Il tient aux profondes affinités existant entre l'évolution de l'Ancien Droit genevois et celle de l'Ancien Droit français. Ces affinités en droit civil – rôle privilégié du droit romain parallèlement à la persistance du droit coutumier et marginalisation du droit canonique – relativisent singulièrement le caractère de législation *étrangère* prêté au Code Napoléon. Aussi nous paraît-il qu'il faut s'inscrire en faux contre l'affirmation d'Alfred Martin voici près d'un siècle expliquant le maintien du Code Napoléon à Genève par sa seule supériorité *technique* et qui concluait son étude sur la Commission des Edits civils par ces termes:

"Contrairement aux théories de l'école historique, un code importé de l'étranger a prévalu sur une loi nationale et le droit écrit l'a emporté sur un droit en partie non écrit"¹²⁹.

Plutôt que d'illustrer à Genève la prévalence d'une législation totalement étrangère sur une loi nationale, il se pourrait bien au contraire que le maintien du Code Napoléon à Genève marque en fait le couronnement d'un processus de réception, voire d'assimilation du droit français amorcé plusieurs siècles auparavant. C'est ce qu'avait entrevu A. Flammer en 1875 déjà:

¹²⁷ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.58.

¹²⁸ Cf. P.F. BELLOT, *op.cit.,loc.cit.*

¹²⁹ Cf. A. MARTIN, *Une Commission des Edits civils, op.cit.*, pp.27-28.

"Nous avons constaté (...) les analogies frappantes que l'élimination du droit canonique et du droit féodal avait produites dans ces deux législations [française et genevoise] si différentes d'origine, à tel point que le Code civil s'est trouvé être, à ce point de vue, en quelque sorte le développement, le complément de nos anciens Edits"¹³⁰.

Dans cette optique - que pourrait bien corroborer une étude attentive des liens entre les dispositions de droit commercial des Edits civils et le Code de commerce de 1807 – le maintien du Code Napoléon à Genève au XIX^{ème} siècle, loin d'infirmier les thèses de l'Ecole historique de Savigny sur l'enracinement indigène du droit, viendrait plutôt les confirmer à raison de la double empreinte des traditions romaine et coutumière du Vieux Droit genevois, traditions dont le Code Napoléon réalise, nous l'avons souligné, une des premières synthèses dans l'histoire du droit privé européen. A moins que ce maintien du Droit français à Genève, avec le Code Napoléon comme avec le Code de commerce, n'illustre une autre thèse de l'Ecole du droit historique: celle qui se rapporte aux conditions de la Réception du Droit romain, "toute réception d'un Droit représentant, comme on a l'écrit, une transplantation et un enracinement d'un patrimoine de pensée juridique ... C'est-à-dire d'un ensemble de conceptions, d'idées, d'idéaux et de pensée de nature juridique ... On n'importe, en d'autre termes ni un Droit étranger, ni des Codes étrangers, mais un patrimoine culturel"¹³¹.

¹³⁰ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.292.

¹³¹ Cf. E.E. HIRSCH, "Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozess", in *Festgabe für Friedrich Bülow*, 1960, p.122.