

---

JEAN-PAUL JEAN  
JEAN-PIERRE ROYER

LE DROIT CIVIL,  
DE LA VOLONTÉ POLITIQUE  
À LA DEMANDE SOCIALE

ESSAI D'ÉVALUATION SUR DEUX SIÈCLES

127

**E**N 1804, QUINZE ANS APRÈS LE DÉBUT DE LA RÉVOLUTION, les valeurs exprimées par le Code civil sont assises sur le droit de propriété et la famille patriarcale. L'État est alors le protecteur de la société bourgeoise : « L'individu n'est rien, la société est tout », affirmait Portalis. Dans un esprit de modération, ses instigateurs avaient fédéré droit écrit et coutume et le Code civil constituait le cadre incontesté de référence pour les relations privées ordinaires entre les individus, même si des usages locaux persistèrent un temps.

Deux siècles plus tard, qu'est devenue la bible laïque des rapports privés ? Comment le droit civil a-t-il évolué, en phase, en retard ou en avance sur son temps ? Quelles autres valeurs sociales a-t-il traduites, dans le cadre des différents régimes et majorités politiques qui se sont succédé ?

Le juriste a-t-il été, selon un des qualificatifs dont l'a affublé la doctrine moderne, « un suiviste perpétuel qui s'époumone à suivre les changements d'une société qui va trop vite pour son esprit rigide », ou bien a-t-il pu parfois être un penseur d'avant-garde dont quelques innovations ont pu choquer ? Le droit civil procède-t-il encore d'une puissante origine étatique qui assure sa cohérence, ou bien est-il devenu une somme de réponses partielles, voire catégorielles, à des groupes sociaux, pour aboutir à une hypertrophie du volume du Code en nombre d'articles dans une architecture d'ensemble peu modifiée ?

Enfin, plus prosaïquement, le droit civil est-il connu au-delà du

monde des juristes ? Cette discipline est-elle perceptible par le grand public, ou bien celui-ci y reste-il grandement indifférent ? C'est autour de ces questions que l'on peut, à grands traits, tenter une « évaluation politique » du droit civil.

Évaluer, c'est mesurer. Pour répondre tout de suite à la dernière de ces interrogations, il apparaît que le droit civil, en tant que système de valeurs transmis d'une génération à une autre, est peu connu au-delà du monde des juristes. Il n'est pour s'en convaincre que de consulter les manuels officiels d'éducation civique, dans lesquels les droits de l'homme et le droit pénal occupent tout l'espace<sup>1</sup>, ou que de consulter les principaux médias à l'exception sans doute des magazines s'intéressant aux questions pratiques de la vie quotidienne. Et encore, dans ce dernier cas, la volonté d'informer concrètement sur les modalités de résolution des litiges de la consommation, sur les questions juridiques concernant la vie familiale, les problèmes de logement, de contrat, montrent surtout l'écart entre la demande de connaissance de leurs droits par les citoyens et le niveau de réponse que la société est capable de leur assurer malgré la politique, récente et fragile, d'accès au droit consacrée par la loi du 18 décembre 1998.

D'évidence, le droit civil, et encore plus le Code civil, ne constitue plus une référence identifiée en tant que telle dans la société française contemporaine. Cela tient autant au fait, d'une part, que la société et ses valeurs ont profondément changé, d'autre part, que l'évolution du droit civil a elle-même été considérable tant dans sa conception que dans ses modes d'élaboration. Nous sommes progressivement passés, avec une forte accélération lors des vingt dernières années, d'un droit structuré, construit par un législateur unique sur des valeurs nationales, à un droit mouvant, de plus en plus créé par des juges sur le fondement de références et de normes européennes.

L'analyse qui va suivre ne peut prétendre ni à l'exhaustivité ni à une artificielle objectivité. Elle nécessite dans un premier temps une

---

1. Par exemple, le manuel officiel d'enseignement *Éducation civique documents et exercice*, Paris, Hatier, 1998, destiné aux élèves de 4<sup>e</sup>, dans lequel droit et justice occupent une place essentielle, ne contient pas une seule fois l'expression Code civil ou droit civil. Les textes constitutionnels et européens y sont parfaitement référencés, tout comme quelques dispositions essentielles de droit pénal et de procédure pénale. Le droit civil n'y est évoqué qu'incidemment à propos du droit au logement dans ses conflits avec le droit de propriété, à propos de la législation du travail, ou encore en citant la loi du 11 juillet 1975 instituant le divorce par consentement mutuel.

rapide mise en perspective historique, où l'on suivra les attaques du temps dont le Code a été victime, en mesurant, autant qu'il est possible, son érosion. Seront ensuite relevés quelques points de corrosion, pour tenter d'illustrer autour de plusieurs grandes problématiques cette « évaluation politique » du droit civil sur deux siècles.

#### LE CODE DE 1804, EXPRESSION D'UNE VOLONTÉ POLITIQUE

Le Code civil est né dans la nuit du 4 août 1789, au moment où les députés aux États généraux jettent, dans l'enthousiasme, les bases de ce qui deviendra plus tard l'article 544 sur la propriété, pilier du Code. Quelques semaines plus tôt, le 17 juin, les députés du Tiers ont réussi leur premier coup de force – ils ont transformé les États en Assemblée nationale –, mais maintenant ils sont inquiets des bruits qui leur parviennent de la « Grande Peur » qui se diffuse dans le royaume suite à la prise de la Bastille. L'idée d'un complot aristocratique a germé dans les esprits, les campagnes se sont soulevées, on s'est porté au château le plus proche pour y brûler terriers et autres registres des droits seigneuriaux qui consignaient l'enchaînement des paysans à la terre. Les députés prirent peur à leur tour, et sentirent qu'il était urgent d'agir. La solution parut à quelques-uns d'entre eux – avant d'être partagée par tous – que, pour sauver l'essentiel, la propriété, il fallait la séparer des propriétés féodales et distinguer la propriété seigneuriale de la propriété non grevée de droits féodaux. C'est ainsi qu'ils accomplirent ce premier grand acte révolutionnaire des temps nouveaux en sauvant au passage les offices, qu'ils ne se résolurent pas à abolir purement et simplement sans indemnité, au contraire de ce qu'ils avaient fait pour les dîmes ecclésiastiques, supprimées, elles, sans scrupule. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen était déjà dans leurs têtes : « Nul ne peut être privé de sa propriété sans une juste et préalable indemnité. »

Ainsi les circonstances ont-elles donné corps à une volonté politique du changement, qui n'en a pas encore la force. Il faudra attendre Bonaparte pour cela. Il n'empêche, les députés à la première Assemblée nationale ont transformé le monde d'un seul coup et François Furet a pu dire que le 4 Août marquait « l'acte de naissance de la société moderne » en donnant le jour à l'autonomie des individus. Les Constituants pouvaient proclamer peu après dans la Déclaration des droits de l'homme du 26 août que la propriété était un « droit invio-

lable et sacré» et en faire le socle de la liberté nouvelle et de l'individualisme en gestation. Les déclarations suivantes, celles de 1793 et de 1795, reprendront la formule, la propriété sera définie comme le « droit de jouir et de disposer des choses ». Par la suite, la législation révolutionnaire mettra en œuvre les principes déclarés le 26 août dont l'aboutissement sera le Code civil. C'est à ce moment-là, lorsque la volonté politique sera devenue une force et que l'on aura pu passer à l'entreprise de codification que, pour plus de sûreté et pour éviter tout retour au passé, il sera ajouté à la première définition que la propriété s'exerce « de la manière la plus absolue » tandis que, sous l'influence de Portalis, il sera tout de même apporté une limite à ce droit dont l'abus pouvait être dangereux, celle des « lois et règlements ».

130 L'article 544 était écrit. Il allait devenir, en dépit de sa place dans le Code, la base véritable et, d'un point de vue politique, le centre d'un ensemble cohérent que le temps a dénaturé.

#### LE DROIT DES BIENS, AXE CENTRAL

La plus grande partie des articles du Code, soit 1766 sur 2281, sont consacrés au droit des biens. Les livres II et III, en leur entier, portent sur la propriété, sur les manières dont on l'acquiert et sur les modifications qu'elle est susceptible de subir. Politiquement parlant, ils en sont le cœur auquel viennent se greffer toutes les autres dispositions, y compris celles que contient le livre I sur le droit des personnes. Portalis peut bien dire, dans le *Discours préliminaire*, que la famille constitue l'une des « deux grandes bases » d'un corps de lois destiné à « diriger et à fixer les liens de sociabilité ». Avec le recul du temps, le texte paraît surtout destiné à masquer la réalité crue de ces profiteurs de la Révolution, de ces accapareurs de biens nationaux et autres spoliateurs qui entendent préserver un acquis que les premiers révolutionnaires leur ont eux-mêmes suggéré, la propriété. Ils en ont fait la seule véritable base du nouvel édifice qui en assure la cohérence et la constitue en un ensemble solide et si parfait qu'il devient un modèle que l'Empire diffusera lors de ses campagnes à travers l'Europe.

Le Code civil est un code de propriétaires, il en est leur « bréviaire », écrit Jean-Louis Halpérin, plus largement entendu un Code de « notables » au sens de tous ces « mainteneurs d'ordre social » qui dirigent et contiennent la France très largement rurale du XIX<sup>e</sup> siècle, et qui ont été officiellement encouragés à s'enrichir et à devenir propriétaires. Et les magistrats chargés de l'appliquer sont aussi des notables pro-

priétaires. La famille n'en sera que la suite, une partie de l'ensemble. Cela est si durable que lorsqu'il s'agira – pour ne donner ici qu'un seul exemple – de permettre aux femmes d'exercer la profession d'avocat, l'un des plus farouches adversaires de ce qui deviendra la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1900, Joseph Massabuau, député de l'Aveyron et fondateur de la revue *La Famille française*, n'aura pas de mots assez forts pour dénoncer les graves périls d'un texte qui, en autorisant l'épouse, la mère, à exercer une profession hors du foyer, annoncerait directement, s'il était adopté, la mort de la société capitaliste, sapée dans ses bases fondamentales de la famille et de la propriété individuelle, le mariage étant la résultante de la propriété et non pas l'inverse. L'orateur ajoutait que s'il fallait aboutir à l'égalité absolue de l'homme et de la femme, alors il n'y avait plus qu'à déchirer tout de suite le Code civil...

131

Cette famille « monarchique » de l'article 213 à prédominance masculine, centrée autour de la figure du père institué gardien de l'ordre social, sera une famille sans passion parce que la passion est facteur d'instabilité, asexuée même dans sa formation, le mariage n'étant pas défini en tant que tel<sup>2</sup>. Une famille solide, le divorce n'étant finalement que toléré comme une innovation révolutionnaire indestructible... et utile pour l'empereur lui-même. Une famille protégée contre tout féminisme dangereux, prémunie contre les enfants récalcitrants, contre toutes émotions et risques de dérapage qui ne manqueraient pas d'avoir des incidences fâcheuses sur la propriété. Les conventions matrimoniales, les successions, le droit des obligations sont conçus et distribués dans la même perspective, fluide et souple afin d'éviter de dresser des obstacles à la circulation des biens.

Tel est le système du Code civil, implacable tout en restant ouvert aux changements futurs de par la rédaction extrêmement lisse de ses grands articles de principe (544, 1134, 1382 *sq.*).

---

2. Jean-Pierre Royer et Jacques Poumarède, *Droit, Histoire et Sexualité*, Lille, « L'espace juridique », 1985.

LA LENTE ÉROSION DU CODE CIVIL  
FACE À L'ÉMERGENCE  
DE LA DEMANDE SOCIALE

C'est cet ensemble cohérent, centré sur la propriété, que le temps a usé, inévitablement, au moins pour les parties du texte qui se sont véritablement appliquées dans la pratique et compte tenu des usages locaux. Mais le modèle était de toute façon assez solide pour supporter sans défaillir un certain nombre d'atteintes. Ainsi, lorsqu'en 1816, pour des raisons politiques évidentes (la Restauration), on supprimera le divorce, on n'aura rien changé à son économie d'ensemble. Au contraire, on aura renforcé sa cohésion autour des biens, et, quand, en 1884, avec la République opportuniste on le rétablira, ce sera sur ses bases originelles pour faire suite à un long mouvement divorciaire.

Cependant, le changement de société qui s'amorce avec la III<sup>e</sup> République, l'ouverture aux « couches nouvelles » qu'annonce Gambetta, le renouvellement idéologique, les révolutions industrielles et les remises en cause de la propriété individuelle et absolue lui seront dommageables. La fluidité et le laconisme de ses grands articles lui permettront toutefois de s'adapter à des situations inédites et de suivre, plutôt que de précéder, les évolutions politiques et sociales<sup>3</sup>. L'inflation législative des dernières décennies gonflera certains chapitres, en particulier le droit de la famille, dont l'évolution a rendu cette partie du Code méconnaissable.

LA DÉPOLITISATION DU DROIT CIVIL  
ET LA PRISE EN COMPTE  
DE NOUVELLES CATÉGORIES SOCIALES

À mi-chemin de la vie du Code, l'examen des contributions des juristes au livre du centenaire<sup>4</sup> montre combien certains débats étaient alors politiques. Albert Sorel, dans le texte introductif, soulignait combien le Code civil était unificateur des Français et correspondait à la société agricole et immobilière d'alors, combien le paysan et le propriétaire en connaissaient parfaitement les règles. S'il relevait que Balzac n'aimait pas le droit civil, il soulignait aussi qu'en homme du XIX<sup>e</sup> il en avait

---

3. Cf. les articles de Jean Carbonnier sur le suivisme du droit civil.

4. *Le Code civil, 1804-1904, livre du centenaire*, Paris, Duchemin, 1969, 2 vol.

intégré les arcanes, et citait *Le Contrat de mariage, Honorine, L'Interdiction* ou *Le Colonel Chabert*.

Mais il existe, en ce début du XX<sup>e</sup> siècle, une contestation politique des valeurs du Code civil, tandis qu'émerge progressivement la nécessaire reconnaissance de droits civils aux femmes. Quelques professeurs de droit s'inscrivent très tôt dans la doctrine sociale. Ainsi Albert Tissier, dans un article du même ouvrage intitulé « Le Code civil et les classes ouvrières », s'il reconnaît la grande valeur du Code, estimait qu'il n'était « ni égalitaire ni démocratique ». Il mettait en évidence combien ses rédacteurs avaient protégé les fortunes acquises, par le « code bourgeois des propriétaires » qui « ignorait les intérêts des classes ouvrières ». Au nom de l'idée de solidarité, liée à l'idée de justice, il appelait à une « socialisation du droit, une réglementation plus vigilante, une protection juridique contre les abus et les injustices ».

133

Émile Acollas<sup>5</sup> est plus radical encore, estimant que les auteurs du Code civil n'étaient que des casuistes « artisans du pour et du contre, dégagés de toutes convictions, ignorant de tout principe, adulateurs du succès, fauteurs de trahison, grimaçant le droit, aidant la force et ne respirant que l'intérêt propre<sup>6</sup> ». Pour lui, la première autonomie à créer est celle de l'individu. Le foyer familial doit devenir une école de démocratie, par la reconnaissance de droits à l'épouse et à l'enfant au nom de l'égalité, le Code civil doit supprimer la puissance paternelle et le droit de correction.

Aujourd'hui, ces combats pour la conquête des droits civils paraissent achevés pour les « catégories historiques » des mineurs de droit qu'étaient encore jusqu'au début des années quatre-vingt les femmes et les enfants. Au nom du principe d'égalité, les « droits de la femme » sont devenus, après de longues luttes, autant de réalités juridiques, même s'ils se heurtent à bien d'autres obstacles. Mais les principes d'égalité et de non-discrimination ont eu également leurs effets pervers, avec pour conséquences les décisions des juges européens et nationaux autorisant le travail de nuit pour les femmes, ou encore intégrant aussi pour les hommes le fait d'avoir eu des enfants, pour le calcul de leurs droits à pension de retraite. Quant aux mineurs, la Convention internationale des droits de l'enfant a constitué un moteur

---

5. Juriste de l'opposition républicaine à Napoléon III, nommé par la Commune à la tête de la Faculté de droit de Paris.

6. In *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*, Paris, 1866.

dans la reconnaissance d'une succession de droits propres, à côté, voire contre les droits des parents, marquant une rupture totale avec les conceptions du XIX<sup>e</sup> siècle. À la montée de l'enfant roi, a correspondu la montée des droits de l'enfant.

La question plus particulière de la reconnaissance des droits des enfants adultérins dans la succession paternelle, à égalité avec les autres enfants, a dû, quant à elle, être reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme, au nom du principe d'égalité, avant d'être intégrée dans notre droit civil<sup>7</sup>.

#### D'UN DROIT CIVIL UNIFICATEUR À UN DROIT CIVIL BALKANISÉ

- 134 Cet exemple topique du droit de la famille montre que chaque individu, quels que soient son sexe, son âge ou sa place dans le groupe familial, jouit désormais de la plénitude de ses droits civils. Manquait cependant un élément déterminant, totalement transversal à ces questions, celui du droit de l'individu à remettre en cause la distinction fondamentale du Code civil, selon laquelle la société se compose de deux types d'individus de sexes différents, l'homme et la femme, statut que seul l'État civil peut établir.

Ce pilier du droit civil allait subir de profondes lézardes, malgré les défenses renforcées des juristes classiques, professeurs de droit et magistrats de la Cour de cassation qui n'ont pu résister à l'assaut conjugué, d'une part, de la Cour européenne des droits de l'homme qui a reconnu le droit de l'individu transsexuel à changer de sexe, d'autre part, des associations homosexuelles et des politiques à l'issue du combat du pacte civil de solidarité (PACS).

Il n'est pas question ici de traiter un sujet déjà abordé par ailleurs en tant que thème particulier<sup>8</sup>, mais uniquement de relever que les juristes, par leur opposition à des évolutions réalistes, en ont sans doute provoqué de plus radicales. En ce qui concerne le transsexualisme, comme pour la reconnaissance des droits de l'enfant adultérin, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui a fixé la norme suite au refus de la Cour de cassation qui affirmait jusque-là l'indispo-

---

7. Décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 1<sup>er</sup> février 2000, suivie de la loi du 3 décembre 2001.

8. Cf. *supra* l'article de Françoise Dekeuwer-Défossez.



nibilité de l'état civil quant au statut sexuel<sup>9</sup>. En ce qui concerne le statut juridique du couple homosexuel, *via* le PACS, la doctrine et la jurisprudence dominantes ont tout fait pour lutter contre, alors que les lobbies associatifs et une minorité politique en ont fait un instrument de leur combat communautariste, avec l'appui des médias. Depuis 1987 et le développement de l'épidémie de sida au sein de la communauté homosexuelle, les juristes de l'association Aides soutenaient un projet de contrat qui permettait en particulier de bénéficier de la protection sociale et du bail du concubin homosexuel, éléments essentiels en cas de maladie ou de décès. Si la législation sociale fut modifiée en 1992 pour faire bénéficier la personne vivant habituellement au domicile d'une autre, sans précision de sexe, de la couverture sociale de celle-ci, il n'en fut pas de même du droit au maintien dans les lieux du non-signataire de bail lorsqu'il était concubin du même sexe. Cette question, à laquelle les civilistes répondirent par le principe qu'un couple ne pouvait être composé que de personnes de sexes différents, provoqua une radicalisation du lobby homosexuel qui fit, de ce qui allait devenir le PACS, une revendication emblématique, relayée par des parlementaires de la majorité et les médias, pour aboutir à la loi du 15 novembre 1999. La nouvelle étape de cette revendication est désormais le mariage homosexuel et l'adoption d'enfants par un couple homosexuel, comme cela a déjà été instauré dans d'autres pays.

135

Ce débat « sociétal » touchant le droit civil est devenu un débat politique. L'évolution de l'opinion en faveur de certaines de ces revendications a fait évoluer l'ensemble des groupes politiques qui, à l'exception de quelques personnalités, ne remettent plus en cause publiquement la nouvelle législation.

#### LA SOCIÉTÉ DES JURISTES, PARFOIS EN AVANCE, PARFOIS DÉBORDÉE

La chancellerie, et plus particulièrement la direction des affaires civiles et du sceau, a subi, plus que porté, ces récentes modifications importantes du droit de la famille dont elle doit assurer la cohérence. Ce, d'autant plus qu'elle conserve dans ses cartons d'autres projets de réforme très construits préparés depuis des années, concernant par exemple le droit des successions ou le droit immobilier, que les priori-

---

9. L'arrêt du 25 mars 1992 de la CEDH désavoua la chambre civile de la Cour de cassation qui modifia ensuite sa jurisprudence en chambre plénière.

tés politiques et les agendas médiatiques et parlementaires n'arrivent jamais à faire inscrire à l'ordre du jour.

C'est donc de l'extérieur de la société traditionnelle des juristes de droit privé que naissent, voire aboutissent aujourd'hui des réformes, en rupture avec les modalités traditionnelles d'élaboration des modifications du Code civil. Celles qui avaient marqué la décennie 1965-1975 – temps des grandes réformes de droit civil touchant les régimes matrimoniaux en 1965, les majeurs protégés en 1968, le régime de la filiation en 1972<sup>10</sup>, ou le divorce, instaurant la procédure par consentement mutuel, en 1975<sup>11</sup> –, avaient été préparées par un travail du ministère de la Justice avec des experts, au premier rang desquels les professeurs de droit. En terme de méthode, s'ajouta la publicité des débats lors de l'élaboration de la réforme du droit de la nationalité en 1993, préparée par le travail de la commission présidée par Marceau Long.

Le PACS quant à lui a été un texte d'origine parlementaire, le gouvernement Jospin, prudent, ne voulant pas l'assumer totalement dans un premier temps, d'autant plus que certaines de ses orientations étaient en contradiction avec le rapport commandé à la sociologue Irène Thery. La conséquence de ce choix de procédure a aussi été d'empêcher l'intervention du Conseil d'État dans le processus d'élaboration du projet de loi, diminuant ainsi les garanties de sécurité juridique d'un texte qualifié par certains universitaires d'« OVNI juridique ».

Ces initiatives de réformes du droit civil non maîtrisées par l'ensemble homogène direction des affaires civiles/professeurs de droit/Conseil d'État chargé d'assurer à la fois continuité et sécurité juridiques, se sont multipliées ces dernières années. De plus en plus de textes, au carrefour du droit civil et du droit social, ont été imposés de l'extérieur à la Chancellerie, ministère du droit. Dans cette lignée, on peut citer par exemple, en 1989, la « loi Neiertz » relative aux procédures de surendettement, et la loi annoncée par le ministre de la Ville Jean-Louis Borloo, sur l'instauration d'une « faillite civile » sur le modèle existant en droit alsacien-mosellan, qui bouleverserait le droit des créances non commerciales, en soumettant à une procédure collective les rapports particuliers créanciers-débiteurs. De même, la « loi Quillot », en 1982, a marqué une évolution fondamentale des rapports

10. La loi du 3 janvier 1972 constitue l'exemple topique d'une loi en avance sur la société, reconnaissant à l'enfant adultérin des droits sur le patrimoine de son géniteur, au détriment des enfants légitimes, issus des « justes noces ».

11. Cf. les ouvrages de Jean Carbonnier cités en bibliographie.

locatifs. C'est aussi dans la loi de lutte contre l'exclusion du 29 juillet 1998, qu'ont été introduites les dispositions réformant les procédures d'expulsion, et modifiés certains éléments de la procédure de saisie immobilière, ou encore qu'a été affirmé le principe d'une politique publique d'accès au droit.

#### DU DROIT DES CONTRATS INDIVIDUELS AUX DROITS COLLECTIFS

Si l'on examine les principaux fondements du droit civil, le domaine qui a sans doute le plus évolué en phase avec la société est celui du droit des contrats, passant d'une conception libérale à la réglementation de la relation contractuelle, dans une conception que l'on pourrait qualifier de « social-démocrate ».

137

La conception libérale du contrat, donnant force de loi à l'accord passé qui n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs s'applique à tous les domaines du droit civil sauf à l'état des personnes. S'inscrivant dans une évolution vers le « tout-contractuel », elle fonde le contrat de travail comme le contrat de location.

La fiction de l'égalité dans la relation entre l'employeur et le salarié, tout comme entre le propriétaire et le locataire, n'a pas longtemps résisté aux réalités. Pour ce qui concerne plus particulièrement l'évolution du droit du travail, la création des syndicats, les conventions collectives, les procédures de négociation ont abouti à un droit où le contrat singulier entre l'employeur et le salarié est encadré par des règles protectrices collectives<sup>12</sup>. Le contrat locatif a quant à lui été non seulement très réglementé, mais encore le droit de propriété lui-même a paru très fortement mis en cause par le Conseil constitutionnel estimant le 19 janvier 1995 que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent était un objectif constitutionnel<sup>13</sup>, ainsi que par la loi du 31 mai 1990 affirmant que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la Nation ». Des décisions de première instance ont même été jusqu'à reconnaître un droit aux « squatters » au nom de ces principes. C'est donc ici le

12. Robert Castel, *Les Métamorphoses de la question sociale, métamorphoses du salariat*, Paris, Fayard, 1995. Cf. aussi « La refondation sociale : plus de contrat, moins de loi », in *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 2712, mai 2001.

13. Hélène Pauliat, « L'objectif constitutionnel du droit à un logement décent : vers le décès du droit de propriété ? » *Dalloz*, 1995, chron. p. 283.

principal pilier du Code civil, le droit de propriété, qui est atteint dans ses fondements mêmes.

Ces tensions qui traversent le droit du logement, tout comme le droit du travail, la discipline généraliste que constitue le droit civil ne peut plus les assumer au nom de principes qui transcenderaient les domaines particuliers de son application. Et il existe désormais bien un droit du travail sur lequel les « civilistes purs » n'ont presque plus aucune prise.

#### DE L'ÉTAT-PROVIDENCE AU JUGE-PROVIDENCE

138 Pour passer du droit du travail au droit social, il n'est qu'à ajouter le droit de la sécurité sociale. Tout le droit social s'est construit contre le Code civil et le principe d'autonomie de la volonté. Là encore, les lois particulières – la législation de 1898 sur les accidents du travail –, les accords collectifs et la jurisprudence sont venus au secours de la partie la plus faible. Le politique a construit progressivement l'État-providence à partir de la Libération<sup>14</sup>. Le législateur a étendu ces dispositifs à des domaines qui ressortissaient auparavant strictement au droit civil, comme la loi Badinter du 5 juillet 1985 facilitant l'indemnisation des victimes des accidents de circulation. Le législateur avait, en l'espèce, pris acte de l'évolution profonde de la jurisprudence de la Cour de cassation en faveur de l'indemnisation pour risque et du déclin de la responsabilité pour faute au profit d'une responsabilité objective.

Le droit civil est passé de l'acte au préjudice, et de l'auteur à la victime, avec une socialisation de sa prise en charge. Ce, par les décisions judiciaires et la création de fonds de garantie ou de dispositifs d'indemnisation des victimes, qui font se demander s'il ne serait pas plus cohérent maintenant d'instaurer une nouvelle branche de la sécurité sociale consacrée aux victimes de certaines infractions et d'accidents collectifs. L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, la volonté de la Cour de cassation d'indemniser même le préjudice d'être né pour une personne handicapée – le célèbre arrêt *Perruche* –, font que nous assistons à la consécration de la société assurantielle et indemnitaire sans en tirer toutes les conséquences, sauf indirectement les conséquences financières pour lesquelles les juges fixent désormais les normes. En

---

14. On renverra ici aux analyses de Pierre Rosanvallon et de François Ewald.

matière de responsabilité, le droit civil ne dit plus la faute mais se contente de la compenser financièrement. De même, il dit de moins en moins la faute en matière de divorce, au profit du constat de l'échec du couple et de la mise en place de mesures prises dans l'intérêt des enfants.

Ce droit civil « civilisé », « compassionnel », ouvre un champ sans limites. Mais l'indemnisation civile, à partir du moment où elle est devenue un droit quasi certain, ne peut suffire à la victime si la responsabilité et la stigmatisation de l'auteur du préjudice ne sont pas clairement affirmées. La compensation financière dans ces conditions ne suffit plus, et, avec l'appui des médias devant lesquels la figure de la victime est devenue emblématique, la revendication va être portée devant le juge pénal. La victimisation balaie la réponse « compréhensive » du droit civil et nourrit la pénalisation.

139

#### DE LA MONTÉE DE L'INDIVIDU AU SYSTÈME CONSUMÉRISTE ET VICTIMAIRE

Pour Olivier Mongin<sup>15</sup>, une « société de droit » s'installe progressivement, dans laquelle le citoyen demande au droit de le reconnaître en tant qu'individu déchargé d'un contrat social à nouer avec d'autres. Ce mouvement s'accompagne d'une très forte désymbolisation du lien, d'une disparition des normes, et d'un brouillage des frontières entre le licite et l'illicite qui favorise la montée d'un climat moralisateur. Le droit consiste de plus en plus à enregistrer des états de fait et non plus à affirmer les valeurs d'un contrat collectif.

Dans *Droit et Passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Jean Carbonnier caractérise le système juridique idéal par trois dominantes : la limitation du nombre des normes juridiques, une distinction claire entre le droit et la morale, une résistance du droit objectif à se laisser pulvériser en droits subjectifs, le tout pour éviter que le droit ne se laisse entraîner par des débats passionnels qui le dénaturent.

Malgré des avertissements du prophète, Olivier Mongin souligne que c'est bien en effet l'inversion de ces trois tendances que l'on constate parallèlement à la puissance nouvelle du droit : « L'individualisation se double d'une montée en force des droits subjectifs ; l'avancée du droit n'est pas sans lien avec une crise des principales institu-

---

15. « Le recours accru au droit : raisons et portée », in *Les Cahiers français*, La Documentation française, n° 288, octobre 1998.

tions productrices de normes; la philosophie des droits de l'individu favorise en retour un climat de victimisation qui se présente comme un élément de moralisation de la justice.»

Le droit civil n'arrive plus à civiliser les individus, à maintenir un lien pour résoudre la plupart des litiges selon un mode apaisé. La pénalisation de la société est la marque d'une régression, par la violence que l'on veut faire subir à l'autre en réparation de son préjudice, malgré d'autres modes de régulation possibles.

#### DROIT CIVIL ET COMMUNAUTARISME, POUR UNE VISION ANTHROPOLOGIQUE DU DROIT

140 Jean Carbonnier a qualifié le Code civil de « symbole du temps arrêté » en faisant remarquer qu'il était le seul des cinq codes napoléoniens à être resté fidèle à son architecture originelle, quoique son contenu eût été considérablement modifié. Comme le Code civil, la figure mythique du peuple législateur fait toujours partie de nos représentations mentales et du droit civil des manuels enseigné aux étudiants<sup>16</sup>. Mais sous l'apparence rationnelle et unitaire du Code civil, derrière ces mythes nécessaires, se cachent bien d'autres réalités. Celle d'une loi préparée dans des bureaux, votée par quelques parlementaires après négociations au sein d'une majorité, et des échanges ou pressions d'un petit nombre. Certains textes s'appliquent à des groupes sociaux portant des revendications et agissant comme autant de lobbies, ainsi qu'on l'a vu ces dernières années pour le PACS, les conjoints survivants ou les débiteurs de prestations compensatoires. Enfin, les recherches sociologiques et anthropologiques sur l'effectivité de l'exercice des droits permettent d'établir combien les citoyens négocient les conséquences juridiques de leurs modes de vie avec les règles existantes.

Ce n'est pas la complexité d'une règle de droit civil qui fait qu'elle est appliquée ou pas, mais d'abord le fait qu'elle est ou non adaptée à la volonté et aux modes de vie des individus. Ainsi en est-il de la déclaration de parenté avant naissance, aux fins d'obtenir l'autorité parentale conjointe, qui a connu un succès grandissant auprès des jeunes générations<sup>17</sup>.

16. Norbert Rouland, *L'Anthropologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1995, 2<sup>e</sup> éd.

17. Francisco Munoz-Perez et France Prioux, INED, « Étude sur le devenir des enfants naturels », réalisée en 1998 pour la Mission de recherche droit et justice.

Plus difficile à aborder est la question de la volonté unificatrice du droit civil du fait du changement fondamental intervenu progressivement dans la structure de la population française *via* les immigrations successives des personnes originaires des anciennes colonies. Le droit civil français est un droit de conquête et les puissances coloniales, la France comme les autres, ont imposé la prééminence de leur droit sur les droits traditionnels, ou, à tout le moins, une « cohabitation » avec le droit coutumier<sup>18</sup>. L'acculturation, au nom du « progrès de la civilisation » a persisté bien après l'indépendance, au nom de « l'influence ».

Cette question se pose aussi aujourd'hui en France, ne serait-ce que parce que tout résident en France a droit à se voir appliquer, par le juge français, son statut personnel, qu'il résulte d'un droit codifié ou d'un droit coutumier, sous réserve de l'atteinte à l'ordre public. Et, par exemple, la répudiation de l'épouse, bien que contestée au nom du principe d'égalité, est prévue dans la convention franco-marocaine du 10 août 1981. Les recherches menées sur l'application du droit de la famille par différentes communautés d'origine étrangère vivant en France montrent aussi combien le droit effectif relatif au mariage, à la filiation, à l'autorité parentale, constitue un compromis permanent entre les stratégies des différents acteurs, selon leurs intérêts respectifs, par-delà la fiction d'un droit civil unificateur<sup>19</sup>.

Cette illustration d'un droit civil « à la carte », utilisé selon des stratégies de groupes sociaux ou d'individus selon un mode consumériste, est confortée par le développement de normes juridiques de plus en plus mouvantes, reformulées par les juges sur le fondement de principes directeurs intégrés dans un système de valeurs européen. Le Code civil dans son architecture a sans doute su résister à l'usure du temps. Le droit civil quant à lui vit une profonde mutation qu'il convient d'anticiper par une refondation de ses principes autour de ceux fixés par le juge européen, sans s'attarder trop sur les regrets d'un droit structuré, construit par un législateur unique sur les valeurs de l'État-nation. La nostalgie du civiliste n'est plus ce qu'elle était...

141

18. Bernard Durand, « Le juge colonial et l'Empire », à paraître aux PUF.

19. Mission de recherche droit et justice (<http://www.gip-recherche-justice.fr>) : « Les étrangers en France au regard du droit de la famille », La Documentation française, 2000.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- Le Code civil, 1804-1904, livre du centenaire*, Paris, Duchemin, 1969, 2 vol.  
André-Jean Arnaud, *Les Juristes face à la société, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.
- Jean Carbonnier, *Droit et Passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996.
- Jean Carbonnier, « Le Code civil », in Pierre Nora, *Les Lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, coll. « quatre », 1997.
- Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969, 10<sup>e</sup> éd. 2001.
- Jean-Paul Jean, « La judiciarisation des questions de société », *Après-demain*, 1997.
- Jean-Paul Jean, « Les réformes de la justice », *Regards sur l'actualité*, Paris, La Documentation française, février 1999.
- 142 Paul Dubouchet, *La Pensée avant et après le Code civil*, Paris, L'Hermès, 1994.
- Jean-Louis Halpérin, *L'Impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.
- Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996.
- Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd. 2001.

R É S U M É

*Peut-on tenter d'évaluer, autour de grandes thématiques, comment le droit civil a évolué sur deux siècles, en phase, en retard ou en avance sur son temps ? Le Code civil constituait en 1804 un ensemble cohérent, centré sur la propriété. La société française est en train de passer, avec une forte accélération ces dernières années, d'un droit étatique structuré, construit par un législateur unique sur des valeurs nationales évoluant selon des majorités politiques et d'idées, à un droit mouvant, de plus en plus créé par les juges sur le fondement de références européennes. Le Code civil ne pouvait que subir de profondes évolutions, malgré les efforts des juristes pour garder sa cohérence, face à la montée tant des droits collectifs que des droits individuels, ainsi qu'à l'émergence de nouvelles catégories sociales et de leurs demandes.*