

Le code : une quête d'éternité ?

Analyse historique du concept de code

Leçon inaugurale donnée le 9 janvier 2004 à l'Université de Neuchâtel
par le professeur Jean-Philippe DUNAND*

I. INTRODUCTION

« Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles : Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires... Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil »¹.

Ces paroles, maintes fois citées, qu'aurait prononcées Napoléon BONAPARTE sur l'île Sainte Hélène ne manquent pas de nous interpeller. Elles reflètent certainement les angoisses d'un homme exceptionnel au crépuscule de sa vie. Elles traduisent aussi, sans doute, la volonté de tout codificateur de créer une œuvre qui s'inscrive dans la durée.

Le bicentenaire du code civil français qui sera commémoré cette année un peu partout en France, et bien au-delà, nous paraît une excellente occasion pour nous interroger sur l'histoire du code, ainsi que sur les valeurs et les critères qui contribuent à le définir.

Le code demeure l'un des instruments de travail privilégié du juriste contemporain. Au même titre que le stéthoscope et la blouse blanche du médecin, il symbolise avec la robe noire de l'avocat, de plus en plus rarement portée il est vrai, la manifestation matérielle du savoir du

* Pour respecter le caractère originellement oral de cette contribution, nous avons limité l'appareil critique à l'essentiel. La bibliographie sur les concepts de code et de codification étant pléthorique, on pourra se référer à la sélection suivante : *Le code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004 ; Denis BERTHIAU, « Un code pour l'éternité ? », in *Revue historique de droit français et étranger* 81 (2003), pp. 195-226 ; Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, 2002 ; Paolo CAPPELLINI et Bernardo SORDI (éd.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milan, 2002 [Per la storia del pensiero giuridico moderno, no 61] ; Pio CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milan, 1998 [Per la storia del pensiero giuridico moderno, no 51] ; Jean-Philippe DUNAND et Bénédicte WINIGER (éd.), *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, à paraître fin 2004 ou début 2005 ; Yves LEQUETTE et Laurent LEVENEUR (éd.), *1804-2004 Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004 ; Bruno OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, 1998 et Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967.

¹ Cf. Charles François Tristan DE MONTHOLON, *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, tome I, Paris, 1847, p. 401.

juriste, l'objet qui lui donne l'apparence de la connaissance absolue du droit. Plus significativement, le code constitue certainement encore une référence centrale dans nos ordres juridiques. La longévité des codes civils de certains Etats européens démontre avec force l'autorité et l'expérience du concept. Les projets de codification à l'échelon européen expriment quant à eux l'actualité et la permanence de son attrait.

Vieux d'au moins quatre millénaires, le concept de code est multiforme et ne correspond à aucune définition qui serait unanimement admise. On parle, par exemple, du code d'Ur-Nammu et du code de Hammourabi (ou Hammurabi) pour l'Orient ancien (Mésopotamie), de la loi ou du code de Gortyne pour la civilisation grecque, du code théodosien et du code de Justinien pour le monde romain, du code civil français et du code civil suisse pour l'époque moderne, ou encore des nouveaux code civil néerlandais et québécois pour l'époque la plus récente. Sous cette même dénomination se cachent évidemment des textes de nature très différente qui se distinguent aussi bien quant à leur lieu et date de création que par leur forme et leur contenu.

L'objectif principal de notre exposé sera de cerner de plus près le concept de code à travers son histoire européenne. Dans un premier temps, nous tracerons les grands lignes d'une histoire du code ou des codes (**deuxième partie**). Dans un second temps, nous essayerons de déterminer quelques critères qui nous paraissent immanents au concept de code (**troisième partie**).

II. BREVE HISTOIRE DES CODES

Le concept de code, compris comme un regroupement plus ou moins cohérent, systématique et complet de normes juridiques ayant un caractère obligatoire, existe depuis des temps immémoriaux. Le mot « code » (*codex*) nous vient cependant de l'époque romaine impériale (**A**). La notion de « codification » est, elle, encore beaucoup plus récente. Elle est associée au mouvement qu'a connu l'Europe à partir du XVIII^e siècle et qui a vu les divers Etats promulguer par vagues successives des codes civils nationaux (**B**). Toute entreprise codificatrice recèle à notre sens une part (plus ou moins marquée) d'innovation et de conservation. Il s'agira dès lors de relativiser la distinction, proposée en doctrine, entre les codes « classiques » ou « codes-compilations », censés ne constituer que de simples compilations de normes préexistantes, et les codes « modernes », ou « codes-innovations »,

considérés comme des instruments de transformation radicale de l'ordre juridique (C)².

A. Les origines du mot « code » (*codex*)

Le mot « code », dans sa connotation juridique, remonte à l'Antiquité romaine tardive. Il vient, en effet, du terme latin « *codex* », lui-même dérivé de « *caudex* », qui signifie le « tronc d'arbre ». Il désignait une nouvelle façon de présenter les textes. Jusqu'au II-III^e siècles, la forme la plus fréquente était celle du volume (*volumen*) : les textes étaient inscrits sur des rouleaux de papyrus, plantes des bords du Nil ressemblant aux roseaux. Il s'agissait de feuilles collées les unes aux autres et fixées à leurs extrémités sur des bâtons de bois. Pour lire le texte, il fallait dérouler le texte d'un côté et le rouler de l'autre.

Le terme même de *codex* existait déjà depuis longtemps et désignait un ensemble de tablettes de bois reliées entre elles par une ficelle, en particulier les tablettes publiques portant des documents à caractère financier. Mais dans le courant du III^e siècle, le *codex* désigna une forme nouvelle des écrits qui se généralisait dans l'empire romain et qui consistait en une réunion de feuilles distinctes, élaborées avec des peaux de mouton (parchemins), superposées et reliées ensemble par un côté, ce qui leur donnait l'aspect extérieur d'un livre actuel.

Très vite, les juristes s'y rallièrent au point que le mot « code » devint par excellence un terme de droit. C'est ainsi qu'en l'an 291, en Orient, un certain Gregorius, peut-être professeur de droit à l'école de Beyrouth, rassembla sous cette présentation diverses constitutions impériales. Ce fut le premier code juridique, le *Codex Gregorianus*. Il s'agissait d'une œuvre privée sans valeur officielle. Ce code ne nous est pas parvenu mais on a pu le reconstituer à l'aide d'autres sources dans lesquelles il était cité. Ce *codex* fut l'un des nombreux recueils de textes juridiques élaborés au Bas Empire pour tenter de résorber le désordre provoqué par la production législative débordante des empereurs en la disciplinant et en l'ordonnant.

² La distinction entre « codification-compilation » et « codification-innovation » a été proposée par le professeur SOURIOUX pour rendre compte du phénomène de la codification en droit français actuel (cf. Jean-Louis SOURIOUX, « Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle. Le droit français », in *Revue internationale de droit comparé*, 1989 [no spécial consacré aux Journées de la Société de législation comparée 1988], pp. 145-158). La distinction entre « code classique » et « code moderne » est elle empruntée à ZENATI (cf. Frédéric ZENATI, « Les notions de code et de codification », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, 1998, pp. 217-253).

Encore employé au VI^e siècle sous Justinien (cf. *Codex Iustinianus*), le terme de *codex* a ensuite disparu de la langue juridique pendant près d'un millénaire. Il ne réapparut, timidement, qu'au cours du XVI^e siècle, au bénéfice d'un regain d'influence de la culture antique et de la découverte de l'imprimerie. Mais il faudra attendre l'essor et la généralisation du processus de codification en Europe à partir du XVIII^e siècle, pour que le terme se diffuse un peu partout.

B. Le processus de codification en Europe (XVIII^e-XX^e siècles)

Si l'Antiquité romaine a inventé le terme de « code », celui de « codification » est né en Angleterre au XIX^e siècle, très vraisemblablement sous la plume du grand philosophe anglais Jeremy BENTHAM. Dans des acceptions générales, il désigne l'action de codifier et le résultat de cette action. Dans un sens plus historique et dogmatique, il exprime le vaste processus qui s'est développé en Europe à partir de la moitié du XVIII^e siècle et qui a vu la plupart des Etats en cours de formation ou de consolidation élaborer leur code civil, souvent en s'inspirant de codifications qu'ils prirent comme modèle, que cela soit le code civil français de 1804, le code civil allemand de 1896 ou le code civil suisse de 1907. Il est intéressant de rappeler ici les facteurs qui ont favorisé ce processus (1), sans oublier pour autant que celui-ci a également connu des oppositions et des résistances (2).

1. Les facteurs de promotion

Divers facteurs convergents ont favorisé le processus de codification dans la plupart des Etats européens.

a) facteurs scientifiques et intellectuels

C'est au cours du XVIII^e siècle que va naître une véritable idéologie de la codification grâce aux efforts conjugués de l'école moderne du droit naturel et du mouvement des Lumières.

On sait que les jusnaturalistes (Hugo GROTIUS, Samuel PUFENDORF) recherchaient les fondements du droit dans l'observation et la critique de la nature humaine. Ils élaborèrent un droit rationnel fondé sur une méthode logique et systématique qui devait permettre d'établir des concepts généraux et d'en déduire des conséquences toujours plus

concrètes. Des travaux de rationalisation et de systématisation du droit en découlèrent (Jean DOMAT, Christian WOLFF). Cette approche logique et rationaliste ne pouvait que favoriser l'opération de regroupement et d'élaboration des règles de droit que constitue une codification. Elle préfigurait aussi la rédaction de règles structurées selon un plan systématique et mises en formules brèves.

L'idée de la codification trouva un appui de choix chez les juristes philosophes de la pensée des Lumières (Thomas HOBBS, MONTESQUIEU, Jean-Jacques ROUSSEAU). Par leur critique de l'Ancien régime et leur souci de voir réaliser un droit nouveau, constituant un système sûr et clair au profit du bonheur des hommes, ces derniers firent de la loi, expression de la volonté générale, le principal instrument de lutte contre l'absolutisme des monarques, la prolifération de sources coutumières et l'arbitraire des magistrats. Le code, en tant que manifestation la plus parfaite de la loi, acquit alors une dimension mythique.

Il faudra cependant attendre les travaux de BENTHAM pour voir se développer une véritable théorie de la codification (cf., par exemple, les *Principles of Morals and Legislation*, 1789). Le code sera alors compris comme l'ensemble du droit, ou une de ses branches importantes, envisagé dans sa totalité, dont chacun puisse apprendre et savoir quels sont ses droits et ses obligations.

b) facteurs politiques et socio-économiques

Le mouvement de codification n'aurait pas été aussi général s'il n'avait pas été soutenu par de puissants courants politiques et socio-économiques. Il s'inscrivait dans le cadre d'une évolution générale depuis le Moyen Age qui avait vu l'autorité universelle du pape et de l'empereur être remplacée par la souveraineté d'Etats nationaux, petits et grands. Certains souverains comprirent que la codification était un moyen efficace pour favoriser une politique d'unification nationale leur permettant d'accroître leur indépendance politique et leurs pouvoirs sur leurs sujets. L'adoption d'un code était aussi de nature à leur assurer la prééminence dans la création des sources du droit et un contrôle efficace de l'évolution juridique.

La philosophie des codes répondait également aux exigences de la bourgeoisie montante et entreprenante qui désirait que soient réduites les entraves au commerce. En effet, diverses valeurs associées aux

codes modernes assuraient très largement les libertés de contracter et d'entreprendre : élimination des restrictions et des discriminations héritées du régime féodal, reconnaissance de la pleine capacité juridique, de l'égalité formelle et de la responsabilité des individus.

2. Les facteurs d'opposition

Parmi divers facteurs d'opposition à la codification, on peut citer les motifs de politique nationale qui ont existé en Angleterre, ainsi que les raisons dogmatiques qui ont été avancées en Allemagne.

a) un ordre juridique sans code : le cas de l'Angleterre

Les codes sont devenus une source caractéristique des ordres juridiques des divers Etats européens, à l'exception notable de l'Angleterre.

Effrayées par le spectre de la Révolution française, les forces conservatrices de la société s'étaient opposées à toute codification à laquelle elles associaient des valeurs de transformation radicale de la société. En outre, l'Angleterre n'avait pas besoin du code, comme vecteur d'unité nationale, dans la mesure où les particularismes locaux y étaient presque inconnus et où le *common law* constituait le droit national le plus ancien d'Europe.

On peut encore souligner que, jusqu'à présent, l'Angleterre s'est tenue à l'écart du mouvement de codification à l'exception de compilations limitées à des sujets précis de lois existantes, comme par exemple le « code de la vente » de 1893. Elle reste en effet attachée, d'une part, à un droit coutumier qui n'a jamais été mis par écrit et qui résulte de la connaissance de milliers de précédents judiciaires, et d'autre part, à un fonds énorme de lois dont certaines datent du Moyen Age.

b) l'opposition célèbre de F. K. VON SAVIGNY (1779-1861)

Le grand juriste allemand F. K. VON SAVIGNY fut un adversaire acharné et écouté de la codification (cf. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814). Il parvint d'ailleurs à retarder l'adoption d'un code civil allemand qui n'interviendra qu'en 1896.

La critique de SAVIGNY prit deux formes principales. Premièrement, le célèbre juriste allemand considérait le droit comme une émanation de la communauté, l'expression organique et naturelle de la vie des peuples. Or, l'adoption d'un code par l'Etat revenait à interrompre ce processus de formation spontanée du droit. Elle impliquait en outre une difficulté insurmontable : si l'on ne modifiait pas le code, il deviendrait vite déconnecté des réalités sociales. En revanche, si on le modifiait constamment pour l'adapter à la vie du peuple qu'il régissait, il en perdrait sa structure et sa cohésion.

De la seconde critique, on comprendra que SAVIGNY n'était pas opposé à toute idée de codification, mais qu'il pensait à tout le moins que le moment n'était pas encore propice en Allemagne. Selon lui, le droit s'était compliqué avec le temps et il revenait finalement aux juristes, en qualité de représentants du peuple, de le faire évoluer. Or, SAVIGNY estimait que la science juridique de son pays n'était pas encore assez mature pour procéder à l'élaboration d'un code civil.

C. La distinction entre les « codes-compilations » et les « codes-innovation »

Le processus de codification dont nous avons parlé a eu lieu aux XVIII-XX^e siècles. Comment qualifier alors les nombreux recueils de lois antérieurs qui ont été édifiés à travers les siècles ?

On peut se référer ici à la distinction déjà évoquée entre « codes-compilations » et « codes-innovations ». Le concept « classique » de code, ou « code-compilation », désigne le document dans lequel le législateur se limite à assembler et à remettre en ordre des textes juridiques existants. Il s'agit surtout de rassembler, en l'organisant d'une manière plus ou moins systématique, une législation, des textes ou des règles déjà connues (exemples : *loi des XII Tables*, *Code* et *Digeste* de JUSTINIEN). A l'inverse, le concept « moderne » de code, ou « code-innovation », issu du vaste processus de codification européen dont nous avons parlé, désigne l'ensemble ordonné de normes obligatoires que le codificateur écrit en bloc d'une manière systématique dans l'intention de créer un droit nouveau (exemples : code civil français, code civil suisse).

Quels que soient leurs mérites, ces distinctions sont cependant trop réductrices. Les codes dits « classiques » ont certainement comme vocation première la mise par écrit ou l'assemblage de normes déjà

existantes. Ils possèdent donc une forte valeur de conservation du droit. Mais leur fonction ne se restreint de loin pas à cela. L'adoption d'un code marque à la fois la fin d'une époque et le début d'une ère nouvelle. Elle produit inévitablement une modification profonde de l'ordre juridique en cause de par la redéfinition du rôle des sources de droit qui le composent.

Une œuvre de codification ne se limite jamais, fût-elle une compilation, en une simple juxtaposition de textes anciens. Elle implique nécessairement une fonction de re-formulation du droit. Qu'il s'agisse de la mise par écrit de règles coutumières ou de la compilation de textes existants, la part créative est très importante. Le simple fait d'isoler une règle de son contexte initial, de la mettre en relation avec d'autres règles dans un certain ordre modifie le sens du droit. Il n'est de même pas innocent de retenir certains textes au détriment d'autres. Sans compter que les sources compilées sont le plus souvent adaptées, que cela soit par la suppression de normes dépassées, l'harmonisation des contradictions entre textes ou encore par l'ajout de normes nouvelles.

Inversement, les codes dit « modernes » s'inscrivent certainement dans une volonté de réformer le droit existant. Il ne faut toutefois pas exagérer leur caractère novateur. Même les codes qui veulent rompre avec le passé s'en inspirent et s'inscrivent dans sa continuité. Ils apportent peu d'innovations dans les règles substantielles. En réalité, les grands codes nationaux recèlent tous des siècles d'histoire. Ils sont le plus souvent fortement marqués par l'expérience du droit romain, ainsi que par les traditions nationales ancrées dans l'ancien droit.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que si les autorités politiques considèrent généralement la codification comme un instrument de puissance et d'autorité, elles savent dans le même temps que la rédaction d'un code doit être l'affaire de juristes savants. Autrement dit, si les souverains ont une part prépondérante sur le processus législatif, s'ils souhaitent aussi parfois influencer sur le contenu du code, ils acceptent d'en déléguer très largement la rédaction. Et ils choisissent pour cela des juristes de grande érudition et d'expérience, qui se réfèrent de manière prépondérante aux sources historiques et aux travaux scientifiques des grands jurisconsultes.

III. ANALYSE DES CRITERES

A priori multiforme, le concept de code peut cependant être réduit à quelques caractéristiques. Tout d'abord, nous venons de le voir, tout code comporte une part d'innovation et une part de conservation. Par ailleurs, on peut essayer de dégager d'autres critères qui sont sans doute à la base, de manière consciente ou non, de tout volonté codificatrice : du point de vue du juriste, le code est une œuvre en tout ou partie exhaustive (**A**) qui garantit une certaine sécurité de l'ordre juridique (**B**), en particulier en ce qu'il confère aux citoyens une meilleure accessibilité au droit (**C**). Du point de vue du souverain ou du législateur qui l'initie et/ou l'adopte, l'acte de codification correspond à un acte d'autorité (**D**) et de recherche de stabilité et de permanence (**E**).

A. Exhaustivité

L'un des caractères d'un code est son exhaustivité. En principe, il a vocation à réunir la totalité du droit applicable, soit à l'ensemble du champ juridique (un seul code pour un seul droit), soit à une branche du droit (un code pour le droit civil, un code pour le droit pénal, etc.). Tout doit être dans le code et rien que dans le code. Ce caractère de complétude est essentiel : il marque la vocation du code à être le centre et le régulateur de l'ordre juridique. Il manifeste aussi la spécificité du code qui, d'un point de vue formel, n'est rien d'autre qu'une loi ordinaire.

Si le code ne contient pas une norme pour chaque litige présent ou futur, il permet en tous les cas, en tant qu'édifice central de l'ordre juridique, de trouver une solution à tous ces litiges par renvoi à des sources ou principes de droit subsidiaires, externes au code.

De cet idéal de complétude peut cependant dériver un sens plus extrême : le code exhaustif est le code qui ne comporte pas de lacune ; il devient l'unique source du droit. On trouve cette idée chez BENTHAM qui défendit toute sa vie, sans succès, le principe d'une codification pour son pays. Dans la droite ligne de la théorie utilitariste le code était un instrument essentiel pour apporter le plus grand bonheur possible au plus grand nombre de personnes. Il pouvait et devait être complet, c'est-à-dire unifier toutes les normes. Tout ce qui n'était pas dans le code n'était pas loi et était éliminé du champ du droit. En cas de lacune, le juge ne pouvait interpréter la loi, il devait se référer au législateur. Pour exprimer l'exclusivité et l'exhaustivité du code, BENTHAM créa même un nouveau terme, *Pannomion*, corps de lois intégral, qu'il concevait

comme un code général, contenant les dispositions juridiques d'application générale, complété par divers codes particuliers, groupant les normes ne s'appliquant qu'à un groupe déterminé d'individus. Il alla jusqu'à rédiger, en 1811, un projet de *Pannomion*, code complet destiné à regrouper absolument toutes les règles juridiques.

On mentionnera ici deux codes qui ont été conçus selon une optique très différente de l'exhaustivité, le code prussien, concrétisation la plus achevée du modèle de corps intégral de droit, d'une part (1), et le code civil suisse, qui régleme l'ensemble des domaines traditionnels du droit civil tout en laissant une large place à des sources complémentaires, d'autre part (2).

1. Le code prussien de 1794

Promulgué par FRÉDÉRIC GUILLAUME II, le code prussien (*Preussisches Allgemeines Landrecht*, ALR), fut le fruit de plusieurs projets de codification du droit des Etats prussiens. Malgré ses nombreux défauts, il resta en vigueur dans le royaume de Prusse jusqu'à l'entrée en vigueur du code civil allemand le 1^{er} janvier 1900. Selon sa conception d'origine, il n'avait qu'une valeur supplétive par rapport aux droits particuliers des provinces et des villes. Il finit cependant par s'imposer comme la source de droit principale, sinon exclusive de l'Etat prussien.

Le code était composé de pas moins de dix-neuf mille paragraphes, répartis en deux parties, précédées d'une introduction. L'introduction contenait un certain nombre de principes généraux, dont la nécessité de faire prévaloir le bien commun sur le bien individuel. La première partie traitait des matières de droit privé qui concernaient l'homme en tant qu'individu : sujets de droit, obligations, droits réels, successions, mais aussi du droit de l'expropriation. La seconde partie envisageait l'individu en tant que membre de groupes et organisait les rapports des différents groupes et ordres de la société. Composite, elle traitait du droit de la famille, des divers ordres de la société, de l'organisation de l'Etat, du clergé, de l'armée et de la justice pénale, etc. Ne furent en revanche pas codifiés le droit administratif, le droit militaire et la procédure. Le code fut rédigé en allemand car on le voulait accessible à tous.

Extraordinairement détaillé et se perdant dans une casuistique pléthorique, ce code avait comme prétention de préciser les devoirs de l'homme jusqu'aux moindres détails de sa vie privée dans l'espoir de régler tous les cas possibles. On y trouvait, par exemple, des

dispositions qui réglementaient le devoir de la mère d'allaiter selon un horaire fixé par le père (!) :

ALR, partie II, titre 2, section 2, §§ 67 et 68 :

« Eine gesunde Mutter ist ihr Kind selbst zu säugen verpflichtet » (§ 67).
« Wie lange sie aber dem Kinde die Brust reichen soll, hängt von der Bestimmung des Vaters ab » (§ 68).

Le code était censé être aussi complet que clair. Lorsqu'il s'appliquait, à titre de droit supplétif, il constituait un code autonome et exclusif qui tendait à éliminer toute autre source de droit, quelle soit de nature jurisprudentielle ou doctrinale. Les codificateurs avaient en particulier une extrême méfiance envers les juges. Ainsi, dans la version promulguée en 1794, le juge devait, en cas de doute, demander les éclaircissements nécessaires auprès d'une commission législative ministérielle (système du référé législatif) : « Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er, ohne die prozessführenden Parteyen zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen » (ALR, Introduction, § 47). On peut rappeler ici que l'empereur JUSTINIEN avait émis des directives identiques en ce qui concerne le *Digeste* : interdiction de tous commentaires ou traductions et recours à l'empereur en cas de lacunes du texte (cf. *Constitutio Tanta*, §§ 19ss).

2. Le refus du code intégral : l'exemple du code civil suisse de 1907

L'idée d'un code totalement intégral et exhaustif ne trouva pas de concrétisation effective. D'une part, de nombreuses normes du code prussien ne furent jamais appliquées. D'autre part, les rédacteurs des autres codes européens eurent une conception beaucoup plus raisonnable de l'exhaustivité. Nous évoquerons l'exemple suisse.

Adopté par le parlement suisse en 1907, à l'unanimité des membres présents, le code civil helvétique aura bientôt cent ans. Il constitue à certains égards l'antithèse de l'ALR. Composé de moins de mille articles couvrant l'ensemble du droit privé à l'exception du droit des obligations et du droit commercial, qui font l'objet du code suisse des obligations, le code civil suisse fait preuve d'une grande sobriété. Le législateur n'a pas eu la prétention de vouloir régler tous les cas d'espèce. Il s'est souvent contenté de règles et principes généraux, laissant au juge le pouvoir d'interpréter la loi et de trouver des solutions concrètes.

Cette approche est parfaitement motivée par le professeur Eugen HUBER, le génial rédacteur de l'avant-projet qui, dans son *Exposé des motifs*, paraît répondre directement à la vision benthamienne du code : « Le caractère absolu de la souveraineté législative ne signifie pas l'absorption de toute la puissance législative, et, au surplus, un travail de codification n'embrasse jamais le droit tout entier, de telle sorte qu'aucun autre droit ne pourrait se constituer. Nous le voyons déjà par les lois spéciales. Un travail de codification est complet en ce sens seulement, qu'il peut s'étendre à tout le droit écrit mais non en ce qu'il exclurait tout autre droit. Lorsqu'on prétend, en s'autorisant de théories surannées, que la codification crée un droit intégral et renferme, selon sa lettre et son esprit, les dispositions nécessaires pour tous les cas, on confond la codification avec le droit en général. Selon nous, le droit est une entité : aucun juge ne peut refuser de juger sous le prétexte qu'il existe une lacune dans le droit. Mais la codification peut fort bien présenter des lacunes, elle en accuse même ordinairement de nombreuses ; et comment ne pas reconnaître alors, qu'à côté de la codification, il puisse et doive même y avoir d'autres sources de droit appelées à suppléer le droit codifié ? »³.

De fait, le code civil suisse permet la prise en compte d'autres sources du droit, comme la coutume ou la jurisprudence et se caractérise par un large pouvoir d'appréciation conféré au juge (cf. articles 1 à 4 du code civil suisse).

Aujourd'hui, quelle que soit la conception que l'on peut partager de la place du code dans l'ordre juridique, on doit reconnaître que son caractère exhaustif tend à se réduire sous l'influence conjointe de divers facteurs qui ont été étudiés par la doctrine sous le terme de « dé-codification ».

B. Sécurité de l'ordre juridique

La dispersion et la fragmentation des sources du droit sont des problèmes majeurs contre lesquels oeuvrent les codificateurs. En effet, toute codification apparaît à l'origine comme la réponse technique à un besoin de sécurité qui provient d'une crise des sources du droit. L'impossibilité d'accéder aux règles, donc de les prouver, ou alors la multiplication de textes, voire un mélange hétéroclite de normes de nature différente suscite nécessairement une insécurité juridique, quel

³ Eugen HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, Berne, 1902, p. 30.

que soit le lieu ou l'époque. Elle est un facteur de la multiplicité et de la longueur des litiges, ainsi que de la perte de temps et d'argent qui en sont les corollaires.

Dès l'Antiquité, le recours à la codification s'est imposé dans le but de remédier à la dispersion et à l'émiettement des sources du droit. Le code a simplifié la pratique juridique : on sait où trouver le droit, car le code comporte l'ensemble du droit. La loi l'emporte sur la doctrine et la jurisprudence. En ce sens, l'idéal de complétude présuppose une réduction ou une redéfinition du rôle des juges et de la doctrine. La codification est un instrument de sécurité parce qu'on n'a plus d'inquiétude de se demander toujours si on n'a pas oublié un texte en vigueur. De plus, le droit codifié n'a pas à être prouvé, comme une coutume, il s'impose par lui-même.

Ce besoin de sécurité juridique résulte aussi de facteurs plus généraux. La rédaction d'un code répond très souvent aux exigences d'une société en mutation qui cherche à se donner des règles stables. Les mutations peuvent provenir d'une crise politique et sociale majeures (exemples : loi des XII Tables pour mettre fin aux conflits entre patriciens et plébéiens ; code civil français pour mettre un terme aux incertitudes de la Révolution, réconcilier les Français et rétablir la paix civile).

Mais les mutations peuvent aussi résulter d'autres phénomènes, comme d'un contexte d'essor économique freiné par l'inadéquation des sources du droit qu'il s'agit dès lors de réformer et d'unifier (exemple : code civil suisse pour répondre à l'homogénéisation de l'espace économique suisse par une unification du droit privé suisse en lieu et place des droits cantonaux très disparates).

C. Accessibilité du droit

Dans l'histoire, le droit a fréquemment été formulé en des termes techniques et obscurs, parfois même dans un latin qui n'était compréhensible que pour les spécialistes. Afin de le rendre plus accessible, les codificateurs ont souvent cherché à le formuler dans des règles claires et concises, voire dans un langage simple, compréhensible également aux non-juristes. Cette idée d'un code lisible de tous était l'un des points forts du siècle des Lumières : le code devait être « simple comme la nature ».

Le critère de l'accessibilité tenait particulièrement à cœur de Eugen HUBER :

« La loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire. Les commandements du législateur doivent, dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligibles pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, de se familiariser avec le droit. Les règles établies doivent avoir un sens même pour le profane, ce qui n'empêchera pas le spécialiste de leur découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond que le profane. C'est là ce qu'on entend par les mots législation populaire »⁴.

Dans l'avant-projet, HUBER livra d'ailleurs une véritable méthode relative à la technique de rédaction, dont les divers éléments devaient concourir à une lecture et à une compréhension aisées de la loi⁵. Premièrement, la loi devait être brève. Elle devait ainsi comporter peu de dispositions légales et les articles devaient être courts. Deuxièmement, il fallait éviter de recourir aux formules abstraites ou notions synthétiques et choisir, au contraire, des expressions simples et claires, des mots courants et usuels. Troisièmement, les mêmes notions devaient généralement être exprimées dans les mêmes termes. Quatrièmement, la recherche et l'identification des articles devaient être aisées. Ainsi, les dispositions légales furent assorties de notes marginales qui manifestaient la systématique de la loi et permettaient une utilisation plus facile. Par ailleurs, la numérotation des titres était continue car elle ne recommençait pas avec chaque livre. Cinquièmement, tous les articles devaient être compris isolément ce qui impliquait d'utiliser le moins possible de renvois entre dispositions ou entre diverses parties du code. Sixièmement, enfin, la logique de l'ordre des dispositions devait en principe être toujours la même : les règles générales en premier, puis les prescriptions concernant la constitution et l'extinction d'un rapport de droit, et enfin celles qui régissent les effets.

Le code civil suisse est sans doute un modèle d'accessibilité et de simplicité. Mais tous les codes ne bénéficient de loin pas de ces caractéristiques. Le postulat d'accessibilité est souvent plus un mythe qu'une réalité. Le droit est une science qui exige l'emploi de termes précis et techniques non accessibles au profane.

⁴ HUBER (n. 3), pp. 10-11.

⁵ Cf. HUBER (n. 3), pp. 12-15.

D. Acte de souveraineté

Pour les souverains, la codification est un exercice de puissance et d'indépendance, une expression de leur pouvoir. Source de prestige personnel, le code permet en effet de marquer son emprise sur ses sujets, ses citoyens ou ses ennemis. En particulier, les codifications édictées par les Etats-nations ont été de formidables instruments d'unité nationale et d'unification du droit. Le code a amené l'unité du droit à l'échelle d'un Etat, d'un royaume, ou d'un empire.

Dès lors que le code devient la source centrale et prépondérante de l'ordre juridique, la codification confère au souverain un instrument très efficace lui permettant d'écarter des sources de droit sur lesquelles il a peu ou pas d'emprise et de mieux contrôler l'évolution du droit.

Tributaire d'une forte volonté politique, l'entreprise codificatrice a souvent été menée par des souverains d'exception. L'édification d'un code de lois est pour eux une action prioritaire. Elle marque dans leur esprit leur puissance tout autant que les victoires militaires. Le code a vocation à pérenniser leur œuvre conquérante. On trouve d'ailleurs dans les sources historiques plusieurs cas dans lesquels est exprimée l'idée qu'à la force des armes doit succéder la force du droit, par l'intermédiaire d'un code. Nous donnerons trois exemples, le *pactus legis salicae* du roi CLOVIS (1), les *Institutes* de l'empereur JUSTINIEN (2), et enfin le code civil français (3).

1. Le pacte des Francs saliens (511)

On sait que CLOVIS, roi des Francs saliens, petit-fils de Mérovée a conquis avec ses armées une grande partie de la Gaule, préfiguration de la France. En 507, eût lieu la victoire décisive de Vouillé lors de laquelle il vainquit les Wisigoths qui se replièrent dans les Pyrénées. Quatre ans plus tard fut rédigée à son initiative la première version de la loi salique, qui consistait pour l'essentiel en un code pénal fondé sur le principe des compositions pécuniaires. Il est intéressant de citer dans ce contexte un extrait du préambule du pacte des Francs saliens :

« Il a plus aux Francs et il a été convenu entre eux que, pour favoriser au sein du peuple le maintien de la paix, il fallait couper court à l'enchaînement sans fin des bagarres. Et de même qu'ils l'avaient emporté, d'un bras puissant, sur les autres peuples installés à leurs côtés [soit sur les Wisigoths], de même ils ont voulu être les meilleurs

par l'autorité de la loi, afin que selon la nature des affaires toute action criminelle trouve une solution [juste]. Ils ont donc choisi parmi eux quatre hommes, parmi beaucoup d'autres, nommés Visogast, Arogast, Salegast et Windogast qui, réunis pendant trois sessions judiciaires pour examiner avec soin les faits générateurs de tous les conflits [possibles], ont décidé de chaque litige... »⁶.

2. Les Institutes de Justinien (533)

JUSTINIEN, empereur de l'empire romain d'orient entre 527 et 565 rêvait de reconstituer l'empire romain dans son antique splendeur et d'en restaurer l'unité aussi bien sur le plan territorial que sur le plan juridique. Très vite il entreprit de reconquérir l'Occident aux mains des peuples germaniques. Grâce aux efforts de ses généraux, il finit par reprendre l'Afrique du Nord aux Vandales et rétablit l'autorité impériale sur le royaume ostrogoth en Italie. Mais déjà en 528 il initia l'immense chantier de restauration juridique. Nous citerons ici un extrait de la préface de ses *Institutes*, promulgués en 533 :

« Au nom de Notre Seigneur Jésus-Christ. L'Empereur César Flavius Justinien, vainqueur des Alamans, des Goths, des Francs, des Germains,..., des Africains, pieux, heureux, célèbre, victorieux et triomphateur toujours auguste, à la jeunesse avide d'étudier les lois salut.

La Majesté impériale ne doit pas seulement être illustrée par les armes, il faut encore qu'elle soit redoutable par l'autorité des lois : ceci afin que l'Etat soit correctement gouverné à la fois en temps de paix et en temps de guerre ; que le Prince non seulement soit victorieux de ses ennemis dans les batailles mais aussi qu'il réprime les iniquités des calomnieurs par la sagesse de ses lois ; et qu'il se rende aussi recommandable par le droit que magnifique par ses victoires.

§ 1. C'est à force de veilles et avec le secours de Dieu et de la divine Providence, que nous avons parcouru ce double chemin. Les nations barbares, ramenées sous notre joug, connaissent désormais la force de nos armes ; l'Afrique, comme de nombreuses autres provinces perdues, ont été ramenées par nos victoires sous notre domination. Ainsi tous les peuples se trouvent-ils soumis aussi bien aux lois que nous avons

⁶ Selon la version donnée par Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, p. 125.

promulguées qu'à celles que nous avons mis en ordre » (*Constitutio Imperatoriam Majestatem*)⁷.

3. Le code civil français (1804)

Napoléon BONAPARTE, alors premier consul, a très vite compris que l'élaboration d'un code civil serait une clé qui renforcerait son pouvoir en complétant ses exploits militaires. C'est ainsi que peu de temps après ses campagnes victorieuses en Italie contre les Autrichiens (victoire de Marengo en juin 1800), il désigna le 12 août 1800 une commission de quatre juristes, chargée de préparer un projet.

Dans l'exposé des motifs du code civil présenté en janvier 1804 devant le Corps législatif, PORTALIS, le plus éminent des membres de la commission, mit lui aussi en relation force militaire et force du droit dans un contexte de guerre avec l'Angleterre qui avait rompu le traité de paix d'Amiens :

« En assurant par de bonnes lois notre prospérité dans l'intérieur, nous aurons encore accru notre gloire et notre puissance au dehors. L'histoire moderne ne présente aucun exemple pareil à celui que nous donnons au monde. Le courage de nos armées a étonné l'Europe par des victoires multipliées, et il s'apprête à nous venger de la perfidie d'un ennemi, qui ne respecte point la foi des traités, et qui ne place sa confiance et sa force que dans le crime. C'est alors que la sagesse du gouvernement, calme comme si elle n'était pas distraite par d'autres objets, jette les fondements de cette autre puissance, qui captive peut-être plus sûrement le respect des nations : je veux parler de la puissance qui s'établit par les bonnes institutions et par les bonnes lois »⁸.

⁷ « Imperator Caesar Flavius Justinianus, Alamanicus, Gothicus, Francicus, Germanicus... Africanus, pius, felix, inclutus, victor ac triumphator semper augustus, cupidae legum juventuti. Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam : ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, recte possit gubernari ; et princeps Romanus non solum in hostilibus praeliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat : et fiat tam iuris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator magnificus. §1 Quorum utramque viam cum summis vigiliis, summaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem suderes nostros Barbarica gentes sub juga nostra redactae conoscunt : et tam Africa, quam aliae innumerae provinciae, post tanta temporum spatia, nostris victoriis a coelesti numine praestitis, iterum ditioni Romanae, nostroque additae imperio protestantur. Omnes vero populi legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis, reguntur ».

⁸ Jean Etienne Marie PORTALIS, « Présentation et exposé des motifs devant le Corps législatif », in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome I, Osnabrück, 1968 [réimpression de l'édition de 1827], p. CIII.

E. Stabilité et permanence

On trouve souvent dans l'esprit des législateurs une volonté de défier le temps. L'œuvre codificatrice s'inscrit manifestement dans la durée. Une bonne codification est une codification qui dure : « Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles, ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes » disait PORTALIS⁹. C'est d'ailleurs une des critiques qu'opposa l'un des plus illustres opposant à la codification, SAVIGNY : la codification du droit allemand aurait eu selon lui pour effet d'immobiliser, de scléroser le droit.

Derrière cette affirmation de créer une oeuvre stable se cache peut-être une volonté plus profonde, plus essentielle, celle de l'éternité. Comme le relevait un éminent collègue français : « Obligatoire par principe, le Code condamne le passé et vise l'avenir, sinon l'éternité. Toujours optimistes ou empris d'illusion, les législateurs ont les yeux tournés vers le ciel »¹⁰.

Nous prendrons trois exemples de codification qui consacrent selon des modalités très diverses une part d'éternité, le code de HAMMOURABI (1), la compilation de JUSTINIEN (2) et le code civil français (3).

1. Le code de Hammourabi (-1750)

Elaboré vers -1750 par le roi de l'antique Mésopotamie, HAMMOURABI (ou Hammurabi), le code de HAMMOURABI se compose d'un prologue, dans lequel le roi se présente, d'un corps central qui comprend une série de normes promulguées par HAMMOURABI et ses prédécesseurs, mais aussi des règles coutumières, et enfin d'un épilogue. Consistant en un peu moins de trois cents brèves prescriptions, il ordonne la vie familiale, assure la paix et punit ceux qui la trouble. Dans l'épilogue, dont nous citons un extrait, le roi interdit à ses successeurs de modifier le contenu du code, protège les rois qui respecteront ses prescriptions et lance une série de malédictions sur toute personne qui ne les suivrait pas :

« Je suis le roi qui a été rendu prépondérant parmi les rois. Mes paroles sont d'élite, ma puissance n'a pas de rival. Sur l'injonction de Samas

⁹ Jean Etienne Marie PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome premier, Osnabrück, 1968 [réimpression de l'édition de 1827], p. 481.

¹⁰ Michel HUMBERT, « Les XII Tables, une codification ? », in *Droits* 27 (1998), p. 88.

[Dieu-Soleil, maître de la justice], le grand juge des cieux et de la terre, puisse mon droit se manifester dans le Pays, à l'ordonnance de Marduk [Dieu national de Babylone] mon seigneur puissent mes desseins ne pas avoir d'opposant, puisse mon nom, dans l'Esagil [temple du dieu Marduk à Babylone] que j'aime, être éternellement prononcé avec vénération... Que dans la suite des jours, à jamais, tout roi qui paraîtra dans le Pays, observe les décrets du droit que j'ai écrit sur ma stèle ; qu'il ne change pas la loi du Pays que j'ai promulguée, les sentences du pays que j'ai rendues ; qu'il ne contrarie par mes desseins ! »¹¹.

La volonté d'éternité est ici exprimée de manière absolue et fait partie intégrante du code. Bien sûr, le code de Hammourabi n'est plus en vigueur depuis longtemps. La conservation au Musée du Louvre à Paris de la stèle qui en contient le texte le plus complet a toutefois contribué à populariser l'œuvre, à tel point que l'on peut se demander si le code n'a pas acquis une véritable parcelle d'éternité, au moins dans l'imaginaire des gens. Il représente en effet le code dont le nom est le mieux connu de ces textes très anciens qui nous proviennent du Moyen Orient. Cela démontre aussi la force symbolique du concept de code.

2. La compilation de Justinien (VI^e siècle)

La compilation promulguée par l'empereur Justinien a connu un sors exceptionnel. On pourrait parler du « fabuleux destin de la compilation de Justinien » ! Très généralement oubliée en Occident dès le VI^e siècle, elle va être redécouverte à partir du XII^e siècle et devenir le fondement sur lequel s'est bâti progressivement le droit privé européen. On peut donc considérer qu'elle a acquis un statut éternel par la pénétration de ses règles dans les divers ordres juridiques européens et même extra-européens.

3. Le code civil français (1804)

On aura en tête ici les réflexions de Napoléon que nous avons rappelées en guise d'introduction à notre exposé.

Divers éléments paraissent attester que le vœu du principal artisan du code civil français est en voie d'être exaucé. Tout d'abord, le bicentenaire du code est certainement un excellent présage : le code a

¹¹ Cf. André FINET, *Le code de Hammurabi*, Paris, 2002, pp. 143-144.

un âge respectable qu'aucun être humain n'a encore jamais atteint. Certes, le code civil français a fait l'objet de nombreuses révisions partielles. Il faut mentionner en premier lieu la révision quasi intégrale du premier livre consacré au droit des personnes et de la famille effectuée entre 1964 et 1975, titre par titre. D'autres modifications d'ampleur plus restreinte ont eu lieu par la suite, comme les réformes du droit de l'adoption, en 1996, et du droit des successions, en 2002, ou l'interdiction du clonage reproductif, en 2003. Malgré tout, le cadre formel du code ainsi que la moitié de ses articles ont été maintenu jusqu'à nos jours dans leur rédaction d'origine. Il en va en particulier ainsi du livre II relatif au droit des biens dont la plupart des articles n'ont jamais été modifiés.

Ensuite, la permanence et la longévité d'un code peuvent aussi résulter du fait qu'il est considéré comme une source d'inspiration par d'autres législateurs. Or, l'on sait que le code civil français a été un véritable modèle qui a marqué de nombreuses entreprises de codification, en Europe et ailleurs, en particulier en Amérique. Considéré comme la première grande codification européenne, de par ses qualités intellectuelles et techniques, la clarté de sa langue et ses valeurs politiques universelles, le code civil a ainsi eu un rayonnement dans le monde entier. Sa vie se prolonge de cette manière indéfiniment à travers la vie des autres législations qu'il a influencées.

IV. CONCLUSION

La volonté d'éternité, exprimée ou non de manière expresse par les codificateurs, rend l'entreprise codificatrice profondément humaine. Cet aspect a été exprimé de manière particulièrement fine et avisée par notre collègue Rémy CABRILLAC, avec les propos duquel nous concluons :

« L'inconscient collectif des sociétés dans lesquelles oeuvrent les codificateurs rejoint sans doute ici l'inconscient individuel de ces derniers. Comme toute tentative de s'inscrire dans la durée, humain ersatz d'immortalité, comme celle de l'architecte, de l'artiste, du géniteur, voire celle du propriétaire, codifier ne constitue sans doute qu'une réaction épidermique de l'Homme et des sociétés humaines face à leur inexorable destin de mortel. Aussi peut-on parier sans grand risque que

tant qu'il y aura des hommes et des sociétés humaines, il y aura, sous une forme ou sous une autre, des codes... »¹² !

¹² Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, 2002, p. 310.