

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)
Année universitaire 2023-2024

TRAVAUX DIRIGES – 1^{ère} année Licence Droit
DROIT CIVIL
Cours de Monsieur le Professeur **Nicolas MOLFESSIS**

Distribution : 16 au 25 octobre 2023

CINQUIEME SEANCE

LA CODIFICATION

I.- La notion de codification - Cette séance se situe dans la suite de la précédente. Il s'agit toujours ici de lois et de règles de droit. Toute règle de droit, par hypothèse, ne se comprend que par rapport aux autres. D'où un besoin d'ordonnancement, de regroupement, auquel vient répondre la codification. Dans une première approche, toute codification est ainsi une mise en ordre – ou du moins inspire à l'être. Mais encore faut-il s'accorder sur la signification même du terme de codification.

Document n°1 : B. Oppetit, *Essai sur la codification*, PUF, coll. Droit, éthique et société, 1998, p. 7-23.

Le procédé varie en effet fondamentalement, selon que la codification correspond à une œuvre réformatrice ou bien ne consiste qu'en un simple regroupement de règles déjà existantes.

A.- Dans le premier cas, la codification est une création. Elle consiste en l'édiction de règles nouvelles. Elle correspond alors à une modification, sur le fond, de l'état du droit. Cette modification est nécessairement de vaste ampleur puisqu'il s'agit de donner naissance à un ensemble homogène et structuré de règles nouvelles. A la codification correspond ainsi un renouvellement du droit. La codification est à la fois le but et l'instrument de ce renouvellement. On comprendra, en considération de ces objectifs ambitieux, qu'elle ne peut avoir lieu qu'à la faveur de circonstances exceptionnelles, traduisant un changement de

société et donc un besoin de changement du droit. Elle est toujours, pour cette raison, supportée et favorisée par un pouvoir politique fort, par une autorité.

Le Code civil s'inscrit dans une telle perspective. Mais, l'exemple montre également que la codification n'est pas nécessairement une rupture brutale, un bouleversement absolu du droit.

Le Code civil, en ce sens, est une œuvre de compromis, intégrant en son sein nombre de traditions et de coutumes françaises qui constituaient l'Ancien droit. On y verra, pour cette raison notamment, une œuvre de sagesse et de raison. Sa persistance – on a fêté le bicentenaire du Code civil en 2004 – montre d'ailleurs que la codification est faite pour durer. Elle vise – mais c'est une utopie – à la perpétuité.

Document n°2 : J. Carbonnier, « Le Code civil des français dans la mémoire collective », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.1045 et s.

Encore faut-il pour cela que les règles qui la composent puissent s'adapter aux changements, à l'imprévu, à l'évolution inéluctable de la société. Où l'on retrouve l'office de la loi, étudié la semaine dernière.

B.- Et puisque l'écoulement du temps affecte toutes choses, et plus encore les créations humaines, ainsi en est-il, naturellement, de cette œuvre emblématique de la codification qu'est le Code civil. Aussi, un débat a-t-il récemment pu naître en doctrine sur le point de savoir si notre Code civil n'était pas dépassé, si le temps ne l'avait pas vieilli au point qu'il faudrait peut-être en changer. Un tel débat s'appuie sur un constat généralement partagé : le Code civil aurait perdu son lustre d'antan en raison, notamment, de l'évolution profonde de notre société (le Code civil exprimerait des orientations philosophiques et politiques qui ne correspondraient plus à l'état social actuel) et des mutations de notre droit (crise de la loi, développement des droits spéciaux, recul du droit commun). Certains ont pris position en faveur d'un nouveau Code civil (B. Beignier, « Pour un nouveau code civil », D. 2019. 713) tandis que d'autres ont alerté sur l'inutilité ou les dangers d'une telle entreprise (Th. Revet, « A propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau code civil" », D. 2019. 1011 ; et la réponse : B. Beignier, « Réponse à Thierry Revet (« Pour un nouveau code civil ») », D. 2019. 1408).

Alors, vieillissement ou survivance du Code civil ? Sans prétendre trancher ce débat, on pourra en méditer les termes par les lectures suivantes.

Document n°3 : Ch. Arens, « Que reste-t-il du Code Napoléon ? », JSS, 2021, n° 34, pp. 13 et s.

Document n°4 : F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 15^e éd., n° 163.

Par ailleurs : profitez de votre Code civil pour lire ici et là des articles, apprécier leur style, notamment selon leur date de rédaction, leur longueur, la qualité d'écriture. Faites-vous votre propre opinion. Familiarisez-vous avec son plan, sa structure. Adoptez-le !

Demandez-vous alors qui de Stendhal ou de Jules Romains a raison : « Stendhal n'écrivait-il pas de Civita Vecchia le 30 octobre 1840 à Balzac : " "En composant la Chartreuse, pour

prendre le tour, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel : je ne veux pas, par des moyens factices, fasciner l'âme du lecteur".

Paul Valéry, lui, a rangé le Code civil parmi les chefs d'œuvre de la littérature tandis que, pour plaisanter, Jules Romains recommandait de le lire le soir pour s'endormir » (Extraits de G. de Broglie, *La langue du Code civil, Bicentenaire du Code civil*, 2004, sur le site de l'Académie des sciences morales et politiques, qu'on peut aller consulter).

C.- Dans un second cas, la codification est une compilation. On parle encore de codification à droit constant ou encore de codification administrative. En effet, ce second type de codification est uniquement formel : les règles qui vont ainsi être mises en ordre préexistaient à l'entreprise de codification. Il s'agit donc uniquement de les regrouper : jusque-là elles étaient éparées, issues de textes distincts et d'époques différentes. La codification-compilation, pour cette raison, n'est pas censée affecter le teneur du droit en vigueur. C'est la raison pour laquelle elle peut être orchestrée par voie réglementaire : les dispositions législatives n'étant pas modifiées, il n'est pas nécessaire qu'une loi procède à leur agencement. L'objectif recherché est de faciliter l'accès au droit et, pourquoi pas, de simplifier la législation. Où l'on rejoint à nouveau ce qui a été étudié lors de la dernière séance, car la codification à droit constant est actuellement présentée comme l'un des moyens – la panacée ? – permettant de remédier à la crise de la loi.

En ce sens, un décret du 12 septembre 1989 a institué une « Commission supérieure de codification chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit ». Elle entend réaliser de véritables travaux d'Hercule, poursuivant l'ambition de codifier tout le droit. Des codes, des codes, encore des codes. Une telle visée, on le comprendra, exige des moyens et des méthodes adaptés. Il faut d'ailleurs souligner qu'elle ne se fait pas sans que le Parlement valide les codes ainsi proposés par ladite commission : à ce titre, les dispositions codifiées remplacent les lois antérieures qui formulaient les dispositions désormais intégrées dans le code.

Mais cette codification à droit constant a pris du retard. Aussi, par une loi du 16 décembre 1999, le Parlement a autorisé le Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de divers codes. Le Conseil constitutionnel a donné son aval à cette procédure, en affirmant à cette occasion que la finalité poursuivie répondait « à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». La codification à droit constant reçoit ici une consécration constitutionnelle.

Le législateur a d'ailleurs cru utile d'y revenir dans une loi du 12 avril 2000, en replaçant la codification à droit constant dans le cadre de dispositions relatives à l'accès aux règles de droit. Par ailleurs, la loi du 9 décembre 2004 ayant habilité le Gouvernement à simplifier le droit, comportait un nouveau programme de codification. La codification se poursuit.

Document n°5 : J.-M. Sauvé, Introduction, *Les vingt-cinq ans de la relance de la codification*, Conseil d'État, 2015 (extraits)

On ira, comme la semaine dernière, regarder les Indicateurs de suivi de l'activité normative, Secrétariat général du Gouvernement, 2023, et repérer ce qui intéresse la codification.

Mais au fait : celle-ci facilite-t-elle réellement l'accès au droit ?

La codification à droit constant est-elle véritablement à droit constant ?

Les enjeux de la codification ont évolué. Si en 2004, dans son quinzième rapport annuel, la Commission supérieure de codification mettait l'accent sur l'adoption de nouveaux codes ainsi que sur les projets de codes, elle alerte dans ses rapports de 2007 et de 2008 le Gouvernement sur la priorité qui doit être accordée à la maintenance et à la refonte des codes existants. Vingt-cinq ans après la relance du processus de codification, elle souligne de nouveau l'importance de « *veiller à la maniabilité des codes* » (Rapport annuel de la Commission supérieure de codification, 2015).

III.- Exercice - Dans la suite de la précédente séance, les étudiants rédigeront une dissertation sur le thème suivant :

« Le Code civil, hier, aujourd'hui, demain »

Ils devront, au préalable, avoir fait une analyse détaillée des documents de la fiche.

S'agissant de la méthode, ils devront cette fois rédiger entièrement la dissertation demandée. Cela suppose évidemment une introduction. Celle-ci se construit autour de sept points :

- la présentation du sujet ;
- la définition des termes ;
- la délimitation du sujet ;
- les intérêts pratiques et théoriques du sujet – desquels découlera votre problématique ;
- les sources concernées par le sujet (quelles sont les règles de droit qui sont au cœur du sujet) ;
- l'apport des sciences auxiliaires (histoire, sociologie, économie, philosophie, etc.) ;
- l'annonce du plan (qui doit reprendre exactement l'intitulé des parties – et jamais, à ce stade, celui des sous-parties).

Il faut évidemment que l'ensemble ne paraisse pas artificiel, ce qui suppose des enchaînements logiques d'une phase à l'autre, bref de la souplesse et de la subtilité. On soulignera que, selon les sujets, tous les points évoqués précédemment ne peuvent figurer dans l'introduction. C'est donc simplement un guide pratique, pour mémoire, qui est fourni ici, non un cadre sclérosant et rigide. L'essentiel est d'avoir su bien amener le sujet, de l'avoir replacé dans son contexte, de l'avoir défini, d'en avoir montré la richesse – ses intérêts –, de l'avoir mis en valeur. Il faut que le lecteur soit mis progressivement au cœur des problèmes posés par le sujet et soit enrichi par l'introduction. Il faut aussi – c'est le talent de l'auteur qui doit le permettre – qu'il ait l'impression que le sujet traité est le plus intéressant des sujets, sans nul doute celui qui passionne son auteur (même et surtout si ce n'est pas le cas). Le plan doit être progressivement amené ; il faut qu'il s'impose avec la force de l'évidence.

Là encore, les étudiants ne doivent pas s'inquiéter. Ce n'est pas du premier coup que l'on devient orfèvre. Les difficultés, les erreurs, sont normales. Il faut toutefois qu'ils expriment sans hésitations ces difficultés au cours de la séance, qu'ils n'hésitent pas à demander des explications, une aide. C'est maintenant qu'il faut demander au chargé de T.D. de lever les obstacles que vous aurez pu rencontrer.

N.B : La fiche est longue mais les documents sont là pour vous faciliter le travail en ce qu'ils contiennent les données utiles qui vont nourrir votre dissertation.

LA NOTION GÉNÉRALE
DE CODIFICATION*

Il est des thèmes récurrents dans l'histoire des civilisations : selon les époques, ils éveillent une résonance particulière dans la conscience des peuples et des gouvernants, voire même suscitent un véritable engouement, ou au contraire subissent une désaffection dans les esprits et disparaissent pour un temps des préoccupations de l'époque. Sans aucun doute, la part de l'esprit du temps est essentielle dans la formation de la modernité.

Ainsi en va-t-il des institutions juridiques, sujettes à essor, à disparition, à renouveau ; certains ont voulu donner une explication rassurante de ces phénomènes : ce serait « un bienfait » que la succession des éclipses et des renaissances d'institutions, car ainsi « se crée le progrès sur le passé... la progression cyclique du droit est sans doute la meilleure forme de l'évolution juridique ». D'autres ont au contraire ressenti des inquiétudes à ce spectacle de la discontinuité du système juridique, estimant qu'il est plutôt de l'essence du droit et des institutions de durer que de subir des à-coups².

La notion de codification appelle et nourrit ce type d'interrogations. Son rayonnement, dans le temps comme dans l'espace, n'exclut

* Communication présentée au colloque organisé par l'Université des sciences sociales et le barreau de Toulouse, les 27 et 28 oct. 1995 et publiée au *Rec. Dull. Sirey*, 1996, Chr., p. 33.

1. J. Léauté, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, thèse, Paris, 1946, p. 189.

2. G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n° 50.

pas une alternance de phases d'expansion et de léthargie, de faveur et d'indifférence ; son contenu, ses objectifs, sa technique, ont varié selon les pays et selon les moments de l'histoire. Aussi une présentation générale de la codification suppose-t-elle qu'il soit d'abord donné un aperçu des destinées de l'idée même de codification (1), avant que ne soient abordées les questions de méthode (2).

Section 1 — L'idée de codification

L'idée de codification, riche d'une longue histoire et jalonnée d'expériences très diverses, a connu sa fortune la plus éclatante aux XVIII^e et XIX^e siècles, où elle devint dans les sociétés occidentales un symbole de la modernité ; elle devait pourtant souffrir au siècle suivant d'un certain reflux dans les pays mêmes qui l'avaient célébrée, avant de bénéficier d'un regain de faveur dans la période la plus récente.

A. — L'essor de l'idée de codification à différentes époques et en divers lieux ne suffit pas pour autant à en faire une donnée à valeur universelle de l'histoire des sociétés humaines, car nombre de grands pays de tradition juridique l'ont ignorée ou ne l'ont découverte que tardivement. C'est donc dire que son succès a été tributaire de variables dont seule la conjonction, à certain moment et en certains lieux, a pu cristalliser un désir de codification. En schématisant, on dira que l'adhésion à l'idée de codification a répondu, au cours du temps, à des exigences d'ordre soit politique, soit social, soit technique, sans d'ailleurs que ces causes soient exclusives les unes des autres.

1. — L'idée de codification s'est généralement inscrite dans une perspective très politique, à tous les sens du terme.

— La codification apparaît d'abord, pour l'essentiel, comme *expression du pouvoir* : source de prestige personnel pour le souverain, elle lui permet d'asseoir sa puissance ou de pérenniser son œuvre conquérante¹. Cette considération a joué tout au long de l'histoire, depuis Hammourabi, qui s'était institué « Roi du droit » dans le prologue de son fameux code, en passant par Justinien, dont la compilation prenait place dans la volonté de restaurer la grandeur romaine, jusqu'à Louis XIV, dont les grandes ordonnances préparées par Col-

bert, véritable préfiguration de la future codification napoléonienne, concouraient au rayonnement du Roi-soleil ; elle a inspiré les monarques « éclairés » du XVIII^e siècle, tels le Grand Frédéric en Prusse ou Joseph II en Autriche, convaincus des bienfaits d'une idée destinée à assurer tout à la fois le bonheur des peuples et la gloire des princes ; elle a, bien sûr, joué un grand rôle dans l'action de Bonaparte qui voyait certes dans le Code civil un instrument de rétablissement de la paix civile, mais aussi et surtout une pièce majeure dans son dispositif de gouvernement et dans son œuvre réformatrice : l'enjeu politique apparaîtra clairement dans le conflit qui s'éleva à son sujet avec le Tribunal, et il conduira d'ailleurs un juriste éminent, hostile à Napoléon et à son régime, à minimiser la portée du Code civil et à réduire celui-ci à des dimensions purement techniques¹. Plus tard, il en ira de même de l'entreprise qui devait aboutir, à la fin du XIX^e siècle, à la promulgation du BGB, affirmation de l'unité et de la puissance de la nation allemande. Au XX^e siècle, de multiples exemples, offerts sur les cinq continents, y compris dans les pays les plus étrangers au développement de l'idée de codification, témoignent de la perception très répandue dans le monde du rapport entretenu par la codification avec l'accession à l'indépendance politique, notamment dans les pays anciennement colonisés : la codification fait ainsi figure d'attribut et de manifestation de la souveraineté.

Ce lien ainsi établi entre la codification et le pouvoir, célébré jadis par Bentham en termes emphatiques, montre à l'évidence qu'un « code est à la fois un système et une histoire »² : « La codification est plus qu'un multiple de la loi : il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire. »³ L'idée de codification porte souvent en elle un esprit de discontinuité, voire de rupture.

— Le caractère politique de la codification s'affirme également à travers les *options philosophiques ou idéologiques* qu'elle développe ou les réactions qu'elle suscite. C'est précisément au XVIII^e siècle que s'est épanouie une véritable idéologie de la codification, qu'il ne faut d'ailleurs pas confondre avec la passion de légiférer qui s'est emparée des esprits (l'abbé de Mably étant le plus célèbre) au cours de la même

1. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 1919, t. 1, n^o 9^o : « ... le phénomène de la codification, en soi, et en dehors de l'unification qu'il consommait dans la législation de la France, n'appartient pas comme autre chose qu'une opération de pure forme, de simplification et de classement... »

2. E. Lenninckx, *Philosophie du droit*, 3^e éd., 1853, p. 447.

3. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. « Thémis », n^o 113, p. 199.

période¹ : les deux démarches peuvent même se révéler antagonistes : J.-J. Rousseau, en particulier, dans un plaidoyer vibrant sur la nécessité, aussi bien pour les citoyens que pour les hommes publics, de « codes clairs, courts et précis », voit dans ces derniers l'antidote de « ces foules de lois qui souvent se contredisent, dont le nombre rend les procès éternels et dont le conflit rend également les jugements arbitraires »² ; Montesquieu, pour sa part, témoigne d'une réserve certaine à l'égard de la codification comme de la législation, dans lesquelles il redoute les excès de puissance du souverain : l'une comme l'autre ne s'intègrent pas dans la conception du droit prônée par Montesquieu, qui est celle d'un droit *historique*, fruit de l'évolution d'une société, empreint de l'esprit de modération, à l'opposé de ce droit *a priori* volontariste, expression du positivisme étatique et vecteur d'uniformité³ : c'est dans cet esprit que son disciple le plus célèbre, Portalis, tentera quelques années plus tard de relativiser la codification par la formule, restée fameuse, selon laquelle « les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ».

C'est aussi au nom des lois de l'histoire que l'École historique allemande se montrera au début du XIX^e siècle feroçement hostile à toute codification, considérée comme une source artificielle et contraignante du droit, alors que celui-ci doit au contraire naître lentement de l'âme du peuple, et que Savigny stigmatisera comme un écrit honneux (*Schandschrift*) la publication de Thibaut, défenseur de la codification en Allemagne⁴.

C'est l'école du droit naturel, convaincue de l'excellence du droit-moèle enseigné dans les universités et souhaitant en faire le droit « positif » appliqué par la pratique, qui a vraiment fondé l'idéologie de la codification ; la codification, dans cette perspective, a pour objet d'exposer les principes de la loi naturelle, c'est-à-dire le droit qui convient à la société moderne : il s'agit, énonce Cambacérés, d'établir un « code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté » (et on sait que l'un des projets de Code civil qu'il rédigea à la demande de la Convention présentait au plus haut point un caractère philosophique). De

même, F. Portalis¹ souligne, à propos du livre préliminaire rédigé par son père pour le Code civil, que les principes qu'il contient « étaient empreints d'une haute philosophie et portent le cachet de cette doctrine spiritualiste qui donne à nos codes une physionomie propre et qu'il était si utile de proclamer après le long et fatal triomphe du système étroit et égoïste de l'utilité ». Dès lors, la codification, ainsi conçue comme l'expression d'un droit universel et d'un véritable *jus commune* valable en tous pays, exclut en principe toute attitude de nationalisme juridique et de positivisme légaliste ; mais on sait combien l'évolution ultérieure a démenti ces nobles intentions : peut-être est-ce le signe qu'« un peuple n'est pas préparé, à toutes les époques de son histoire, aux procédés philosophiques d'une codification »².

2. — La codification possède aussi *une dimension sociale* : elle est souvent consécutive à une crise de société à l'issue de laquelle il a pu paraître nécessaire de fixer de nouvelles règles du jeu social et de stabiliser la société sur la base d'un nouveau pacte social. Historiquement, dès la plus haute Antiquité, elle a représenté un enjeu dans la lutte des plus faibles ou des classes moyennes pour obtenir l'abolition des dettes, la redistribution des terres ou l'apaisement des conflits sociaux³.

Mais c'est surtout le Code civil français qui, après les bouleversements et les affrontements extrêmes de la période révolutionnaire, a entendu promouvoir un nouvel ordre social dans un esprit de conciliation entre l'ancienne société d'ordres et les aspirations nouvelles à la liberté et à l'égalité ; on a pu dire justement à ce propos que le Code civil a représenté à l'époque contemporaine un élément clé des « fondements du lien social » : « Le Code civil a effectivement fixé, pour plus d'un siècle, les fondements des cadres des rapports juridiques essentiels dans lesquels la société française s'est reconnue. »⁴

Cela dit, on ne saurait non plus attribuer à la seule codification, par elle-même, la fonction d'homogénéisation d'une société, car « la codification n'unifie que dans une nation en voie de réunion, elle disjoint tout autant dans une société en voie d'éclatement »⁵.

1. J. Carbonnier, La passion des lois au siècle des lumières, in *Essai sur les lois*, éd. Defrénois, 1979, p. 203 s.

2. Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée, in *Œuvres complètes*, La Pléiade, t. III, p. 951 s., spéc. p. 1001.

3. *De l'esprit des lois*, L. XXVIII, chap. 37 et 38, à propos des établissements de Saint-Louis, qualité de « code obscur, confus et ambigu ».

4. V. Z. Kryszewski, La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne, *Rev. hist. dr. fr. et étr.*, 1966, p. 59 s.

1. *Essai sur l'utilité de la codification*, Paris, 1844, p. IX.

2. E. Lemerrier, *op. cit.*, p. 448.

3. V. les nombreux exemples cités par J. Gaudefrémont, La codification, ses formes et ses fins, *Rev. jur. et pol. indépendance et coopération*, 1986, p. 239 s., spéc. p. 244 à 247.

4. C. Nicollet, *L'idée républicaine en France*, Gallimard, coll. « Tel », 1994, p. 332 s., spéc. p. 377 et 378.

5. J. Fourré, Les codifications récentes et l'unité du droit, *Les Petites Affiches*, 18 nov. 1985, n° 138, p. 11 s., spéc. p. 14.

3. — Enfin, le développement de la codification a, de tous temps, été inséparable de *considérations techniques*. Dès l'Antiquité, le recours à la codification s'est imposé dans le but — resté toujours très actuel à travers les siècles — de remédier à la dispersion et à l'émiettement des sources du droit et d'assurer l'accès des destinataires et des usagers des règles à la connaissance du droit. Cette exigence d'unité et de sécurité du droit est, selon certains, inhérente au concept même de code¹, même si ses manifestations ont pu revêtir au cours du temps des formes très variées : l'histoire juridique du monde occidental fournit d'innombrables exemples de codifications inspirées par un besoin de regroupement, de publicité, de simplicité et de cohérence des sources du droit². Et on rappellera que la demande de codification figurait en bonne place dans les cahiers de doléances adressés aux États généraux en 1789 : le vœu de codification qui y était exprimé traduisait un vœu d'uniformité, un vœu de simplification et un vœu de sécurité³.

Quels qu'en soient ses raisons, ses buts et ses formes, la codification correspond donc à un courant ancien et persistant des collectivités humaines dès lors que celles-ci ont fondé la régulation sociale sur l'idée de droit. Pourtant, l'idée de codification, quoique toujours présente ou sous-jacente dans le tissu institutionnel, allait pâtir au XIX^e siècle d'un courant de remise en cause.

B. — *Le reflux* de l'idée de codification s'est manifesté à l'époque contemporaine dans nombre de pays de la famille romano-germanique, et notamment en France, pourtant terre d'élection de la codification, sans que pour autant ce mouvement s'accompagne d'une diminution du volume normatif : bien au contraire, ce recul de l'idée de codification a coïncidé avec un accroissement considérable de la production législative et réglementaire.

Cette tendance à la *décodification*, certes inégalement répandue selon les matières et les pays, mais particulièrement marquée dans tout ce qui touche à la vie économique⁴ a été ressentie néanmoins par certains observateurs non pas comme un dysfonctionnement passager du sys-

tème juridique, mais bien plutôt comme une transformation naturelle et en tout cas durable du monde juridique occidental. On en a même fait la théorie : on explique la perte de prestige de l'idée de codification par l'affranchissement de la généralité des normes juridiques ; en effet, la codification suppose une certaine permanence des règles, ainsi que leur aptitude à régir une virtualité et un nombre indéterminé de situations ; or, le droit moderne se compose désormais d'une myriade de lois spéciales et catégorielles, changeantes car résultant de compromis fragiles entre intérêts antagonistes des groupes sociaux ou économiques : ces textes prétendent s'ériger en innombrables micro-systèmes autonomes les uns à l'égard des autres, sans la contrainte d'obéir à une rationalité globale ; or, il est évident qu'une telle fragmentation des sources est radicalement contraire à ce que postule, dans son essence même, l'idée de codification¹. Dès lors, les codes n'exerceraient plus aujourd'hui qu'une fonction résiduelle dans l'ordre juridique².

On ne saurait manquer de déplorer un pareil désordre législatif et réglementaire en ce qu'il révèle la perte de maîtrise des gouvernants sur l'évolution du système juridique ; chaque ministre n'entend faire que ce qu'il veut et ne se soucie nullement de l'insertion des textes dans un ensemble cohérent : le principe de non-contradiction ne joue plus, car le droit commun n'existe quasiment plus. Le régime juridique implacable — et oh combien justifié ! — du Conseil d'État³ dénonçant la gravité de la dégradation de la norme juridique est resté un exercice académique, dépourvu d'effets...

Si véritablement la codification ne représente plus qu'un stade dépassé de l'élaboration du droit, il faut en tirer les conséquences et abolir les codes, car rien n'est pire pour la clarté et l'harmonie de l'ordre juridique que le maintien purement formel de codes vidés de leur substance par la prolifération incontrôlée de textes qui n'y sont pas intégrés.

Une prise de conscience semble cependant s'être produite depuis quelques années au plus haut niveau de l'État.

C. — Ce désordre normatif a en effet fini par ébranler les pouvoirs publics et a suscité un *regain de faveur et d'intérêt* pour l'idée de codification.

1. J. Vanderkinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967, p. 74 à 76 et p. 229.

2. J. Gandemont, *loc. cit.*, p. 250 à 253.

3. V. l'étude approfondie de J. Van Kan, *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris, Rousseau, 1929, p. 208 à 266.

4. V. notre étude, La décodification du droit commercial français, in *Études R. Rodière*, Daloz, 1982, p. 197 s.

1. N. Itri, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 2^e éd., 1986, spéc. p. 22 s.

2. R. Sacco, *Codificare : modo supremo di legiferare?*, Riv. dir. civ., 1983, p. 117 s. — Comp. F. Terré, *Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et des situations actuelles*, in *Études de droit comparé*, t. XXIII, 1982, p. 175 s.

3. *Rapport public*, 1991, doc. franç., n^o 43.

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le gouvernement avait décidé, en 1948, de procéder à la codification des lois par décret, sans modifications autres que de pure forme et sans recours systématique à la validation parlementaire : c'est ce qu'on a appelé la « codification administrative ». Elle fut mise en œuvre par une commission animée par son rapporteur général, Gabriel Ardan, qui rédigea en 1952 un important rapport, publié au *Journal officiel*, dans lequel il précisa les principes de la codification (celle-ci doit être complète, formelle et permanente) ainsi que ses objectifs : améliorer le rendement des services publics, retrouver le respect de la loi et du règlement, faciliter les réformes, les simplifications et la cohérence de l'action publique¹. Cette commission a accompli une tâche considérable, élaborant plusieurs dizaines de codes dans les domaines les plus variés.

Simultanément, les gouvernements de l'époque entreprirent une révision d'ensemble des codes traditionnels, spécialement le Code civil et le Code du commerce, par des commissions de réforme présidées respectivement par le doyen Julliot de La Morandière et par le P^r Jean Escarra ; leur mission n'aboutit pas, mais un très gros travail fut néanmoins réalisé.

La V^e République, à l'œuvre réformatrice immense, ne fit pourtant pas, du moins à ses débuts, de la codification un de ses soucis majeurs : la substance des textes lui importait davantage. Mais, progressivement, de nouveaux codes devaient voir le jour dans d'importantes matières du droit privé, telles la procédure pénale (1957-1958), la procédure civile et l'organisation judiciaire (1975) et le droit pénal (1992) ; par ailleurs, la plupart des grandes lois réformant le droit civil ont été intégrées dans le Code civil. Mais, depuis une dizaine d'années, la codification est véritablement devenue un objectif de gouvernement : en termes quasiment identiques, plusieurs Premiers ministres² ont affirmé la nécessité de la codification comme instrument de la connaissance du droit et aussi de l'intelligibilité des textes : « La codification offre un cadre privilégié pour rassembler un corps de règles jusque-là éclaté, tout en alléant, en modernisant et en simplifiant le fond du droit. » Cette volonté politique s'est traduite par un décret

n^o 89-647 du 12 septembre 1989, instituant une Commission supérieure de codification « chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit » : selon les propos mêmes du Premier ministre M. Rocard prononcés lors de l'installation de la Commission le 7 novembre 1989³, « si je tiens la codification pour essentielle, c'est afin que les usagers du droit, personnes physiques ou morales, publiques ou privées, professionnels ou amateurs, puissent trouver chacun dans un code *l'ensemble d'une matière, sous une forme aussi simple que possible* », car « des codes bien conçus apportent clarté et cohérence ».

L'un de ses successeurs au poste de Premier ministre, M. Édouard Balladur, a tenu des propos comparables : « ... la mission de codification et de simplification des lois et des règlements doit être une priorité de l'État si l'on veut éviter que la société ne soit étouffée par la prolifération des règles de droit confuses et parfois contradictoires. »⁴

La Commission, sans s'enfermer dans un plan général de codification comme sa devancière des années 1950, a adopté une démarche pragmatique et a entrepris soit la refonte des codes existants (Code rural, Code des marchés publics), soit l'établissement de codes nouveaux (Code de la propriété intellectuelle).

Un nouvel élan vient d'être donné à la codification par le Président de la République nouvellement élu, M. Jacques Chirac, qui, dans le message adressé au Parlement dès son entrée en fonctions et avec la solennité attachée à ce mode de communication entre pouvoirs institués, constatait que « l'inflation normative est devenue paralysante », a affirmé : « Une remise en ordre s'impose, par un *exercice général de codification* et de simplification des textes, afin qu'ils soient rendus accessibles et que, dans leur partie législative, ils se bornent à régler l'essentiel. »⁵ Ce souhait a reçu un écho immédiat à l'Assemblée nationale lors de la discussion d'une proposition de loi de M. Pierre Mazeaud, président de la Commission des lois, tendant à créer un Office parlementaire d'évaluation de la législation : à cette occasion, il a été précisé, au cours des débats, que la codification s'inscrivait dans la mission de simplification du droit impartie à l'Office, en liaison avec la Commission supérieure de codification⁶ ; la complémentarité de leurs tâches a été soulignée : « La Commission a pour mission d'ordonner, de clarifier et

1. G. Ardan, La codification permanente des lois, décrets et circulaires, *RD publ.*, 1952, p. 35 ; Grohens, La codification par décret des lois et règlements, *D.*, 1958, Chron., p. 157. — *Adde.* : M. Gabriel et L. Rapp, A propos de la codification administrative, *Cah. dr. entr.*, 1995, n^o 3, p. 1.

2. Circulaire J. Chirac du 15 juin 1987 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires (*JO*, 17 juin, p. 6459) ; *D.* et *ALD*, 1987, *Léq.*, p. 230 ; *rec.*, 369) ; circulaire M. Rocard du 25 mai 1988 relative à la méthode de travail du gouvernement (*JO*, 27 mai, p. 7381).

1. V. le texte de son allocution in La relance de la codification, *RFD adm.*, 1990, p. 303.

2. *Le Monde*, 17 nov. 1994. — M. Balladur a réitéré son appréciation au Sénat pour valuer le travail de la Commission supérieure de codification (*JO Sénat CR*, 17 nov. 1994).

3. Message du 19 mai 1995, *Doc. AN*, 1994-1995, n^o 203 ; *Doc. Sénat*, 1994-1995, n^o 2064.

4. Déclaration de M. Toubon, garde des Sceaux, *JO SEN CR*, séance du 19 juill. 1995, p. 1294, 1^{er} col.

de simplifier le droit ; l'Office a pour vocation, entre ce même travail d'ordonnement et d'actualisation du droit, d'une part, d'impulser les réflexions et, d'autre part, de faire des propositions permettant de refonder, selon des principes directeurs, les disciplines de notre droit aujourd'hui trop techniques.¹ Enfin, lors d'un séminaire gouvernemental consacré à la réforme de l'État, le Premier ministre, A. Juppé, a affiché son intention de faire procéder à « la codification systématique des textes législatifs et réglementaires »².

On ne manquera pas non plus d'évoquer, dans cette même perspective, le mouvement de codification qui a été lancé dans le cadre de la Communauté européenne. Le Parlement européen déjà, par le vote d'une résolution du 26 mai 1989 sur la simplification et la codification du droit communautaire, avait attiré l'attention de la Commission et du Conseil sur la nécessité de rendre le droit communautaire plus simple et plus accessible et sur le rôle de la codification à cette fin. Le Conseil européen d'Edimbourg du 12 décembre 1992 a insisté sur l'importance de la codification des textes législatifs, étant entendu que, à la différence de la codification déclaratoire ou officieuse, qui consiste à regrouper, de manière formelle et en dehors de toute procédure législative, les fragments épars de la législation relative à une question donnée sans lui donner d'effets juridiques, la codification désormais envisagée est une codification constitutive ou officielle, consistant à arrêter un nouvel acte législatif communautaire et à abroger tous les textes qui font l'objet de la codification sans introduire de changement du fond. C'est dans ces conditions que, à la suite de l'invitation pressante que leur adressait le Conseil, les trois institutions qui participent au processus législatif (Parlement, Conseil, Commission) ont conclu un accord interinstitutionnel du 20 décembre 1994 (JOCE, C 43, 20 févr. 1995, p. 42) arrêtant une *méthode de travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs* (v. *infra*, Annexe III).

Cette diversité des formes et des fins de la codification n'est pas restée sans incidence sur ses méthodes de réalisation.

Section 2 — La méthode de codification

Le terme de « code » recouvre des réalités extrêmement variées et diversifiées, comme on l'a vu : la codification parcourt quatre millénaires d'histoire juridique sous des formes très différentes. Peut-on néanmoins dégager une méthodologie générale de la codification ou, pour le moins, quelques modèles de référence ? oui, sans aucun doute : « Qu'est-ce en effet que la codification, si ce n'est l'esprit de méthode appliqué à la législation ? »¹

Bien que le terme de « code » ait été employé dans des temps très reculés, il connut, après Justinien, une éclipse dans la langue juridique avant de retrouver, à partir du XVIII^e siècle, une diffusion liée évidemment à l'expansion de l'idée même de codification. Mais, à l'exception de la codification napoléonienne, la floraison de « codes » qui a marqué en France l'époque ultérieure n'a donné lieu en réalité qu'à des réalisations très dispersées, menées sans grand souci de cohérence et selon des méthodes souvent contestées, au point que l'on a pu mettre en doute à leur propos la qualification de « code ».

Dans ces conditions, par quels traits caractériser un code ? Les avis sont partagés. Pour certains il faut, d'une part, qu'il réunisse « un ensemble cohérent de dispositions juridiques concernant un domaine plus ou moins étendu », et, d'autre part, qu'il revête « un caractère normatif »². Convient-il d'inclure dans la notion de codification les « codifications-compléments » au même titre que les « codifications-innovations »³ ? Faut-il distinguer entre les codes qui ont reproduit un autre code (Codes d'imitation ou de réception), ceux qui ont rationalisé une jurisprudence et le droit existant (Codes de consolidation) et ceux qui ont suivi une voie originale, tels les grands Codes français et allemand au XIX^e siècle, le Code civil italien et le Code de droit canonique au XX^e siècle ? Dans cette dernière hypothèse, la méthode nécessite l'élaboration d'un système de concepts et de règles générales et suppose un lien étroit avec la doctrine, à la condition que celle-ci fasse preuve d'indépendance, d'unité et de hauteur de vues⁴ ; pour sa part,

1. Intervention de M. Albertini, député, *ibid.*, p. 1295, 2^e col.

2. *La Monde*, 16 sept. 1995. Cette intention s'est traduite par la publication d'une importante circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, assignant un programme et des méthodes à la Commission supérieure de codification (v. le texte de cette circulaire *infra*, Annexe J).

1. F. Portalis, *op. cit.*, p. IV.

2. J. Gaudemet, *loc. cit.*, p. 241.

3. La distinction a été proposée par J.-L. Sourroux. Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle. Le droit français, Journées de la Société de législation comparée, 1988, RIDA *comp.*, 1989, numéro spécial, p. 145.

4. R. Sacco, *loc. cit.*, n^o 6 et 7, p. 131 et 134.

René David¹, raisonnant sur l'exemple du Code civil français, subordonnait le succès de la codification à deux conditions : qu'elle fût l'œuvre d'un souverain éclairé, désireux de consacrer les principes nouveaux de justice, de liberté et de dignité de l'individu, et qu'elle fût établie dans un grand pays, exerçant sur les autres une influence, conditions *sine qua non* pour assurer le renouvellement du système. Dans les temps plus récents, M. Rocard² estime que « ne doit mériter le nom de code que ce qui présente la caractéristique double et quelque peu contradictoire d'être à la fois homogène et assez large... on doit pouvoir trouver dans un code l'ensemble d'une matière sous une forme aussi simple que possible » ; pour M. Braibant³, il convient de se garder à la fois des « maxi-codes qui, embrassant des matières trop nombreuses et trop diverses, manquent de cohérence et sont peu maniables », et des « mini-codes qui, n'intéressant qu'un service ou une profession, ou ne concernant qu'un secteur restreint des activités nationales, sont contraires à l'esprit de la codification ».

Telles quelles, les diverses expériences de codification permettent de distinguer, en systématisant, les méthodes suivantes :

1. — Certains codes ne prétendent pas à autre chose qu'à être des *compilations*, publiques ou privées, visant à regrouper les textes présents et futurs à des fins de commodité pratique, mais sans les modifier ni les ordonner : ce sont généralement des recueils de textes juxtaposés. Cette vocation limitée de tels recueils, dont les codifications théodossienne et justinienne ont pu apparaître comme des préfigurations, a pu conduire certains auteurs à leur contester la nature de code⁴.

2. — D'autres codes remplissent une fonction de *consolidation* : il s'agit soit de consacrer législativement des solutions acquises en jurisprudence, soit de réunir et d'intégrer selon un ordre logique et chronologique les textes réglant successivement une même question ou relatifs à une même matière⁵.

3. — La forme la plus achevée de code correspond aux grandes œuvres réformatrices qui intègrent dans un ensemble unitaire un *corpus* de règles anciennes et un apport de règles nouvelles exprimant les

principes d'organisation de la nouvelle société ; l'archétype en est le Code civil français et, à un degré moindre en raison de son caractère très conceptuel et très technique, le BGB allemand.

Portalis, dans des pages justement célèbres, a exposé sa conception de la codification. Dans son objet, un code se présente comme la constitution de la société civile : « Qu'est-ce qu'un Code civil ? C'est un *corpus* de lois destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux des hommes qui appartiennent à la même cité. »¹ Dans sa méthode, un code doit se garder de « la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir... Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat : une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges... L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière... C'est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... »².

Une telle codification suppose évidemment un ensemble de circonstances rarement réunies dans l'histoire d'une nation : une rupture sociale, une volonté politique, un acquis technique important, une hauteur de vues de nature à susciter un accord assez général sur le contenu du code et à en assurer la pérennité, un maître d'œuvre particulièrement inspiré et conscient de ces nécessités. Mais elle présente l'immense mérite de donner une grande cohérence à l'ordre juridique régissant la société civile, et elle fournit à l'interprète et à l'usager du droit la clé de la régulation ainsi établie : « Cette collection du système entier des lois d'une nation, par ordre de matière et en forme de code, a surtout l'avantage philosophique de faire remonter plus aisément ceux qui en font l'objet de leurs méditations aux principes d'où découle la loi elle-même. »³

4. — Un dernier type de codification, qui a pris beaucoup d'importance au cours de ces dernières années, consiste dans « la mise en ordre du droit existant, avec une répartition rationnelle des matières entre les codes et une organisation méthodique de chacun

1. *Grands systèmes de droit contemporain*, n° 47.

2. *In La relance de la codification*, *loc. cit.*, p. 304.

3. *Ibid.*, p. 307.

4. Aikawa, La codification justinienne était-elle une véritable codification ? in *Liber amicorum J. Glissen*, Auvers, 1984, p. 15.

5. V. D. Tallon, Codification and consolidation of the law at the present time, *Israeli L. Rev.*, 1979, 1.

1. *Discours de présentation du Code civil*, *loc. cit.*, p. 92.

2. *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, *loc. cit.*, p. 6 à 8.

3. F. Portalis, *op. cit.*, p. VIII.

d'entre eux »¹. Cette codification présente une double caractéristique sur le plan de la méthode : d'une part, elle est menée « à droit constant »², c'est-à-dire que l'organisme chargé d'y procéder a pour mission de « rassembler et ordonner des normes existantes sans créer de règles nouvelles » ; d'autre part, pour en conjurer la précarité, elle est systématiquement soumise à la validation parlementaire, en sorte que les dispositions codifiées se substituent complètement aux lois antérieures³.

Cette forme de codification axée sur la remise en ordre du droit positif n'est pas dépourvue d'avantages : elle facilite l'accès à la connaissance du droit au profit des usagers ; par la réunion en un même ensemble de règles jusque-là dispersées, elle en souligne parfois les faiblesses ou les incohérences, et peut ainsi contribuer à favoriser la réforme ultérieure de la matière, dont elle aura constitué la première étape.

Mais cette codification à droit constant connaît aussi ses limites. Centrée sur une matière au contenu bien déterminé et aux options suffisamment fermes de textes bien pensés et bien rédigés, elle répond assez bien à ses objectifs de clarification et de meilleure accessibilité du droit : ainsi en va-t-il, par exemple, du code des marchés publics. Mais il n'en va pas de même lorsque les textes codifiés sont eux-mêmes de qualité inférieure : ainsi qu'on l'a justement écrit⁴, la codification à droit constant « ne permet aucunement de remédier aux incohérences éventuelles du droit existant, puisqu'elle rejette hors de son domaine tout effort de réflexion, de définition ou d'innovation, comme si l'on proposait comme œuvre accomplie ce qui ne devrait en être que la première esquisse ». En outre, elle ne constitue pas un reflet fidèle du droit en vigueur, puisqu'elle laisse en dehors de son champ les apports jurisprudentiels. Cette faiblesse de la codification à droit constant apparaît dans toute son ampleur dans les matières les plus élaborées du droit privé abordées par la Commission supérieure de codification, tel le droit commercial : dans un secteur marqué par une prolifération incontrôlée de textes souvent médiocres qui se sont accumulés sans guère de cohérence et par la multiplication de lois spéciales, dans un

domaine où le législateur s'est révélé dans le passé incapable d'adopter les claires options qui définissent l'identité même de la matière, est-il raisonnable de pérenniser ces graves défauts en s'intéressant toute innovation et en se bornant à regrouper des textes, alors qu'il faudrait au contraire, à l'occasion d'une telle opération de codification, abroger quantité de lois et de règlements inutiles ou imparfaits et ne pas esquisser les questions de principe ?¹

La Commission s'est employée à réfuter ces critiques en alléguant le caractère trop ambitieux et trop lourd que revêtirait cette codification « réformatrice »².

Il reste qu'il y a là un réel problème, et sans doute conviendrait-il aujourd'hui d'esquisser une véritable doctrine de la codification, définissant ses objectifs et ses méthodes.

Les effets bénéfiques de la codification, facteur d'unité politique, d'intégration sociale, d'unification et de connaissance du droit, sont contrebalancés par des conséquences beaucoup moins heureuses : avec elle, le positivisme légaliste s'est épanoui ; on a cessé de considérer que le droit pouvait être une norme de conduite sociale indépendante des frontières politiques ou géographiques ; on a oublié ou minoré la composante historique dans la formation du système juridique ; on a perdu de vue la recherche du droit juste pour s'en tenir à la seule expression de la norme codifiée ; l'idée de droit commun s'est évanouie au profit d'un mouvement de sectorisation ; les juristes universitaires sont revenus à l'école des glossateurs ; le droit se confond désormais avec l'ordre du souverain.

Cette philosophie et cette logique de la codification ont été admirablement résumées, voici déjà un siècle, mais en des termes qui conservent leur pertinence, par un historien et politologue, sensible à l'effet réducteur du légalisme et de la codification³ : « Codifier, le mot est de grande conséquence. Il implique, en effet, une sorte de mise en disponibilité de l'histoire et des historiens. La codification est un acte tranchant du législateur, qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines, le fonde en entier sur la raison, la justice, l'intérêt public, l'ac-

1. G. Braibant, *Encyclopædia Universalis*, v. *Codification*.

2. V. à ce propos M. Sirel, *Essai sur la codification à droit constant*, Imp. J.O., 1993, spéc. p. 205 s. pour la codification opérée depuis 1989 par la Commission supérieure de codification.

3. Pour un exposé plus approfondi des méthodes suivies par la Commission, v. le *5^e Rapport d'activité de la Commission*, 1994, p. 11 s.

4. D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D.*, 1994, *Chron.*, p. 291, spéc. p. 292.

1. E. Terré et A. Couzin-Adam, *Codifier, un art difficile* (à propos d'un... code de commerce), *D.*, 1994, *Chron.*, p. 99.

2. V. le *5^e Rapport de la Commission*, loc. cit., p. 6 et 7.

3. E. Bouamy, Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques, in *RI enseign.*, 1899, I^{er}, t. XVII, p. 222 et 223.

cord et la dépendance mutuelle des différents articles, et le dispense de chercher des précédents ou des titres en dehors d'un instrument authentique, au-delà du jour de la promulgation. A qui voudrait remonter plus haut, la loi elle-même semble répondre : A quoi bon ! Il y a eu liquidation de tout le passé et comme un nouveau départ... La

codification, c'est la philosophie de la volonté créatrice et du plan réfléchi se substituant à la philosophie de l'évolution par modifications partielles et successives. C'est l'œuvre d'art datée et signée, attirant, sur l'ajustement parfait de ses éléments, l'attention et l'intérêt qui s'attachaient naguère aux lentes et obscures élaborations, d'où sort tout être réel et vivant. Si le droit codifié a sa philosophie, il a aussi sa logique. L'autorité suprême d'un texte, qui dérobe ses causes en donnant ses raisons – et qui n'en donne guère que de métaphysiques ou de pratiques – incline le juriste à faire de l'analyse son procédé habituel. Chercher dans ce texte et en dégager des principes généraux, des définitions précises, propres à fournir la majeure partie de syllogismes serrés, tout ramener à ce petit nombre de données simples, et tout conduire ensuite jusqu'à des solutions nettes, à des formules impératives, ayant l'allure et le ton qui conviennent à la loi, voilà l'ambition réfléchie la plus haute, l'effort le plus souvent répété, et, à la fin, la méthode inconsciente de l'entendement. Propositions abstraites, subtiles interprétations verbales, déductions fortement enchaînées, simplifications parfois excessives, conclusions toujours catégoriques, voilà dans quelle fréquentation de tous les instants l'intelligence apprend et aime à se mouvoir... Elle acquiert, exerce et développe jusqu'à une maîtrise incontestée la faculté dialectique. Mais toute supériorité se paie, et celle-ci est trop souvent achetée aux dépens du sens historique.»

Et, de fait, nombre de juristes ont accredité par leur zèle légaliste cette transformation du droit qu'implique la codification : « Qui dit *codification* dit adoption du *principe fondamental* que le droit de faire la loi appartient exclusivement au législateur, c'est-à-dire que devant les volontés exprimées dans son œuvre, soit la jurisprudence des tribunaux, soit la science des auteurs, perdent absolument leur indépendance au point de vue de la signification du droit positif... »¹

De tels propos illustrent à l'évidence l'antagonisme méthodologique profond qui oppose les droits codifiés aux ordres juridiques non codifiés : les méthodes du droit commun différent profondément des

formes que prend le raisonnement juridique dans un système de droit codifié ; en effet, la codification vise à la mise en système des normes juridiques : celles-ci sont l'œuvre d'une autorité et s'imposent à l'interprète du droit ; au contraire, avec la méthode du droit commun, les liens qui unissent en un tout les différentes catégories de normes sont pour l'essentiel une construction doctrinale une œuvre de raison, et ne sont nullement préétablies¹.

C'est évidemment au regard de cette caractéristique et de cette difficulté technique de mise en œuvre des méthodes du droit commun que l'idée de codification a pu s'imposer dans les sociétés contemporaines comme seule adaptée aux données de la modernité et aux contraintes d'élaboration d'un droit répondant aux exigences de précision et de rapidité.

Dès lors, a-t-on pu justement écrire², « il ne s'agit plus de dresser le pour et le contre d'une idée qui a gagné quasiment la conviction générale. Il s'agit désormais de faire échapper la codification à certains écueils : l'illusion de perpétuité et d'immuabilité de la loi, la prétention de faire une législation intégrale et massive entraînant la défense d'interprétation des textes, l'identification absolue de l'idée de droit et de l'idée de loi ».

1. E. Roguin, Observations sur la codification des lois civiles, in *Rec. publié par la Fac. de droit de Lausanne* à l'occasion de l'Exposition nationale suisse, 1896, p. 75.

1. V. M.-F. Renoux-Zagané, La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés, *Rev. hist. Fac. dr.*, 1990, n° 10 et 11, p. 133 s.

2. J. Van Kan, *op. cit.*, p. 368.

Document n°2 : J. Carbonnier, « Le Code civil des français dans la mémoire collective », in 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1045 et s.

Entre le droit et la mémoire, il y a, de nature, sympathie et alliance : c'est la mémoire individuelle qui fait le juriste, homme des précédents ; c'est la mémoire collective qui fait la coutume, chaîne de pratiques.

Rien d'étonnant, donc, si, lorsque le Code civil eut été publié, beaucoup, professionnels ou profanes, cherchèrent instinctivement à y retrouver le passé, au point de ne plus voir en lui qu'un ressouvenir du droit antérieur, et par prédilection, enjambant le bref épisode de la Révolution, un mémorial de l'Ancien droit monarchique.

Un révélateur de cet état d'esprit, ce fut l'apparition presque instantanée d'éditions à annotations historiques. Sous chacun des articles du Code, l'éditeur avait reproduit, selon les cas, soit le fragment du *Digeste*, soit le texte de la coutume de Paris ou d'Orléans, dont la législation nouvelle n'était, à première vue, que la copie. Par cette mise en parallèle, on escomptait des facilités d'interprétation ; plus exactement, tout l'acquis des interprétations de l'Ancien droit était transféré en bloc au droit nouveau. Il n'y avait plus esprit nouveau, mais métempsycose.

Autre symptôme de cette insistance de l'Ancien droit à se réincarner : quinze ou vingt ans encore après la promulgation du Code civil, on voit la jurisprudence, Cour de cassation en tête, étayer ses arrêts simultanément sur

* Cette contribution a été composée par le doyen Carbonnier, spécialement pour cet ouvrage, à partir du texte de deux articles publiés antérieurement : « Le Code civil des Français dans la mémoire collective », *Académie d'Athènes*, 1986, t. 61, pp. 177 et s., « La codification dans les états de droit : le cas français », *Année canonique*, 1996, p. 96.

le droit d'avant et le droit d'après 1804 : « Attendu qu'il est de principe constant, consacré par l'ancienne et la nouvelle législation... », « Attendu que la Cour d'appel a violé les lois romaines et les articles 1603 et 1653 C. civ... ». Pourquoi cette double motivation ? Peut-être les magistrats voulaient-ils défendre leurs arrêts au regard de l'opinion du moment – la Restauration –, largement réactionnaire. Supposons, plus innocemment, que, comme nous tous, ils avaient peine à oublier leurs années de jeunesse, les années où ils avaient fait leur apprentissage du droit. Le risque n'était pas nul, cependant, d'une sclérose du Code par hypertrophie de la mémoire.

Mais des strates épaisses de matériaux antérieurs avaient beau s'être déposées dans le Code civil, celui-ci avait insufflé un esprit nouveau. Non, le Code civil des Français ne s'est pas contenté de garder mémoire du passé ; il a fondé une mémoire nouvelle. Il est, pour les Français, la référence ins-tinctive, la référence par excellence, la référence absolue, dès que l'on parle de droit. Nous voudrions essayer d'éclaircir les causes qui expliquent ce privilège à notre époque, alors que le Code civil n'est plus, apparemment, qu'un Code à côté de beaucoup d'autres, les uns – le Code du travail – qui se donnent davantage en spectacle, les autres – le Code de la route, le Code général des impôts, le Code de la consommation – qui sont d'un usage plus intensément quotidien. Si le Code civil est entré et resté dans la mémoire nationale, c'est parce qu'il fait partie de l'histoire de France (I) et aussi bien de la symbolique française (II).

I.

Par trois traits, le Code civil participe à notre histoire :

- parce qu'il émane d'un de nos personnages historiques ;
- parce qu'il a été un enjeu dans nos divisions historiques ;
- parce qu'il a paru sceller entre nous un compromis historique.

A. – UN PERSONNAGE HISTORIQUE

Historique, il l'était déjà en 1804, aux yeux de ses contemporains : il fabriquait de l'histoire. C'était un général victorieux (Justinien en était un également, mais pas Théodose : comparez après cela la longévité de leurs deux codifications). On pourra discuter sans fin des droits d'auteur de Bonaparte. À la rédaction, il ne mit guère la main, et sa main, au jugement d'aujourd'hui, aurait été plutôt malheureuse : n'est-ce pas d'elle que procède la misogynie de 1804 ? Mais le Code Napoléon doit être historiquement jugé

comme action, plutôt que comme écriture. De ce point de vue, reconnaissez-y une action impériale.

De politique intérieure d'abord ; et là il n'y a pas à s'y tromper : il s'insère dans l'action de l'an VIII, dans cette reconstruction générale de l'État qui suivit la période molle, sinon délirante, du Directoire.

De politique extérieure aussi : de gré ou de force (mais l'imitation est-elle gré ou force ?), le Code des Français s'introduisit dans maint pays du continent, il y fut délibérément employé à renverser les régimes absolutistes, féodaux, confessionnels. Que cette expansion ait été largement éphémère, la déroute des armes entraînant le reflux des lois (en 1817, les étudiants allemands, à la *Warburg*, brûlèrent le Code Napoléon, avec d'autres livres condamnés comme *undeutsch*), il n'en est pas moins resté mieux qu'une histoire, une légende : la légende d'un Code Napoléon aussi conquérant que son maître.

B. – UN ENJEU HISTORIQUE

Dans les antagonismes politiques qui ont divisé la France au XIX^e siècle, chacun des deux camps tour à tour s'est efforcé d'attirer à lui le Code civil ou, inversement, de l'identifier à l'adversaire. Aimer ou haïr, c'étaient, ce sont encore de nos jours, deux façons équivalentes d'honorer le Code, d'en souligner l'importance historique.

Malgré la masse d'Ancien droit dont il avait été lesté, le Code civil avait accepté assez de dispositions venues de la Révolution pour qu'il pût faire figure de Code révolutionnaire. Elles n'étaient pas et de loin les plus nombreuses, mais elles étaient les plus voyantes : la propriété foncière affranchie des droits féodaux, la liberté des conventions, la sécularisation du mariage, le divorce – et plus encore, bien que souvent on y pense moins –, l'enfant soustrait dès 21 ans à la puissance paternelle, celle-ci restreinte par les limites de la liberté testamentaire, par l'absolu du partage égal des successions. Tout cela dérivait de *Majestätsurkunde* et des Jacobins. Mais Napoléon lui-même n'avait-il pas souhaité donner à son Code ce visage de *gauche* (comme on dirait aujourd'hui), lorsqu'il en avait fait un instrument de conquête subversive ?

C'est ce visage que retinrent pour cible, la Restauration venue, les *ultras* (ultraroyalistes). Faute de pouvoir abroger le Code, dont la Charte avait garanti le maintien, ils l'amputèrent du divorce, au nom de cette même Charte qui avait fait de l'Église catholique l'Église d'État ; mais ils échouèrent à faire rétablir contre lui un soupçon de droit d'aïnesse. C'est sur ce terrain de l'héritage, de la loi de partage égal, que le Code de 1804 garda, au long du XIX^e siècle, ses ennemis les plus tenaces : Balzac par ses romans, Le Play par ses enquêtes sociologiques, accrédièrent, auprès d'une

fraction notable de l'opinion, l'idée qu'il y avait dans le Code civil un individualisme destructeur de tous les cimets familiaux.

Cependant, l'autre parti – nommons-le : parti du mouvement – après avoir défendu le Code civil contre les traditionalistes, allait évoluer dans sa propre appréciation, et se retourner peu à peu contre lui en lui prêtant un visage *de droite*.

Une des faiblesses du Code de 1804 était sa partie économique. Il n'avait pas prévu le machinisme et l'industrialisation. Du coup, il avait l'air indifférent aux relations de travail et aux besoins de la condition ouvrière. À partir de 1848, il va se sentir de plus en plus mal à l'aise devant la montée des idées socialistes, ou même simplement sociales. Il sera dénoncé comme le code des possédants, des nantis. Quelquefois, le tir se précise : le code de l'immobilier, le code des ruraux. Le fait est qu'il manifeste une grande sollicitude pour les propriétaires d'immeubles, spécialement pour les propriétaires de biens fonds agricoles. Pourtant, les financiers avaient pareillement de quoi se satisfaire avec la liberté contractuelle, la licéité de l'intérêt de l'argent, l'aliénabilité de toutes choses. Il n'était rien dit, ou à peu près, objectera-t-on, des valeurs mobilières. Mais qu'importait à la banque ? Être ignorée du droit est bien ce qu'elle préfère. Bref, c'est du capitalisme tout entier que le Code civil pouvait sembler, peut sembler encore dans ses principes, le tempart.

Cependant, l'attaque fut aussi menée sur un autre front : le droit des personnes et de la famille. Ce *Livre premier* que la critique de droite avait lu comme licence donnée à l'individualisme dissolvant, la critique de gauche le lira comme blanc seing octroyé à des tyrannies domestiques. Une critique à laquelle le romantisme contribua bien plus que le socialisme. Victor Hugo contre le Code : les droits de la femme, les droits de l'enfant. Ces mots d'ordre sont de lui, et ils feront leur chemin jusqu'aux réformes permissives et égalitaires du XX^e siècle. Réformer, remarquons-le, peut être une occasion de se ressourvenir. Mais, lors même qu'elle n'est pas suivie de réformes, la contestation du passé peut en aviver la mémoire. À l'heure actuelle, une des nouveautés typiques de 1804, l'institution du mariage civil, est contestée, dans les mœurs d'une fraction de la jeunesse, par le phénomène dit de la « cohabitation juvénile » : pour ou contre le mariage en mairie, rien n'a autant fait pour ramener l'attention vers l'historicité du Code.

C. – UN COMPROMIS HISTORIQUE

Avoir à faire face des deux côtés à la fois, n'est-ce pas ce qui caractérise le *juste milieu* ? Une fois qu'il a fatigué, épuisé, les amours ou les haines des uns et des autres, le Code civil se retrouve naturellement dans cette position médiane. Le scénario s'est répété à plus d'une reprise.

À la vérité, il était en place dès les travaux préparatoires : la *lex ferenda* devait être une loi de compromis. Compromis ethnique entre le Nord et le

Midi, pays de coutumes et pays de droit écrit. Mais surtout compromis politique : ni réaction, ni révolution, c'est le programme de l'an VIII (la Révolution est finie, on ne saurait faire, pourtant, qu'elle n'ait pas eu lieu).

En 1814, Louis XVIII, dans le préambule de la Charte, reprend à sa manière l'idée de compromis : pourquoi ne pas conserver le Code civil ? il est plein d'Ancien droit, et en outre cela répondra à l'attente de l'Europe éclairée (le mot *yes*, *Was ist Aufklärung?*?).

Vient le Second Empire : par devoir filial, il chantera bien haut la louange de ce Code Napoléon qui équilibre et réconcilie. La louange s'enrichit, toutefois, dans le discours officiel, d'une touche plus concrète : la loi de partage égal des successions, en créant une infinité de petits propriétaires, leur a donné un motif très humain de garder mémoire, une mémoire reconnaissante, d'un Code auquel ils doivent leur bonheur paysan.

Et aujourd'hui ? Les démocraties modernes, même au plus fort de leurs divisions, ne désistent pas de se découvrir des sujets, sinon d'unanimisme, du moins de *consensus*. C'est le concept à la mode, sentimental plutôt que mathématique. Le consensus est censé se former, comme par un phénomène naturel, autour des institutions nationales. Encore faut-il que celles-ci puissent se prévaloir d'un suffisant enracinement historique. C'est le cas du Code de 1804. De fait, bien que tel ou tel de ses articles, isolément regardé, puisse être encore parmi nous enjeu de débats – en tant que totalité, entité, il n'est pas de parti, de section de la nation dont il soit maintenant rejeté. Il est le compromis accepté, fût-ce le compromis provisoire. Mais la symbolique dont il est chargé lui promet peut-être mieux que du provisoire.

II.

Une loi peut renfermer deux types de dispositions : des dispositions que l'on qualifie d'*instrumentales* (pour ne pas les qualifier plus sobrement de *pratiques*), qui se bornent à prescrire des comportements, disent ce qu'il faut faire et rien de plus ; d'autres qui se veulent, qui sont *symboliques*, parce qu'elles lancent l'imagination des destinataires bien au-delà des résultats précis qu'elles prescrivent. C'est par ses dispositions symboliques, plus que par ses dispositions instrumentales, que le Code civil s'est imposé à la mémoire collective des Français. Il est livre de symboles, livre-symbole aussi.

A. – LA SYMBOLIQUE DE CONTENU

Le droit poursuit des fins pratiques. Il n'est donc pas surprenant que son langage soit instrumental avant tout. Une loi qui ne s'exprimerait que par symboles risquerait fort de laisser les praticiens désenchantés. Il n'est pas

mauvais, en revanche, que des articles symboliques viennent couper le défilé des dispositions instrumentales : ils pourraient aider à les interpréter, à en développer les conséquences et, mieux encore, à en faciliter l'écriture en substituant, par l'appel à l'imaginaire, l'enthousiasme à l'obésité passive.

Qu'est-ce donc qui imprime à une règle de droit le caractère d'un symbole ? Pour partie, ce peut être la forme. Il y a une esthétique des lois. Un texte frappé en médaille a plus de chances qu'un texte visqueux de devenir symbolique. A moins que la patine du temps ne soit venue conférer à une rédaction, si embarrassée qu'elle fut, une sorte de noblesse. À l'instar de ces vocables du français dont l'orthographe irrationnelle n'en est pas moins intouchable, parce qu'à la réformer, on aurait l'impression de déranger un feston. Notre célèbre article 1382 sur la faute n'est pas d'une facture très rigoureuse (n'y manque-t-il pas la mention de l'illicite ?) : qui oserait, pourtant, remanier l'article 1382 ?

Plus fréquemment, c'est d'un mélange de forme et de fond que jaillit le caractère symbolique. Qu'à la gravité de l'objet s'amalgame une certaine solennité de ton, nous percevons une disposition dépassant ce que réclamerait la pratique. Ainsi, dans nos articles 544, 1134 : « la propriété est le droit de jouir et disposer de la manière la plus absolue... », « Les conventions tiennent lieu de loi... ». Le droit le plus absolu, des individus *vice legis*, comme ces formules seraient irréalistes, s'il fallait les prendre pour ce qu'elles disent ! Mais elles n'ont été mises là que pour doper l'imaginaire.

B. — LA SYMBOLIQUE DE CONTENANT

Ce livre est symbole par lui-même, avant même que d'être ouvert — un symbole appelé à agir dans l'espace et dans le temps.

1° Le Code civil, symbole d'unité

Il le fut dès le principe, et ce fut le principe de son action. Une action éminemment politique. Remplacer par un monument unique la mosaïque de coutumes et de droit romain qui morcelait le pays, ce n'était pas une opération de technique pure (comme peuvent l'être les *restatements* américains), à des fins de commodité, pour une meilleure circulation des personnes, des biens et des contrats. L'objectif se situait beaucoup plus haut, dans la sphère des symboles : par l'unité du droit civil, il fallait souder psychologiquement l'unité des Français.

Si tel était le symbole, n'est-il pas périmé ? De nos jours l'unité française ne paraît pas menacée. Elle ne l'est point par les diversités provinciales, qui sont au demeurant sans incidences sérieuses de droit civil. Mais elle pourrait

bien l'être par une diversité ethnique, celle qu'à implantée chez nous l'immigration maghrébine, car c'est une diversité qui se double d'une hétérogénéité juridique, éclairante notamment quant au droit de la famille, lui-même si profondément intégré à la religion et aux moeurs. Le Code civil a retrouvé ici, contre le droit musulman, sa fonction de symbole d'unité, symbole laïque et obligatoire auquel doivent rendre hommage tous les nationaux, quelle que soit leur origine — et même tous les habitants du territoire, quelle que soit leur nationalité à cause de *l'ordre public international* dont ce symbole est porteur.

2° Le Code civil, symbole de pérennité

gardons-nous de parler de *perpétuité* : rien n'est perpétuel dans l'univers du droit. Ce que nous voulons dire, c'est qu'au sein de cet océan agité qu'est le système juridique, le Code civil a un rôle qui n'appartient qu'à lui : il est symbole non de mouvement, mais d'immobilité ; il réalise en lui un arrêt du temps, une stase magique. Comparons-le à ces grandes œuvres littéraires, *l'Odyssée*, par exemple, ou *Hamlet*, qui semblent jouir d'une modernité toujours renaissante, comme si elles avaient été soustraites à la fatalité commune du vieillissement et de la mort. Le Code civil a acquis ce statut sans pareil de livre canonique, de livre intemporel, *liber perennis*, qui n'a jamais fini de dire ce qu'il a à dire.

Le législateur de la Cinquième République, implicitement, en a fait la démonstration, dans son entreprise de réforme du Code, qu'il n'a guère poussée, du reste, qu'en ce qui se rapporte au droit de la famille. Il y avait eu, avant lui, sous la Quatrième République, la tentative, qui s'arrêta en route, de la Commission de révision instituée au lendemain de la Libération. Notre parallèle ne porte pas sur les mérites, mais sur les méthodes. La Commission, assez timide quant au fond, s'était voulue radicale quant à la forme : c'était un Code entièrement neuf qu'elle proposait de rédiger, dont la structure n'eût en rien rappelé la structure antérieure ; il y aurait eu, pour la première fois rupture formelle d'avec Napoléon. En contraste, le législateur d'après 58, certainement plus hardi sur le fond — trop hardi ? pas assez ? la critique toujours recommencée — s'est affirmé résolument conservateur sur la forme. Il n'a pas hésité à glisser ses innovations sous la couverture du millésime de 1804, — lors même qu'elles disaient diamétralement le contraire de ce qu'en 1804 il avait été dit — s'évertuant à respecter l'architecture ancienne, portant même le scrupule jusqu'à préserver (fit-ce au prix d'acrobaties pas toujours applaudies) la numérotation de certains articles jugés symboliques ou simplement familiers.

Fallait-il verser le vin nouveau dans de vieilles outres ? Le législateur en question ne devait pas ignorer ce proverbe inspiré. Mais sans doute a-t-il pensé, en contemplant la longévité du *Digeste* et des interpolations tribonniennes, que les outres juridiques n'étaient pas aussi fragiles que les autres et

qu'au contraire en insérant ses réformes dans l'événement merveilleux de 1804, il leur conférerait une jeunesse hors du temps.

* * *

Les commémorations sont les fêtes de la mémoire collective. On peut trouver que le Code civil, bien qu'entré dans la mémoire de la nation, ne suscite guère les commémorations nationales. Il n'y a plus que les civilistes pour se souvenir, en feuilletant le *Livre des Centenaire*, qu'il y eut en 1904 une célébration un peu officielle. Au vrai, c'est le Code civil lui-même qui a su le mieux organiser sa commémoration, populaire et intime, familiale, joyeuse. Il a prévu que, dans toute célébration de mariage, il serait solennellement donné lecture aux époux de quelques-uns de ses articles, symboliques à souhait et qui, par leur teneur actuelle, suggèrent d'ailleurs au public que l'histoire a tout de même continué depuis 1804.

Voici venir 2004. Le bicentenaire. La date peut être sentie comme une incitation à rouvrir le chantier de la recodification.

Dans la conception même de la législation, des transformations se sont produites, qui sont aux antipodes de la codification : l'inflation des normes et plus encore la démantèlement d'en changer sans cesse. Qui oserait évoquer un *liber perennis*? L'idéal, c'est plutôt le repertoire sur feuilles mobiles. Un droit hors du temps? Chacun voudrait que le droit coure plus vite que le temps.

Entre exécutif et législatif, le rapport de pouvoir n'est plus, malgré la continuité constitutionnelle, ce qu'il fut jusque vers 1975. Et derrière le législatif, les forces centrifuges, les groupes de pression sont plus agressifs, mieux organisés qu'autrefois.

Là ne sont point, pourtant, les difficultés les plus graves : après tout, on reste avec elles à portée de l'action gouvernementale. Mais il en est d'autres qui échappent à cette action parce qu'elles ont leur source au cœur même de la société française ou, qui pis est, à l'extérieur de notre société, hors de nos frontières. Ce sont des problèmes internes et externes que la Cinquième République a peu à peu laissés grossir. Si le législateur de l'an 2004 réussissait à les résoudre, c'est alors que son œuvre mériterait d'être sacrée *codification*.

Il faudrait être singulièrement optimiste pour rêver qu'en 2004 la société française n'aura plus de problèmes. Il est même probable qu'il y aura toujours une question sociale, fil-à-fil sous des labels différents, et que l'on y parlera de l'exclusion comme on avait parlé de la lutte des classes. Une nouveauté, néanmoins : ce qui, en 1964, avait détourné le législateur d'enrayer une révision du droit de la propriété et des contrats — à savoir,

l'incapacité de trancher entre capitalisme et socialisme — ce blocage semble avoir été levé politiquement depuis que le parti socialiste s'est plus ou moins rallié à l'économie de marché. Tandis que, parallèlement, se sont évaporées avec le mur de Berlin les dernières hautes intelligences de la Révolution de 1917. Quand le codificateur de 2004 arrivera, lui restera-t-il un conflit idéologique à transcender?

Il aura, en revanche, devant lui un conflit de cultures. Et autrement plus profond que celui de 1804 entre coutumes et droit écrit. C'est le conflit, déjà corrosif parmi nous, qui a surgi entre le droit laïc du Code civil et le droit religieux qu'est le droit musulman. Non pas le droit musulman des musulmans étrangers, ce qui ne ferait qu'un conflit de lois, courtoisement résolvable comme il convient en droit international privé — mais le droit musulman auquel aspirerait le Français musulman, conflit interne prêt à se transformer en *clash*. On pouvait agir préventivement. En 1972, puis en 1975, l'idée m'était venue de dresser des barreaux aux entrées de droit civil où la *Char'i'a* aurait pu se glisser avec des lettres de naturalité : l'assimilation totale de l'enfant adulte à l'enfant légitime qui pouvait couvrir la polygamie : le divorce sur demande unilatérale qui pouvait voiler une répudiation. Mais la formule générale est encore à découvrir, qui refoulera dans les consciences une religion qui se veut droit.

Bien d'autres flots étrangers, cependant, battent nos rives. Non seulement la France ne peut plus prétendre pour son droit à la force d'expansion de jadis, mais ce sont des droits venus d'ailleurs (peut-être de nulle part) qui pénètrent chez elle pour y commander. Je ne vise pas tellement l'imitation maniaque des droits étrangers, simple jeu d'intellectuels, mais, la porte ayant été ouverte par l'article 55 de la Constitution, l'entrée en force des droits européens, voire des droits de l'ONU dans le système juridique français, sous le couvert de la supériorité inhérente aux traités internationaux.

Que signifiera ici transcender les conflits? Les dépasser par la supranationalité, par la mondialisation? Les fonder dans une culture universelle sans autre idiomatique que l'informaticque? Il y faudra, en tout cas, de la magie, un charisme de géant. Entre le Code Napoléon et ses émules impuissants, la véritable différence pourrait bien avoir été Napoléon.

Document n°3 : Ch. Arens, « Que reste-t-il du Code Napoléon ? », JSS, 2021, n° 34, pp. 13 et s.

La réunion en un « Code civil des Français », le 30 ventôse an XII (21 mars 1804) des 36 lois délibérées et adoptées au cours des deux années précédentes marque d'une pierre blanche l'histoire du droit français. Le Consulat réalisait ainsi ce à quoi ni l'ancienne monarchie, ni les assemblées révolutionnaires n'étaient parvenues : l'unification des règles essentielles du droit civil en un même corps de lois applicable sur l'étendue du territoire national.

LE CODE CIVIL, OU LA « CONSTITUTION CIVILE DE LA FRANCE »

Premier des codes issus de l'œuvre législative napoléonienne, souvent appliqué ou imité en dehors des frontières, le Code civil des Français, devenu le Code Napoléon en 1807, en est aussi le plus achevé. Des apports tant de la doctrine antérieure et, au premier chef, de Pothier, que des principes nouveaux nés de la Révolution française, de la réflexion menée des mois durant par Portalis, Tronchet, Malleville et Bigot de Préameneu, sans oublier l'influence de Cambacérès, ni l'apport personnel du Premier Consul, le Code civil des Français traduit en effet, dans le droit des personnes et de la famille, le régime des obligations ou le droit des biens, la conception d'un monde nouveau qui repose avant tout sur l'égalité civile, l'individualisme libéral et la propriété. Il exprime également, jusqu'en son titre initial, la révolution introduite dans les sources du droit en 1789, qui fonde le droit sur la loi réputée expression de la volonté générale, sans que le légicentrisme fasse pour autant obstacle désormais à la jurisprudence, dont le discours, demeuré célèbre, de Portalis sur le titre préliminaire du Code civil devait rappeler le rôle essentiel.

Véritable « Constitution civile de la France », selon la formule du doyen Jean Carbonnier, le Code civil a exercé, durablement, ses effets dans notre droit, au point qu'on a enseigné, tout au long du XIX^e siècle, non pas le droit civil, mais le Code civil au sein des facultés de droit. La synthèse opérée par ses rédacteurs entre les diverses conceptions du droit, la consolidation, non sans nuances, des principes issus de la Révolution française, les qualités mêmes du texte, d'ailleurs louées en leur temps par Stendhal, expliquent sans doute la longévité exceptionnelle d'un Code civil, qui sut accompagner les évolutions indispensables au rythme de l'interprétation de ses dispositions par une jurisprudence moins exégétique qu'on ne l'affirme d'ordinaire. Faut-il rappeler, par exemple, que c'est sur le fondement de l'article 1384 du Code civil, qui traite sans plus de précision de la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa

garde, que la Cour de cassation est intervenue, sur le terrain du risque, pour l'indemnisation des accidents du travail (Civ., 16 juin 1896, Veuve Teffaine) ou la responsabilité du fait des accidents de la circulation (Ch. réun., 13 février 1930, Jandheur) ?

UN CODE EN MOUVEMENT

Le Code civil a, naturellement, été affecté par l'évolution d'ensemble de notre société que caractérisent la multiplication des branches du droit, la surdétermination économique du droit, l'instabilité de règles de droit à la rédaction souvent imparfaite ou encore la concurrence des règles issues du droit international et européen. Il conserve néanmoins, pour peu que l'analyse ne s'en tienne pas aux apparences, une portée et, pour tout dire, une place bien particulière au sein du droit français. L'observation est d'ordre quantitatif : près de la moitié des dispositions initiales du Code civil subsistent aujourd'hui ; elle est, plus encore, qualitative.

Le Code civil peut s'autoriser ainsi, aujourd'hui encore, de qualités techniques indéniables. En un temps où la « codification à droit constant » a multiplié, référence oblige aux articles 34 et 37 de la Constitution, les codes fondés sur la répartition des dispositions en trois parties selon qu'elles relèvent de la loi, du décret en Conseil d'État ou du décret simple, le Code civil demeure quant à lui, en raison il est vrai de l'objet même de ses dispositions que l'article 34 de la Constitution réserve pour l'essentiel au législateur, un Code législatif, dont chacune des subdivisions, voire chacun des articles se suffit à lui-même, sans que le lecteur soit tenu de se reporter à des dispositions réglementaires pour connaître le fin mot de la règle de droit. Est-ce un effet induit ? Le Code civil recourt, y compris dans ses dispositions les plus récemment introduites par le législateur, à ces énoncés dont la clarté et la concision frappaient les contemporains de Portalis ; qu'elles procèdent du législateur ou prennent la forme d'ordonnances de l'article 38 de la Constitution, les modifications du Code civil s'inspirent souvent du style des pères fondateurs, quand elles ne reprennent pas purement et simplement les formules adoptées par ceux-ci : pour distincte qu'elle soit, la redéfinition du contrat par l'ordonnance du 10 février 2016 est tout aussi précise que l'ancienne (art. 1101) ; la force obligatoire du contrat (art. 1103) procède, quant à elle, de la simple reprise des termes de l'ancien article 1134 du Code Napoléon ; quant à la distinction opérée par la loi du 17 juin 2008 entre l'imprescriptibilité du droit de propriété et la prescription par trente ans des actions immobilières (art. 2227), elle est exprimée en des termes on ne

peut plus classiques, que n'auraient sans doute pas renié les législateurs de l'an XII.

LE CODE CIVIL, GARANT DE L'ÉQUILIBRE DE LA SOCIÉTÉ

Le Code civil occupe, plus largement, une place de choix dans le corpus juridique français. À la différence des autres codes, qui traitent d'une branche déterminée du droit, quand bien même ils ne s'appliquent pas à une matière technique étroitement déterminée (tels le Code monétaire et financier ou le Code de la propriété industrielle), le Code civil réunit, en effet, un ensemble de règles qui touchent par leur importance et leur portée à la cohérence même du droit, voire à l'équilibre de la société. Il en va ainsi, à l'évidence, en ce qui concerne l'état des personnes : c'est d'ailleurs dans le livre Ier du Code civil que le législateur a introduit, en 1970, le droit au respect de la vie privée (art. 9), dont on connaît l'importance, avant d'y intégrer, en 1993, le régime de la nationalité française qui avait fait l'objet, pendant un demi-siècle, d'un code distinct (loi n° 93-933 du 22 juillet 1993). Les réformes, hier, de la prescription en matière civile (loi n° 2008-561 du 9 juillet 2008) ou du droit des contrats (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), demain sans doute, de la responsabilité civile s'inscrivent dans une même perspective : elles tendent à formuler, indépendamment de leur aspect directement opératoire, les principes directeurs du régime des obligations ou de la prescription. Il n'est pas jusqu'aux modalités de la publication des lois qui ne subsistent dans le Code civil (art. 1er), au bénéfice des modifications retenues par l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004.

La jurisprudence confirme d'ailleurs le rôle matriciel dévolu au Code civil, la Cour de cassation recourant, fréquemment encore, aux dispositions de ce dernier pour formuler les principes directeurs du droit civil. Les arrêts mentionnent ainsi dans leurs visas, lorsque le litige se rapporte à l'application de la règle de droit dans le temps, l'article 2 du Code civil qui érige en principe la non rétroactivité de la loi. De même est-ce au visa non seulement des dispositions propres au droit de la consommation, mais également de l'article 6 du Code civil, inchangé depuis 1804, que la Cour de cassation

s'est prononcée, 200 ans plus tard, sur la nullité d'un contrat de vente qui ne comportait pas la mention de certains éléments techniques prévus par les textes (1^e Civ., 7 déc. 2004, n° 01-11.823 : Bull. civ. I, n° 303). C'est motif pris, notamment des articles 546 et 547 du Code civil, que la Cour s'est fondée pour reconnaître que, « sauf lorsque la sous-location a été autorisée par le bailleur, les sous-loyers perçus par le preneur constituent des fruits qui appartiennent par accession au propriétaire » (3^e Civ., 12 sept. 2019, n° 18-20.727 PBRI). Faut-il rappeler enfin la fortune de l'article 1134 (aujourd'hui 1103) du Code civil qui confère force obligatoire pour ceux qui les ont faits aux contrats légalement formés : c'est forte de ce principe que l'Assemblée plénière a subordonné la modification d'un accord collectif de travail à l'unanimité des organisations syndicales signataires de l'accord initial (Plén., 20 mars 1992, n° 90- 42.196 : Bull. A.P., n° 3).

LE CODE CIVIL, « LIEU DE MÉMOIRE »

Que reste-t-il à présent du Code Napoléon ? La réponse à la question ne saurait être simplement d'ordre juridique. Véritable « lieu de mémoire » national au sens où l'entendait la somme constituée sous la houlette de Pierre Nora¹, le Code civil des Français revêt en effet, dans l'imaginaire collectif, un caractère symbolique qui dépasse la seule réunion des règles essentielles du droit civil opérée sous l'autorité du Premier Consul, et porte ainsi une vision quelque peu idyllique d'un droit moins foisonnant et moins tributaire des contingences de la vie économique et sociale. Sans doute convient-il de faire la part des choses et d'admettre que l'édiction et l'application de la règle de droit ne sauraient s'inscrire à présent dans la logique unificatrice et la cohérence de la codification napoléonienne. Celle-ci répond néanmoins à des exigences de clarté, de simplicité et d'adaptabilité qui constituent, aujourd'hui comme hier, la vertu première de la règle de droit dans une société normalement tempérée, ne serait-ce que pour recueillir l'adhésion de ceux qu'elle entend régir. Si ces exigences seules devaient subsister, à terme, du Code Napoléon, l'héritage demeurerait fécond.

Document n°4 : F. Terré et N. Molfessis, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 15^e éd., n° 163

163 Le Code civil ou le bateau de Thésée ?

On connaît la légende du bateau de Thésée. Parti combattre le Minotaure, Thésée devait laisser son bateau à Athènes. Durant son absence, les Athéniens, qui prenaient soin de son embarcation, retirèrent au fur et à mesure les planches usées pour les remplacer par des neuves. Jusqu'au point où il ne devait plus rester aucune planche d'origine. « Les philosophes, rapporta Plutarque, dans leurs disputes sur la nature des choses qui s'augmentent, citent-ils ce navire comme un exemple de doute, et soutiennent-ils, les uns qu'il reste le même, les autres qu'il ne reste pas le même. » Un ensemble dont on remplace progressivement les différents éléments reste-t-il le même ? Les experts en Code civil auront sans doute leur idée, non sans observer, au préalable, que par la grâce du travail des Athéniens, le bateau de Thésée, lui, resplendissait encore des siècles plus tard, ce qui n'est pas donné au Code civil. Deux points de vue s'opposèrent alors : les uns disaient que ce bateau était le même, les autres que l'entretien en avait fait un tout autre bateau. Du Code civil, que reste-t-il ? La question pourrait se traiter sous l'angle quantitatif, pour évaluer ce qui subsiste d'origine. Bien plus que du bateau de Thésée, assurément, car nombre d'articles ont conservé leur rédaction – un peu plus d'un cinquième (mais combien sont vivaces ?). Demeurent surtout, au tréfonds de cette universalité qui subsume les règles, l'âme et l'esprit, tout ce qui fait de ce code un lieu de mémoire¹, bien au-delà des toilettes et rénovations successives de l'édifice initial.

Reste que des siècles sont passés sans qu'une révision d'ensemble de ses dispositions, ni même l'ordonnancement de ses titres, de ses articles, ne soit entreprise. Toiletter, rénover, réformer ne sont pas nécessairement gage de pérennisation. Même la numérotation jure – bienvenue au nouvel article 16-8-1 issu de la loi bioéthique du 30 juillet 2021. Sur ces bases, on a pu récemment proposer une réforme d'ensemble du Code civil, que justifieraient des exemples étrangers, venus du Québec (1991) ou de Roumanie (2011). Le bilan du Code civil, très négatif – un code « déséquilibré, dès l'origine et qui est en train de s'affaïsser » – imposerait ainsi un nouveau code, bâti selon une nouvelle architecture générale². La proposition a pour l'heure provoqué une riposte tranchée, d'une plume trempée³, et la réplique de son auteur⁴. Attention, l'ouvrage est sacré. Classé monument historique, il mérite les égards des légistes. Il faudrait que quelques Athéniens à la plume avisée sachent lui redonner son lustre.

Document n°5 : J.-M. Sauvé, Introduction, *Les vingt-cinq ans de la relance de la codification*, Conseil d'État, 2015 (extraits).

Comme aimait à l'écrire le président Braibant, la France est une « terre d'élection de la codification », celle-ci fait partie de son « génie juridique » et de sa « conception de l'État de droit ». La codification

¹ Ce que soulignent tant Ch. Arens, « Que reste-t-il du Code Napoléon ? », que R. Cabrillac, « Que demeure-t-il du Code Napoléon aujourd'hui ? », *JSS*, mai 2021, n° 34, p. 13 s.

² B. Beignier, « Pour un nouveau Code civil », *D.* 2019. 713.

³ Th. Revet, « À propos de l'article de B. Beignier "Pour un nouveau Code civil" », *D.* 2019. 1011.

⁴ B. Beignier, Réponse à Th. Revet (« Pour un nouveau Code civil »), *D.* 2019. 1408. Aj. R. Cabrillac, « Un nouveau Code civil ? », *D.* 2019. 2149 (favorable à une recodification progressive, comme c'est le cas depuis un demi-siècle) ; C. Jamin, « Des juges sans droit civil », *D.* 2019. 1705 (qui estime que la question n'est pas là : il faut surtout réformer l'institution judiciaire).

s'inscrit en effet dans une tradition qui traverse l'Ancien régime et la Révolution, l'Empire et les Républiques, depuis les coutumiers du XV^{ème} siècle et le « code Henri III », jusqu'aux codes les plus récents, en passant par les ordonnances de Colbert et les grands codes napoléoniens. La continuité de cette tradition ne saurait masquer la variété des techniques et le renouvellement des finalités, ni l'alternance de phases d'expansion et de recul.

L'année 1989 a marqué à cet égard un point d'inflexion et le début d'une relance qui a porté ses fruits – grâce à un programme ambitieux, une méthode revisitée, une doctrine claire et une structure robuste, qui a pu compter sur l'engagement et l'expertise sans faille de ses membres et, au premier chef, de ses deux vice-présidents, Guy Braibant, puis Daniel Labetoulle. Nous pouvons donc aujourd'hui dresser un bilan de 25 années de « relance » de la codification et tracer, dans son sillage, des perspectives nouvelles.

[...]

I. 1989, année de relance de la codification

Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, avait débuté, dans le contexte de la reconstruction, une nouvelle étape de codification, appelée « systémique » ou « méthodique », afin « d'améliorer la gestion des affaires publiques, d'augmenter le rendement des services et de donner plus de cohérence à l'action des pouvoirs publics ». Cet effort de rationalisation a été porté par une commission spéciale instituée en 1948, dont les travaux, initialement fructueux, se sont progressivement essouffés, puis épuisés sous la V^{ème} République.

A. La création de la Commission supérieure de codification, par le décret du 12 septembre 1989, a entenu remédier aux difficultés et insuffisances rencontrées.

1. Ses missions et ses moyens ont en effet été consolidés, lui permettant de jouer un rôle plus actif dans l'élaboration des codes. Elle programme les travaux de codification, fixe la méthodologie, suscite, anime, coordonne et aide des groupes de travail dédiés et, enfin, adopte puis transmet au Gouvernement les projets de texte. Elle assume des tâches préparatoires, en recensant les textes en vigueur et délimitant le périmètre des futurs codes, et elle supervise et contrôle aussi l'ensemble du processus d'élaboration : elle arrête le plan détaillé que lui soumet un groupe de travail constitué au sein du et des ministères concernés et elle examine et, au besoin, amende les différentes parties des codes préparés, avant que ceux-ci ne soient soumis à une délibération interministérielle, puis transmis au Conseil d'État. La nouvelle Commission « n'est ainsi plus chargée de la « pré-codification », mais bien de la mise au point du texte de projets de code ». Pour y parvenir, elle a bénéficié d'une autorité et de moyens accrus : présidée par le Premier ministre, son vice-président est choisi parmi les présidents de section en activité ou honoraires du Conseil d'État. Elle comprend douze membres permanents, représentant les assemblées parlementaires, les plus hautes instances juridictionnelles, l'Université, les administrations et le Secrétariat général du Gouvernement – dont les services assurent par ailleurs le secrétariat. La Commission s'appuie en outre sur un rapporteur général et deux rapporteurs généraux adjoints, ainsi que sur plusieurs « rapporteurs particuliers » et des groupes d'experts pour l'élaboration des codes.

2. S'agissant de la méthode retenue, la Commission de 1989 a repris le principe adopté en 1948 d'une codification à « droit constant », c'est-à-dire sans réforme du fond du droit, pour ne pas ralentir ses travaux, mais aussi pour ne pas brouiller la répartition des rôles. La Commission l'a elle-même souligné : « ce ne sont pas les codificateurs, techniciens du droit, qui peuvent décider des réformes de fond, mais le pouvoir politique ». Ce principe, adopté de longue date, a été mis en œuvre par des voies nouvelles à compter de 1989 : à une codification dite « administrative », par la seule voie réglementaire, laissant subsister les lois d'origine en marge des codes, s'est substituée une codification « profonde », consistant à faire adopter par le Parlement les parties législatives des codes, qui remplacent, dès lors, les lois antérieures. Une telle technique a pu susciter des réserves, voire des réticences, de la part de membres du Parlement contraints d'adopter, sous forme d'articles de code, des dispositions législatives dont ils avaient pu antérieurement combattre l'adoption. Pour autant, la codification par la voie législative apparaît comme la méthode la plus féconde de clarification du droit. Elle l'est d'autant plus qu'elle ne se limite pas à des ajustements terminologiques ou formels. Comme le précise la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996, cette méthode consiste aussi à harmoniser l'état du droit – dans le sens très restrictif qu'a donné à cette « harmonisation » le Conseil constitutionnel - ; à présenter d'une manière claire, cohérente et

accessible les règles en vigueur ; à les purger et les consolider, en faisant disparaître les archaïsmes et les dispositions implicitement abrogées, mais aussi en supprimant celles qui sont contraires aux règles constitutionnelles ou conventionnelles : le codificateur doit assurer le respect de la hiérarchie des normes.

[...]

B. Depuis 25 ans, la Commission supérieure de codification œuvre ainsi « à la simplification et à la clarification du droit », remplissant efficacement les missions qui lui ont été confiées.

[...]

2. Le bilan de ces 25 années de codification apparaît, de l'avis unanime, remarquable. Sous la présidence de Guy Braibant puis, à compter de 2005, de Daniel Labetoulle, une vingtaine de nouveaux codes ont été créés, parmi lesquels figurent le code de la propriété intellectuelle (1992), le code de la consommation (1993), le code général des collectivités territoriales (1996), le code de l'environnement (2000), le code monétaire et financier (2000), le code de justice administrative (2000), le code du patrimoine, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (2004), le code général de la propriété des personnes publiques (2006), le code des transports (2010) ou encore le code de la sécurité intérieure (2012). En outre, neuf codes ont été entièrement refondus, dont le code de commerce (2000), le code rural et de la pêche maritime (2005 et 2010), le code du travail (2007), le code de l'urbanisme (2000-2015). Ainsi, environ 60% des lois et 30% des textes réglementaires en vigueur se trouvent désormais codifiés. Ces résultats n'auraient pu être obtenus sans le recours à la procédure de législation déléguée : après l'adoption du code général des collectivités territoriales, dernier code adopté par la voie parlementaire, les ordonnances sont en effet utilisées depuis 2000 pour pallier l'engorgement et, parfois, les réticences du Parlement que j'ai évoquées et, corrélativement, prévenir le risque de péremption des codes déjà préparés. Un bilan de ces 25 années montre que les ambitions fixées par la circulaire du 30 mai 1996 sont « aujourd'hui largement satisfaites ».

[...]

II. Les nouvelles perspectives de la codification

[...]

A. Le contexte actuel accroît l'importance d'un travail régulier et profond de « maintenance » des codes en vigueur.

1. Le diagnostic est bien connu : les sources du droit se sont diversifiées et complexifiées avec l'essor du droit international et la poursuite de l'intégration européenne. En outre, les pathologies anciennes de notre production normative se sont intensifiées : l'inflation, mais aussi l'instabilité des lois minent leur autorité et alimentent un climat d'insécurité juridique, contraire aux exigences de notre État de droit et à l'attractivité de notre territoire. Nous sommes ainsi entrés dans une phase inquiétante de déclin général du droit, auquel il faut remédier. La codification demeure à cet égard un outil précieux et même indispensable. S'agissant des normes de droit international, l'absence de codification n'interdit pas de les prendre en compte, en annexant ou en mentionnant leurs stipulations pertinentes dans les codes et, en tout état de cause, en veillant à leur respect par les règles de droit interne. Les directives européennes entrent quant à elles dans le champ de la codification par le biais des lois de transposition, ce qui doit être mieux anticipé – j'y reviendrai. Notre droit strictement interne présente par ailleurs des points particuliers de vulnérabilité. Il faut mentionner à cet égard la grande complexité du droit de l'outre-mer, résultant de la diversité des régimes applicables et d'une ligne de partage peu claire et souvent modifiée entre spécialité et identité législatives.

[...]

2. Dans ce contexte, les priorités de la codification ont évolué. Comme le souligne la circulaire du Premier ministre du 27 mars 2013, « les exigences d'accessibilité et d'intelligibilité du droit imposent de veiller à la bonne maintenance des codes existants, voire d'engager les travaux de refonte qu'impose l'ampleur des modifications qui ont affecté certains codes ». Cette maintenance « codistique » se manifeste par une

attention particulière portée à la simplification du droit en vigueur - objectif fixé dès 1989 à la Commission, mais qui se traduit désormais par un certain assouplissement du principe de codification à droit constant. Un champ d'investigation est ouvert pour une réforme ciblée du droit en vigueur, dès lors qu'il est possible de simplifier des matières techniques, sans modifier l'équilibre général des textes, ni remettre en cause leurs orientations fondamentales ou les choix politiques qui les sous-tendent. C'est ainsi qu'a été entreprise la rédaction du code des relations entre le public et les administrations : celui-ci vise notamment à simplifier les démarches et l'instruction des demandes du public, ainsi que les règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux « dans un objectif d'harmonisation et de sécurité juridique ». Il entreprend aussi, au titre de la consolidation du droit, de codifier des règles jurisprudentielles.

Dans cet esprit, un programme ambitieux de refonte des codes se poursuit : des avancées ont été enregistrées, comme par exemple la refonte du livre I du code de l'urbanisme, mais de nombreux chantiers restent en suspens : certains ont été suspendus, alors qu'ils étaient largement engagés – c'est le cas de la refonte du code électoral - ; d'autres ont été annoncés, mais aucune suite ne leur a été donnée ; d'autres, encore, attendent encore d'être engagés – c'est, en particulier, le cas de grands codes historiques, comme le code général des impôts et le livre des procédures fiscales, dont l'autorité politique a rappelé la nécessité de la refonte. Parallèlement aux opérations de refonte, il est important qu'une fois les parties législatives des codes codifiées, leurs parties réglementaires le soient également dans un délai raisonnable.