

Le temps et le droit

Recueil de travaux offerts à la Journée de la
Société suisse des juristes 2008

Editeur

Piermarco Zen-Ruffinen
*au nom de la Faculté de droit de
l'Université de Neuchâtel*

Le code : une quête d'éternité ?

Analyse historique du concept de code

par

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, commémoré en 2004, et le centenaire du code civil suisse, célébré l'année dernière, sont des événements propices à une réflexion 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, rarement portée il est vrai, la manifestation matérielle du savoir du 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 code est multiforme et ne correspond à aucune définition qui serait unanimement admise. On parle, par exemple, du code

* Professeur à l'Université de Neuchâtel. La présente contribution reprend le thème traité dans la leçon inaugurale prononcée le 9 janvier 2004 à l'Université de Neuchâtel.

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

d'Ur-Nammu² et du code de Hammourabi³ pour l'Orient ancien (Mésopotamie), de la loi ou du code de Gortyne pour la civilisation grecque⁴, du code théodosien⁵ et du code de Justinien⁶ pour le monde romain, du code civil français⁷ et du code civil suisse⁸ pour l'époque moderne, ou encore des nouveaux code civil néerlandais⁹ et québécois¹⁰ pour l'époque contemporaine. 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.

Notre contribution portera sur le concept de code à travers son histoire européenne. Dans un premier temps, nous tracerons les grandes lignes d'une histoire du code ou des codes (deuxième partie). Dans un second temps, nous choisirons quelques critères qui nous paraissent immanents au concept de code (troisième partie).

II. Brève histoire des codes

Le 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). Nous concluons ce chapitre par la constatation que toute entreprise codificatrice recèle une part (plus ou moins marquée) d'innovation et de conservation (C).

2 Selon le nom du fondateur de la dynastie d'Ur, vers 2100 avant notre ère, retrouvé à Nippur au début du XX^e siècle.

3 Œuvre du souverain HAMMOURABI (ou HAMMURABI, qui signifie «Hammu est grand», d'environ 1780 av. J.-C., conservé sous forme de stèle au Musée du Louvre).

4 Adopté en Crète, au milieu du V^e siècle av. J.-C.

5 Compilation des constitutions impériales édictées depuis CONSTANTIN, promulguée en l'an 438 par l'empereur d'Orient THÉODOSE II.

6 Recueil de constitutions impériales édictées depuis l'empereur ADRIEN, promulgué en 529 par l'empereur JUSTINIEN, réédité en 534.

7 Promulgué par le Corps législatif par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) qui réunissait en un seul corps de lois trente-six textes votés en 1803 et 1804.

8 Adopté par les Chambres fédérales le 12 décembre 1907, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912.

9 Nouveau code civil néerlandais, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992.

10 Nouveau code civil du Québec, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

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

Le mot «code» vient du terme latin «codex», lui-même dérivé de «caudex», qui signifie le «tronc d'arbre», la «bûche de bois». Par métonymie, le codex prend le sens de tablette de bois pour écrire, puis de cahier regroupant plusieurs feuillets de parchemin.

En fait, le *codex* désignait une nouvelle façon de présenter les textes¹¹. 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 financier¹². 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 ensembles 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. Dans un premier temps utilisé pour exprimer une forme, un contenant, à savoir l'assemblage de tablettes ou de feuilles de parchemin, le terme *codex* a fini par désigner le fond, le contenu, soit un assemblage de règles de nature législative. C'est ainsi qu'en l'an 291, en Orient, un certain Gregorius, peut-être professeur de droit de 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 élaboré au Bas Empire pour tenter de résorber le désordre provoqué par la production législative débordante des empereurs en la disciplinant et en l'ordonnant.

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 partout¹³.

11 GAUDEMET JEAN, Codes, collections, compilations : Les leçons de l'histoire, de Grégorius à Jean Chappuis, *Droits* 24 (1996), p. 4 s. et ZÉNATI, p. 223-227.

12 CORIAT JEAN-PIERRE, Consolidation et précodification du droit impérial à la fin du Principat, in *La codification des lois dans l'Antiquité*, Strasbourg/Paris 2000, p. 281.

13 GAUDEMET, p. 240.

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 Bentham¹⁴. Dans des acceptions générales, la codification désigne l'action de codifier et le résultat de cette action. Dans un sens plus historique et dogmatique, elle 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. Le phénomène de la codification comme source principale du droit d'origine étatique est donc assez récent. Auparavant, les ordres juridiques étaient composés de sources disparates et les coutumes locales y jouaient un rôle important.

Il est intéressant de rappeler ici les facteurs qui ont favorisé le mouvement de codification (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 Lumières¹⁵. Il ne s'agit désormais plus seulement d'ordonner et de clarifier le droit, mais de le changer¹⁶.

On sait que les jusnaturalistes modernes (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. En outre, la mise par écrit du droit dans un code permettait finalement de concevoir, sous forme de système, l'ensemble des règles de l'ordre juridique positif¹⁷.

La conception jusnaturaliste d'un droit rationnel et systématique trouva un appui de choix chez les juristes philosophes de la pensée des Lumières (Thomas Hobbes, 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 magistrats¹⁸. Le code, en tant que manifestation la plus parfaite de la loi, acquit alors une dimension mythique¹⁹. La « Révolution française sera un moment privilégié de rencontre des idées nouvelles sur le code avec la réalité. Le code devient un instrument de réalisation du programme révolutionnaire »²⁰.

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 peut apprendre et savoir quels sont ses droits et ses obligations²¹.

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-économiques²². 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. Ils pouvaient de la sorte limiter l'indépendance des tribunaux, dans lesquels les juges

14 VANDERLINDEN, Code, p. 46 s.

15 COING HELMUT, Zur Vorgeschichte der Kodifikation : die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert, in La formazione del diritto moderno in Europa, volume II, Florence 1977, p. 806-817; TARELLO GIOVANNI, Storia della cultura giuridica moderna, vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto, Bologne 1976, p. 97-382 et WIEACKER FRANZ, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954, p. 35-43.

16 ZÉNATI, p. 230-237.

17 ZÉNATI, p. 233.

18 BUCHER, p. 435-437 et CARBASSE, N 154-160.

19 CABRILLAC, p. 30.

20 ZÉNATI, p. 235.

21 VANDERLINDEN, Code, p. 45-78.

22 STEIN, p. 132 et VAN CAENEGEM, N 65.

défendaient souvent les intérêts des aristocrates locaux, et s'affranchir des coutumes locales sur lesquelles ils avaient peu d'emprise.

La philosophie des codes répondait également aux exigences de la bourgeoisie montante et entreprenante qui désirait que soient réduites les entraves au commerce²³. 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

Evidemment, le mouvement de codification a aussi rencontré des résistances²⁴. Parmi divers facteurs d'opposition, on citera 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'Angleterre²⁵.

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. 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*,

23 CARONI, p. 22-37.

24 CARONI PIO, Il codice rinviato: Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico, in *Codici, una riflessione di fine millennio*, Milan 2002, p. 263-307.

25 SCHIRAGE ELIJO J.H., Résistances à l'élaboration et à la diffusion du Code, in *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 79-91.

Heidelberg, 1814). Il parvint d'ailleurs à retarder l'adoption d'un code civil allemand qui n'interviendra qu'en 1896²⁶.

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.

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^e-XX^e siècles. Comment qualifier alors les nombreux recueils de lois antérieurs qui ont été édifiés à travers les siècles?

Pour répondre au souci légitime d'une meilleure compréhension du phénomène de la codification, certains auteurs ont suggéré une distinction entre les «codes classiques», censés ne constituer que de simples compilations de normes préexistantes («codes-compilations»), et les «codes modernes», considérés comme des instruments de transformation et d'innovation radicale de l'ordre juridique («codes-innovations»)²⁷.

Le concept «classique» de code 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, 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).

26 DUFOUR ALFRED, L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII^e-XIX^e siècles, *Droits* 24 (1996), p. 45-60 et *OSR*, p. 230 s.

27 La distinction entre «codification-compilation» et «codification-innovation» a été proposée par SOURIOUX pour rendre compte de la codification en droit français contemporain. La distinction entre «code classique» et «code moderne» est, elle, empruntée à ZÉNATI.

Quels que soient leurs mérites, ces distinctions sont cependant trop réductrices²⁸. 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 droit²⁹. 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 règles dépassées, l'harmonisation des contradictions entre textes ou encore par l'ajout de normes nouvelles.

Inversement, les codes dits «modernes» s'inscrivent certainement dans une volonté de réformer le droit existant. Sous l'effet de la Philosophie des Lumières et du jusnaturalisme, le code est désormais conçu comme un corps cohérent de règles réformant le droit existant.

Il ne faut toutefois par exagérer leur caractère novateur. Même les codes qui veulent rompre avec le passé s'en inspirent et s'inscrivent dans sa continuité³⁰. 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 droit³¹.

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.

28 DUNAND, p. 27-41.

29 ZÉNATI, p. 248.

30 CABRILLAC, p. 94.

31 HALPÉRIN, p. 69 s. et STEIN, p. 125-127.

III. Analyses des critères

A priori multiforme, le concept de code repose sur quelques éléments fondamentaux. Tout d'abord, nous venons de le voir, tout code comporte une part d'innovation et une part de conservation. Par ailleurs, certains critères sont à la base, de manière consciente ou non, de toute 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, le processus 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 ordinaire³².

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. Les savants des Lumières ont le plus souvent interprété cet idéal de complétude de manière radicale: est exhaustif le code qui ne comporte pas de lacune; le code devient l'unique source du droit. L'un des objectifs

32 On peut se référer à ce sujet aux remarques pertinentes émises au milieu du XIX^e siècle par le Conseil d'Etat neuchâtelois dans son rapport au sujet du projet de code civil neuchâtelois: «Il n'en est pas d'un code comme d'une loi spéciale sur telle ou telle matière déterminée. Celle-ci doit sans doute être plus ou moins en harmonie avec la législation générale; elle peut cependant exister à côté de cette législation, alors même qu'elle ne la toucherait point par toutes ses faces, soit parce que cette loi répond à un besoin actuel, soit parce qu'elle est une loi de transition. Un code au contraire, formant un tout qui représente l'ensemble de la législation civile d'un pays, est nécessairement systématique et ne peut exister sans la complète corrélation de toutes ses parties. Pour se livrer utilement à un semblable travail, il faut donc avant tout, connaître avec certitude les bases essentielles sur lesquelles il doit reposer, afin de pouvoir coordonner le plan et distribuer les matières.» (Rapport du Conseil d'état à la commission législative au sujet du projet de code civil, Bulletin de la discussion du code civil de la République et Canton de Neuchâtel [1853-1855], Neuchâtel 1857, p. 6).

était de museler le pouvoir judiciaire, contesté autant pour ses compromissions avec le pouvoir politique que pour ses décisions arbitraires³³.

L'idée de code exhaustif a été développée avec force par 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 législateur³⁴. Pour exprimer l'exclusivité et l'exhaustivité du code, Bentham créa même un nouveau terme, *Pannomion*: *Complete Body of Law*, 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'individus³⁵. 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 prussiens³⁶. 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 prussien³⁷.

Le code prussien concrétisait l'idéal de complétude qu'avait défini Frédéric II, oncle et prédécesseur de Frédéric-Guillaume II, dans une étude de 1749 rédigée en langue française, la *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, dont nous reproduisons ici un extrait :

33 HALPÉRIN, p. 26.

34 ZÉNATI, p. 239.

35 OST, p. 229 s. et VANDERLINDEN, Code, p. 59 s.

36 Sur le code civil prussien, cf., par exemple, le livre jubilaire: 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Francfort-sur-le-Main 1995. Voir aussi HATTENHAUER HANS, Einführung in die Geschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts, in Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Berlin 1994, p. 1-29 et STURM FRITZ, Le code prussien, Index 26 (1998), p. 427-435.

37 CARONI, p. 57 s.

«Un corps de loi parfaite serait le chef-d'œuvre de l'esprit humain dans ce qui regarde la politique du gouvernement: on y remarquerait une unité de dessein et des règles si exactes et si proportionnées, qu'un Etat conduit par ces lois ressemblerait à une montre, dont tous les ressorts ont été faits pour un même but; on y trouverait une connaissance profonde du cœur humain et du génie de la nation; les châtimens seraient tempérés, de sorte qu'en maintenant les bonnes mœurs, ils ne seraient ni légers ni rigoureux; des ordonnances claires et précises ne donneraient jamais lieu au litige; elles consisteraient dans un choix exquis de tout ce que les lois civiles ont eu de meilleur, et dans une application ingénieuse et simple de ces lois aux usages de la nation; tout serait prévu, tout serait combiné, et rien ne serait sujet à des inconvénients: mais les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité»³⁸.

On le constate à la lecture de ce texte, dans la conception paternaliste des «despotes éclairés», le devoir du souverain consistait à mener ses sujets sur la voie d'une vie rationnelle et parfaite, de promouvoir leur bonheur. Le code était supposé remplir une fonction éducative et, destiné à tout un chacun, il devait être clair, détaillé, indiscutable. Le but des codificateurs était de créer pour tout le territoire de la Prusse un droit universel englobant presque tout le droit privé et le droit public.

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 réglaient 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).

38 FRÉDÉRIC II, Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois (1749), in Œuvres complètes de Frédéric II, Berlin 1848, t. IX, p. 27.

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, qu'elle soit de nature jurisprudentielle ou doctrinale³⁹. 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)⁴⁰. 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*, § 19 ss)⁴¹.

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.

Certes, le système du référé législatif, qui réservait au législateur lui-même le monopole de l'interprétation de la loi, fut consacré en France lors de la période révolutionnaire. Il ne fut cependant pas repris dans le code civil français de 1804 qui réhabilita le rôle interprétatif de la jurisprudence⁴². Dans son fameux *Discours préliminaire*, Portalis, le plus éminent des quatre membres de la commission ayant rédigé le projet de code civil français, prit la peine de motiver longuement cette approche, ce qui atteste qu'elle était discutée à l'époque. Nous en citerons plusieurs passages, car ils sont très évocateurs : « Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux-là mêmes auxquels un code paraît toujours plus volumineux qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ? [...] 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

39 VAN CAENEGEM, N 64.

40 Sur l'étendue du « référé législatif » dans l'ALR, cf. MIERSCH MATTHIAS, *Der sogenannte référé législatif*, Baden-Baden 2000, p. 56-59, ainsi que SOJKA-ZIELINSKA, p. 238 s.

41 GAUDEMET JEAN, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris 1999, p. 469 et SOJKA-ZIELINSKA, p. 235 s.

42 Cf. RÉMY PHILIPPE, *La part faite au juge, Pouvoirs*, n° 107 (2003), *Le code civil*, p. 22-28 et SOJKA-ZIELINSKA, p. 242-246.

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 jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application»⁴³.

On peut aussi se référer à l'exemple suisse⁴⁴. Adopté par le parlement helvétique en 1907, à l'unanimité des membres présents, le code civil helvétique a eu 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 concrètes⁴⁵.

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 ? »⁴⁶.

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).

43 PORTALIS JEAN ETIENNE MARIE, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », in FENET, p. 469 s.

44 Pour une mise en perspective récente de l'évolution du code civil suisse, cf. GUILLOD OLIVIER, *Cent ans de sollicitude : un code civil soucieux de la personne humaine*, *Revue de droit suisse* 126 (2007) II, p. 51-164.

45 BUCHER, p. 432-434, ainsi que ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, p. 174.

46 HUBER, p. 30.

Aujourd'hui, quelle que soit la conception que l'on partage sur 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 »⁴⁷.

B. Sécurité de l'ordre juridique

La dispersion et la fragmentation des sources du droit sont des problèmes majeurs contre lesquels oeuvrent les codificateurs⁴⁸. 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 droit⁴⁹. 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 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 corollaires⁵⁰.

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 droit⁵¹. 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 doctrine⁵². La codification est un instrument de sécurité parce qu'on n'a plus l'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 stables⁵³. Les transformations peuvent provenir d'une crise politique et sociale majeure (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).

47 Sur cette tendance, cf. GENNER SUSANNE, *Dekodifikation, Zur Auflösung der Kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht*, Bâle/Genève/Munich 2006 et RÉMY PHILIPPE, *Le processus de « dé-codification »*, in *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 197-216.

48 VANDERLINDEN, *Le concept*, p. 164.

49 CABRILLAC, p. 68-79.

50 VANDERLINDEN, p. 196 s.

51 OPPETT, p. 12.

52 HALPÉRIN, p. 72.

53 GAUDEMET, p. 244-247 et OPPETT, p. 11.

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)⁵⁴.

C. Accessibilité, clarté 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 érudits. 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 est l'un des points forts du siècle des Lumières : le code doit être simple comme la nature⁵⁵. La matière codifiée est censée se ramener à l'essentiel⁵⁶.

Le code civil suisse a souvent été considéré comme un exemple de « code populaire »⁵⁷. Cela est dû en grande partie au fait que son rédacteur l'a conçu de manière à ce qu'il soit accessible au plus grand nombre :

« 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 »⁵⁸.

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 loi⁵⁹. 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

54 MANAI DOMINIQUE, Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990, p. 51 s.

55 DUNAND, p. 18.

56 OST, p. 227.

57 DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Le code civil de Eugen Huber : une loi conçue dans l'esprit de la démocratie ?*, in *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*, Zurich 2005, p. 63-75.

58 HUBER, p. 10 s.

59 HUBER, p. 12-15.

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 de la clarté de la loi 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. Par ailleurs, l'application d'une loi trop simple, trop précise devient imprévisible : le « simplifié ne la rend pas forcément plus intelligible »⁶⁰.

D. Acte de souveraineté

Pour les souverains, la codification est un exercice de puissance et d'indépendance, une expression de leur pouvoir⁶¹. 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 de 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).

60 FLÜCKIGER ALEXANDRE, Le principe de la clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 21/2006, p. 74-78.

61 OPPEIT, p. 8 s.

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 plu 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 [...] »⁶².

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 calomniateurs par la sagesse de ses lois ; et qu'il se rende aussi recommandable par le droit que magnifique par ses victoires.

62 Selon la version donnée par CARBASSE JEAN-MARIE, Introduction historique au droit, Paris 1998, p. 125.

§ 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 promulguées qu'à celles que nous avons mis en ordre » (*Constitutio Imperatoriam Majestatem*)⁶³.

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 »⁶⁴.

63 « *Imperator Caesar Flavius Justinianus, Alamanicus, Gothicus, Francicus, Germanicus [...] Africanus, pius, felix, inclytus, victor ac triumphator semper augustus, cupidus 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 ».*

64 PORTALIS (cité note 43), 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 Portalis⁶⁵. La longévité du Code Napoléon paraît attester de la réussite de la codification française.

Comme l'a résumé Ost avec talent, le code civil français, « se développe hors du temps ordinaire et échappe à la loi ordinaire du vieillissement – peut-être parce qu'il cumule à la fois les ressources du temps des fondations, mobilisateur de mémoire, et celles du temps prométhéen, garant des promesses pour le futur »⁶⁶.

La valeur permanente d'une règle est certainement un critère essentiel justifiant qu'elle soit codifiée. C'est l'idée qu'exprima d'ailleurs le Conseil fédéral en 1904 pour justifier l'absence de réglementation dans le code civil de matières comme les brevets d'invention, les marques de fabrique ou le contrat d'assurance : il « s'agit ici de matières relativement nouvelles, où des solutions d'une valeur permanente ne sont pas encore trouvées et où se produisent des changements incessants, qu'il est plus aisé d'opérer sous le régime de la législation spéciale que sous celui d'une codification intégrale ; bien plus, ces matières ne peuvent être élucidées d'après les mêmes méthodes que les parties du droit privé qui sont au bénéfice d'expériences séculaires et qui ont reçu leurs formes en quelque sorte définitive »⁶⁷.

On peut se demander si, finalement, derrière le désir des codificateurs de créer une œuvre stable ne se cache pas une volonté plus profonde, plus essentielle, celle de l'éternité⁶⁸ : « Obligatoire par principe, le Code condamne le passé et vise l'avenir, sinon l'éternité. Toujours optimistes ou emplis d'illusion, les législateurs ont les yeux tournés vers le ciel »⁶⁹.

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

65 PORTALIS (cité note 43), p. 481.

66 OST, p. 226 s.

67 Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, FF 1904 IV 10 s.

68 BERTHIAU, p. 195-226 et CABRILLAC, p. 309 s.

69 HUMBERT MICHEL, Les XII Tables, une codification ?, in Droits 27 (1998), p. 88.

épilogue⁷⁰. Consistant en un peu moins de trois cents brèves prescriptions, il ordonne la vie familiale, assure la paix et punit ceux qui la troublent. 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 [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! »⁷¹.

La volonté d'éternité est ici exprimée de manière absolue et fait partie intégrante du code⁷². 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 sort 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 européen⁷³. 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.

70 BERTHIAU, p. 200 et CABRILLAC, p. 11.

71 Texte tiré de FINET ANDRÉ, *Le code de Hammurabi*, Paris 2002, p. 143 s.

72 BERTHIAU, p. 201.

73 STEIN, p. 38 s.

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 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 maintenus 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 modifiés⁷⁴.

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 Amérique⁷⁵. 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

Le code est le centre et le régulateur de l'ordre juridique. Il se distingue d'une loi ordinaire non seulement par sa prétention à l'exhaustivité, mais aussi par le fait que seules les règles stabilisées, dont le potentiel de transformation future est le plus faible, sont codifiées⁷⁶. Le code s'inscrit nécessairement dans la durée.

La codification répond cependant aussi à une dimension plus inconsciente. La volonté d'éternité, exprimée ou non de manière expresse, rend l'entreprise codificatrice profondément humaine. Cet aspect a été exprimé de manière poignante par 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

74 RÉMY PHILIPPE, *Regards sur le code*, in *Le code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 102-113.

75 GRIMALDI MICHEL, *L'exportation du code civil*, in *Pouvoirs* 107 (2003), *Le code civil*, p. 80-96 et HALPÉRIN JEAN-LOUIS, *Le code civil*, Paris 2003, p. 134-137.

76 FLÜCKIGER/DELLEY, p. 131.

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... »⁷⁷!

Bibliographie

- BERTHIAU DENIS, Un code pour l'éternité?, *Revue historique de droit français et étranger* 81 (2003), p. 195-226.
- BUCHER EUGEN, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, *ZEuP* 2000, p. 394-543.
- CABRILLAC RÉMY, *Les codifications*, Paris 2002.
- CARBASSE JEAN-MARIE, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris 2002.
- CARONI PIO, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milan 1998.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code, *in* *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 3-43.
- FENET PIERRE-ANTOINE, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome premier, Osnabrück 1968 (réimpression de l'édition de 1827).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/DELLEY JEAN-DANIEL, L'élaboration rationnelle du droit privé: de la codification à la légistique, *in* *Le législateur et le droit privé*, Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Zurich 2006, p. 123-143.
- GAUDEMET JEAN, La codification, ses formes et ses fins, *Revue juridique et politique - Indépendance et coopération*, 1986, p. 239-260.
- HALPÉRIN JEAN-LOUIS, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris 2004.
- HUBER EUGEN, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, tome 1^{er}, Berne 1901, notamment p. 1-33.
- OPPETIT BRUNO, *Essai sur la codification*, Paris 1998.
- OST François, *Le temps du droit*, Paris 1999.
- SOJKA-ZIELINSKA Katarzyna, Le référé législatif à travers les siècles depuis Justinien jusqu'à Napoléon, *in* *Le temps et le droit*, (Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Nice 2000), Nice 2002, p. 235-246.
- SOURIOUX JEAN-LOUIS, Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle. Le droit français, *Revue internationale de droit comparé*, 1989 (n° spécial consacré aux Journées de la Société de législation comparée 1988), p. 145-158.
- STEIN PETER, *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, Zurich et Bruxelles 2004.
- VAN CAENEGEM R.C., *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles 1988.
- VANDERLINDEN JACQUES, Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham, *Revue d'histoire du droit*, XXXII (1964), p. 45-78 (cité: Code).
- VANDERLINDEN JACQUES, Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition, Bruxelles 1967 (cité: Le concept).
- ZÉNATI FRÉDÉRIC, Les notions de code et de codification, *in* *Mélanges Christian Mouly*, Paris 1998, p. 217-253.

77 CABRILLAC, p. 310.