

# POUVOIRS

---

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

LE CODE CIVIL

N° 107

GÉRARD CORNU L'art d'écrire la loi	5
JEAN-LOUIS HALPÉRIN L'histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ?	11
PHILIPPE RÉMY La part faite au juge	22
FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...)	37
ALAIN BÉNABENT Pénalisation, commercialisation et... droit civil	54
JEAN-PAUL DURAND Code civil et droit canonique	59
MICHEL GRIMALDI L'exportation du Code civil	80
YVES LEQUETTE Vers un Code civil européen ?	97

JEAN-PAUL JEAN ET JEAN-PIERRE ROYER Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles	127
--	-----

**CHRONIQUES****« LETTRE D'ÉDIMBOURG »**

JACQUES LERUEZ Heurs et malheurs de la dévolution : les élections parlementaires du 1 <sup>er</sup> mai 2003 en Écosse	145
---	-----

**REPÈRES ÉTRANGERS**

(1 <sup>er</sup> avril-30 juin 2003) PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT ET CÉLINE HISCOCK-LAGEOT	160
--	-----

**CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE**

(1 <sup>er</sup> mai-30 juin 2003) PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL	166
--	-----

Summaries	183
-----------	-----

ALAIN BÉNABENT, professeur agrégé des Facultés de droit. Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

GÉRARD CORNU, professeur à la Faculté de droit de Poitiers et doyen honoraire de cette faculté, professeur à la Faculté de droit de Paris et professeur émérite de l'Université Paris-II.

FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, professeure de droit privé, doyen de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de l'Université Lille-II. Elle dirige le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé. Elle a présidé en 1999, au ministère de la Justice, une commission de réforme sur le droit de la famille et a rendu un rapport « Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps » (La Documentation française).

4 JEAN-PAUL DURAND, co-directeur du Centre « Droit et sociétés religieuses », Institut catholique de Paris et Université Paris-Sud.

MICHEL GRIMALDI, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris-II). Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française.

JEAN-LOUIS HALPÉRIN, professeur aux Universités Lyon-III et de Bourgogne, puis à l'École normale supérieure, a publié *L'Impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, et *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 2003, 2<sup>e</sup> éd.

JEAN-PAUL JEAN, substitut général près la cour d'appel de Paris et professeur associé à la faculté de droit de Poitiers, a été membre de plusieurs cabinets ministériels et est l'auteur de nombreux articles, rapports publics et ouvrages, dont *La Qualité de la justice*, M.-L. Cavrois, H. Dalle, J.-P. Jean (dir.), Paris, La Documentation française, 2001, et *Barbie, Towvier, Papon: des procès pour la mémoire*, J.-P. Jean et D. Salas (dir.), Paris, Autrement, « Mémoires », octobre 2002.

YVES LEQUETTE, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris-II).

PHILIPPE RÉMY, professeur agrégé de droit privé à la Faculté de droit de Poitiers depuis 1971. Enseigne le droit civil. Articles les plus récents : « Ouverture », in *Les Concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, P. Remy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Paris, Dalloz, 3, 2003 ; « Cent ans de chroniques », *Revue trimestrielle de droit civil*, 665, 2002 ; « Planiol, un civiliste à la Belle Époque », *Revue trimestrielle de droit civil*, 31, 2002.

JEAN-PIERRE ROYER, professeur émérite et doyen honoraire de l'Université Lille-II, a enseigné le droit civil et l'histoire de la justice. Il est membre du conseil scientifique de la Mission de recherche droit et justice. Il a publié de nombreux ouvrages et articles dont *Histoire de la justice en France*, PUF, 2002, 3<sup>e</sup> éd.

## L'ART D'ÉCRIRE LA LOI

**O**N AURAIT ENVIE DE DIRE l'art d'écrire la loi est l'art d'écrire. Mais il en est mille et une façons. Il faut du talent pour plaire avec des idées creuses. Dans l'empyrée des Lettres, philosophes, essayistes, conteurs, poètes, critiques, romanciers fleurissent à tout vent, non parce que chacun abonde en son genre, mais parce que chacun le cultive à sa manière. Quel modèle ? Quel genre ? Il n'y a que des auteurs.

5

Pourtant, le législateur n'est pas du côté de ceux qui ont l'art d'écrire pour écrire ou qui savent, pour notre plaisir, écrire n'importe quoi. Il est avec ceux qui ont quelque chose à dire et qui écrivent pour le dire. Avec eux, l'art d'écrire devient l'art de penser. Mais pour en venir où ? Nous sommes renvoyés à la réflexion. Qu'avant de légiférer le législateur réfléchisse au besoin, aux moyens et aux conséquences de son acte. Le conseil est bon. Mais il nous laisse, perplexes, au bord de l'abîme qu'il ouvre.

Au lieu de s'aventurer à dire comment il faudrait écrire la loi, on s'instruirait volontiers à considérer comment elle est écrite dans nos textes, en consultant, à l'ancienneté, celui dont on célèbre par avance le bicentenaire, le Code civil de 1804 qui est, en effet, entre toutes les lois encore en vigueur, le corps de droit le plus ancien.

Or ce livre où l'on cherche des exemples fourmille aujourd'hui de contre-exemples. Dans sa teneur actuelle, le Code est encombré de détails et de dispositions compliquées. Sans doute n'est-ce pas le fait de toutes les lois postérieures dont certaines l'ont enrichi et même rénové. C'est le méfait de textes mal préparés. Voyez le fatras de l'article 515-7, les circonlocutions de l'article 311-21, les méandres de l'article 377-1, petit échantillon de textes gauches et maladroits dont

on ne voudrait pas citer même un extrait. Et maintenant, relisez : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (a. 1134); « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété » (a. 545); « La bonne foi est toujours présumée » (a. 2268); « On ne peut engager ses services qu'à temps » (a. 1780), et il suffit que l'un commence : « Tout fait quelconque de l'homme... » pour que tout autre achève de mémoire l'article 1382.

Esthétisme ? Quelle démarche formelle aurait opéré ces inscriptions mentales ? Une idée règne sur chaque disposition et en fait un principe, autonomie de la volonté, respect de la propriété, principe de bonne foi, liberté individuelle. Mais, en vérité, les matières les plus techniques portent modestement les mêmes marques de concision et de précision. À feuilleter les « petits contrats », prêt, mandat, dépôt, tout est dit simplement. La loi est limpide. Que chacun pioche où bon lui chante, c'est l'impression qui domine. Il y a de l'émerveillement à ouvrir le Code, dans son édition originale et seule officielle de 1804, sous son maroquin vert, vierge de toute note, de toute référence, de toute adjonction, et à lire d'un trait l'enchaînement des articles.

Quel est son secret ? La clarté ? Mais quelle intelligence produit la clarté ? Quelle pensée la lumière ?

On ne lèvera pas ce mystère, mais on peut interroger le Code sur l'écriture de la loi.

Et, d'abord, pour qui la loi est-elle écrite ? Qui est censé la lire ? À quel destinataire potentiel le législateur s'adresse-t-il ? La loi s'adresse à tous puisque nul n'est censé l'ignorer. C'est la conviction de Bentham et, en France, la maxime du droit. Le discours officiel est à l'accessibilité de la loi. Pourtant, cette visée idéaliste paraît à beaucoup chimérique. Dans le monde anglo-saxon, on incline à penser que la loi s'écrit en fonction de ceux qui l'appliquent. Le dialogue avec le juge et l'administration induit la rédaction des lois. Celles-ci parlent à ceux qui ont mission de les interpréter et de les faire observer. Au vrai, il n'est pas sûr que l'opposition des thèses soit si tranchée. En France aussi la critique des lois instaure un dialogue entre ceux qui les font et ceux qui les commentent. Mais surtout, faut-il choisir, une fois pour toutes, entre les citoyens et les interprètes ?

Lorsqu'un article du Code énonce : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent » (a. 537); « Tout propriétaire peut clore son héritage » (a. 647); « Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente » (a. 1654); « Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée » (a. 1877), les profanes

comprennent autant que les initiés. Quant au contraire la loi règle les privilèges (a. 2101), la subrogation légale et conventionnelle (a. 1250 s.); la rescision de la vente immobilière pour cause de lésion de plus de sept douzièmes (a. 1674), quand elle définit les conditions casuelles ou potestatives, suspensives ou résolutoires (a. 1169 s.), la novation (a. 1271), la délégation de créance (a. 1275), la compensation (a. 1289), c'est à l'intention des professionnels du droit qu'elle marque les arêtes de ces notions techniques de précision. Et voici un premier signe de l'art. Discerner ce qu'il est possible et nécessaire d'expliquer à tous et ce qu'il faut bien enchâsser dans un vocabulaire de rigueur. L'art est de varier le ton, en faisant une juste place au message populaire et à la formulation savante. Le Code excelle en ce discernement. Comme il est écrit en d'autres perspectives : « [La loi] parle tantôt d'une manière, tantôt d'une autre » (Jb 33, 14). Pascal n'eût sans doute pas rejeté cette finesse.

7

Cependant, n'y aurait-il pas, sous un autre rapport plus radical, de véritables règles de l'art ? Le législateur ne serait-il pas, en toutes circonstances, tenu de parler en législateur, en souverain ? L'art d'écrire la loi ne serait-il pas dans l'entière soumission de celui qui l'édicte à sa fonction ? L'art législatif n'est-il pas sous la loi de la fonction législative ? Le juge raisonne et tranche; la loi dispose, elle érige une règle, elle parle en général, « elle statue sur tous »<sup>1</sup>. C'est son apanage. Quand Portalis proclame : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences<sup>2</sup>... », il devient évident que l'art législatif n'est pas un art formel mais, fondamentalement, un art de concevoir, une aptitude à saisir l'essentiel, élan qui emporterait tout le reste, comme si, le génie normatif produisant son langage, la hauteur des vues de la loi lui donnait d'exprimer beaucoup de choses en peu de mots. Ainsi, en législation comme en fait d'adages, l'économie serait tout à la fois le fruit de la sagesse et la loi de l'écriture.

Quel défi cependant en cette fin sublime. Quel idéal lointain. N'irions-nous pas de perplexité en perplexité ?

En revenant au Code civil, on voit qu'il a néanmoins relevé le défi, non seulement en frappant en maximes un palmarès de règles (dont on a cité des exemples), mais en suivant le conseil de Portalis. « Dans cette immensité d'objets divers qui composent les matières civiles... c'est

1. Portalis, *Discours préliminaire*, Loché, t. 1, p. 264, n° 16.

2. *Eod. loc.*, p. 258, n° 9.

à la jurisprudence que nous abandonnons... tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger<sup>3</sup>. » Le Code sait renvoyer à la jurisprudence ainsi qu'à la coutume ou à la raison. Quand il interdit aux particuliers de déroger, dans leurs conventions, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (a. 6), il ouvre au juge deux amples carrières. S'il établit lui-même des présomptions (a. 1350), il a la sagesse d'abandonner les autres aux lumières et à la prudence des magistrats (a. 1353). On admire l'article 1134. Lorsqu'il fait référence à « toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », vastes ouvertures, l'article 1135 mérite même hommage, et même citation le renvoi aux « principes de l'équité naturelle » (a. 565). On ne créditerait pas le Code d'avoir prévu que le premier alinéa de l'article 1384 deviendrait la base d'une jurisprudence gigantesque, prouesse de l'interprétation littérale, mais ce fabuleux destin devient un vœu ou un rêve. Il serait bon qu'il y eût dans une loi les germes d'un dépassement de la loi.

8 Semblablement, le renvoi aux lois spéciales, aux règlements particuliers, aux exceptions est une autre façon de montrer l'essentiel en affirmant le droit commun. « Toute personne peut contracter, *si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* » (a. 1123). « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu que...* » (a. 544). Le « *si ce n'est* » de l'article 545 prend la même valeur. Ces réserves ne sont ni des facilités ni des faiblesses. Une restriction renforce la règle qu'elle écorne. L'art de l'exception est de rehausser le principe.

Plus généralement mais plus banalement aussi, le Code civil, comme tout corps de lois, est porté par son genre littéraire. Il s'écrit article par article. Que le fond du droit passe à cette forme est de la poésie (au pied de l'étymologie). L'écriture y a son creuset. Un article, une idée, une phrase. Cet idéal n'est pas toujours accessible. Aussi bien le Code sauve-t-il souvent l'unité d'une disposition en mariant au sein d'un même article le principe et l'exception, l'exigence de fond et la condition de forme, la norme et l'exemple, etc., par le jeu des alinéas. Mais ceux-ci sont, en général, légers et nerveux. C'est un effet de son art.

Il en est bien d'autres. Laissons ici les secrets de chancellerie, encore que la science du point-virgule ne soit pas méprisabile, tout

---

3. *Ibid.*, p. 265, n° 18.



comme la grammaire. Mais il n'y a pas de recettes. On ne codifie pas l'alchimie de l'écriture.

En définitive, l'art d'écrire la loi conserve son mystère parce qu'il résulte de l'histoire, de la culture et de la langue.

Il a fallu plus que des générations, des siècles, pour écrire « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » (a. 371), « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari » (a. 312), ou, fulgurant raccourci, « En fait de meubles, la possession vaut titre » (a. 2279). La tradition roule ses diamants, et l'invention continue. S'il est écrit : « la prescription *court...* » (a. 2251), « les transactions *se renferment* » (a. 2048), « *Il n'y a pas* de mariage lorsqu'il *n'y a point* de consentement » (a. 146), « *l'enfant naturel entre* dans la famille de son auteur » (a. 334 anc.), si la *communauté de vie*, avec sa charge symbolique, a supplanté la cohabitation, c'est parce que celui qui a choisi ces mots justes, ayant Ronsard en lui, le dit à des oreilles qui l'ont en partage. Car il y aurait bien d'autres façons de dire les mêmes choses, sous un tour plus abstrait, plus neutre, passe-partout.

C'est ici que le langage juridique vient à la langue naturelle qui le porte et qui le nourrit. Un langage du droit – qui n'est pas une langue – n'est que l'usage particulier d'une langue idiomatique, et s'il y introduit quelques marques particulières de vocabulaire ou de tournure, c'est au sein de la langue qu'il puise ses ressources, ses nuances, ses façons de parler, le réseau de ses connotations et même ses silences puisqu'il appuie ses non-dits sur ses sous-entendus (s'il est vrai que l'art d'écrire est aussi celui de se taire). L'écriture de la loi est idiomatique. Les traducteurs font des prouesses. On attendra toujours davantage de leur savoir pour faire passer en plusieurs langues toutes les dispositions instrumentales du droit inter ou supra-étatique, trans ou international. Mais il s'agit justement d'un droit instrumental. Les textes symboliques sont sous le sceau d'une autre exigence. Le Code civil d'un pays ne peut recevoir sa teneur originale que de sa langue native. Il est pensé, il est écrit dans la langue du lieu. On le dira du Code de tous les États. On le dira aussi, en France, de son Code civil. Qui voudrait arracher sa langue à ce droit ? Que chaque pays, en son génie, cultive pour son droit le jardin de ses Lettres.

R É S U M É

---

*L'art d'écrire la loi n'a pas de loi. On ne codifie pas l'alchimie de l'écriture. Les dispositions récentes qui déparent le Code civil montrent seulement que les artistes sont rares. Mais le Code lui-même, dans sa fraîcheur origininaire et la refonte des années 1964-1975, laisse voir certains des secrets de son art, varier le ton populaire et savant, s'élever à des maximes en forme d'adages, renvoyer à la jurisprudence, à la coutume, à la raison, ne dire que l'essentiel au creuset de l'écriture par article. La source est profonde. L'art d'écrire la loi est artisanal. En chaque pays, il est historique, culturel, idiomatique. C'est par leur complicité linguistique que le législateur et les citoyens s'entendent. Comme l'architecture, et non sans lien, l'écriture de la loi est la signature d'un peuple.*

L'HISTOIRE  
DE LA FABRICATION DU CODE  
LE CODE : NAPOLÉON ?

PAR LE DÉCRET DU 3 SEPTEMBRE 1807, à l'occasion d'une seconde édition provoquée essentiellement par l'introduction des majorats, le *Code civil des Français* promulgué sous ce titre le 30 ventôse an XII (21 mars 1804) fut rebaptisé officiellement *Code Napoléon*. Il s'agissait, selon Bigot de Préameneu qui présenta ce décret, d'un « hommage rendu par la vérité à celui à qui ce grand ouvrage doit sa naissance, à celui qui, dans le plan général comme dans ses principales dispositions, y a imprimé les traits impérissables de son génie prévoyant et créateur<sup>1</sup> ». L'empereur, à n'en pas douter, attachait le plus grand prix à cette décision. À Sainte-Hélène, il affirma encore : « Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles : Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil<sup>2</sup>. » En écho à cette appropriation du Code par Napoléon, le sculpteur Simart, qui réalisa sous la monarchie de Juillet le relief sur le Code civil autour du tombeau des Invalides, fit inscrire cette phrase de Napoléon : « Mon seul code par sa simplicité a fait plus de bien en France que la masse de toutes les lois qui m'ont précédé<sup>3</sup>. » Jusqu'à nos jours – en passant par Marx, les féministes du début du XX<sup>e</sup> siècle et les caricaturistes les plus récents –, le Code civil est resté attaché au nom de Napoléon<sup>4</sup>. Pour l'historien du droit, cette situation

11

---

1. Pierre Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. I, p. CXXIX.

2. Charles François Tristan de Montholon, *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, Paris, 1847, t. I, p. 401.

3. André Palluel, *Dictionnaire de l'Empereur*, Paris, 1969, p. 244.

4. Le Code civil étant le code par excellence, le phénomène a affecté dans une moindre mesure le Code pénal de 1810, par ailleurs remplacé en 1992 ; pourtant, le texte de Marx cité

n'a rien d'exceptionnel à première vue : nous parlons du Code Justinien ou du Code Léopold et, même s'ils sont restés à l'état de projet, du Code Frédéric en Prusse ou du *Codex Theresianus* en Autriche. Pendant longtemps la codification a été considérée comme l'œuvre du souverain. Non seulement il s'agissait d'honorer le prince sous le règne duquel la codification avait eu lieu – selon un principe que l'on pourrait résumer par la formule *cujus regnum, ejus opus* –, mais aussi de reconnaître la part qu'avaient eue ces « grands » monarques dans l'élaboration du Code. Autant il est incontestable que Justinien a eu un rôle déterminant dans la plus célèbre des compilations juridiques, autant il est indéniable que Napoléon a tenu une place de premier plan dans l'entreprise de codification du droit civil français.

12 Pendant plusieurs décennies, notamment dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, l'historiographie s'est intéressée à la question de la participation personnelle de Bonaparte aux travaux préparatoires du Code civil<sup>5</sup>. Partant du constat que le Premier Consul avait présidé 55 des 107 séances du Conseil d'État consacrées à la discussion du projet de code et qu'il était intervenu à de très nombreuses reprises – comme l'attestaient les mémoires de nombreux témoins, puis les recueils de Fenet et Loqué –, des chercheurs s'étaient efforcés de mesurer l'impact des prises de position de Bonaparte sur la rédaction du Code civil. Le débat portait essentiellement sur les questions du divorce et de l'adoption, pour lesquelles le futur empereur aurait eu un intérêt personnel et familial, se faisant pour ainsi dire juge et partie. Cette problématique a, sans aucun doute, vieilli : nous sommes aujourd'hui plus sensibles aux forces agissantes et aux facteurs multiples qui sont intervenus dans le choix des règles du Code civil sur le divorce et l'adoption et nous savons que Bonaparte n'a pas, à lui seul, dicté ces dispositions. Même si l'enquête sur la part prise par le Premier Consul a pu être systématiquement reprise par un travail récent en allemand<sup>6</sup>, l'intérêt des historiens du droit s'est manifestement éloigné de ce terrain. À juste titre selon nous car ce terrain circonscrit est assez stérile : il ne fait pas de doute que Napoléon n'est pas l'auteur du Code civil. Il n'est pas le législateur qui a voté les trente-six lois composant le Code : c'est le

---

plus loin concernait en réalité le Code pénal et des caricatures récentes ont mis en parallèle les derniers changements apportés au Code pénal avec la figure du Code Napoléon.

5. René Savatier, *L'Art de faire les lois. Bonaparte et le Code civil*, Paris, 1927 ; Pierre Villeneuve de Janti, *Bonaparte et le Code civil*, Paris, 1934.

6. Eckhard-Maria Theewen, *Napoleons Anteil am Code civil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991.

Corps législatif qui, d'un point de vue positiviste, a édicté ces normes. L'on sait, bien sûr, que le « corps des muets » n'avait guère le choix, il ne pouvait amender les propositions dont le gouvernement avait seul l'initiative et tout fut fait par Bonaparte, avec « l'épuration » des assemblées en l'an X, pour que ne se reproduise pas l'épisode du rejet d'un texte après la mésaventure du titre préliminaire. Bonaparte n'est pas non plus le rédacteur des articles dont le Code est constitué. La codification est, sauf exceptions comme celle d'Huber en Suisse, une œuvre collective et, quels que soient les discours officiels à ce sujet, un travail de juristes. Ce n'est pas Napoléon qui a écrit les articles 544, 1134 et 1382 du Code ! Enfin, le Code civil a comme toute loi un « législateur sociologique » qui ne peut s'identifier à une seule personne. Relisons ce qu'écrivait Marx en 1849 : « Voici dans ma main le Code Napoléon. Il n'a nullement produit la société bourgeoise, c'est plutôt la société bourgeoise, née au XVIII<sup>e</sup> siècle et développée au XIX<sup>e</sup> siècle, qui trouve simplement dans le Code une expression légale <sup>7</sup>. »

13

Ces arguments suffisent-ils à dire que toute réflexion est désormais vaine sur les rapports entre Napoléon et la fabrication du Code civil ? Nous ne le croyons pas, car l'historiographie récente a montré tout le prix qui pouvait être retiré d'études sur le contexte politique, idéologique et social de la codification. Depuis les travaux de Xavier Martin <sup>8</sup>, nous savons que le Code est plus autoritaire que libéral et plus patriarcal qu'individualiste. La question se pose si le Code a été « napoléonien » et, d'abord, de déterminer jusqu'à quel degré le régime napoléonien a marqué la fabrication du texte. Dans la mesure où le lien entre le Code civil et Napoléon a été revendiqué jusqu'à nos jours, nous pouvons aussi nous interroger sur la fabrication de l'image du Code, c'est-à-dire sur la portée du discours qui forme le syntagme « Code Napoléon », en passant de l'histoire de l'entreprise codificatrice à celle du processus d'application du Code <sup>9</sup>.

I. S'agissant de la fabrication du texte, le concept de « Code Napoléon » peut se comprendre de plusieurs manières : dans le rapport avec le droit révolutionnaire auquel les rédacteurs du Code ont prétendu

7. Karl Marx, *Œuvres politiques*, Paris, La Pléiade, 1994, t. I, p. 171.

8. Nous renvoyons à son ouvrage *Nature humaine et Révolution française*, Bouère, 1994, pour une plus ample bibliographie.

9. Pio Caroni, « La storia della codificazione et quella del codice », *Index*, 29, 2001, p. 55-81.

s'opposer dans une dialectique qui est celle du pouvoir napoléonien, ou dans l'appréciation de l'empreinte de Bonaparte sur les principales orientations du Code.

14 En dépit d'un rapide hommage aux travaux de Cambacérès, les rédacteurs du Code civil ont voulu se démarquer du droit révolutionnaire et affirmer l'originalité de leur œuvre par rapport aux projets antérieurs. La présentation faite par Portalis dans le Discours préliminaire au projet de l'an IX est célèbre pour avoir combiné une critique violente de l'esprit révolutionnaire et une apologie de « la plus solennelle transaction » entre les différentes sources du droit français. La Révolution a été jugée impropre à produire un code civil, en raison des circonstances – « un bon Code civil pouvait-il naître au milieu des crises politiques qui agitaient la France ? » – et d'une idéologie qui aurait sacrifié tous les droits à un but politique – avec cette formule de Portalis qui préfigure Lénine, « tout devient droit public ». En tenant compte de l'expérience du passé, les codificateurs auraient attaché plus de prix aux maximes du droit romain et aux règles de l'ancien droit qu'à l'héritage révolutionnaire. Cette vision, qui s'accompagne d'accents contre-révolutionnaires chez un Portalis qui avait été banni par le 18 fructidor an V, s'appuie sur plusieurs manifestations d'une rupture avec la codification révolutionnaire : quant à la forme, la préparation par une commission gouvernementale qui laisse un rôle mineur aux assemblées et, pour le contenu, l'abandon des normes révolutionnaires sur le divorce, les enfants naturels, les successions, la rescision pour lésion et les hypothèques. Le Code serait redevable de ce virage réussi à Bonaparte, le « héros » qui « anime tout par son génie » et permet que « la France respire », selon les propres termes de Portalis dès 1801.

Tout n'est pas à rejeter dans cette argumentation, notamment le lien entre l'aboutissement de la codification et le contexte de « stabilité » du Consulat, mais l'idée d'un Code napoléonien qui tournerait le dos à la Révolution n'est plus soutenable. Le Premier consul n'a pas repris une institution remontant à l'Ancien Régime, il a réorienté un processus de codification qui est inséparable de la Révolution, de la fin de la société d'ordres, de l'exaltation de la loi uniforme et des projets élaborés de 1793 à 1799. Non seulement Bonaparte s'est appuyé sur une idéologie codificatrice qui, en France, a été portée par la Révolution – et non par une monarchie absolue qui n'a jamais soutenu sérieusement un tel dessein –, mais les codificateurs ont travaillé sur les textes de l'époque révolutionnaire qui ont formé leur source la plus directe. Environ 200 articles du Code de 1804 se trouvaient déjà, par-

fois mot pour mot, dans le troisième projet de Cambacérès présenté en 1796. Ce noyau révolutionnaire porte sur des matières aussi variées que l'état civil, le mariage, l'adoption, l'acquisition de la propriété, l'ordre successoral, la location, la société, le prêt, le mandat, la compensation ou les quasi-contrats. Les analyses qui ont relevé depuis longtemps l'emprunt de nombreuses formulations à Pothier négligent trop souvent de mentionner que le professeur orléanais n'avait jamais envisagé une codification du droit civil français et que le tri opéré dans son œuvre a été réalisé pour l'essentiel par Cambacérès. Aux articles recopiés dans les trois projets de 1793, 1794, 1796, il faut ajouter les expressions qui sont dans la lignée des propositions faites sous la Révolution – les articles 544, 1134 et 1382 ont développé les articles 415, 711, 714 et 745 du troisième projet Cambacérès –, le maintien d'un nombre important d'orientations présentes dans ce dernier travail de Cambacérès – le mariage civil, l'incapacité de la femme mariée, le droit subjectif de propriété, la liberté contractuelle –, ainsi que les choix opérés dès 1793 sur les limites de la codification (civile et non générale comme en Prusse) et le plan (tripartite selon les modèles élaborés depuis l'École du droit naturel moderne).

15

Nul ne conteste que le Code de 1804 s'oppose aux lois des années 1792-1794 – sur le divorce, la puissance paternelle, les enfants naturels et les successions –, mais la réaction, qui porte pour l'essentiel sur le droit de la famille, a été amorcée sous la Révolution elle-même, après le 9 thermidor. Les travaux récents ont insisté sur ce tournant thermidorien qui, au-delà de quelques inflexions législatives, s'est manifesté dans les débats des assemblées, dans le troisième projet Cambacérès et dans les projets « privés » élaborés pendant le Directoire. Au projet Jacqueminot, connu partiellement depuis le recueil Fenet, les recherches de Stefano Solimano ont ajouté à notre connaissance un projet Target en 272 articles (1798-1799) qui représente à bien des égards le maillon manquant dans la chaîne des textes marquant le reflux des idées égalitaires de l'an II, depuis les lendemains de la chute de Robespierre jusqu'à l'arrivée au pouvoir de Bonaparte<sup>10</sup>. Réévaluer la part révolutionnaire du Code ne signifie pas nier le rôle de la volonté du Premier Consul, mais nous amène à faire preuve de prudence dans l'examen des rapports entre le texte et le contexte de la codification.

---

10. Stefano Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milan, Giuffrè, 1998.

Le contexte du « grand Consulat » a été présenté, déjà dans les discours de Portalis et des juristes du régime, comme particulièrement favorable à la réussite de la codification. Parmi les facteurs « externes » sur lesquels Bonaparte a eu une indéniable influence, l'on a pu citer la stabilité gouvernementale, la réconciliation nationale, la centralisation fondée sur l'uniformité de la loi, la réforme monétaire, la reconnaissance dans le droit électoral de la position des notables, le Concordat et le rétablissement du culte ou encore le ralliement des « hommes de loi » à un pouvoir qui les a flattés et récompensés.

16 Bonaparte a, sans aucun doute, tenu une place dans la mise au point définitive des grandes orientations du Code civil entre l'avant-projet rédigé par la commission gouvernementale en l'an IX et le vote des textes de lois par le Corps législatif. Une grande partie des choix opérés par les codificateurs se trouvaient déjà dans le projet de Tronchet, Portalis, Maleville et Bigot de Préameneu qui avaient eux-mêmes repris de nombreux éléments à Cambacérès, à Jacqueminot et à Target. Dans le domaine du droit de la famille, le projet de l'an IX accentuait la réaction déjà présente dans ces ébauches, notamment à propos de la correction paternelle. Il était encore plus contre-révolutionnaire dans la mesure où il ignorait l'adoption et restreignait le divorce à des causes déterminées. Sur ces deux questions, l'on sait que Bonaparte est intervenu auprès du Conseil d'État et qu'il a approuvé le rétablissement de l'adoption comme celui du divorce par consentement mutuel. Dans les deux cas, cependant, le Premier Consul conjugua ses efforts avec ceux du Tribunal de cassation – dont les observations reflétaient à nouveau l'influence de Target – et de nombreux conseillers d'État, notamment Emmercy pour le divorce et Berlier pour l'adoption. Il a été clairement démontré que les objectifs personnels du futur empereur – qui pouvait déjà songer à se dispenser du respect de la législation civile, comme il le fit pour son divorce avec Joséphine – n'ont pas été déterminants dans l'organisation de ces institutions. Ainsi, en matière d'adoption, Bonaparte avait d'abord soutenu l'idée d'une adoption « politique » décidée par le Corps législatif<sup>11</sup>. Le Premier Consul a plutôt accompagné que provoqué ces inflexions du droit familial et, sur d'autres sujets, ses opinions n'ont pas triomphé : sur la nationalité, il a dû céder à la majorité du Conseil d'État réfractaire à une extension du *jus soli* et, sur les successions, il n'a pas réussi à se faire entendre quand il a exprimé la

---

11. E.-M. Theewen, *op. cit.*, p. 147-148.



crainte d'une « trop grande subdivision » des « fortunes modiques ». Reconnaissant l'ascendant des juristes, en particulier de Tronchet<sup>12</sup>, Bonaparte n'a pas cherché à imposer ses vues sur les dispositions particulières du Code, en pensant peut-être que l'essentiel n'était pas dans ces « détails », mais dans la facture « napoléonienne » de l'ensemble.

II. La distinction entre domaine politique et domaine civil a été historiquement le premier argument avancé pour soutenir l'adéquation du Code avec le régime de Napoléon. L'idée que le Code civil aurait permis au Premier Consul puis à l'empereur de concéder – ou de paraître concéder – une forme de liberté civile pour imposer une absence de liberté politique trouve son origine dans l'analyse de Tocqueville. Après avoir montré comment pouvaient cohabiter la tyrannie étatique et l'individualisme égalitaire – quand chaque homme est poussé à « se retirer à l'écart avec sa famille et ses amis » pour ne pas revendiquer de participation à la « grande » société –, l'auteur de la *Démocratie en Amérique* a noté que les règles successorales du Code civil permettaient « que quelques principes populaires régissent les biens et gouvernassent les familles, pourvu qu'on ne prétendît pas les introduire dans la direction de l'État<sup>13</sup> ». Cette interprétation du Code Napoléon peut s'appuyer sur quelques phrases de Portalis, que Tocqueville avait manifestement lues et méditées : les lois civiles auraient consolé « chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande ».

Cette explication se situe, selon nous, à plusieurs niveaux. Si elle rappelle l'importance de la distinction entre droit civil et droit public, elle éclaire bien des dispositions du Code civil – la différence faite entre la qualité de Français et la citoyenneté française (art. 7 et 8) –, mais n'en souligne guère la singularité napoléonienne. Cette séparation des lois et des droits est authentiquement révolutionnaire et se trouve parfaitement explicitée dans les discours de Sieyès dès 1789. S'il s'agit de faire penser que le régime napoléonien a été indifférent aux lois civiles, faute d'incidence de ces dernières sur le régime politique, il est évident que l'explication ne tient pas : Portalis, reprenant Bacon, a clairement rappelé que « le Code civil est sous la tutelle des lois politiques ; il doit leur être assorti ». Loin de l'indépendance entre une sphère publique

17

12. *Le Mémorial de Sainte-Hélène* par le comte Las Cases, Paris, La Pléiade, 1956, t. I, p. 593.

13. *De la démocratie en Amérique*, II<sup>e</sup> partie, ch. II, et III<sup>e</sup> partie, ch. VIII.

et une sphère privée, le Code de 1804 apparaît plutôt comme un moyen de gouvernement pour donner l'illusion d'une concession « libérale » – le terme est plusieurs fois utilisé à l'époque dans ce sens – à des citoyens transformés en sujets d'un régime despotique.

Si la thèse de la distinction des deux domaines, politique et civil, ne tient pas, faut-il accepter celle de la dépendance absolue du Code civil à l'égard du pouvoir napoléonien ? Les travaux de Xavier Martin ont démontré ce qu'avait voulu et obtenu le chef de l'État : une puissance paternelle à l'image de celle du père de la Nation, mais soumise à la tutelle étatique, un encadrement familial qui serve de relais à l'autorité du souverain, une propriété et une liberté contractuelles confortées sous la surveillance de la puissance publique. Cependant, dans le contenu du Code civil, il y a aussi une partie du message révolutionnaire, comme l'avait déjà noté le juriste allemand Lassaulx en 1812<sup>14</sup> : la sécularisation du mariage et de l'état civil, la liberté des cultes et l'on pourrait même dire l'absence de Dieu, l'égalité de principe des citoyens (au moins mâles et majeurs, avec la seule exception de la défaveur marquée aux ouvriers par l'article 1781), la consécration de l'abolition de la féodalité par l'interdiction des servitudes personnelles ou des rentes irrachetables, l'égalité dans les successions *ab intestat*. S'il ne fait pas de doute que les ressorts autoritaires du Code, notamment dans le droit de la famille, servaient les desseins politiques du césarisme, plusieurs des orientations de la codification n'étaient pas consubstantielles au régime napoléonien. L'exemple bien connu des majorats et de la célèbre lettre de Napoléon à son frère Joseph, l'invitant à combiner les dispositions successorales du Code avec les fidéicommissaires pour détruire les oppositions et consolider les soutiens, est finalement à double tranchant. Il démontre, à n'en pas douter, l'instrumentalisation du Code civil par l'empereur qui s'en sert cyniquement comme moyen d'asseoir sa domination. Mais, en même temps, il indique que le Code devait être, au gré des politiques impériales, complété ou modifié. Dans le même esprit opportuniste, Napoléon pouvait paraître prêt en 1806 à renoncer à l'introduction du divorce à Naples et affirmer en 1808 qu'aucune concession n'était envisageable sur la « règle la plus importante » du Code.

L'identification du Code et du pouvoir napoléonien bute, selon nous, sur deux difficultés majeures. Il nous paraît, d'abord, difficile

---

14. Franz von Lassaulx, *Introduction à l'étude du Code Napoléon*, Paris, 1812, p. 280-281.

d'assimiler la codification civile à une idéologie éclectique, pour ne pas dire évanescence. Le régime napoléonien, qui s'était démarqué des Idéologues pour finalement les évincer totalement, a précisément joué de l'ambiguïté d'un État sans idéologie. Ensuite, en revenant au rôle des juristes dans l'élaboration des clauses générales et des formules techniques, certains articles du Code civil parmi les plus importants – nous pensons au triptyque 544, 1134 et 1382 – sont le résultat d'une alchimie complexe, intégrant diverses influences et, que les rédacteurs du Code l'aient ou non voulu, laissant la porte ouverte à des interprétations flexibles, y compris dans le sens du libéralisme. Sans négliger la part du politique, il est impossible de réduire à néant celle de la pensée juridique, c'est-à-dire de la tradition – en l'occurrence celle du droit français et de la doctrine jansénisante – et de la perméabilité relative des rédacteurs à des courants contemporains, sous la forme par exemple du « pré-libéralisme » de Portalis nourri des Physiocrates et un peu d'Adam Smith.

19

De même que le Code civil n'a pas été déterminé exclusivement par le dessein politique de Napoléon, son image fabriquée en grande partie par la légende napoléonienne n'en a pas été complètement prisonnière. Les intentions de l'empereur et l'habileté de sa propagande sont hors de doute. Quand il a suscité le nouveau titre du Code et les honneurs accordés au génial législateur, quand il a cherché à décourager toute atteinte doctrinale à la simplicité du Code par des commentaires trop nombreux ou trop portés à l'interprétation<sup>15</sup>, quand il a voulu imposer la codification française aux États vassaux en prétendant diffuser le message révolutionnaire et en acceptant parallèlement des concessions à l'égard des droits féodaux, Napoléon a travaillé activement à donner l'image d'un Code parfait offert en exemple à tous les peuples. Et, pour couronner cette œuvre, il a choisi à Sainte-Hélène de présenter le Code comme la part la plus importante de son héritage, poussant l'audace jusqu'à dénier toute entreprise impérialiste dans l'extension d'un code qualifié d'« européen »<sup>16</sup>.

Napoléon a ainsi travaillé à faire du Code civil un modèle et un titre de gloire pour tous les Français de génération en génération. Il a été, sans aucun doute, le premier acteur de la réussite de l'accultura-

---

15. C'est la fameuse phrase attribuée à Napoléon, « Mon code est perdu », à propos de la publication des premiers commentaires, une idée que l'on retrouve dans *Le Mémorial de Sainte-Hélène, op. cit.*, t. II, p. 153.

16. *Ibid.*, t. II, p. 345.

tion du Code, de cette fierté nationale que Gierke aurait bien voulu communiquer aux Allemands à l'égard du BGB. Reconnaissons pourtant que l'empereur n'a pas été le seul à forger ce code emblématique. Louis XVIII y a sa part, lorsqu'il a accepté – faut-il y voir l'influence de conseillers comme Beugnot ? – de maintenir le Code civil en rétablissant son titre primitif « souillé du nom de Napoléon ». Louis-Napoléon Bonaparte a entretenu la flamme en rappelant dès la proclamation du 14 janvier 1852 la pérennité du Code à nouveau attribué à Napoléon I<sup>er</sup> par le décret du 27 mars 1852. Les républicains, dont certains avaient dénoncé la « contre-révolution au cœur même de la société civile », ont abandonné la lutte en omettant d'abolir officiellement ce décret en 1870. Les civilistes pratiquant la méthode exégétique ont aussi leur responsabilité dans la sacralisation du Code et dans l'exaltation de ses qualités. Et c'est finalement la société française, en appliquant le Code sans grandes résistances, qui l'a consacré comme un pilier du patrimoine national. Sous le manteau impérial, le Code a été vénéré alors même qu'il était de moins en moins napoléonien : sans le divorce jusqu'en 1884 (y compris sous Napoléon III alors infidèle à son oncle), puis avec une famille progressivement redéfinie autour de l'intérêt des enfants et de l'émancipation de la femme mariée, enfin par l'adaptation constante à travers la jurisprudence des règles relatives à la propriété, aux contrats ou à la responsabilité. En 1904, les féministes pouvaient encore critiquer l'autoritarisme du Code en associant la figure de Napoléon à l'incapacité de la femme mariée. En 2004, que nous reste-t-il du Code Napoléon ? Pour le texte, un peu plus de la moitié des articles du Code civil dans leur forme primitive mais débarrassés de toute empreinte du régime napoléonien. Et, pour l'image, le souvenir d'une gloire un peu passée et de moins en moins ressentie par les citoyens. Sans mentir à l'histoire, nous pouvons donc célébrer le bicentenaire de ce qui a été le *Code civil des Français*, et par un ultime clin d'œil à Napoléon, rêver au code européen qu'il appelait de ses vœux à Sainte-Hélène.

R É S U M É

---

*Si le débat sur l'influence personnelle de Bonaparte dans l'adoption de telle ou telle disposition du Code civil a un peu vieilli, la réflexion historique continue à s'intéresser aux liens entre la codification et le régime napoléonien. Le Code civil est, pour une grande part, déterminé par les projets et les débats de la Révolution : Bonaparte a accompagné plus que provoqué le virage opéré depuis Thermidor. Le contexte de la codification n'est pas indifférent à l'idéologie et à la propagande napoléoniennes, mais le Code n'est pas pour autant résumé dans son titre et son rattachement à Napoléon.*

## LA PART FAITE AU JUGE

22 **L**A PART FAITE AU JUGE dans l'ordre du droit privé est aujourd'hui difficile à caractériser. Se mêlent en effet trois figures très différentes du juge civil, apparues dans trois âges successifs : celle que le Code dessine, dans le droit-fil de la méfiance révolutionnaire à l'égard de la « puissance de juger » ; celle qui s'est imposée vers 1880, avec le triomphe de la jurisprudence normative ; celle qui apparaît aujourd'hui, lorsque monte le pouvoir du juge d'écarter ou de contrôler la loi au nom d'ordres juridiques supérieurs (le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme). Aucune de ces figures n'efface l'autre, et leur coexistence crée un rapport complexe du juge à la loi.

En 1804, le juge est abaissé sous la loi. « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (art. 4 C. civ.). « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (art. 5 C. civ.). La puissance de juger est ainsi bornée par deux interdictions : défense de se taire – quand la loi est silencieuse et obscure, le juge a le devoir de trancher le cas ; mais défense de parler à la place de la loi – le juge n'a que le pouvoir de trancher le cas, non d'énoncer la règle. Certes, sa décision a autorité, mais cette autorité est elle-même relative (art. 1351 C. civ.) ; la jurisprudence n'est donc jamais que l'accumulation de cas, d'où aucune norme ne saurait sortir. Dans la multitude des décisions ordinaires, le juge civil n'est aujourd'hui encore que le juge du cas, qui applique une loi qu'il n'a pas faite.

Par ailleurs pourtant, le XIX<sup>e</sup> siècle a vu se constituer la jurisprudence « législative » (Frédéric Zénati) – celle des « grands arrêts » de la

Cour de cassation. Il a fallu pour cela que le juge civil reconquière le pouvoir d'interprétation qu'on avait tenté de lui dénier au nom de la séparation des pouvoirs. Ce mouvement s'accomplit, non sans péripéties, dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle; vers 1880, lorsque le droit civil commence à se chercher « au-delà du Code », la jurisprudence devient le complément nécessaire, le « supplément prétorien » des lois civiles : le juge se place alors à côté de la loi comme une source de droit autonome. Ce règne des « grands arrêts » n'est pas achevé : il est des matières (la responsabilité civile, par exemple), où l'activisme jurisprudentiel semble ne pas connaître de répit.

Or voilà qu'une troisième figure du juge apparaît : devenu juge communautaire et gardien des droits de l'homme, le juge civil se trouve maintenant en position de censeur des lois civiles, parce qu'il sert des ordres supérieurs; cette exaltation du juge au-dessus de la loi est récente et n'a sans doute pas encore sorti son plein effet. Aucune de ces figures du juge ne chassant l'autre, il en résulte, au moment où le Code atteint son bicentenaire, un dessin complexe, qui rappelle l'Ancien Régime.

23

## LE JUGE SOUS LA LOI

Le passage de l'ancien régime judiciaire au régime judiciaire moderne peut être caractérisé comme un abaissement du juge sous la loi : la puissance de juger est ramenée à l'application de la loi. Mais cette puissance n'est pas « nulle », lorsqu'elle comporte le pouvoir d'interpréter la loi; l'abaissement du juge sous la loi n'interdit pas nécessairement la constitution d'une jurisprudence, qui fera corps avec la loi interprétée et lui empruntera son autorité. Encore faut-il que quelques conditions soient remplies : un corps judiciaire capable de mémoire, c'est-à-dire stable et savant; une hiérarchie des juridictions permettant aux juridictions supérieures, notamment à l'organe de cassation, d'imposer une interprétation uniforme de la loi aux juges inférieurs; enfin, un traitement systématique des décisions, par la publication et le commentaire. De la table rase de 1789 aux débuts de la III<sup>e</sup> République, le juge, non sans péripéties, recouvre les moyens de constituer la jurisprudence.

Ramener le pouvoir du juge à l'application de la loi est l'œuvre de la Constituante. La nuit du 4 août avait seulement conduit à la suppression, moyennant indemnité, de la vénalité des offices; en novembre 1789, la Constituante prononce « la mise en vacance des parlements pour une durée illimitée »; puis une loi des 16-24 août 1790 et la

24 Constitution de 1791 mettent en place le régime judiciaire moderne. La disparition des parlements efface les juridictions souveraines de l'Ancien Régime, qui ajoutaient à leurs compétences proprement judiciaires des compétences extra-judiciaires : un pouvoir réglementaire (les arrêts de règlement), et des prérogatives politiques avec l'enregistrement et les remontrances, par où se sont nouées tant de querelles politiques des deux derniers siècles de l'Ancien Régime. Le régime judiciaire moderne consiste donc d'abord en ceci que les juges *perdent leurs pouvoirs non juridictionnels pour être ramenés à la seule fonction de juger*. C'est ainsi qu'il faut comprendre le chapitre V du Titre III de la Constitution de 1791, tout entier consacré au cantonnement du « pouvoir judiciaire » par rapport aux deux autres pouvoirs : « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction » (t. III, ch. V, art. 23 ; L. 16-24 août 1790, art. 10). La « puissance de juger » ne peut dès lors être que le pouvoir d'appliquer la loi.

D'un autre côté, la Constitution de 1791 et la loi des 16-24 août 1790 règlent l'exercice du pouvoir judiciaire par trois principes : 1) l'obligation de motiver les décisions ; 2) la cassation pour « contravention à la loi » par une juridiction unique et spécialisée dans cette fonction (le tribunal de cassation, Const. art. 19 et 20) ; 3) le référé législatif, « lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens » (Const. art. 21, L. 16-24 août 1790, art. 12). Les deux premiers principes permettent, et même conditionnent, la constitution d'une jurisprudence ; mais le troisième l'empêche, en remettant l'interprétation de la loi, en dernière instance, au législateur lui-même ; le tribunal de cassation est d'ailleurs placé « auprès du Corps législatif », comme pour être sous sa surveillance. La reconquête du pouvoir d'interpréter la loi, sous le régime judiciaire moderne, est donc un acte historique essentiel ; ses péripéties supposent qu'on revienne brièvement sur la philosophie judiciaire du temps.

Les prémices de l'abaissement des juges se trouvent, dit-on souvent, chez Montesquieu, dont on répète deux terribles phrases : « les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur<sup>1</sup>... Des trois puissances, celle de juger est en quelque

1. Montesquieu, *Œuvres complètes, De l'esprit des lois*, L. XI, chap. VI, Paris, Les Belles Lettres, 1955, t. II, p. 72 (texte établi et présenté par J. Brèthe de la Gressaye).



sorte nulle<sup>2</sup>». À quoi semble faire écho, un demi-siècle plus tard, la condamnation plus terrible encore de Robespierre: « Le mot de jurisprudence doit être banni de notre langue. » Ce raccourci historique est sans doute excessif. L'entreprise de Montesquieu est seulement de relier de façon cohérente « les différentes manières de former les jugements » aux « diverses formes de gouvernements ». On a justement observé que cette soumission du juge à la loi, chez Montesquieu, ne tient nullement à une quelconque essence du pouvoir judiciaire; elle est simplement relative à un état particulier du gouvernement – la « république », dont l'exemple est trouvé, au prix d'ailleurs de quelques faux-sens, dans la constitution anglaise<sup>3</sup>. Dans les gouvernements monarchiques, où il ne peut y avoir de « législation uniforme », le juge au contraire « opine » en composant entre des règles concurrentes ou même contradictoires; la collection de ces opinions forme une jurisprudence, qui elle-même n'est pas nécessairement uniforme: « à mesure que les jugements des tribunaux se multiplient dans les monarchies, la jurisprudence se charge de décisions qui quelquefois se contredisent »; mais peu importe; la première qualité du juge, dans un système qui ne vise pas à l'uniformité, et où le juge se prononce sur de « grands intérêts », doit être la prudence; le législateur, s'il y a lieu, « modérera » les « abus ». On ne saurait donc sauter directement de Montesquieu à la Constitution de 1791, de celle-ci à Robespierre, et de Robespierre au Code civil. Il s'est en effet glissé entre-temps dans les esprits une autre philosophie de la loi, et dans les mémoires une autre expérience – l'expérience révolutionnaire.

25

On sait que le rationalisme des Lumières a conduit, paradoxalement, du jusnaturalisme au positivisme légaliste, selon un itinéraire remarquablement décrit par Mme Goyard-Fabre<sup>4</sup>. L'amour des lois (la « nomophilie ») s'y combine avec la haine des hommes de loi et la défiance à l'égard de la jurisprudence – cet art obscur, fait de formes contraires à la « simplicité naturelle », où la « raison » se perd dans les délibérations, le « fatras de Justinien », la controverse et l'autorité des précédents. La haine des hommes de loi et de la jurisprudence éclate dans les dix années violentes qui vont de 1789 à brumaire an VIII<sup>5</sup>.

2. *Ibid.*, p. 64 et 68.

3. Philippe Raynaud, « La loi et la jurisprudence, des Lumières à la Révolution française », *APD*, 30, 1985, p. 61.

4. Simone Goyard-Fabre, « Loi », *Dictionnaire de philosophie politique*, Philippe Raynaud et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 1996.

5. Jean-Louis Halpérin, « Haro sur les hommes de loi », *Droits (D)*, n° 17, 1993, p. 55 sq.

26 La défiance de la Constituante à l'égard des juges se marque d'abord dans leur mode de désignation : l'élection à temps par le peuple (art. 5 du Titre III de la Constitution de 1791). Elle ressort aussi de l'absence de hiérarchie : point de juridictions spécialisées dans l'appel – l'appel est « circulaire », d'un tribunal de district à un autre tribunal de district. Les Constituants rêvent d'une justice sans juges – ou du moins sans juges professionnels : ils préfèrent l'arbitrage en équité (les « tribunaux de famille », par exemple) et la « justice de paix », à cause de son « doux nom » et de son origine « hollandaise » (selon Voltaire). La suppression de l'Ordre des avocats et la création des « défenseurs officieux » (c'est-à-dire gratuits), puis la suppression des fonctions d'avoué achèvent le tableau : la « nullité » de la « puissance de juger » n'exprime pas seulement le cantonnement constitutionnel du juge dans ses fonctions proprement judiciaires, mais la vieille haine des gens de robe et de la tradition judiciaire – donc de la jurisprudence.

Le mouvement culmine entre 1792 et 1794 : les juges élus en 92 sont épurés en 93-94 (« le peuple s'est trompé ») et l'on supprime la condition de capacité – *la justice n'a pas besoin de juristes*. D'ailleurs, les facultés de droit sont abolies (1793). Se débarrasser des juristes, c'est se débarrasser de la jurisprudence (Robespierre) et de « toutes les procédures » (Hérault de Séchelles). Symptomatiquement, le tribunal révolutionnaire (le tribunal qui ne s'embarrasse pas de formes) délègue le tribunal de cassation pour s'installer à sa place (mars 1793).

La restauration du juge et de la jurisprudence ne s'opère qu'à partir de l'an VIII, non sans difficultés et retours en arrière. La Constitution de l'an VIII ne connaît certes que « l'autorité judiciaire » ; elle prévoit que le Premier Consul *nomme* les juges autres que les juges de cassation. Mais les juges ne peuvent être révoqués par lui (art. 41) et « conservent leurs fonctions toute leur vie » (art. 68). Les juridictions civiles sont hiérarchisées : tribunaux de première instance, tribunaux d'appel, tribunal de cassation qui ne tardera pas à devenir Cour de cassation (1804), que préside Tronchet. La loi du 27 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux supprime le référé législatif, en prévoyant que la question serait portée devant les « sections réunies du tribunal de cassation ». Les avoués sont rétablis ; les avocats le seront en l'an XII. La loi sera servie par des hommes de loi : le Code et les Écoles de droit sont exactement contemporains (lois des 30 et 22 ventôse an XII).

Dans cette perspective historique, les articles 4 et 5 du Code se lisent comme une semi-résurrection de la « puissance de juger ». En

l'an VIII, le discours préliminaire de Portalis – d'ailleurs rempli de souvenirs de Montesquieu – contient un éloge de la jurisprudence comme science, comme tradition et comme art de juger : « Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature... Il est trop heureux qu'il y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour qu'il y ait en quelque sorte *nécessité de juger aujourd'hui comme hier*... Il est trop heureux que la nécessité où est le juge de s'instruire... ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses arbitraires à sa raison, il n'en est point qui soient purement à son caprice ou à sa volonté... En Turquie, où la jurisprudence n'est point un art... on voit les justiciables ne demander et recevoir justice qu'avec effroi. Pourquoi n'a-t-on pas les mêmes inquiétudes auprès de nos juges ? » On notera que le même discours préliminaire critique la pratique aveugle du référé législatif : « sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif... Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice ». Ce qui est en effet interdit au juge, c'est d'interpréter *par voie d'autorité*, en résolvant « les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales » ; mais ce qui est permis – et même indispensable –, c'est l'interprétation *par voie de doctrine*, qui « consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les *suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés*... Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. *Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* ». Ainsi relue, l'obligation de juger dans le silence ou l'obscurité de la loi (art. 4 C. civ.) donne au juge une liberté bornée simplement par l'interdiction de disposer de façon générale (art. 5 C. civ.) ; le juge n'est certes que le juge du cas ; mais, dans le jugement du cas, il a le devoir d'interpréter la loi lorsqu'elle ne dit rien de clair, et le pouvoir d'aller à d'autres sources lorsqu'elle ne dit rien du tout. Dans le système dessiné par Portalis en l'an VIII, il y avait donc place pour la jurisprudence, malgré l'éminence de la loi écrite. Mais cette

place lui sera contestée, en même temps que reviendra la défiance des juges, à chaque changement de régime politique, dans un siècle qui en a connu tant.

L'Empire dément très vite les promesses du Discours préliminaire, qui étaient évidemment mal accordées au tempérament de Napoléon. L'empereur n'était certes pas prêt à laisser triturer son Code par voie d'interprétation doctrinale, ni à laisser ses juges libres de revenir à la « loi naturelle » en cas d'insuffisance de la loi écrite; les « masses de granit » destinées à recomposer la société défaite ne devaient pas bouger. En 1807, le référé législatif est rétabli : l'interprétation authentique de la loi sera donnée, en cas de résistance des juges du fond à une deuxième cassation, par un règlement d'administration publique. Les juridictions supérieures redeviennent certes des « cours souveraines » (art. 7, L. 20 avril 1810), mais le juge est devenu un fonctionnaire qui fait carrière comme un militaire; la magistrature est à nouveau épurée en 1807 et 1810. Et défense de toucher au Code : les premiers commentaires doctrinaux du Code Napoléon (il porte ce nom depuis une loi du 9 septembre 1807) sont assez fraîchement accueillis par le pouvoir<sup>6</sup>.

La Charte de 1814 promet l'oubli des opinions émises jusqu'à la Restauration (art. 11), le maintien du Code (art. 68), l'inamovibilité des juges (art. 58), la stabilité de l'organisation judiciaire existante (art. 59 à 65). Mais, après les Cent Jours, on voit se construire la doctrine de l'inamovibilité limitée au règne : quand le roi change, il peut changer ses juges. Paradoxalement, cela ne contrarie pas la reconstitution d'une jurisprudence; c'est que, sous la Restauration, les juges ont la nostalgie de l'ancien régime judiciaire, si bien que l'on voit réémerger « la jurisprudence des arrêts » et la citation des « lois romaines », de la Coutume de Paris, et des « anciennes maximes », à côté du Code civil<sup>7</sup> – les juges, comme la Charte, « renouent la chaîne des temps ». Les jeunes juristes de l'âge romantique font de même (le petit groupe de la Thémis, par exemple). Mais, sur la question du référé législatif, une loi du 30 juillet 1828 bâtit un compromis qui marque combien il est difficile encore de reconnaître la plénitude du pouvoir de juger : en cas de conflit d'interprétation, le dernier mot appartient non à la Cour de cassation, mais à la cour d'appel statuant sur le second renvoi après

6. « Mon Code est perdu ! » se serait écrié l'empereur en apprenant la parution de *L'Analyse raisonnée du Code civil* de Malleville.

7. Jean Carbonnier, « En l'année 1817 », *Mélanges Pierre Raynaud*, 1985, p. 81.

cassation, le roi devant proposer pour l'avenir une loi interprétative aux chambres. Ce système impraticable, où la Cour de cassation n'avait plus qu'un rôle amoindri, ne fut, semble-t-il, pas mis en œuvre.

La monarchie de Juillet donne au pouvoir judiciaire un essor nouveau. L'inamovibilité est réaffirmée par la Charte de 1830, grâce notamment à Dupin aîné. Surtout, le référé législatif est définitivement liquidé par une loi du 1<sup>er</sup> avril 1837, qui oblige la seconde cour de renvoi à se conformer, sur le point de droit jugé, à la décision des chambres réunies de la Cour de cassation. *Le mécanisme par lequel la jurisprudence (au sens moderne) peut se constituer est ainsi achevé.*

Il y aura certes d'autres péripéties pour la magistrature : les épurations massives de 1848 (sous Crémieux, à la Justice, et Ledru-Rollin, à l'Intérieur), la brève disparition du principe d'inamovibilité déclaré un temps « incompatible avec le régime républicain », quelques proscriptions de magistrats par « Napoléon le petit » ; mais ces péripéties ne paraissent pas entraver l'œuvre jurisprudentielle.

Continûment, la Cour de cassation s'emploie en effet à élargir son contrôle : l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 n'admettait comme cas d'ouverture à cassation que la « contravention expresse à la loi » ; la Cour de cassation y ajoute la fausse application de la loi, la fausse qualification, l'insuffisance des motifs, le défaut de base légale. L'apparition des grands recueils est le signe incontestable de la reviviscence de la jurisprudence. *Le Journal du Palais* (depuis l'an IX), le recueil *Sirey* (depuis l'an X, comportant les arrêts depuis 1791), le recueil *Dalloz* (commencé par Dénevers en l'an XII, mais avec un volume contenant les principaux arrêts depuis 1789) donnent une sélection ordonnée des décisions, avec des annotations. A partir de 1826, commence de paraître l'admirable *Répertoire alphabétique de législation, doctrine et jurisprudence* de Désiré Dalloz, qui analyse minutieusement les premiers apports jurisprudentiels. Chaque recueil de jurisprudence entonne certes, au moment de sa création, le refrain rhétorique du « divorce de l'École et du Palais », mais en vérité la doctrine – très praticienne – utilise abondamment les arrêts dans ses commentaires du Code. Entre l'an XII et 1830, le mot de « jurisprudence » perd d'ailleurs définitivement son sens premier de « science (ou art) du droit », pour ne conserver que son sens second d'ensemble de décisions à valeur de précédents. L'« examen doctrinal de jurisprudence » – ancêtre de la chronique de jurisprudence – apparaît dans la *Revue critique de jurisprudence en matière civile* en 1851 et devient l'objet principal de la *Revue pratique de droit français*, en 1856. Labbé, vers 1860,

cristallise le genre de la « note d'arrêt » comme genre doctrinal à part entière. Les questions réglées par la jurisprudence, dès la première moitié du siècle, ne sont pas si minces que cela (la question du *numerus clausus* des droits réels, l'emphytéose, le rôle de la possession d'état en matière de filiation naturelle, le régime de la dot mobilière, les clauses d'inaliénabilité, l'obligation *ultra vires* des successeurs universels, le non-cumul du disponible et de la part de réserve du gratifié en avance-ment d'hoirie renonçant). La seconde moitié du siècle voit apparaître des questions entièrement neuves, hors du champ du Code – le régime de l'assurance-vie, le contrat d'édition : le juge s'installe à côté de la loi. À la fin du Second Empire, les temps sont mûrs pour l'avènement de la jurisprudence comme source concurrente de la loi.

### 30 LE JUGE À CÔTÉ DE LA LOI

Sous la III<sup>e</sup> République qui se met en place (non sans mal), le juge n'est certes pas très bien traité. Crémieux, redevenu garde des Sceaux le 4 septembre, refait ce qu'il avait fait en 1848 : il épure les ennemis du régime et place ses amis ; sous M. Thiers, Dufaure épure en sens inverse. La République des avocats fait valser les juges. Les lois constitutionnelles de 1875 ignorent le pouvoir judiciaire, et l'on en déduit généralement que l'autorité judiciaire n'est qu'une branche du pouvoir exécutif (c'est ce qu'écrivit Berthélémy en 1900). Camille Pelletan dit que la République ne peut se concilier avec l'inamovibilité, et Jules Grévy ne connaît « qu'une réforme à réaliser dans la magistrature, c'est sa suppression ». L'exaltation de la Révolution dans la mémoire « républicaine » remet à la mode l'élection des juges. La loi du 30 août 1883 permet d'éliminer 614 magistrats – 300 autres démissionnent. En 1906, Sarrien introduit le concours de recrutement ; mais contre ce mode de recrutement d'une « sorte de congrégation autorisée », le parti radical s'enflamme – notamment le célèbre juge Magnaud – et Briand en 1908 abroge le décret Sarrien ; les gardes des Sceaux de la République radicale ne se feront pas faute de contrôler l'appartenance politique des magistrats. Il peut paraître paradoxal que les années 1880-1900 voient ces juges surveillés produire une jurisprudence normative qui, sous couleur d'interpréter la loi, fabrique un droit prétorien.

Ce paradoxe n'est qu'apparent. Vers 1900, la loi est, en matière civile, un Code centenaire, certes adoubé comme Code républicain, mais qui, après trois ou quatre générations d'exégètes, semble avoir exprimé tout son suc ; l'interprétation du Code a atteint ses limites. Or

de nouvelles questions se posent aux juges civils, dans une ambiance inquiète : la question des accidents du machinisme industriel, enveloppée dans la « question sociale » ; la question de la personnalité morale et de la liberté d'association, dans la fièvre contradictoire des « associations ouvrières » d'un côté et des congrégations de l'autre ; la question de l'abus des droits – spécialement du droit de propriété – prise elle-même dans la querelle de la « fonction sociale » des droits subjectifs ; la question de la liberté contractuelle, quand monte « l'idée du droit social », comme on dit alors. Toutes les questions politiques de la III<sup>e</sup> République ont leur versant de droit civil ; or toutes ne sont pas saisies par le législateur, qui s'occupe principalement, dans les années 1880-1914, de réformer le droit de la famille (rétablissement du divorce, promotion de la femme mariée, amélioration de la condition des enfants naturels), et ne touche pas aux autres parties du Code. Le juge devient donc, pour le reste, un législateur par défaut, porté par une idéologie prudemment réformiste.

31

Cette jurisprudence « législative » trouve dans la doctrine du temps de puissants appuis. L'avènement de l'École « scientifique » (c'est elle-même qui se baptise ainsi) procède d'un faisceau de causes – l'ambiance universitaire de la III<sup>e</sup> République, le nouveau mode de recrutement des professeurs de droit, l'influence du modèle doctrinal allemand, la montée des sciences historiques et sociales : tout cela favorise un « droit de professeurs » qui s'éloigne du Code (au nom de la « science » ou de la « révolte des faits contre le Code ») et couronne la jurisprudence comme coutume (Saleilles, Planiol) ou du moins « propulseur de coutume » (Gény). Le projet de la *Revue trimestrielle de droit civil*, en 1902, est de permettre aux professeurs d'élaborer « le système harmonique de la jurisprudence » (Esmein). Les professeurs de droit civil, de quelque bord qu'ils soient, se retrouvent plus ou moins dans cette exaltation de la jurisprudence, qui s'épanouit avec les Grands Arrêts de Capitant (1934). Dans l'entre-deux-guerres, la jurisprudence a gagné sa cause, au point que certains y voient le seul droit « vivant », digne d'être étudié scientifiquement : le reste est du « roman » (Josserand). Le positivisme jurisprudentiel a succédé au positivisme légaliste.

C'est l'époque des grandes constructions prétoriennes : la responsabilité du fait des choses, l'abus du droit, l'enrichissement sans cause, la personnalité morale. Certes il arrive que ces constructions s'abritent sous des textes : mais c'est pour faire dire à ces textes ce que le juge veut – *la loi est devenue la bouche du juge*. On dit souvent que ces

constructions prétoriennes ne valent qu'avec la permission de la loi, qui peut les démolir à volonté, ou substituer son interprétation à celle du juge. Mais le fait est que les lois interprétatives sont rares et que les constructions jurisprudentielles ont une étonnante faculté de résistance à la loi : la mise en place d'un système d'indemnisation des accidents du travail (1898), puis des accidents de la circulation (1985) et de la responsabilité du fait des produits défectueux (1998) ne semble pas pour l'instant avoir ébranlé le principe général de responsabilité du fait des choses qui pourtant avait été fabriqué, entre 1896 et 1940, pour régler ce type de questions. On parierait volontiers que la récente loi sur la responsabilité médicale (2002) ne chassera pas la construction jurisprudentielle du « contrat médical » issue de l'arrêt Mercier (1936), ni la distinction des obligations de moyens et de résultat qui en est sortie pour se diffuser dans tout le droit des contrats. Il semble qu'une fois cristallisée dans l'*habitus* des juges et l'enseignement des Facultés, la jurisprudence « législative » ait une vitalité considérable.

32

Ce statut législatif de la jurisprudence se marque aujourd'hui par une foule de traits, où l'on peut vérifier que la Cour de cassation elle-même reconnaît à sa jurisprudence un effet normatif : elle distingue ses arrêts notables par des sigles particuliers ; elle vise de plus en plus fréquemment des « principes » détachés de tout support législatif ; elle invoque sa « doctrine » et commente ses propres décisions ; elle regroupe ses arrêts convergents comme pour obtenir un effet de promulgation. Le législateur a lui-même consacré cette évolution. L'article 604 du Nouveau Code de procédure civile dit que le pourvoi en cassation tend à faire censurer la non-conformité du jugement aux « règles de droit », et non plus à la loi seule. La saisine pour avis de la Cour de cassation, autorisée par la loi du 15 mai 1991, même si elle a pour objet un simple « avis » et pour finalité la résorption rapide du contentieux d'interprétation, a détaché l'opinion de la Cour de l'acte juridictionnel – l'avis est une interprétation « abstraite »<sup>8</sup>, comme la loi elle-même, et d'ailleurs publiée au *Journal officiel* : *La parole du juge est traitée comme la parole de la loi*. La conséquence du rôle normatif de la jurisprudence est que la rétroactivité des arrêts de revirement est aujourd'hui sérieusement discutée en doctrine ; mais la Cour de cassation refuse fermement d'y voir une atteinte à la sécurité juridique, au motif qu'un jugement est nécessairement déclaratif : admirable vertu

---

8. Frédéric Zénati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D*, 1992, chron. 247.



de l'hybridation, qui permet au juge-législateur de prétendre rester un juge quand il légifère.

La coexistence de cette jurisprudence normative avec la masse des décisions ordinaires où le juge n'est que le juge du cas rend évidemment difficile la caractérisation du rôle du juge. Dans le débat des civilistes sur la jurisprudence, les opinions se partagent encore entre ceux qui y voient une source du droit et ceux qui n'y voient qu'une autorité<sup>9</sup>.

L'appréciation de la « puissance de juger » devient encore plus difficile, lorsqu'on considère le juge civil dans sa fonction la plus récemment apparue : celle de censeur des lois.

### LE JUGE AU-DESSUS DE LA LOI

33

Cette figure inouïe d'un juge civil censeur des lois n'est que la conséquence du grand remuement des sources du droit qui s'opère depuis une trentaine d'années. Dans la simple pyramide des normes du droit national-étatique, le juge civil n'était que le serviteur de la loi, parce que la loi était la volonté du souverain. Or le pouvoir législatif est aujourd'hui un peu moins souverain, l'État législateur s'étant lui-même lié en s'intégrant dans des ordres juridiques supérieurs – l'ordre communautaire ou celui de la Convention européenne des droits de l'homme ; la primauté de ces « droits venus d'ailleurs », comme dit le doyen Carbonnier, a eu pour conséquence, dans l'ordre civil interne, de subordonner la loi au juge. Le juge civil sert en effet aujourd'hui non plus une loi souveraine, mais trois lois inégales : au nom du grand marché intérieur ou au nom des droits de l'homme – il peut (il doit) écarter la loi interne contraire à ces ordres supérieurs. Au fond, en consacrant la primauté internationale ou communautaire sur les lois internes, on a consacré le contrôle du juge français sur la loi française.

Les perturbations les plus profondes sont celles qu'induit le contrôle de conventionnalité, pour plusieurs raisons. Alors que le droit communautaire repose sur une rationalité de type économique qu'on peut discuter, les droits de l'homme constituent « les principes fondamentaux de toute société démocratique », ce qui les place d'emblée hors de discussion ; à Luxembourg, on considère les intérêts d'opéra-

---

9. Voir les opinions recueillies dans l'enquête faite en 1992-1993 par la *Revue trimestrielle de droit civil*.

34 teurs économiques; à Strasbourg, on protège des opprimés. Ensuite le contrôle de conventionnalité possède une charge idéologique qui s'accorde exactement à l'air du temps: c'est l'État qui est le justiciable de ce droit-là, et c'est l'individu qui en est l'agent, au nom de droits subjectifs métamorphosés en prérogatives fondamentales. Enfin la « prééminence du droit » n'a évidemment rien pour déplaire aux avocats ou aux juges. Rien n'empêche techniquement l'expansion de ce contrôle, depuis que se combinent deux principes: le recours individuel devant la Commission (en attendant la ratification du Protocole n° 9 sur la saisine directe de la Cour) et la règle d'épuisement des recours internes, qui conduit le requérant à invoquer d'emblée la violation de la Convention devant le juge civil. Le contrôle de conventionnalité est donc d'abord celui qu'exerce le juge ordinaire, et même le « petit juge ». Il y faut de sérieuses compétences techniques (la connaissance de la jurisprudence de la Cour européenne, de ses méthodes d'interprétation de la Convention, de l'autorité de ses décisions), et on a l'impression que le juge du fond s'abandonne volontiers aux facilités d'un contrôle plus idéologique que juridique.

On a pu croire un temps que le droit substantiel – le droit civil, celui du Code – serait moins touché que les droits procéduraux par cette vague de fondamentalisme juridique; il faut aujourd'hui se défaire de cette illusion. On pouvait croire aussi que les droits de l'homme ne saisiraient, en droit civil, que des situations marginales: ce n'est pas tous les jours que paraissent exposés à des atteintes de notre vieux Code le « droit à la vie », le « droit à la liberté et à la sûreté », le « droit au respect de la vie privée et familiale », ou le « droit de propriété »; il faut se défaire également de cette seconde illusion. Dans un processus de fondamentalisation des droits privés, c'est l'ensemble du droit civil qui peut être saisi. On en a fait l'expérience: la condition du transsexuel ou l'adoption par les homosexuels ne sont pas les seuls terrains du contrôle de conventionnalité; des matières plus centrales, comme les successions<sup>10</sup>, ou plus anodines, comme le bref délai de la garantie des vices cachés, ont été passées au crible des droits de l'homme. Pour le juge judiciaire, il y a là en substance l'équivalent d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, d'autant plus surprenant qu'il peut s'appliquer à des lois dont la constitutionnalité aura déjà été vérifiée *a priori* par le Conseil constitutionnel<sup>11</sup>.

10. Affaire *Mazurek*, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1996, et CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000.

11. Sur cette difficulté, voir observ. R. Libchaber, *RTDciv.*, 2000, p. 676.

On mesure le nouveau pouvoir du juge sur la loi dans les affaires relatives aux validations législatives. La Chambre civile, dans l'affaire du tableau d'amortissement<sup>12</sup> a sauvé une loi que des juges du fond avaient jugée contraire au principe de sécurité juridique, parce qu'elle validait rétroactivement une pratique bancaire que la jurisprudence avait déclarée irrégulière: en somme, ces juges du fond prétendaient interdire à la loi ce qu'ils font eux-mêmes couramment – changer rétroactivement la règle.

Il a fallu aussi que l'Assemblée plénière tranche la question de savoir si les dispositions de valeur constitutionnelle sont soumises au contrôle de conventionnalité du juge judiciaire : ce qu'elle a refusé dans l'arrêt *Fraisse*<sup>13</sup>, comme le Conseil d'État l'avait refusé au juge administratif dans l'arrêt *Sarran*. Mais on ne sait combien de temps la Cour de cassation parviendra à maintenir le couvercle sur la marmite des droits de l'homme et l'activisme des juges du fond – d'autant que le juge européen ne l'y aidera peut-être pas. Le triomphe du droit cosmopolitique, dans les temps postmodernes, pourrait bien être le triomphe des juges.

35

---

12. La jurisprudence avait frappé de la déchéance des intérêts le banquier prêteur qui n'avait pas remis à l'emprunteur le tableau des amortissements en même temps que l'offre préalable de prêt; une loi (jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel) vient valider pour le passé cette pratique bancaire; cette loi, écartée par les juges du fond sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention, a été sauvée par deux arrêts de Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2000.

13. Cass. ass. plén., 2 juin 2000.

BIBLIOGRAPHIE

---

Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1996.  
Frédéric Zénati, *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. «Méthodes du droit», 1991.

RÉSUMÉ

---

*L'article décrit l'évolution des rapports du juge à la loi, de l'établissement du régime judiciaire moderne à nos jours comme une (re)montée progressive de la « puissance de juger » : d'abord placé sous la loi, le juge civil a retrouvé, en deux siècles, le pouvoir d'interpréter la loi, puis celui de la concurrencer par sa jurisprudence normative, enfin celui d'en contrôler la légitimité au nom d'ordres supérieurs. Est-ce le retour de l'ancien régime judiciaire ?*

---

FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ

DROIT DES PERSONNES  
ET DE LA FAMILLE :  
DE 1804 AU PACS  
(ET AU-DELÀ...)

**T**RAITER DE L'ÉVOLUTION DE LA FAMILLE dans et au travers de celle du Code civil depuis 1804 relève, à n'en pas douter, de la gageure, tant ces deux derniers siècles ont été riches d'évolutions économiques, sociologiques, philosophiques et politiques, et donc de réformes législatives.

37

Confier cette tâche à un juriste positiviste est un autre parti pris hasardeux. Pour percevoir avec justesse la nature et la portée des évolutions, il faudrait les resituer dans leur contexte historique, les mettre en rapport avec les transformations des institutions publiques, avec les courants d'idées, les événements de tous ordres qui ont précipité les modifications de textes. Or, le juriste contemporain court toujours le risque de lire le passé à la lumière du droit actuel, de rechercher dans les lois d'hier ce qui portait en germe celles d'aujourd'hui. Subjectivisme et anachronisme menacent cette entreprise.

Le texte qui est proposé ici prend donc de manière délibérée le risque de n'être qu'une vision subjective de l'évolution du Code civil, à la lumière de ce qu'il est devenu aujourd'hui et de ce que nous pouvons imaginer de la vie passée.

Le Code civil ne contient pas de titre ou de chapitre relatif à la « famille ». Le livre premier en était et demeure intitulé « Des personnes ». Sans doute les textes qui y sont insérés régleme-nt-ils la famille et sans doute aussi les rédacteurs du Code ont-ils tous relevé l'importance de la famille dans la société. Mais, précisément, Loqué, Portalis ou les premiers commentateurs du Code ont à l'envi fait remarquer que la stabilité de la famille est garante de celle de la société, que la famille est la pépinière de l'État... La famille est plus un ensemble

de relations entre individus qu'un véritable groupe humain : c'est logique puisque ses contours changent perpétuellement : naissances, décès, unions et désunions en modifiant continûment l'étendue.

Le Code civil de 1804 est avare de définitions en droit des personnes et de la famille. Alors qu'il en fournit de multiples en droit des biens et des obligations<sup>1</sup>, on chercherait en vain une démarche analogue à propos du mariage, de la filiation, de la personnalité juridique. La justification qui en fut donnée à l'époque était que ces institutions étaient connues de tous : en réalité, il s'agissait de points sensibles dont il était plus facile de régler l'organisation que d'en donner une définition consensuelle<sup>2</sup>. Deux siècles plus tard, la même démarche permettra aux lois bioéthiques du 29 juillet 1994 de régler les questions juridiques posées par les embryons *in vitro* sans prendre parti sur leur nature juridique.

38

Pratiquement immobiles pendant quatre-vingts ans, les dispositions du Code civil relatives à la famille commencent à être modifiées en 1884, lorsque le divorce est rétabli. Se succèdent dès lors des séries de réformes incessantes, traduisant l'évolution des mœurs et des idées, qui contrastent avec l'immobilité du droit des obligations ou des biens. À partir de 1964, une entreprise de reconstruction systématique est entreprise, et confiée à Jean Carbonnier, qui « refonde » le droit civil de la famille en une demi-douzaine de grandes lois<sup>3</sup>.

Las ! À peine achevée, l'œuvre est reprise par une collection de mesures disjointes jusqu'à ce qu'une entreprise de renouveau ordonné soit tentée à partir de 1999. La plupart de ces lois – mais pas toutes – seront intégrées au Code, pour leur donner plus de prestige et pour que le droit civil de la famille conserve l'aspect d'un ensemble coordonné. Mais la volonté rationnelle du législateur s'épuise devant les revendications des groupes de pression et les débats idéologiques. Au seuil du troisième millénaire, le droit de la famille est encore l'objet de projets de réforme, à plus ou moins long terme.

Le Code civil est et demeure d'abord celui des citoyens, donc des personnes. Celles-ci s'unissent par les liens de couple. La procréation

1. Gérard Cornu, « Les définitions dans la loi », *L'Art du droit, enquête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 259.

2. Les travaux préparatoires du Code rappelèrent l'adage latin *omnis definitio periculosa*. V. Fenet, t. VI, p. 42 *sq.* ; t. IX, p. 4 ; t. XII, p. 261.

3. Pour une présentation particulièrement autorisée de cette œuvre, Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Deffrénois, 1995, 2<sup>e</sup> éd.

entraîne ensuite l'établissement de liens de filiation, qui vont constituer les parentés et donc les véritables familles. Aujourd'hui comme hier, le Code civil est le garant des personnes, la charte des couples, le socle juridique des familles.

## LE GARANT DES PERSONNES

Il est important de le rappeler : le Code civil de 1804, héritier de la Révolution, est inspiré par une philosophie individualiste. S'il peut paraître aujourd'hui peu disert sur la question de la personnalité juridique et de ses attributs, il contenait et contient encore une charte de protection des libertés individuelles.

**La personnalité juridique** était traitée sous l'angle assez particulier de sa privation. L'article 22 du Code civil prévoyait une institution qui peut aujourd'hui paraître barbare : la « mort civile », déchéance totale de droits attachée alors à certaines peines criminelles. Elle fut abrogée dès 1854, mais atteste que la dissociation parfois proposée aujourd'hui entre personne humaine et personne juridique n'est pas sans exemple historique, même dans les temps modernes. Venait ensuite l'absence, illustrée en littérature par le colonel Chabert<sup>4</sup>, autre hypothèse de suppression juridique d'une personne qui est peut-être encore vivante. Sur la question du mariage de l'absent, le Code avait d'ailleurs hésité à trancher, et s'était borné à énoncer que « l'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage » (art. 139 C. civ.). Le texte actuel, issu d'une loi du 28 décembre 1977, est plus radical : « le mariage de l'absent reste dissous... » (art. 132 C. civ.).

39

La question de la personnalité de l'enfant simplement conçu n'était, en revanche, réglée que de manière oblique par les textes relatifs aux successions, notamment l'article 725 : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. » Faute d'accord lors du vote des lois bioéthiques de 1994, ce texte<sup>5</sup> est demeuré la seule référence relative à la personnalité juridique de l'embryon.

Viennent ensuite ce que l'on appelle les « attributs de la personna-

4. On se souvient que ce personnage balzacien avait disparu pendant les guerres napoléoniennes et avait retrouvé, à son retour, son épouse remariée.

5. Ainsi que son homologue pour les libéralités, l'article 906 C. civ.

lité». Le nom de l'enfant légitime ne faisait l'objet d'aucune mention dans le Code civil jusqu'à la loi du 4 mars 2002 ; il sera désormais déterminé par des textes figurant dans le droit de la filiation. Faisait, par contre, l'objet de dispositions assez complètes le domicile: lieu du « principal établissement », depuis 1804 (art. 102 C. civ.).

L'insertion du droit de la nationalité dans le Code civil mérite quelques instants d'attention : en effet, après avoir fait l'objet d'une loi du 10 août 1927, extérieure au Code, puis avoir été l'objet d'un « Code de la nationalité » par l'effet d'une ordonnance du 19 octobre 1945, le droit de la nationalité a réintégré le Code civil par l'effet d'une loi du 22 juillet 1993. Le transfert n'a pas, à l'époque, fait l'objet de commentaires considérables. Pourtant, il s'agissait d'une mesure importante, qui réaffirme les liens exprimés dès le Code de 1804 entre droits « civils » et citoyenneté. À l'heure actuelle, la charte de la citoyenneté française figure à nouveau dans le Code civil, où elle occupe un Titre 1° *bis*, contenant les articles 17 à 34. Entre autres règles d'origine, est maintenu le principe dit du « double droit du sol » selon lequel est français « tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né » (art. 8, 3° du Code civil de 1804).

On notera enfin que la proclamation des droits de chaque individu se dissocie difficilement du contexte familial. Nom de famille, domicile et nationalité dépendent de la situation familiale. Sans doute peut-il exister des individus isolés, enfants trouvés ou amnésiques<sup>6</sup> : la difficulté qu'éprouve la société à leur trouver une identité en ce cas manifesterait, si besoin en était, combien l'individu est indissociable de ceux qui lui ont donné le jour.

La protection des **droits et libertés individuelles** était un autre objectif du Code de 1804. Pour éviter de ressusciter le servage, l'article 1780 proclamait : « On ne peut engager ses services qu'à temps » (c'est-à-dire de façon limitée). Dans la même ligne, ce Titre premier du Code civil a été récemment étoffé d'un ensemble fort riche de dispositions protectrices de l'intégrité personnelle.

C'est d'abord la loi du 17 juillet 1970 qui a inscrit à l'article 9 du Code civil le droit de chacun au respect de sa vie privée. Cette loi qui consacrait une jurisprudence alors émergente a par ailleurs prévu

---

6. L'article 58 du Code civil prévoyait l'établissement d'un état civil pour les enfants trouvés. Voir, à propos de l'établissement d'un état civil pour une personne amnésique, TGI Lille, 28 septembre 1995, *D*, 1997, p. 29, note Labbé.



un certain nombre de sanctions pénales pour les atteintes les plus graves. Il est hors de propos ici de décrire la fortune jurisprudentielle de ce texte, appelé à la rescousse tant des princesses en cours de divorce que des salariés dont le courriel est ouvert par leur employeur, sans oublier les chefs d'entreprise dont la feuille d'impôts se trouve dévoilée dans la presse. Sans nul doute, le Code civil assure ici une fonction de protection de l'individu que ses auteurs n'auraient pas imaginée, mais qu'ils n'auraient pas non plus désavouée.

C'est ensuite la présomption d'innocence qui est entrée à l'article 9-1 du Code civil, par l'effet de la loi du 24 août 1993, modifiée par celle du 15 juin 2000. Il n'est pourtant pas évident que ce principe, qui ressort essentiellement des règles de procédure pénale et qui est par ailleurs inscrit à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ait sa place dans un Code civil. De plus, ce texte se combine avec la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse lorsque les atteintes à la présomption d'innocence sont le fait de publications, ce qui aboutit à un régime juridique complexe et même biscornu, dans lequel l'affirmation solennelle de l'article 9-1 se révèle, en définitive, moins protectrice que ne le serait la responsabilité civile de droit commun. Preuve, s'il en était besoin, que l'édition de textes spécifiques n'a pas pour conséquence inéluctable une amélioration effective de la protection des droits proclamés.

Une réflexion similaire peut être faite à propos de la dernière et fort importante adjonction à la protection des individus : les articles 16 à 16-13 du Code civil, issus des lois « bioéthiques » du 29 juillet 1994.

L'utilité et la pertinence de cette proclamation sont, en effet, sujettes à caution. L'article 16 est l'héritier direct de l'article premier de la loi du 17 janvier 1975 qui avait estimé nécessaire de proclamer le respect de l'être humain dès le commencement de la vie avant d'autoriser l'interruption volontaire de grossesse. Ces principes, comme tous ceux qui sont énoncés dans le chapitre intitulé « du respect du corps humain », étaient déjà reconnus auparavant (heureusement...) et l'on s'accordait à leur donner valeur de principes généraux du droit, c'est-à-dire valeur supra-législative. Ainsi la Cour de cassation n'avait-elle pas eu besoin de loi spéciale pour interdire les conventions de mère porteuse<sup>7</sup>. Leur intégration dans le Code civil est donc, au plan de la

---

7. Ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. civ.*, n° 4.

hiérarchie des normes, un déclassement, qui a pour effet de permettre plus facilement d'y déroger. Il a pu être soutenu que la véritable raison de cet enrichissement du Code civil était de rendre juridiquement et politiquement possible l'autorisation d'un certain nombre de pratiques médicales.

La promotion des droits et libertés individuelles par les lois récentes intégrées au Code civil est donc loin d'être incontestable. La portée des réformes relatives au couple est moins sujette à caution.

#### LA CHARTE DES COUPLES

42 C'est certainement dans les règles relatives aux couples que les transformations du Code civil sont les plus connues. Trois grandes questions traversent les deux siècles qui nous séparent du Code.

La première est celle de **l'égalité des époux**. C'est probablement sur ce point que les évolutions ont été les plus visibles. Le Code civil de 1804 avait fait de l'épouse une « perpétuelle mineure », citée par l'article 1124 du Code civil au nombre des incapables en même temps que les enfants et les fous, tenue à un devoir d'obéissance, « obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider » (art. 214 C. civ.), n'ayant point d'autre domicile que le sien, etc. L'histoire du droit de la famille depuis 1804 est avant tout celle de l'émancipation lente et progressive de l'épouse pour parvenir à une égalité parfaite de droits. Il n'est guère utile de retracer ici les nombreuses étapes de cette ascension. On se contentera de quelques réflexions d'ordre général.

D'abord, il faut bien comprendre que l'assujettissement de l'épouse, dans le Code Napoléon et par la suite, n'a jamais été ordonné à autre chose qu'au bien de la famille. Ce n'est que dans le mariage que la féminité était source d'incapacité. Bien au contraire, l'un des apports majeurs du droit révolutionnaire, puis du Code civil, avait été de proclamer l'égalité successorale entre les enfants des deux sexes. Les veuves et « filles majeures » restaient juridiquement capables et géraient librement leurs biens. Mais il paraissait alors impossible qu'une dualité de pouvoirs décisionnels ne conduise pas à l'anarchie, et donc à la ruine de la famille.

L'égalité des époux n'a donc été consacrée que dans la mesure où elle se révélait compatible avec l'intérêt de la famille. Dans certains domaines, la promotion des droits de la femme semblait lui être utile :

c'est ainsi que la loi du 9 avril 1881 sur les caisses d'épargne et celle du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée devaient permettre aux ouvrières de consacrer leur (maigre) salaire à l'entretien de la famille et de réaliser des économies, plutôt que d'être obligées de le remettre aux mains dilapidatrices d'un mari trop souvent porté sur la boisson. Il faut cependant noter que ni l'une ni l'autre ne furent intégrées au Code civil, comme s'il s'agissait de tolérances à ne pas afficher.

Il fallut attendre la loi du 13 juillet 1965 pour que le Code civil consacre la liberté professionnelle de la femme mariée, de même que son autonomie bancaire, et celle du 23 décembre 1985 pour que les dernières inégalités dans la gestion des biens de la famille soient levées.

Mais, par ailleurs, les mœurs n'ont pas forcément suivi l'égalité législative pourtant réclamée à cor et à cri. Ainsi, le « chef de famille » a disparu du Code civil depuis la loi du 4 juin 1970 qui a remplacé la puissance paternelle par l'autorité parentale : il a pourtant survécu au moins vingt ans dans les formulaires administratifs et il subsiste encore dans les classifications des démographes.

43

On pourrait penser que le chemin est définitivement achevé, l'égalité conquise et irréversible. Les choses ne sont pourtant pas si simples, car la famille est un lieu où l'égalité doit se combiner avec une différenciation des places et des rôles. Quoi que l'on veuille en dire, la maternité et la paternité ne sont pas identiques, et cette différence ne peut pas ne pas rejaillir sur la problématique de l'égalité des droits dans le couple. Pour l'illustrer, on peut prendre l'exemple du nom « patronymique » devenu « nom de famille ».

Le père et la mère ayant chacun un nom, et l'enfant ne pouvant en avoir qu'un, se pose nécessairement la question du choix. En France, l'attribution aux enfants légitimes du nom du mari était tellement évidente qu'elle ne figurait pas dans le Code civil. Corrélativement, l'usage voulait aussi que l'épouse porte le nom du mari. Cette habitude est demeurée extrêmement vivace, alors pourtant qu'aucun texte ne l'a jamais consacrée.

La volonté de parvenir à une plus grande égalité entre les parents s'est vite affrontée non seulement à l'aporie mathématique ( $1 + 1 = 1$ ), mais aussi au sens du nom du père. Si ce nom est bien l'affirmation sociale et publique de la paternité, qui en conditionne la solidité psychologique, ne risque-t-on pas d'affaiblir le lien en supprimant sa visibilité ? En définitive, après de difficiles débats, l'article 311-21 issu de la loi du 4 mars 2002, qui permet aux parents de choisir d'un commun

accord le nom de leur enfant, prévoit également qu'à défaut de choix l'enfant « prend le nom du père ».

Cet exemple montre bien que la dialectique de conciliation entre égalité des sexes et solidité de la famille n'est pas épuisée. Elle montre aussi qu'il est bien difficile de séparer, en droit de la famille, l'horizontal du vertical, les relations de couple de celles de filiation.

La question du **divorce** n'est pas moins délicate. Le droit révolutionnaire avait permis le divorce, et avait même instauré un divorce par consentement mutuel assez facile à obtenir<sup>8</sup>. Le Code civil conserva ce divorce par consentement mutuel dont Napoléon usa lui-même pour dissoudre son union avec Joséphine de Beauharnais.

44 Supprimé par la loi De Bonald du 8 mai 1816, lors de la Restauration, le divorce ne fut rétabli que par la loi Naquet du 27 juillet 1884, sous la forme d'un divorce pour faute, à l'exclusion du consentement mutuel.

Au fil des années se succédèrent de nombreuses réformes du divorce dans le Code civil<sup>9</sup>. Par exemple, une loi du 15 décembre 1904 autorisa le remariage de l'époux adultère avec son complice, en abrogeant l'article 298 du Code civil. Mais il fallut ensuite attendre la loi du 5 juillet 1956 pour que ce remariage permette la légitimation des enfants adultérins. De même, les conditions de la conversion de la séparation de corps en divorce furent plusieurs fois revisitées, chaque fois avec une charge idéologique intense.

Rétrospectivement, les combats paraissent d'arrière-garde, et toutes les tentatives de fermer les vannes du divorce perdues d'avance. Il n'empêche que chaque projet législatif relance les controverses et les débats entre les zéloteurs de la solidité des familles, qui espèrent lutter contre l'instabilité matrimoniale en restreignant la possibilité de divorcer, et les partisans de la liberté. Cette opposition recouvre deux conceptions du mariage : pour les uns, c'est toujours une union par essence indissoluble, même si certaines possibilités exceptionnelles de rupture ont dû être concédées ; pour les autres, le mariage est un simple contrat civil, susceptible d'être dissous dès lors que les conditions légales sont remplies.

---

8. Véronique Demars-Sion, « Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792 », *RTDciv.*, 1980, p. 231.

9. Sauf erreur ou omission, il n'y en aurait pas eu moins de 35 entre 1884 et 2000, ce qui place le divorce assez haut dans le hit-parade des textes instables (*Le Code civil, textes antérieurs et version actuelle*, Paris, Garnier Flammarion, 1997).

C'est la grande loi du 11 juillet 1975 qui a dépénalisé l'adultère, autorisé à nouveau le divorce par consentement mutuel, et créé le divorce pour « rupture de la vie commune » qui prend acte d'une séparation de fait de six années, même si l'un des époux ne souhaite pas divorcer. Ainsi fut réalisée la consécration d'un véritable « droit au divorce ». Toutefois, les conditions financières garantissant le sort du défendeur réduisaient de fait l'intérêt de cette faculté à des cas marginaux.

Trente années après, et à la veille d'une énième réforme, les problématiques n'ont pas tellement changé : il faut rendre le divorce par consentement mutuel plus facile, sans pour autant courir le risque qu'il masque une spoliation obtenue par violence ou chantage ; il faut permettre à celui qui ne supporte plus l'union de s'en libérer, sans pour autant faire du mariage une union précaire assimilable au concubinage ; il faut sanctionner les comportements inadmissibles, sans pour autant susciter des débats artificiels sur des fautes supprimées ; il faut garantir l'équité financière envers celle qui s'est consacrée à son foyer, sans mettre à la charge du mari des obligations l'empêchant de subvenir aux besoins de sa nouvelle famille ; il faut enfin obtenir que les époux qui se déchirent, voire se haïssent, continuent d'entretenir des relations correctes dans l'intérêt des enfants.

45

Même le recours à la médiation familiale, dernière panacée des désunions douces, n'est pas si nouveau : il suffit de se rappeler les « tribunaux de famille » révolutionnaires<sup>10</sup>.

Les deux grandes questions actuelles, qui sont la possibilité d'un divorce sans juge et la suppression du divorce pour faute, s'inscrivent dans la continuité des débats. Il est, certes, possible de faire prononcer le divorce par l'officier d'état civil, ou par un notaire. Il est tout à fait envisageable de ne plus s'intéresser aux griefs réciproques des époux, et de se borner à constater que la vie commune est devenue impossible. Par contre, il n'est pas possible d'éviter que ces réformes ne retentissent sur la nature même du mariage, en affaiblissant ses obligations et en affadissant son sens. Peut-être le caractère insoluble de la question du divorce est-il un indice de ce que le mariage soit demeuré, dans l'inconscient collectif, une union dont la nature n'est pas d'être rompue ?

Ce qui amène à s'intéresser à **la diversité des formes juridiques de couple.**

---

10. Véronique Demars-Sion, art. cit.

L'influence de l'Église catholique sous l'ancien droit et les principes égalitaires du droit révolutionnaire se sont conjugués pour que le Code civil de 1804 ne contienne aucune disposition relative au concubinage. Il n'existait et ne pouvait exister qu'une seule union : le mariage civil républicain, éventuellement suivi d'un mariage religieux. Les premières réformes du Code civil ont consisté à desserrer les contraintes sur ce qui demeurait un arrangement de famille. Rappelons que le Code de 1804 avait fixé la majorité matrimoniale à vingt-cinq ans pour les hommes et vingt et un ans pour les femmes et prévoyait que, même passé cet âge, le consentement des parents devait être demandé par « actes respectueux ». Il fallut plus d'un siècle pour que la loi du 21 juin 1907 supprime complètement ces « actes respectueux » et permette tout simplement aux majeurs de se marier librement.

46 Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que l'union libre n'ait pas eu droit de cité dans le Code ! On connaît l'aphorisme de Napoléon : « Les concubins se passent de la loi : la loi se désintéresse d'eux. » Vivre ensemble sans être mariés était considéré non seulement comme un comportement immoral, mais surtout comme une atteinte à l'ordre social dont les familles légitimes étaient le soubassement. Le seul texte du Code évoquant cette réalité était l'article 230, prévoyant la possibilité pour l'épouse de demander le divorce pour cause d'adultère du mari « lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune »<sup>11</sup>. Il n'était donc pas question, bien au contraire, que le concubinage ouvrît quelque droit que ce fût ! Tout au plus le libéralisme des tribunaux se manifesta-t-il dans le fait que la jurisprudence n'annula plus systématiquement les libéralités entre concubins<sup>12</sup> et admit l'indemnisation de la rupture du concubinage en cas de « séduction dolosive »<sup>13</sup>.

11. L'article 229 permettait au mari de demander le divorce dans tous les cas d'adultère de l'épouse. Cette dissymétrie, qui ne réapparut pas au plan civil dans la loi Naquet, subsista dans le Code pénal jusqu'en 1975. Cette discrimination était expliquée, sinon justifiée, par la moindre gravité de l'adultère de l'homme pour la famille. L'adultère de la femme risquait de faire entrer incognito des bâtards dans la famille, tandis que celui du mari ne pouvait avoir cet effet, les enfants adultérins *a patre* étant radicalement privés de droits.

12. Une distinction byzantine, qui dura jusqu'en 1999, opposait les libéralités consenties dans le souci d'assurer l'avenir de la concubine, et de réparer ses torts envers elle, valables, et celles qui, ayant pour but le maintien des relations coupables, étaient considérées comme le « prix du stupre » et donc illicites. Cette distinction était contestée car la plupart des libéralités répondaient peu ou prou aux deux objectifs. Il faut noter que le caractère adultérin du concubinage n'a jamais été un élément déterminant dans cette casuistique.

13. Laurent Boyer, « Concubinages et concubinats du Code d'Hamurabi à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle », in Jacqueline Rubellin-Devichi (dir.), *Les Concubinages, approche socio-juridique*, Paris, CNRS, 1986, p. 159.

La première loi qui donna un effet positif au concubinage dans le Code civil fut la loi du 16 novembre 1912 autorisant la recherche judiciaire de paternité naturelle « dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception » (art. 340-4 C. civ.). Encore s'agissait-il autant de sanctionner le fautif que d'ouvrir des droits à l'enfant<sup>14</sup>.

Vint ensuite une série de textes disparates, le plus souvent de droit social, accordant aux concubins des droits qui restaient de l'ordre de la subsistance : assurances sociales, allocations familiales ou encore droit au maintien dans les lieux pour la concubine du locataire. Rien de tout cela n'eut l'honneur d'être incorporé au Code civil.

On mesure donc le bouleversement que constitua la loi du 8 janvier 1993 qui prescrivit, dans l'article 372 du Code civil, que l'autorité parentale serait exercée en commun par les deux parents non mariés à condition qu'ils « vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance ». Pour la première fois, un effet positif, acquisitif de droits familiaux, était conféré à la vie concubinaire et pour la première fois aussi ce droit était gravé au fronton de marbre du Code.

Cette inscription dans le Code civil indiquait le changement radical qui s'était opéré entre-temps dans la perception sociale du concubinage. Naguère encore menace pour la société, il était devenu, en quelques dizaines d'années, un mode de vie aussi honorable qu'un autre, un fondement aussi sécurisant pour les familles que le mariage.

La suite de l'histoire est encore dans tous les esprits : la loi du 15 novembre 1999 qui a créé le Pacte civil de solidarité en a inséré la réglementation dans le Code civil, aux articles 515-1 et suivants, c'est-à-dire tout à la fin du titre relatif aux personnes. La même loi a également inscrit le concubinage dans le Code, juste après le PACS, non pas pour en améliorer les droits, qui en sont demeurés inchangés, mais seulement pour en affirmer la noblesse. Cependant, entre-temps le concubinage a cessé d'être exclusivement hétérosexuel. La création du PACS et l'insertion du concubinage dans le Code civil sont autant, sinon plus, la proclamation législative de la licéité des unions homosexuelles que la reconnaissance des unions de fait, et cette loi a surtout dissocié le couple de la famille qui en était jusqu'alors le prolongement naturel.

---

14. Christine Desnoyer, *L'Évolution de la sanction en droit de la famille*, Paris, L'Harmattan, 2001.

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a – provisoirement – sonné la fin de l'histoire législative du concubinage. En transférant les règles relatives aux enfants du divorce dans le chapitre relatif à l'autorité parentale, en unifiant les règles applicables aux enfants, sans accorder aucune incidence au statut juridique de leurs parents, mariés, divorcés, pacésés, concubins ou séparés, cette loi a tiré les conséquences de la révolution de 1999.

Le Code civil reconnaît et organise aujourd'hui trois sortes d'unions.

48 Le mariage demeure la seule structure n'admettant qu'un homme et une femme, et qui continue d'avoir une dimension horizontale et une dimension verticale indissociables. Cette articulation résulte de la présomption de paternité du mari (art. 312 C. civ.), et est confirmée par l'article 203 du Code civil, inchangé depuis 1804, aux termes duquel « les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

Le Pacte civil de solidarité, innovation de la loi du 15 novembre 1999, est un contrat par lequel est organisée une structure patrimoniale ouverte aux couples homosexuels ou hétérosexuels. Il n'a pas de dimension généalogique ni successorale, et contient peu d'obligations personnelles : seule est prévue une « aide mutuelle et matérielle<sup>15</sup> », à l'exclusion de toute obligation de fidélité<sup>16</sup>.

Le concubinage, enfin, est défini comme une « union de fait caractérisée par la vie commune<sup>17</sup> ». Il n'est plus doté d'aucune conséquence juridique spécifique en droit civil de la famille, ni au plan patrimonial, car il n'y a pas de régime juridique des biens des concubins, ni au plan extra-patrimonial, puisque l'admission des couples homosexuels dans ce cadre juridique a logiquement exclu toute conséquence du concubinage en droit de la filiation ou de l'autorité parentale.

Ce qui ne veut pas dire que les enfants nés hors mariage soient oubliés du Code civil, bien au contraire : les familles naturelles y sont entrées et y ont acquis une totale reconnaissance. C'est la dernière et peut-être la plus importante évolution du Code civil.

---

15. Art. 515-4 C. civ.

16. Tout au moins dans le texte du Code. La question de savoir si la jurisprudence en créera une est une autre histoire...

17. Art. 515-8 C. civ.



## LE SOCLE JURIDIQUE DES FAMILLES

Le Code civil constitue les familles en organisant les liens de parenté, et régit leur fonctionnement en réglant les droits et devoirs des parents et des enfants.

Au regard des **liens de parenté**, la famille légitime était seule reconnue dans le Code de 1804. Reprenant l'adage romain *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, l'article 312 du Code civil énonçait que « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». Ce texte, demeuré inchangé depuis lors, est toujours le principe fondateur de la filiation légitime. Dans une société où les mariages demeuraient largement des arrangements de famille<sup>18</sup>, dans un monde où la paternité était incertaine et ne pouvait se fonder que sur la fidélité de l'épouse, l'article 312 C. civ. occupait une place centrale, qui s'articulait parfaitement avec la répression de l'adultère de la femme et l'absence de droits des enfants nés hors mariage.

49

Corrélativement, en effet, la filiation naturelle n'était admise que si le père naturel avait volontairement reconnu l'enfant. L'établissement de filiations adultérines ou incestueuses était radicalement prohibé, sauf par ricochet, lorsque le mari désavouait l'enfant né de son épouse. Les conditions de ce désaveu étaient d'ailleurs très strictes.

Aux termes de l'ancien article 340 C. civ., « la recherche de la paternité est interdite », sauf dans le cas d'enlèvement de la mère. Cette sévérité s'expliquait par les abus qu'avaient entraînés, sous l'ancien droit, les procédures de recherche de paternité naturelle, ainsi que par l'importance donnée par le droit révolutionnaire à la volonté comme fondement de la filiation. Il faut ajouter que l'incertitude des preuves rendait de toute façon hasardeuse la démonstration de la paternité.

Même quand elle était établie, la filiation naturelle conférait moins de droits que la légitime. L'une des plus importantes différences était que l'enfant naturel n'entraînait pas dans la famille de son auteur : il n'avait juridiquement pas de grands-parents. Des droits successoraux ne lui étaient accordés que dans la succession de ses père et mère, encore étaient-ils notablement réduits par rapport à ceux des enfants légitimes.

---

18. Comme en témoignait la nécessité d'en demander l'autorisation aux parents, même après la majorité évoquée plus haut.

Par contre, les conditions de la légitimation étaient libéralement ouvertes : ainsi l'article 332 permettait-il de légitimer des enfants décédés s'ils avaient eux-mêmes laissé des descendants.

Ce système parfaitement cohérent, mais terriblement contraignant, cédera progressivement devant une exigence de simple justice envers la mère naturelle, « séduite et abandonnée », et son enfant innocent. Il faudra cependant attendre la loi du 16 novembre 1912, c'est-à-dire plus d'un siècle, avant que l'article 340 du Code civil, modifié, permette une action en recherche de paternité naturelle dans un certain nombre de cas limitatifs : l'enlèvement ou le viol, la « séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou de fiançailles », l'aveu écrit non équivoque de paternité, le concubinage notoire et enfin l'entretien de l'enfant par le père prétendu.

50 Les raisons de ces restrictions étaient au nombre de deux : le souci de préserver la « paix des familles » contre des demandes malicieuses, voire contre des tentatives de chantage, et l'impossibilité de fournir une preuve biologique certaine de la paternité.

Il faut se rendre compte du bouleversement qu'entraîna, dans les pratiques judiciaires, l'irruption de la vérité biologique résultant du progrès des sciences médicales. C'est la découverte de l'ADN, la possibilité de comparer les « empreintes génétiques » de l'enfant et du père prétendu qui ont permis de libérer totalement<sup>19</sup> l'action en recherche de paternité par l'effet de la loi du 8 janvier 1993. C'est-à-dire au bout de deux siècles !

Paradoxalement, c'est au moment où enfin la paternité devient certaine, que les pratiques d'assistance médicale à la procréation, notamment les dons de gamètes ou d'embryons, ont entraîné la création légale de fausses filiations biologiques. Un véritable mensonge a été institué dans le Code civil : l'article 311-20 résultant des lois bio-éthiques du 29 juillet 1994, aux termes duquel « le consentement à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation... ». Entre vérité biologique et volonté des parents, la filiation oscille toujours...

Pendant ce temps, les mœurs avaient changé, et les systèmes de valeur également. La discrimination dont étaient victimes les enfants naturels était devenue de plus en plus insupportable. La loi du 3 janvier 1972 proclama, à l'article 334 du Code civil, que : « L'enfant naturel a,

---

19. Ou presque, car un certain nombre de freins subsistent, le plus important étant la nécessité d'exercer l'action dans les deux années suivant la naissance de l'enfant.

en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. Il entre dans la famille de son auteur. »

La même loi permit, enfin, l'établissement de la filiation des enfants adultérins<sup>20</sup>.

La suppression de l'inégalité des filiations entraîna nombre de conséquences importantes. L'une d'elles fut que la filiation légitime, n'étant plus considérée comme de valeur supérieure à toute autre, devint plus facilement contestable : il parut en effet que l'intérêt de l'enfant était plus de se voir rattacher à son père véritable, fût-il naturel, que d'être fallacieusement relié à un mariage dont il n'était pas issu. La femme mariée obtint enfin le droit de faire reconnaître juridiquement que son enfant n'était pas né des œuvres de son mari.

L'égalité totale ne fut cependant pas atteinte par la loi de 1972. L'enfant adultérin continuait à n'avoir qu'un droit d'héritage limité. L'enfant naturel n'était pas soumis aux mêmes règles d'autorité parentale que l'enfant légitime : dans l'esprit du législateur, il demeurait l'enfant d'une mère célibataire, pour ne plus dire d'une fille-mère. En tout cas, un enfant *a priori* sans père. L'augmentation statistique du nombre d'enfants nés hors mariage, ainsi que le fait qu'ils étaient très souvent élevés dans un foyer stable, rendirent les dernières discriminations insupportables.

La loi du 3 décembre 2001 a donc supprimé le concept même d'enfant adultérin et celle du 4 mars 2002 a créé un article 310-1 C. civ. qui énonce : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »

**Les droits et devoirs réciproques des parents et des enfants** avaient subi, pendant la même période, nombre de bouleversements, même si l'article 371 du Code, « l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère », inaugure immuablement leur définition.

La plus connue de ces mutations est celle qui a fait progressivement passer de la « puissance paternelle », que le « père exerce seul [...] pendant le mariage » (art. 373 C. civ de 1804), à l'autorité parentale que « les père et mère exercent en commun... » (art. 372). Si ce changement

---

20. Mais l'établissement de filiations incestueuses demeure interdite. Lorsqu'un enfant est né d'un frère et d'une sœur, ou d'une fille et de son père, un seul lien de filiation peut être établi, afin d'éviter le scandale.

a été opéré dès la loi du 4 juin 1970 pour les familles légitimes unies, c'est celle du 4 mars 2002 qui a affirmé que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale » (art. 373-2). La consécration législative de la résidence alternée, dans la version 2002 de l'article 373-2-9<sup>21</sup>, est l'expression ultime de cette égalité des parents que l'on voudrait parfaite et absolue.

52 Mais l'autre histoire, plus sombre celle-là, est celle du « droit de correction paternelle », autorisant le père, lorsqu'il « aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant » (art. 375 C. civ.), à le faire enfermer par le président du tribunal d'arrondissement. Plus ou moins modifié, il subsistera jusqu'à ce qu'une ordonnance du 23 décembre 1958 fasse du même article 375 du Code civil le fondement de « l'assistance éducative » au bénéfice des mineurs en danger. Quant à la déchéance de puissance paternelle, prévue par une loi du 24 juillet 1889 en cas de très graves carences parentales, voire de crimes commis sur la personne de l'enfant, elle ne fut pas intégrée dans le Code civil à l'origine et ne le fut que par la loi du 4 juin 1970.

C'est que l'inscription d'une loi dans le Code civil lui donne une dimension supplémentaire : le Code n'est pas seulement une loi, c'est aussi un symbole. Il nous renseigne peut-être plus sur l'image qu'une société se fait de la famille idéale, que sur les réalités familiales à un moment donné. Ainsi s'explique que n'y aient figuré ni les « biens réservés » de l'épouse, ni la déchéance de la puissance paternelle. Il faudrait relire le texte de 1804, comme celui de 2003, dans cette optique. Il est probable alors que « l'obéissance » de la femme mariée en 1804 (art. 213 C. civ.) prendrait la même consistance que l'affirmation selon laquelle, en cas de séparation, « chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent » (art. 373-2, al. 2, rédaction de 2003), comme des tentatives héroïques ou dérisoires de maîtriser le jeu des passions, le choc des caractères, les « choses de la vie ».

---

21. Numérotation qui n'est à l'évidence pas celle du Code d'origine...

## BIBLIOGRAPHIE

- Marcel Garaud et Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la Famille*, Paris, PUF, 1979.
- Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2001.
- Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2003.
- Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996.
- Le Code civil, textes antérieurs et version actuelle*, Paris, Garnier Flammarion, 1997.

## R É S U M É

*Le Code civil de 1804, comme celui d'aujourd'hui, est à la fois le garant des personnes, la charte des couples et le socle juridique des familles. Son évolution retrace celle de la société, au travers de la montée de l'égalité des sexes, de la multiplication des formes juridiques de couples, de la promotion des familles naturelles et des mutations dans les droits et devoirs des parents. Mais reflète-t-il la réalité sociale ou, plutôt, la vision qu'a la société de ce que devrait être une famille idéale ?*

PÉNALISATION,  
COMMERCIALISATION ET...  
DROIT CIVIL

54

« ROME N'EST PLUS DANS ROME, elle est toute où je suis » : le droit civil a pareillement brisé le carcan de « son » code pour innover les autres et se faire *imperator* partout où le portent ses pas, même dans des « marches » récentes telles que le Code de la consommation, le droit de la concurrence ou le Code monétaire et financier.

Le phénomène est connu et certaines voix n'ont-elles pas, dans des instants d'agacement, évoqué l'impérialisme, voire la tyrannie des civilistes contemporains ?

Mais portes et frontières ne sont pas à sens unique : il faut supporter qu'en réciproque les autres disciplines s'invitent dans des domaines jusqu'alors purement « civilistes ».

C'est ce mouvement d'intrusion en retour que les « architectes découpeurs » de cet ouvrage ont envisagé, sous un titre que le contributeur a simplement souhaité rendre plus neutre : le libellé initial se demandait si pénalisation et commercialisation ne seraient pas « adversaires » du Code civil.

Le culte « tendance » voué à la codification dût-il en souffrir, il n'a peut-être en effet pas été négatif de rompre quelque peu un ordonnancement napoléonien cloisonnant le droit et la société comme des unités militaires aux uniformes bien distincts : Code civil et tribunaux civils pour les *cives* ; Code de commerce et juridictions consulaires pour les commerçants ; Code pénal et tribunaux répressifs pour les délinquants.

Goût atavique pour les jardins à la française (ennobli de « cartésianisme » dans le domaine de la pensée...)? Ou plus prosaïquement résultat mécanique des spécialisations disciplinaires dans les universités, avec leurs risques d'esprit de clocher? Toujours est-il qu'avouée ou souterraine est assez répandue l'idée que des croisements entre ces droits ne seraient que des « facilités », prémices d'une confusion générale et qu'il y aurait en quelque sorte un risque de dégénérescence du droit civil dans son hybridation avec le droit pénal ou le droit commercial.

L'hypothèse n'est pourtant pas sans intérêt qu'il pourrait y avoir aussi un peu à gagner dans ce brassage.

## PÉNALISATION

55

Il est parfois de bon ton de décrier la multiplication des sanctions pénales, cavaliers de beaucoup de lois civiles modernes : ce serait le signe d'un « mélange des genres » et d'une incapacité du droit civil à organiser ses propres sanctions.

Voire!

Quant au « mélange des genres », le droit pénal n'a-t-il pas toujours eu pour vocation de venir étayer des règles normatives relevant d'autres disciplines dont ce renfort vient souligner qu'elles relèvent d'un ordre public particulièrement impérieux? Et que ces règles soient civiles n'est pas une nouveauté : le vol a-t-il été jamais autre chose qu'une sanction du droit de propriété, l'abus de confiance une sanction de violations contractuelles spécialement graves et l'escroquerie une fréquente doublure du dol?

Que des lois modernes, notamment en droit économique ou en droit de la consommation, aient recours au même renfort ne fait que refléter le déplacement de l'ordre public vers ces secteurs.

Et le grief de mélange des genres ne trahit-il pas, chez ceux qui l'agitent, plutôt une idée de « mélange des délinquants », et une conception selon laquelle seules les violences physiques, les voies de fait matérielles, relèveraient du droit pénal, tandis que les violences juridiques ou les voies de fait économiques devraient y échapper pour rester réglées par le droit civil lui-même?

Quant à la capacité du droit civil d'organiser ses propres sanctions, elle a montré depuis longtemps ses limites. Les peines privées et autres déchéances par lesquelles se concrétisent ces sanctions présentent bien des faiblesses, au premier rang desquelles une rigidité excessive.

À l'exception du recel successoral ou de communauté (qui mesure la sanction à l'étendue même de l'atteinte que le divertissement voulait porter au principe d'égalité), ces déchéances ont pour tare de priver le juge de toute possibilité d'en mesurer l'étendue : cette incommodité a été tellement ressentie qu'en certaines occasions loi ou jurisprudence tentent de réintroduire le « pouvoir modérateur » du juge (astreintes, clauses pénales, clauses résolutoires).

56 Mais ces remèdes sont limités et il faut bien admettre que le droit civil, lorsqu'il veut se servir de ses propres armes pour « rester maître chez lui », ne parvient pas à des résultats satisfaisants.

Prenons un exemple : la loi de 1975 sur la sous-traitance a voulu se passer de sanctions pénales et a eu recours à la nullité du sous-traité pour sanctionner l'entrepreneur qui ne fournit pas à son sous-traitant la caution imposée par la loi. Mais cette nullité n'est d'aucun secours au sous-traitant qui en aurait besoin, c'est-à-dire qui se heurte à un entrepreneur ne réglant pas les travaux effectués (qui est tout aussi insolvable pour fournir les restitutions consécutives à cette nullité...). À qui sert-elle ? Aux seuls sous-traitants qui ont un débiteur solvable, ne pâtissent en rien de l'absence de cautionnement, mais qui la demandent quand même pour... remettre en cause le prix contractuel et tenter d'obtenir un meilleur paiement d'après le coût réel des travaux !

En réalité, en droit comme ailleurs, à chacun son rôle d'après ce qu'il sait faire. La « sanction », au sens de peine infligée à celui qui transgresse une norme impérative et socialement importante, c'est bien l'affaire du droit pénal, qui peut précisément mesurer cette sanction à la gravité de la faute. Le droit civil, qui a des fins d'équilibre commutatif, n'est pas armé à cet effet. Qu'il requière l'assistance du droit pénal n'est donc peut-être pas si contestable. Et cela présente en outre l'avantage de permettre d'indiquer la hiérarchie des valeurs qu'il instaure : le « surlignage » pénal d'une règle civile est souvent riche d'enseignements.

## COMMERCIALISATION

En est-il autrement du phénomène de commercialisation, entendu au sens large où tout devient professionnel et donc objet à recherche de



profit ? Le droit civil classique, qui faisait principe de la gratuité de certains actes (mandat, prêt à usage, cautionnement), s'effiloche-t-il par une « mercantilisation » rampante ?

Il est bien vrai que ce phénomène l'a modifié : les baux commerciaux sont bien éloignés du modèle rural du Code ; les « agents » de toutes sortes (immobiliers, de voyages, artistiques, d'affaires, de publicité, etc.) ont souvent perdu de vue le « contrat de mandat » du Code civil (au point que leurs formulaires inversent parfois les termes de « mandant » et « mandataire »...).

Que des règles commerciales ou « consuméristes » (dans une version moderne du même phénomène) viennent compliquer et troubler des schémas qui étaient plus simples, ce n'est pas contestable.

Mais est-ce regrettable ?

57

Ici encore, il faut peut-être se garder d'un réflexe de « protectionnisme » disciplinaire. Car il arrive que la rencontre de ces droits enrichisse ou aide le droit civil classique.

Prenons encore deux exemples, deux seulement pour ne pas lasser.

D'abord celui des cuves des pompistes. Là où le droit du prêt à usage butait, ne parvenant pas à éviter la restitution en nature, c'est du droit de la concurrence qu'est venue la solution, consistant à imposer une clause de restitution en équivalent.

Ensuite celui du cautionnement « omnibus » : c'est la loi bancaire de 1984 qui est parvenue à imposer ce que l'article 1134 alinéa 3 aurait dû permettre de dégager, à savoir l'obligation d'informer régulièrement la caution de sa situation.

Inutile de multiplier les exemples : tout civiliste contemporain sait bien que le droit des obligations « vit » et évolue sous l'aiguillon du droit des affaires.

« Rome n'est plus dans Rome... » et il faut au fond s'en féliciter : un droit civil s'étiolerait confiné dans son propre code, bien à l'abri des autres et, loin d'être cause de dégénérescence, son hybridation avec le droit pénal, le droit commercial ou d'autres (droit du travail) lui ont assuré le maintien de sa vitalité.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

---

Droit civil (obligations), 8<sup>e</sup> édition 2001.

Droit civil (contrats spéciaux), 5<sup>e</sup> édition 2001.

Droit civil (la famille), 11<sup>e</sup> édition 2003.

RÉSUMÉ

---

*Introduire le droit pénal ou le droit commercial au cœur même de ce qui constituait la matière du droit civil classique traduit-il un affaiblissement de ce droit civil ? L'hypothèse est qu'au contraire un tel mâtinage pourrait être source de coopération et d'enrichissement.*

CODE CIVIL  
ET DROIT CANONIQUE

«**C**ODE CIVIL ET DROIT CANONIQUE», ou « à propos de la ren-  
contre entre une codification moderne et un droit confes-  
sionnel », qu'est-ce à dire ? L'histoire de la civilisation occidentale et en  
particulier l'histoire de la vie privée dans cette civilisation <sup>1</sup> s'enracinent  
dans la Grèce et le judaïsme, et plus particulièrement dans le rayonne-  
ment de l'Empire romain et le développement du christianisme, ce  
dernier renouant plus tard avec les philosophes grecs par l'intermé-  
diaire de quelques lettrés musulmans <sup>2</sup>. Par ailleurs, est communément  
soulignée la part prise par le droit romain dans la formation des droits  
européens : d'abord le droit romain de l'Antiquité, ensuite le droit  
romain qui a formé pendant des siècles – avec le droit canonique puis  
sans lui – des générations de juristes dans les universités médiévales <sup>3</sup> et  
modernes. Ces juristes y cherchèrent des solutions face aux problèmes  
rencontrés dans une pratique régie surtout par les lourdeurs de la cou-  
tume <sup>4</sup>. D'autres domaines ont également été examinés récemment par  
des historiens du droit ancien et du droit canonique, des domaines  
juridiques où l'interférence entre le droit romain, le droit canonique et

---

1. Philippe Ariès et Georges Duby (dir.), *Histoire de la vie privée*, Paris, Seuil, 1985-1987, 5 tomes.

2. Avital Wohlman, *Thomas d'Aquin et Maïmonide, un dialogue exemplaire*, préface d'Isaïe Leibowitz, Paris, Cerf, coll. « Patrimoines », 1988.

3. Jean Gaudemet, *La Formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles*, Paris, Sirey, 1979; Joseph Canning, *Histoire de la pensée politique médiévale (300-1450)*, Paris-Fribourg, Cerf et Éditions universitaires de Fribourg, coll. « Pensée antique et médiévale – Initiation », 2003.

4. Brigitte Basdevant-Gaudemet et Jean Gaudemet, *Introduction historique au droit, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 2000.

le droit français ancien<sup>5</sup> a réussi à forger une rationalité normative dont sont redevables aujourd'hui encore de grandes institutions, notamment de droit privé, comme le régime de l'adoption par exemple<sup>6</sup>.

Anne Lefebvre-Teillard écrit que « de ce complexe ordonnancement, mais aussi d'une extraordinaire volonté politique, devait sortir le Code civil<sup>7</sup> ». S'agissant des grandes matières civiles que codifie Napoléon Bonaparte, le droit des personnes<sup>8</sup>, le droit du mariage<sup>9</sup>, de la filiation<sup>10</sup> et de la famille<sup>11</sup>, le droit des biens<sup>12</sup> et des contrats<sup>13</sup>, tous ces droits se sont appuyés sur des intuitions découvertes grâce au droit romain ou même au droit canonique latin de l'Église catholique romaine<sup>14</sup>. D'autres branches du droit français ont aussi connu des influences judéo-chrétiennes ou proprement bibliques, le droit pénal par exemple<sup>15</sup>. C'est pourquoi il aurait été possible de rédiger un

5. Gabriel Le Bras, « La formation du droit romano-canonique », in Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique*, Cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (1947), Paris, Letouzey et Ané, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit canonique de Paris », 1950, p. 335-338.

6. Franck Roumy, *L'Adoption dans le droit savant du XI<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque des thèses de droit privé », 1998, t. 279.

7. Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental-Droit civil », 1996, p. 9.

8. Jean Gaudemet, « Persona » (1976), in *La Doctrine canonique médiévale*, Collected Studies Series CS435, Norfolk, Variorum, 1994, XIV, p. 465-492.

9. Jean Gaudemet, *Le Mariage en Occident*, Paris, Cerf, coll. « Histoire », 1987.

10. Guy Raymond, « Filiation biologique, filiation affective : quels choix en droit français ? », in Jean-Daniel Causse et Xavier Lacroix (dir.), « La filiation interrogée » (colloque de l'Association des théologiens pour l'étude de la morale – ATEM, 2002), *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 225, juin 2003, p. 55-67; Guy Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2003; Martine Sevegrand, *Les Enfants du bon Dieu. Les catholiques français et la procréation au XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Albin Michel, coll. « Bibliothèque-Histoire », 1995.

11. Roland Ganghofer (dir.), *Le Droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Publications de la Maison des sciences de l'homme de Strasbourg », n° 7, 1992; Gérard Cornu, *Droit civil. La famille*, Paris, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd.

12. On se souvient notamment des enseignements du doyen Jean Carbonnier, *Droit civil*, 3, *Les Biens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1969, 6<sup>e</sup> éd.

13. Jean Carbonnier, *Droit civil*, 4, *Les Obligations*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1969, 6<sup>e</sup> éd.

14. Jean Gaudemet, « Il diritto canonico nella storia cultura giuridica Europea » (1991), in *La Doctrine canonique médiévale*, op. cit., XVII, p. 3-29.

15. Jean-Marie Carbasse, « L'influence de la Bible sur l'ancien droit pénal français », in *L'Année canonique*, t. 35, 1992, p. 103-114; Antoine Laingui, « Le droit pénal canonique, source de l'ancien droit pénal laïc », in *Églises et Pouvoir politique*, Angers, Presses universitaires d'Angers, 1987, p. 213-232; Roger Merle, *La Pénitence et la Peine, théologie, droit canonique*,

article d'histoire de droit comparé sur le thème suivant : « Droit canonique et Code civil »<sup>16</sup>.

Mais la direction de la revue française d'études constitutionnelles et politiques *Pouvoirs* a opté pour une autre démarche, intéressante également, en me demandant un article sur un thème de droit positif comparé : « Code civil et droit canonique »<sup>17</sup>. Il est raisonnable de penser que ce choix n'exclut pas la dimension historique<sup>18</sup>, surtout dans une telle rencontre de normativités héritières chacune d'une longue tradition institutionnelle<sup>19</sup>. Néanmoins, les dimensions d'un article ne permettent pas de tenter une approche générique suffisamment étayée des rapports du Code civil et du droit canonique, depuis 1804 jusqu'aux débuts du III<sup>e</sup> millénaire. La prégnance du droit canonique en France, depuis les origines de ce droit confessionnel jusqu'à la veille de la promulgation par Napoléon du Code civil, a déjà fait l'objet d'un regard d'historien<sup>20</sup>. Et, dans ce contexte, les rapports interjuridictionnels entre pouvoir séculier et catholicisme en France sont importants à considérer quant à leurs répercussions en philosophie et en théorie

61

---

*droit pénal*, Paris, coéd. Cujas-Cerf, coll. « Éthique et société », 1985; Michel Anquetil, Simone Buffard, Yves Castan, Pierrette Poncela, Louis Raingard de La Blétière, Philippe Robert, *La Peine, quel avenir ? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, Paris, Cerf, coll. « Recherches morales », 1983; Martine Carbonnier, « Le droit de punir et le sens de la peine chez Calvin », in *Revue d'histoire et de philosophie religieuse*, 1974, p. 187 sq.; Alain Cabantous, *Histoire du blasphème en Occident XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Albin Michel, coll. « L'évolution de l'humanité », 1998.

16. L'influence biblique et judéo-chrétienne sur le droit civil de la famille est bien connue. C'est ainsi que des civilistes traitant du droit civil familial citent parfois le Décalogue, en particulier ce commandement : « Tes père et mère honoreras. » Ce précepte n'inspire-t-il pas encore l'article 371 du Code civil : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » ? Cf. Alain Sériaux, « Tes père et mère honoreras ; réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTDCiv.*, 2, 1986, p. 265-281, et Xavier Martin, « À tout âge ? Sur la durée du pouvoir des pères dans le Code Napoléon », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science politique*, 13, 1992, p. 227-301.

17. René David, « La place du droit canonique dans les études de droit comparé », in Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique*, op. cit., p. 229-238.

18. Pierre Riché, *Henri-Irénéé Marrou, historien engagé*, préface de René Rémond, Paris, Cerf, coll. « Histoire-biographie », 2003.

19. Jean Gaudemet, *Les Naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 2001, 3<sup>e</sup> éd.; Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1998; Norbert Rouland, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental-Droit politique et théorique », 1998; Jean Gaudemet, *Les Sources du droit de l'Église en Occident du I<sup>er</sup> au VII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Cerf, coll. « Initiation au christianisme ancien », 1985, et *Les Sources du droit canonique VIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Cerf, coll. « Droit canonique », 1993.

20. Jean Gaudemet, « Le droit canonique en France des origines à 1789 », in *L'Année canonique*, t. 38, 1996, p. 249-283.

générale du droit, surtout à partir du XIV<sup>e</sup> siècle, siècle qui voit naître la critique moderne des fondements divins des pouvoirs<sup>21</sup>; des rapports interjuridictionnels à considérer plus encore en fonction de la césure sanglante opérée par la Révolution de 1789<sup>22</sup>, sans oublier non plus le dossier du gallicanisme<sup>23</sup>.

Tour à tour, il s'agira d'abord de réfléchir aux conditions dans lesquelles le droit canonique est susceptible d'être perçu par le Code civil français depuis la promulgation de celui-ci en 1804 jusqu'à nos jours. Le Code civil français peut être mis en présence de ce corpus confessionnel canonique catholique romain de rite latin. Le Code civil français peut aussi rencontrer le droit canonique oriental catholique, compte tenu du cosmopolitisme grandissant du territoire national et des phénomènes accrus dus à la diaspora des catholiques orientaux qui doivent s'éloigner de leur pays d'origine. En tout cas, ce vaste corpus canonique, tant latin qu'oriental, a connu ses premiers linéaments dès le II<sup>e</sup> siècle; ce droit confessionnel continue à se développer en usant des méthodes de compilation et de codification.

Puis, sera privilégié, à grands traits, le domaine matrimonial pour examiner davantage cette mise en présence, d'autant plus que cela concerne à la fois la vie privée et la vie sociale des personnes, des familles, des enfants et autres personnes à charge *largo sensu*, ainsi que le plus intime de l'existence humaine, à savoir la conscience individuelle, les croyances, les convictions philosophiques et religieuses. Il en va aussi de la liberté religieuse individuelle et de la liberté de religion à travers le droit matrimonial.

21. Marie-France Renoux-Zagamé, Ceslas-Bernard Bourdin, Jean-Paul Durand (dir.), « Droit divin de l'État, genèse de la modernité politique », colloque du Consortium international « Droit canonique et culture », octobre 2003, in *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 227, décembre 2003, à paraître.

22. René Rémond (co-dir.), *Histoire de la France religieuse*, Paris, Seuil, 1992, 4 volumes; et René Rémond, *Introduction à l'histoire de notre temps*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 1974, 3 volumes; Émile Poulat, *Liberté, Laïcité, la guerre des deux France et le principe de la modernité*, Paris, Cerf-Cujas, coll. « Éthique et société », 1987; Claude Nicolet, « L'idée républicaine plus que la laïcité », in Jean-Paul Durand (éd.), « De la morale laïque » (dossier), *Revue d'éthique et théologie morale*, « Le Supplément », n° 164, avril 1988, p. 45-52; Guy Bedouelle et Jean-Paul Costa, *Les Laïcités à la française*, préface de René Rémond, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1998; Jean Cassien Billier et Aglaé Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001; Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français, introduction méthodologique, synthèses*, Paris, Dalloz, 1992; Michel Troper, *La Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2003; Paul Amserek, Christophe Grzegorzcyck (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989.

23. Jean Gaudemet, « Les vicissitudes du gallicanisme », in *La Doctrine canonique médiévale*, op. cit., XIII, p. 43-70.

## METTRE EN PRÉSENCE UN CODE NON CONFESSIIONNEL ET UN CORPUS JURIDIQUE CONFESSIIONNEL

Comment aborder une mise en présence de tels ordres juridiques : l'ordre civil français codifié d'une part<sup>24</sup>, l'ordre canonique d'autre part ? Il n'est pas exact de prétendre qu'il suffise de comparer deux codes, le Code civil français d'aujourd'hui et le Code de droit canonique catholique de rite latin de 1983. Cet ordre canonique catholique romain de rite latin ne se réduit pas à des corpus codifiés, la méthode de compilation restant importante. La codification canonique, pour le rite latin, a commencé à partir de 1917<sup>25</sup> – premier Code de droit canonique –, puis a repris dès 1983<sup>26</sup> – deuxième Code de droit canonique. La codification concerne aussi le rite oriental, avec un premier lancement en 1929<sup>27</sup>, ce qui a donné lieu à une promulgation partielle et progressive de certains chapitres codifiés jusqu'en 1958. L'aboutissement de la codification orientale, entièrement revue après le concile Vatican II, date de 1990<sup>28</sup> et voit promulguer le premier Code oriental complet de droit canonique.

63

Le droit canonique, s'il est né près de deux millénaires avant le Code Napoléon, est néanmoins un droit qui a pratiqué le phénomène de la codification au début seulement du <sup>xx</sup>e siècle, soit un peu plus d'un siècle après les codifications napoléoniennes. Jusqu'alors, et malgré de considérables œuvres privées et officielles de mises en collections<sup>29</sup> – qui ne sont pas des codifications au sens moderne –, c'est la compilation qui avait toujours prévalu depuis les premiers documents

---

24. Jean Carbonnier, « La codification dans les États de droit : le cas français », in Jean-Paul Durand (dir.), « Compilation ou codification ? », Centenaire de la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (1995), *L'Année canonique*, t. 38, 1996, p. 91-96 ; Jean Werckmeister (éd.), « Débats sur le décret de Gratien – Codes et codification » (dossiers), *Revue de droit canonique*, t. 51/2, 2001, p. 209-346.

25. Présentation notamment du Code de droit canonique de rite latin de 1917 : Raoul Naz (dir.), *Traité de droit canonique*, Paris, Letouzey et Ané, 1947, 4 tomes.

26. *Code de droit canonique, latin français* (1983, de rite latin), Paris, Centurion-Cerf-Tardy, 1984.

27. René Metz, *Le Nouveau Droit des Églises orientales catholiques*, Paris, Cerf, coll. « Droit canonique », 1997.

28. *Code des canons des Églises orientales* (1990), Rome, Librairie éditrice vaticane, 1997.

29. Stéphan Kuttner, « Quelques observations sur l'autorité des collections canoniques dans le droit classique de l'Église », in Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique, op. cit.*, p. 305-312.

normatifs extra-bibliques<sup>30</sup> et cela jusqu'au *Corpus iuris canonici* (XIII<sup>e</sup> siècle). La course de ce corpus s'acheva au XX<sup>e</sup> siècle, en 1917 : c'est cette année que le pape Benoît XV promulgue le premier *Codex iuris canonici*, une codification souhaitée par le concile Vatican I et entreprise dès le pontificat du pape Pie X. Elle a été dirigée par le cardinal Pietro Gasparri et sous l'influence du Code Napoléon ainsi que d'autres codifications modernes. Gasparri apprécia de près le Code civil français : il avait séjourné dix-huit ans à Paris et y avait notamment préparé la refondation – que décrètera le pape Léon XIII en 1895 – de la Faculté de droit canonique, au sein de l'Institut catholique de Paris<sup>31</sup>.

64 La question de la codification est sans doute un enjeu épistémologique important. C'est donc aussi à partir de la codification d'origine napoléonienne qu'une réflexion peut être menée sur la structuration moderne d'une partie importante de la matière du droit canonique de toute l'Église catholique romaine. J'avais organisé en 1995 et publié en 1996 un colloque de droit canonique et de droit comparé consacré au thème « Compilation ou codification ? »<sup>32</sup>.

Il ne s'agit donc pas de confronter le contenu du Code civil actuellement en vigueur avec le seul Code de droit canonique du rite latin promulgué depuis 1983, parce que le droit canonique reste encore, pour une part non négligeable, une matière compilée ; qu'en conséquence ce droit confessionnel chrétien ne se limite pas au contenu de sa seule matière codifiée, qui est présentement celle que contient le Code de droit canonique latin de 1983. C'était déjà vrai avec son prédécesseur, le Code de droit canonique latin de 1917, le premier Code de l'histoire du droit canonique catholique romain. Ce Code n'englobait déjà pas toute la matière canonique. Par exemple, il est traditionnel que le droit canonique liturgique<sup>33</sup> et le droit public ecclésiastique<sup>34</sup> – droit concordataire – ne soient pas codifiés.

---

30. Je n'entrerai pas ici dans une qualification des méthodes mises en œuvre par la Compilation de Justinien et le Code théodosien, Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit*, op. cit., p. 47-56 ; Jean Werckmeister et Michel Rouche, *Le Code théodosien*, Paris, Cerf, coll. « Sources canoniques », 2003.

31. Pierre Andrieu-Guitrancourt, « Histoire sommaire de l'enseignement du droit canonique en France au XIX<sup>e</sup> siècle et de la Faculté de droit canonique de Paris », in *Actes du congrès de droit canonique*, op. cit., p. 24-116.

32. Jean-Paul Durand (dir.), « Compilation ou codification ? », op. cit., p. 7-108.

33. Par exemple, *Rituel du baptême des enfants en âge de scolarité* (18 janvier 1977 et 12 septembre 1983), Paris, Chalet-Tardy, 1999.

34. Jean-Paul Durand, « Droit public ecclésiastique », in Patrick Valdrini, Jean-Paul



Parmi les grandes matières codifiées du droit canonique qui rencontrent la codification civile française, on citera le domaine du droit canonique matrimonial<sup>35</sup>. Ce domaine a déjà fait l'objet en 1985 d'une publication consacrée aux rapports du mariage civil et du mariage canonique, travaux issus d'un colloque par Joël Benoît d'Onorio au printemps de cette même année<sup>36</sup>. Cette confrontation souligne déjà l'écart grandissant qui sépare le Code civil français en vigueur et le droit canonique positif du mariage<sup>37</sup>, deux rationalités normatives qui vont faire l'objet du principal développement de la présente étude.

Mais, au préalable, encore faut-il préciser ce qu'on entend par droit canonique et pour quelle raison il importe de réfléchir à sa rencontre avec le Code civil français notamment.

Le droit canonique est un droit, mais contrairement au droit romain par exemple<sup>38</sup>, c'est un droit toujours vivant et donc en vigueur, moyennant de considérables évolutions depuis deux millénaires de développements<sup>39</sup>. Le droit canonique appartient au phénomène institutionnel des droits internes et droits propres, respectivement, à différentes religions ou confessions religieuses, à différents cultes. Il faut citer le droit canonique de l'Église orthodoxe, celui de la Communion anglicane, la discipline de l'Église réformée de France, le droit hébraïque, le droit coranique, principalement<sup>40</sup>.

Le droit canonique en vigueur en 1804 est le *Corpus iuris canonici*, compilation structurée et officialisée dès le XIII<sup>e</sup> siècle par la papauté à

65

---

Durand, Olivier Échappé, Jacques Vernay, *Droit canonique*, Paris, Dalloz, 1999, coll. « Précis », p. 433-449.

35. Louis Bonnet, *La Communauté de vie conjugale en droit canonique, du Code de 1917 au Concile Vatican II et au Code de 1983*, Paris, Cerf, coll. « Droit canonique », à paraître en 2004.

36. Joël-Benoît d'Onorio (dir.), *Mariage civil et Mariage canonique*, Paris, Téqui, 1985.

37. Henri Lalou, « Histoire du divorce en France », in Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique, op. cit.*, p. 313-334; Philippe Toxé, « Le mariage dans le droit canonique actuel », in Claude Bontems (dir.), « Mariage-mariages », colloque du Centre d'anthropologie du droit et du Centre « Droit et sociétés religieuses » (1997), Paris, PUF, 2001, p. 103-116.

38. Michel Villey, *Le Droit romain*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1987, 8<sup>e</sup> éd.; Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit, op. cit.*, p. 19-85.

39. Jean Gaudemet, *Église et Cité*, Paris, Montchrestien et Cerf, 1994.

40. Jean-Paul Durand, *Les Institutions religieuses*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999 (on y trouvera l'évocation par ordre d'apparition, d'institutions hébraïques, catholiques, musulmanes, protestantes, anglicanes. Mais y manquent notamment les institutions chrétiennes orientales : catholiques, préchalcédoniennes, orthodoxes, ainsi que des institutions religieuses asiatiques, amérindiennes, nordiques, du Pacifique et des institutions animistes, et des formes plus récentes de phénomènes religieux et parareligieux).

partir de l'œuvre privée de collection de Gratien apparue vers 1140 à Bologne<sup>41</sup>. Déjà, ce droit n'avait pas effectivement juridiction sur tout le monde chrétien en raison de schismes. Spécialement, étaient survenus des schismes avec une grande partie des communautés orientales chrétiennes du bassin méditerranéen.

66 Pour ne parler que du droit latin, il comprend différentes branches ; les unes concernant le statut religieux et social des personnes, les autres les responsables de la hiérarchie de l'Église, le monachisme, les biens, les procédures, les peines et les relations avec les autorités séculières. Même si toute la société concernée est composée de baptisés durant ce Moyen Âge, à l'exception de terres occupées par les Ottomans, toute Église chrétienne de cette époque dispose de son droit canonique propre. Cependant, il concerne aussi inévitablement la société tout entière. Ce droit a d'abord été pour une large part un droit coutumier ; il est d'abord composé de décisions ponctuelles de différentes natures : conciliaires, épiscopales, abbatiales et pontificales. Très tôt, des canonistes s'employèrent à en regrouper de nombreuses en collections, s'inspirant pour ce faire parfois de modalités de classement retenues par la compilation de Justinien, compilation entreprise, elle, dès 528.

Cette influence va durer : bien que le Code latin de 1917 ait employé des méthodes mises au point lors des codifications napoléoniennes un siècle plus tôt, le plan du Code de 1917 conserve encore une structuration provenant des collections canoniques antiques et médiévales et avec des principes de classement ou de qualification des matières héritées de Justinien.

Il faut attendre la codification latine et orientale de 1983 et 1990 pour voir apparaître d'autres classements d'inspiration plus théologique que juridique. Et ce n'est qu'avec ces deux codifications survenues à la suite du concile Vatican II que surgit, à côté du droit canonique public (*in nomine Ecclesiae*), un véritable premier corpus codifié de droit associatif canonique privé ; ce sont les canons latins 299 à 311 (1983). Ce qui signifie qu'en face d'un droit privé français des personnes et des biens, codifié par Napoléon en 1804, le droit canonique des personnes et des biens, lui, est encore uniquement un droit public. Mais ce droit public l'est-il au regard de l'ordre juridique français des époques concernées ?

---

41. Jean Werckmeister (éd.), « Débats sur le décret de Gratien – Codes et codification » (dossiers), *op. cit.*, p. 209-278.

Le critère concordataire ne peut apporter de réponse univoque, il faut considérer les évolutions juridiques survenues au cours de l'histoire.

Certes, le régime juridique français de l'Église catholique en France de 1516 à 1790 et de 1801 à 1905 – et qui se poursuivra comme tel en Alsace-Moselle jusqu'à nos jours –, est un régime concordataire : il faut se référer au concordat de Bologne conclu entre le roi François I<sup>er</sup> et le pape Léon X en 1516, puis au concordat de Paris conclu, lui, entre le Premier Consul Napoléon Bonaparte et le pape Pie VII en 1801. Mais moins encore qu'avec les effets du concordat de Bologne, ceux issus du concordat de Paris n'ont pas permis aux institutions ecclésiastiques catholiques situées en territoire français d'accéder en droit français à la personnalité juridique de droit public français, encore moins pour le statut personnel des membres du clergé, des congréganistes et surtout des fidèles. Tout au plus leurs intérêts dans ces contextes concordataires peuvent-ils être évoqués à l'échelon diplomatique du droit international public bilatéral, à savoir entre l'État français et le Saint-Siège. Celui-ci est également détenteur, comme l'État français, du titre de personne morale gouvernementale souveraine de droit international public. Je pourrais dire qu'en vertu du concordat de 1516 – mais dans un climat gallican –, le Royaume de France serait qualifiable, selon un langage d'aujourd'hui, d'État confessionnellement catholique ; l'Église catholique était la seule religion d'État de ce royaume ; la période bénéficiant de l'édit de Nantes n'ayant pas retiré ce titre à l'« Église de France ». Tandis qu'en vertu du concordat de Paris de 1801, et moyennant les articles organiques de 1802 – unilatéraux et gallicans –, l'Église catholique romaine n'est que la religion de la plus grande majorité des Français, et non plus une religion d'État.

En 1804, les catholiques sont des citoyens qui, en devenant sujets de l'empereur Napoléon I<sup>er</sup>, n'en sont pas moins d'abord des Français, moyennant une vigilance de la part du Saint-Siège qui pouvait, en principe seulement, se manifester dans le cadre des termes conclus, en droit international public, dans ce concordat de 1801.

Le droit privé français codifié en 1804 s'applique aux catholiques et à leurs institutions, à l'exception de mesures prévues par les articles organiques comme pour le statut d'agents publics de l'État réservé à des ministres des quatre cultes reconnus (catholique, luthérien, réformé et israélite) et moyennant des obligations d'ordre public à l'égard de l'État. En outre, dès 1802, l'État a créé auprès des principales institutions des quatre cultes reconnus, des personnes morales de

droit public pour organiser le service public du culte que devaient servir chacun deux, mais cela sans que ces derniers n'accèdent eux-mêmes à la qualité de personnalités juridiques de droit français, même de droit privé. Le diocèse, par exemple, n'a pas de personnalité juridique en droit français en vertu des articles organiques. Je laisse de côté ici le régime ultérieur des associations inscrites issues du droit allemand après 1908 pour l'Alsace-Moselle qui, elle, a gardé le concordat et les articles organiques entre 1905 et 1940 et depuis 1945.

68 En d'autres termes, lorsque les dispositions du Code civil de 1804 rencontrent des catholiques et des institutions de cette confession pourtant concordataire, les normes canoniques n'acquièrent pas une autorité sur le droit français, ni de droit public, ni même de droit privé. Tout au plus, ces fidèles et ces institutions catholiques sont protégés par les engagements concordataires en droit international public. *A fortiori* depuis la Séparation de 1905 entre l'État français et les cultes, où l'ensemble des droits internes à chaque religion ne sont que des faits régis par le droit privé français, moyennant le régime en vigueur d'ordre public et de garanties des libertés publiques et notamment des libertés individuelles. À cet égard, il faut insister sur le principe présent dans l'article 4 de la loi du 9 décembre 1905 qui prévoit que l'ordre public français et les associations cultuelles notamment ont à respecter les règles d'organisation générales propres à chacun des cultes, à savoir leurs droits « canoniques » respectifs, sans que ce principe n'attribue une autorité civile sur le droit français concerné par le régime de la Séparation issu de 1905.

La modernité, dès le concordat de 1801 et dès les articles organiques de 1802, s'était donc déjà installée en France; ni le Consulat ni le Premier Empire n'étant des régimes politiques confessionnels<sup>42</sup>. À tel point que le droit canonique notamment n'est qualifiable que de deux manières :

– soit c'est un droit régi par le Saint-Siège; ce dernier, je l'ai dit, étant une personne morale de droit international public : à ce titre, cette institution suprême représente de manière exclusive l'Église catholique romaine en droit diplomatique; cette Église ayant compétence en matière de liberté d'exercice de la religion catholique romaine, moyennant le respect de l'ordre public français de l'époque concernée.

---

42. Jean-Paul Durand, « Liberté religieuse, liberté de religion et laïcité à la française. Évolutions », *Transversalités*, automne 2003, à paraître.

À ce titre, le droit canonique a pu être considéré comme un droit étranger ;

– soit le droit canonique est un fait privé dans la mesure où les institutions qui le régissent n'ont pas acquis la personnalité de droit public en droit français. Ce dossier a été constamment un sujet de polémique entre 1801 et 1905.

Mais, à la différence du droit coranique, par exemple, le droit canonique a accentué son principe de spécialité jusqu'à ce que le Code latin de 1983 et le Code oriental de 1990 limitent eux-mêmes leur juridiction : le droit canonique organise la vie religieuse des seuls catholiques et uniquement la vie des collectivités, institutions et œuvres catholiques, moyennant un recours grandissant au droit civil, comme l'attestent les canons 22 et 1290 du Code latin de 1983. C'est le principe de la canonisation conditionnelle du droit civil, l'expression « droit civil », ici, étant à entendre au sens d'un droit séculier, de droit public ou de droit privé, et non uniquement le droit séculier privé.

69

Canon 22 : « Les lois civiles auxquelles renvoie le droit de l'Église doivent être observées en droit canonique avec les mêmes effets, dans la mesure où elles ne sont pas contraires au droit divin et sauf disposition autre du droit canonique. »

Canon 1290 : « Les dispositions du droit civil, en vigueur dans un territoire, en matière de contrats, tant en général qu'en particulier, et de modes d'extinction des obligations seront observées avec les mêmes effets en droit canonique, pour les choses soumises au pouvoir de gouvernement de l'Église, à moins que ces dispositions ne soient contraires au droit divin ou que le droit canonique n'en décide autrement, restant sauves les dispositions du canon 1547. »

Cependant, le contrat civil matrimonial français issu du Code Napoléon dès 1804 n'a pas pu supplanter la singularité du sacrement de mariage qui est aussi un contrat. Mais, c'est un contrat de nature canonique et pour lequel des ordres juridiques séculiers accordent parfois une valeur civile, ce qui n'est pas le cas de la France.

Canon 1057 (1983) :

§1 « C'est le consentement des parties légitimement manifesté entre personnes capables qui fait le mariage ; ce consentement ne peut être suppléé par aucune puissance humaine. »

§2 « Le consentement matrimonial est l'acte de la volonté par lequel un homme et une femme se donnent et se reçoivent mutuellement par une alliance irrévocable pour constituer le mariage. »

LE CODE CIVIL ET LE MARIAGE CANONIQUE <sup>43</sup>

Il faut rappeler de graves ruptures de civilisation en droit matrimonial français qui prirent en effet corps pendant la Révolution, alors que le Code civil napoléonien de 1804 en quelque sorte sera, lui, plus silencieux ou moins révolutionnaire.

70 Avant la Révolution, la famille française est à la fois une cellule monarchique et une cellule catholique, comme l'a écrit Romuald Szramkiewicz. Songeons à l'ordonnance royale de Blois de 1579 : c'était le mari devenu père qui imposait son autorité à sa femme, à ses enfants et petits-enfants. Cette autorisation donnée par celui qui détient la puissance sur eux était requise pour tout mariage des garçons jusqu'à l'âge de trente ans, et des filles jusqu'à vingt-cinq ans. Il avait fallu d'ailleurs, comme le montre la législation canonique du concile général de Trente de 1543 à 1563, que l'Église catholique romaine protège la liberté de consentement personnel de chaque futur conjoint, la liberté des futures conjointes surtout, contre la pression sociale, spécialement les pressions paternelles et familiales : pour garantir cette liberté individuelle <sup>44</sup>, l'Église n'hésite pas dorénavant à exiger pour la validité du sacrement de mariage le respect d'une forme canonique très consensualiste et publique <sup>45</sup>. Car la famille d'Ancien Régime ne prévoit ni égalité ni liberté en son sein. Le père disposait aussi d'un large pouvoir de correction des enfants et gérait lui seul les biens de la communauté familiale. En matière successorale, la noblesse devait appliquer un droit d'aînesse fort inégalitaire. Mais c'était devant le prêtre que tout événement familial devait être constaté, enregistré ou consacré. Le curé tenait les registres paroissiaux qui faisaient office de registres de l'état civil : ces registres paroissiaux attestaient que le baptême avait été célébré, le mariage catholique conclu et la sépulture en terre chrétienne autorisée par l'Église : car la naissance se prouve alors par le seul baptême catholique, le mariage ne peut être que religieux, le divorce est

43. François Terré, « Le mariage religieux en droit français », in Joël-Benoît d'Onorio (dir.), *Mariage civil et Mariage canonique*, op. cit., p. 49-61.

44. Heinz D. Kittsteiner, *La Naissance de la conscience morale, au seuil de l'âge moderne*, Paris, Cerf, coll. « Passages », 1997.

45. Décret conciliaire *Tametsi* réformant le mariage catholique, session XXIV, chap. 1 sq. (11 novembre 1563), in Giorgio Alberigo (dir.), *Les Conciles œcuméniques, 2, Les Décrets, de Trente à Vatican II*, Paris, Cerf, coll. « Le magistère de l'Église », 1994, p. 1535 sq. (latin-français).

interdit, la mort est attestée par la sépulture religieuse. À tel point que l'enfant né hors mariage religieux était qualifié de bâtard et se voyait privé de tout droit de succession ; il ne pouvait demander que quelques nourritures à ses parents naturels.

Au début de la Révolution, les conceptions bourgeoises qui prédominent ne poussent pas à réformer en priorité la famille. Mais à la suite de la proclamation des droits de l'homme et du citoyen, avec l'abolition des privilèges, l'assemblée révolutionnaire reçoit de nombreuses pétitions signées par des femmes, par des cadets ou des bâtards, qui toutes peuvent s'appuyer sur les partisans des Lumières : libérer le citoyen implique de libérer l'homme dans sa vie privée. Ainsi la Révolution transforme radicalement le droit matrimonial, instaure le divorce, modifie les rapports familiaux entre leurs membres et à propos des biens. Mais si la doctrine du mariage-contrat – susceptible d'être rompu – va pouvoir se développer dans le cadre d'une généralisation de libres rapports contractuels dans toute la vie sociale et familiale, les révolutionnaires n'ont pas inventé la doctrine du mariage comme contrat, ni le droit romain non plus.

À partir du Moyen Âge, les romanistes suivis par les canonistes avaient forgé peu à peu un contractualisme matrimonial qui, je le disais, a trouvé son sommet au concile de Trente avec le décret *Tametsi* en 1563<sup>46</sup>.

L'ancien droit français entre très lentement et difficilement dans ce qu'écrivit pourtant Pothier au XVIII<sup>e</sup> siècle dans son *Traité du mariage* : « Il y a deux choses dans le mariage, le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement, qui est ajouté au contrat civil et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière. » Pothier insiste sur la liberté individuelle et l'autonomie de la volonté, Voltaire souhaite éloigner l'institution matrimoniale de la tutelle de l'Église catholique romaine. La Constitution de 1791, puis la loi du 20 septembre 1792 articulent ces deux conceptions ; non seulement elles qualifient le mariage de libre contrat, mais elles le sécularisent : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil », proclame la Constitution ; « Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes ». Non seulement le mariage est un contrat, mais il n'est que

71

---

46. *Ibid.*

contrat civil, la célébration du mariage-contrat ayant lieu obligatoirement devant l'officier d'état civil.

La loi de 1792 n'exclut pas qu'ensuite soit célébré le mariage religieux, au nom du respect de la liberté de conscience et de l'égalité entre les citoyens, qu'ils aient une religion ou non. Mais sous la Terreur, ce droit de religion devint très risqué.

Le mariage civil se forme instantanément par l'échange de consentement des conjoints, un principe hérité du droit romain, canonisé par l'Église catholique, repris par les révolutionnaires, puis par le Code civil de 1804<sup>47</sup> : ce qui distingue ces institutions matrimoniales romaines, canoniques, révolutionnaires, puis napoléoniennes, des mariages par étapes qu'ont connu des sociétés germaniques ou que connaissent des sociétés africaines. Le mariage civil après 1792 reste un acte solennel, annoncé par une publication huit jours avant, avec une célébration en présence de témoins : de semblables obligations avaient été bâties par le droit canonique et difficilement reçues par le droit français ancien.

Autre conséquence du principe de la liberté individuelle, le divorce que précise la loi du 20 septembre 1792 : en rupture avec l'ancien droit français et avec le droit canonique, le mariage en tant qu'il n'est qu'un contrat civil peut être rompu par la volonté des conjoints, parties à ce contrat, tant par l'épouse que par l'époux. Les motifs peuvent être la simple incompatibilité d'humeur ou le consentement mutuel.

Le Code civil napoléonien de 1804 est une œuvre de compromis entre ancien droit, droit révolutionnaire, entre coutumes et droit romain. Les codificateurs recherchaient comment rendre leurs dispositions conformes à la raison, mais ils ne semblent pas avoir voulu innover. L'héritage révolutionnaire est présent, mais le Code de 1804 se montre aussi conservateur. Il est souvent admis de penser que la partie sur les biens et les contrats est plutôt révolutionnaire, tandis que celle sur la famille est conservatrice ; qu'enfin les régimes matrimoniaux et successoraux sont plutôt transactionnels<sup>48</sup>. Si la liberté individuelle est présente dans le Code de 1804, l'autorité paternelle se maintient en matière matrimoniale, le consentement du père étant nécessaire pour

47. Brigitte Basdevant-Gaudemet et Jean Gaudemet, « Les sources du Code civil », *Introduction historique au droit, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle, op. cit.*, p. 375-377.

48. Jean-Louis Halpérin, *L'Impossible Code civil*, Paris, PUF, coll. « Histoires », 1992, p. 276, et *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996 ; Collectif, *Nouvelle Histoire de la France contemporaine, 1787-1938*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 13 volumes.



le mariage de son fils jusqu'à ses vingt-cinq ans. Ainsi est conservée la mentalité de la législation royale d'Ancien Régime. Quant à l'autorisation du divorce, le Code de 1804 s'éloigne de la loi de 1792 néanmoins, la stabilité des familles devant être prioritaire : les conditions du divorce sont donc plus restrictives. Malgré le désir de Napoléon Bonaparte, le motif de la simple incompatibilité d'humeur est mal accueilli par le Conseil d'État qu'il vient de créer en 1799, et la procédure sera compliquée pour ceux qui plaident au moyen du consentement mutuel. Pour Portalis, le divorce n'est qu'un mal nécessaire, non la conquête d'une liberté. En outre, le Code civil ne reprend pas en 1804 la conception révolutionnaire de l'égalité entre les conjoints. Le Code de 1804 confirme l'institution des registres de l'état civil et celle d'un mariage civil. C'est à l'officier d'état civil de recevoir le consentement de chacune des parties, de recevoir « la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage » (art. 75).

73

Est maintenue la liberté de se marier par ailleurs religieusement, mais cela ne doit jamais précéder le mariage civil : sans quoi le ministre du culte qui y procède s'expose à des sanctions pénales. J'y reviendrai.

La prise en compte de la liberté individuelle dans le mariage civil correspond aussi en quelque sorte à une réception civile de la place des sentiments, de l'amour dans l'institution matrimoniale.

En droit romain, l'*affectus maritalis* est essentiel, il sert à distinguer le mariage d'autres unions sexuelles. Le droit canonique insiste d'abord sur deux dimensions, le consensualisme et la sexualité : à propos de cette dernière, il s'agit de promouvoir un cadre matrimonial pour y exercer une hétérosexualité ouverte à la génération des enfants que le couple familial a la responsabilité d'accueillir.

Le Code civil de 1804 n'a pas ignoré le contractualisme, ni la sexualité. Mais ce Code ne donne qu'une définition implicite du mariage et n'y fait pas état de la *copula carnalis*, le Code de 1804 ayant essentiellement retenu la dimension psychologique du mariage : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146). Le consentement n'est pas le sentiment, mais davantage la rencontre des volontés. Le 2 février 1972, la Cour de cassation précisera que les juges du fond avaient décidé avec raison que « la loi imposait aux époux la fidélité et non le sentiment <sup>49</sup> ».

---

49. Recueil Dalloz, 1972, p. 295.

Le droit canonique a d'abord été, lui aussi, attentif à l'échange libre et responsable des volontés, puisque son anthropologie estime que la personne humaine adulte a la capacité de prendre des décisions existentielles, y compris en s'y engageant par principe pour toute sa vie.

Cependant, dès 1975, le législateur français intégrera le principe du divorce par consentement mutuel.

Le Code civil français va continuer à plaider pour d'autres finalités comme celle du mariage-état de communauté de vie : cette vie commune consistant à vivre comme mari et femme sous le même toit. Plus largement, le mariage civil y est préconisé comme institution capable en principe d'intégrer davantage les individus à la société globale.

74 De son côté, le droit canonique évolue aussi : au concile Vatican II (1962-1965), la canonicité du mariage catholique s'est plus encore orientée vers un support culturel humaniste : le mariage religieux n'est plus seulement un remède à la concupiscence (1917), mais une communauté de vie et d'amour accueillante en priorité à la génération ou à l'adoption d'enfants, ainsi qu'à leur éducation humaine et chrétienne. Le Code de droit canonique latin de 1983 déclare que les parents sont les premiers catéchistes de leurs propres enfants (canon 226, § 2).

Le droit canonique et le Code civil continuent à exiger, respectivement, une publicité du mariage canonique ici et du mariage civil là.

Mais si le droit canonique, comme l'avait manifesté solennellement le concile de Trente au XVI<sup>e</sup> siècle, a dû lutter contre les mariages clandestins afin de mieux garantir la liberté de consentement des futurs conjoints et en particulier de la future épouse, le droit canonique maintient aujourd'hui encore des cas de célébration avec dispense de forme et de non-publicité pour des situations exceptionnelles de grande précarité (canons 1130-1133 du Code latin de 1983), alors que le Nouveau Code pénal français, après 1994, a maintenu des poursuites pénales à propos de mariages religieux célébrés sans mariage civil préalable. Là est soulevée la question délicate que posent certaines conditions de versements de pensions de reversion à une veuve par exemple, si cette dernière souhaite régulariser religieusement une situation de concubinage survenue depuis que cette femme est en situation civile de veuve : tout mariage civil risquant de la priver de la pension qu'elle reçoit depuis le décès de son premier conjoint<sup>50</sup>.

---

50. Jean-Paul Durand, « À propos de l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux », in Claude Bontems (dir.), « Mariage-mariages », *op. cit.*

Ce souci de nature personnaliste et spirituelle est traditionnel pour la canonicité de l'Église catholique romaine, c'est-à-dire au regard de ce qu'elle entend engager solennellement pour assumer sa mission spécifique. Dès le concile de Trente, on peut lire cette formule : « Que le salut des âmes soit la loi suprême », une formule emblématique qui a été délibérément ajoutée par le pape Jean Paul II dans le dernier canon du Code de droit canonique de 1983 : « Dans les causes de transfert, les dispositions du canon 1747 seront appliquées, en observant l'équité canonique et sans perdre de vue le salut des âmes qui doit toujours être dans l'Église la loi suprême » (canon 1752).

Le drame moderne qui empêcha le magistère catholique de recevoir sinon tardivement la notion de liberté religieuse (1965) et de liberté de conscience sans conditions (1990), tient, on le sait désormais, au difficile mûrissement du statut philosophique et théologique des droits de la vérité catholique, au statut des droits de toute conscience erronée, au statut aussi du droit et du devoir de chercher la vérité librement au nom du respect de la dignité humaine et, enfin, au statut du droit et du devoir de conserver la vérité et de chercher à l'éclairer en raison et – pour tout catholique – à la lumière de la Révélation chrétienne<sup>51</sup>.

Tant pour l'Église catholique que pour les philosophes des Lumières, mais à des titres différents, le mariage a d'abord une dimension naturelle. De son côté, Voltaire écrivait que le mariage est un contrat du droit des gens dont les catholiques romains ont fait un sacrement. Mais, ajoutait-il, le sacrement et le contrat sont deux choses bien différentes : à l'un sont attachés les effets civils ; à l'autre les grâces de l'Église (« Mariage », *Dictionnaire philosophique*...). Au xx<sup>e</sup> siècle, l'Église catholique n'abandonne pas cette dimension naturelle élevée

75

---

51. René Coste, *Théologie de la liberté religieuse, liberté de conscience – liberté de religion*, Gembloux, Duculot, coll. « Recherches et synthèses de sciences religieuses », 1969 ; Roland Minnerath, *Le Droit de l'Église à la liberté du Syllabus à Vatican II (1864-1965)*, Paris, Beauchesne, coll. « Le point théologique », 39, 1982 ; Dominique Gonnat, *La Liberté religieuse à Vatican II, la contribution de John Courtney Murray*, Paris, Cerf, coll. « Cogitatio fidei », 183, 1994 ; Jean-François Chiron, *L'Infaillibilité et son objet. L'autorité du magistère infaillible de l'Église s'étend-elle à des vérités non révélées ?*, Paris, Cerf, coll. « Cogitatio fidei », 215, 1999 ; Jean-Paul Durand (dir.), « Adhérer aux enseignements de l'Église » (recherches), colloque à la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (mai 1999), in *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 216, mars-avril 2001 ; Xavier Lacroix et Jean-Paul Durand (dir.), « La notion de magistère ordinaire et universel », colloque à la Faculté de théologie de l'Institut catholique de Lyon (février 2001), in *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 219, décembre 2001.

au rang de sacrement : l'alliance matrimoniale, par laquelle un homme et une femme constituent entre eux une communauté de toute la vie, ordonnée par son caractère naturel au bien des conjoints ainsi qu'à la génération et à l'éducation des enfants, a été élevée entre baptisés par le Christ à la dignité de sacrement. C'est pourquoi, entre baptisés, il ne peut exister de contrat matrimonial valide qui ne soit, par le fait même, un sacrement (canon 1055, § 1 et 2 du Code latin de 1983).

Le sacrement, lui, est une action du Christ et de l'Église (canon 840), une action instituée directement ou médiatement par le Christ<sup>52</sup> : ainsi le Christ donne-t-il gratuitement et irrévocablement sa grâce aux partenaires de l'union matrimoniale légitime, à ces deux baptisés ainsi unis. Le Christ donne aussi cette grâce à un mariage catholique où l'un seulement est baptisé catholique, si l'Église discerne la légitimité de ce mariage conclu avec une disparité de culte. L'Église catholique romaine peut autoriser également une union matrimoniale entre deux baptisés dont l'un seulement est membre de l'Église catholique.

Les trois biens nécessaires à tout don divin irrévocable de grâce matrimoniale sont les suivants : la fidélité, l'indissolubilité et l'ouverture à la fécondité; les deux conjoints croyant religieusement que ce mariage dûment conclu et consommé est un mariage sacramentel, c'est-à-dire indissoluble : en d'autres termes, la grâce divine y a été donnée irrévocablement.

En cas de vice survenu au moment de l'échange des consentements, la grâce divine n'a pu, de ce fait, être obtenue de la part du Christ : c'est ce que l'Église a pour tâche de constater, les conjoints malheureux ayant de droit à faire examiner par l'Église si leur union est ou n'est pas sacramentelle<sup>53</sup>. En aucun cas, ces procédures canoniques n'ont compétence pour annuler les mariages sacramentels. C'est improprement qu'est souvent comprise la notion de nullité canonique d'un mariage catholique; car il ne peut s'agir que d'un constat canonique de nullité, c'est-à-dire un constat juridique d'absence de conditions nécessaires et suffisantes pour laisser à la grâce divine la liberté d'être donnée à ce couple : un tel constat requiert une certitude morale.

---

52. Henri de Lubac, *Méditations sur l'Église*, Paris, Aubier, 1953; Semmelroth, *L'Église, sacrement de la rédemption*, Cologne, 1953, Paris, Saint-Paul, 1962; Gustave Martelet, « Éléments transmissibles et intransmissibles de la succession apostolique, le point de vue catholique », in *Verbum caro*, 58, 1961, p. 185-199 et *Deux Mille Ans d'Église en question, du schisme d'Occident à Vatican II*, Paris, Cerf, série « Théologie du sacerdoce », 3, 1990.

53. Ann Jacobs, *Le Droit de la défense dans les procès en nullité de mariage*, Paris, Cerf, coll. « Droit canonique », 1997.

En tout cas, lors de la promulgation du Code civil de 1804, Portalis avait justifié l'introduction du mariage civil dans le Code en faisant remarquer que le mariage n'est ni un acte civil ni un acte religieux, mais un acte naturel, un acte commun à toutes les personnes humaines et donc un acte devant être organisé par la loi civile<sup>54</sup>.

Jusqu'à nos jours, la valeur du mariage civil et celle du mariage religieux restent des occasions de débats. Même l'Église réformée de France, qui ne connaît pas de mariage religieux sacramentel, ni d'autre union légitime que celle du mariage civil, n'en accompagne pas moins aujourd'hui la cérémonie civile d'une célébration religieuse, au Temple, pour un rite de bénédiction par le pasteur ou pour une prière communautaire, avec l'intention dans ces deux démarches religieuses d'invoquer la grâce de Dieu sur le couple et la nouvelle famille. Le doyen Jean Carbonnier, calviniste, avait pensé en 1950 renvoyer dos à dos les catholiques qui réduisent le mariage civil à un simulacre dérisoire et les incroyants qui peuvent traiter le mariage religieux comme superfétatoire<sup>55</sup>. Mais comme le fait remarquer en 1985 François Terré, déjà cité, le Code napoléon a délibérément choisi de s'inspirer de la dignité et de l'exigence des rites matrimoniaux catholiques pour structurer les règles du mariage civil. Et la jurisprudence française de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du XX<sup>e</sup> siècle n'a pas manqué de prendre en compte l'attachement des conjoints civilement mariés à tel principe ou à tel rite religieux qui, faute d'être respectés par l'un d'eux, peuvent devenir autant de motifs susceptibles d'ouvrir à un droit de réparation civile, voire à un droit de voir prononcée la nullité de mariage civil, ou encore de fonder une cause recevable de divorce<sup>56</sup>.

Depuis lors, le nombre des divorces a considérablement augmenté, celui des mariages civils et celui des mariages religieux ont baissé.

C'est surtout le droit civil français de la famille et du mariage qui a connu une diversification considérable, les unions libres par exemple faisant place à un régime plus reconnu du concubinage lorsqu'il est relativement stable; d'autres projets familiaux et parentaux étant préconisés<sup>57</sup>

77

54. Locré, *Législation de la France*, Paris, t. 1, p. 273.

55. « Terre et ciel dans le droit du mariage », *Mélanges Ripert*, Paris, 1950, t. 1, p. 325 sq.

56. Paul Coulombel, « Le droit privé devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD Civ.*, 1965, p. 1-56; Bernard Jeuffroy et François Tricard (dir.), *Liberté religieuse et Régimes des cultes en droit français*, Paris, Cerf, coll. « Droit civil ecclésiastique », 1996, L. XII.

57. Irène Théry, « Pacs, sexualité et différence des sexes », *Esprit*, n° 257, 1999, p. 139-181.

ici et critiqués là<sup>58</sup>. Le grand principe de l'égalité entre la mère et le père en matière d'autorité parentale n'a-t-il pas modifié bien des aspects de la société française<sup>59</sup> ? Le développement des méthodes contraceptives a favorisé une dissociation entre nuptialité et fécondité, de même, peut-être, qu'un certain allongement de l'espérance de vie.

78 Il ne m'appartenait pas de traiter ici de l'attitude du droit civil français à l'égard des différents mariages religieux<sup>60</sup>, mais de mettre en présence un code civil français et un droit confessionnel ; l'un et l'autre ayant connu quelques évolutions, notamment en matière de droit matrimonial : le premier étant mis à l'épreuve par une pluralisation accrue des valeurs familiales et anthropologiques reçues en France, le second ayant développé sa tonalité humaniste sans renier le patrimoine spirituel qui est le sien.

Ces observations me permettent de souligner à nouveau que le droit canonique catholique romain n'organise plus la société civile et prétend uniquement régir la vie religieuse des catholiques et des institutions officiellement catholiques. Des frontières sont à rappeler, que précise pour le droit français le droit civil ecclésiastique, parfois appelé aussi le droit français des religions, et cela selon les différentes branches du droit français, tant publiques que privées<sup>61</sup>. Le droit canonique étant composé par les institutions dont se dote l'Église catho-

---

58. Tony Anatrella, « Le conflit des modèles sexuels contemporains à propos du concept de "gender" », *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 215, décembre 2000, p. 49 sq. ; Xavier Lacroix, « Le terme "homoparentalité" a-t-il un sens ? », in Jean-Daniel Causse et Xavier Lacroix (dir.), « La filiation interrogée », *op. cit.*, p. 131-162.

59. Georges Duby et Michèle Perrot (dir.), *Histoire des femmes en Occident*, t. V, *XX<sup>e</sup> Siècle* (Françoise Thébaud, dir.), Paris, Plon, 1992 ; Michel Messu, *Les Politiques familiales*, Paris, Éditions ouvrières, 1992 ; René Théry, *Pour une politique de la famille*, Paris, Cerf, coll. « Recherches morales », 1988 ; Paul Moreau, *Les Valeurs familiales*, préface de François Chirpaz, Paris, Cerf, coll. « Recherches morales », 1991 ; Marie-Odile Métral, *Le Mariage. Les hésitations de l'Occident*, Paris, Aubier, 1977 ; Alain Mattheeuws, *Union et Procréation. Développements de la doctrine des fins du mariage*, Paris, Cerf, coll. « Recherches morales », 1989.

60. Francis Messner, Pierre-Henri Prélôt, André Woerhling (dir.), *Droit français des religions*, Paris, Litec, 2003.

61. Jean-Paul Durand, « Droit public ecclésiastique et droit civil ecclésiastique français », in Patrick Valdriani, Jean-Paul Durand, Olivier Échappé, Jacques Vernay, *Droit canonique*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1999, 2<sup>e</sup> éd., p. 427-663.

lique pour se régir, il en précise les rapports de celle-ci avec ses partenaires et garantit juridiquement la spécificité de la mission religieuse, humanitaire et culturelle de cette Église, de ses membres et de ses œuvres dûment dotées de son caractère propre confessionnel.

## R É S U M É

---

*Code civil et droit canonique, deux rationalités juridiques qui se sont interpellées : le Code napoléon, moins révolutionnaire que les mesures civiles de 1791-1792, n'a pas hésité à s'appuyer sur l'ancien droit français forgé, lui, par le droit romain et le droit canonique. Mais la modernité de ce Code de 1804 a voulu, comme le réclamait Voltaire, sortir le droit matrimonial français de la tutelle ecclésiastique. De son côté, le droit canonique n'avait pas attendu 1789 pour chercher à garantir – solennellement dès 1563 – la liberté pour les futurs époux et spécialement celle des femmes, de consentir à leurs épousailles. C'est tout de même le génie napoléonien de la codification qui a inspiré le droit canonique compilé à se codifier au <sup>xx</sup>e siècle, une mesure qui a marqué toute la chrétienté. L'ancien droit français avait su s'emparer du droit divin pour affermir son autorité. Le droit divin du souverain, supplanté par la nation et la raison après 1789, n'est pas réintroduit dans l'État de droit français par le Code Napoléon, tandis qu'il subsiste dans la canonicité de l'Église catholique romaine, au sommet d'une hiérarchie des normes religieuses complète. Avec le développement d'un pluralisme de valeurs, tant en France que dans les autres régions les plus occidentalisées du monde contemporain, la poursuite de l'œuvre civile de codification peut dialoguer avec des valeurs comme celles de la canonicité catholique; elles ne représentent plus le projet d'une contre-société pour l'État de droit.*

## L'EXPORTATION DU CODE CIVIL

80 L'EXPORTATION DU CODE CIVIL DE 1804 est un phénomène majeur de l'histoire juridique universelle. Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup> siècle, d'autres codifications du droit civil ont vu le jour : en Bavière, le *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 ; en Prusse, le *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794 ; en Autriche, le *Code civil général autrichien* de 1811. Mais, pour des raisons diverses et parfois opposées, de forme ou de fond, aucun d'eux ne devait connaître le rayonnement du Code Napoléon : le Code bavarois sembla une compilation peu harmonieuse, entassant sur une base de droit romain un « mélange disparate de droits allemands, à savoir de lois, statuts, pratiques judiciaires et coutumes<sup>1</sup> » ; le Code prussien, lourd de plus de 17 000 articles, souffrit d'être trop imprégné de conceptions féodales ; le Code autrichien, bref puisque limité à 1 502 articles, parut trop abstrait, trop philosophique.

Aussi bien, le constat du rayonnement sans égal du Code Napoléon est-il unanime. Mais laissons, là-dessus, parler d'autres que les Français. Lors de Journées du droit civil français tenues à Montréal en 1934, un professeur canadien, du Québec, Louis-Edmond Beaulieu, observe que « pareille expansion des lois d'un peuple n'a eu d'égale que la diffusion des lois romaines<sup>2</sup> ». Quelques années plus tard, lors du colloque que l'Association Henri Capitant et la Société de législa-

1. Gustave Boehmer, in *L'Influence du Code civil dans le monde*, Travaux de la Semaine internationale de droit, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française et Société de législation comparée, Paris, 1950, Pédone, 1954, Rapport sur l'Allemagne, p. 573.

2. Louis-Edmond Beaulieu, in *Le Droit civil français. Livre-souvenir des Journées du droit civil français (Montréal, 31 août-2 septembre 1934)*, Sirey et Le Barreau de Montréal, 1936, Introduction, p. 3.



tion comparée organisèrent en 1950 sur *L'Influence du Code civil dans le monde*, un professeur allemand, Gustave Boehmer, déclare : « Dans la série des codifications entreprises depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle dans les pays les plus importants de l'Europe centrale et occidentale, c'est sans doute la codification napoléonienne du début du XIX<sup>e</sup> siècle qui, en raison de son importance idéologique et de ses effets historiques, occupe le premier rang<sup>3</sup>. » Et, aujourd'hui, dans la dernière édition de *l'Introduction au droit comparé* des professeurs allemands Konrad Zweigert et Heinz Kötz, il est écrit : « Other great codes came into force in Central and Western Europe at the end of eighteen and the beginning of the nineteenth centuries, but beyond doubt the French Code civil is intellectually the most significant and historically the most fertile<sup>4</sup>. »

81

L'exportation du Code de 1804 est un phénomène qui revêt de multiples aspects, que l'on considère ses causes, ses modalités ou son objet.

## LES CAUSES

### *Trois causes principales*

– Tantôt, ce fut **la force des armes, la conquête militaire**. Elle se déploya, ardente et fière, à deux époques de notre histoire.

Ce fut d'abord la conquête impériale. Nombre de pays conquis et parfois annexés par Napoléon – ou certains qui l'avaient été avant lui par les armées de la Révolution – tombèrent sous l'empire et de l'homme et de son Code. La Belgique, cédée par l'Autriche à la France en 1797 lors du traité de Campo Formio, y fut soumise dès 1804. Les Pays-Bas le furent en deux temps, le Code s'y étant appliqué d'abord dans une version légèrement adaptée en 1809 sous le règne de Louis, frère de Napoléon, puis en version originale en 1810 avec l'annexion consécutive à l'abdication de Louis. L'Allemagne le fut en grande partie, mais en plusieurs étapes : dès 1804 pour les territoires à l'ouest du Rhin, qui étaient passés sous souveraineté française avec le traité de Lunéville, puis au fil des campagnes napoléoniennes pour les grands

3. *Op. cit.*, p. 572.

4. « D'autres grands codes ont été appliqués en Europe centrale et occidentale à la fin du XVIII<sup>e</sup> et au début du XIX<sup>e</sup> siècle, mais il ne fait pas de doute que le Code civil français est le plus important du point de vue intellectuel et du point de vue historique le plus fécond », *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 3<sup>e</sup> éd., p. 85 sq.

82 duchés de Bade et Francfort, la Rhénanie, et même Hambourg et Brême, villes des départements de la Hanse. La Suisse tomba dès 1804 sous la compétence du Code pour les cantons de Genève et du Jura bernois, qui avaient été antérieurement intégrés à la République française. L'Italie continentale – la Sicile et la Sardaigne ayant été maintenues par l'Angleterre hors l'emprise de Napoléon – passa progressivement sous l'empire du Code civil « suivant le vol de l'aigle napoléonien<sup>5</sup> » : le Code s'appliqua naturellement dans les territoires annexés, au Piémont annexé en 1802, dans la République de Gênes annexée en 1805 et dans la partie de l'État pontifical annexée en 1809 ; dans le nouveau Royaume d'Italie, il le fut par étapes s'échelonnant de 1806 à 1808, après qu'il eut été traduit en italien comme le *Codice civile di Napoleone il Grande per il regno d'Italia* ; enfin, il entra en vigueur à Lucques et Piombino en 1806, en Toscane en 1808, et dans le Royaume de Naples<sup>6</sup> en 1809.

Ce fut ensuite, vers d'autres horizons, **la conquête coloniale**. En Afrique, dans les royaumes ou vastes territoires qui formèrent l'Empire colonial français (mais un empire dont les fondateurs étaient, cette fois, très républicains...), le Code civil fut introduit, mais avec bien des nuances<sup>7</sup>, car la Métropole fut souvent respectueuse des particularismes locaux, même dans les territoires qui, telle l'Algérie, formaient, à la veille de leur indépendance, de purs et simples départements. En marge de la conquête impériale et de la conquête coloniale, il faut mentionner les mandats que la France reçut au lendemain de la Grande Guerre pour administrer des territoires ayant appartenu aux puissances vaincues. Le Liban et la Syrie, qui appartenaient à l'Empire ottoman, le Cameroun et le Togo, qui formaient des colonies allemandes, passèrent alors sous influence française<sup>8</sup>. C'est bien la force

5. Mario Berri, in *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, Rapport sur l'Italie, p. 617.

6. Amputé de ses dispositions (permissives) sur le divorce... Voir *infra* ce qui sera dit de l'objet de l'exportation.

7. Voir *infra* ce qui sera dit de l'objet de l'exportation.

8. S'agissant du Liban et de la Syrie, il est vrai que l'Empire ottoman avait entrepris de moderniser son droit depuis le Firman de Tanzimat – l'Édit des réformes – de 1839, et que cette modernisation avait pris la forme d'une occidentalisation dans laquelle les Codes français avaient constitué une source d'inspiration majeure. Mais seuls le Code de commerce, le Code de procédure civile et le Code pénal furent alors adoptés, en tout ou en partie et moyennant quelques adaptations. Voir Reha Poroy, Lufti Duran, Sulhi Dönmezer et Nihal Uluocak, in *La Circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIV, Journées franco-italiennes de 1993, Litec, 1994, Rapport sur la Turquie, p. 495 *sq.*

des armes qui, quoique dirigée contre une puissance tierce, y porta le Code civil.

– Tantôt, ce fut **la force de l'esprit, ou celle du cœur**, la conquête intellectuelle, parfois aussi sentimentale. Au XIX<sup>e</sup> siècle, certains pays ont importé le Code civil par sympathie, par admiration, par amour même pour la France : pour ses idéaux, pour sa culture, et pas seulement sa culture juridique. La France qui, après la Révolution de 1789, venait de s'en offrir une seconde, avec celle de 1848, tenait lieu de refuge et de modèle à certains qui luttèrent pour l'indépendance ou la construction de leur pays.

On en retiendra un exemple en Europe, avec la Roumanie. Voici ce qu'écrivait, en 1950, le professeur Leontin Constantinescu : « À partir du début du XIX<sup>e</sup> siècle, les étudiants roumains iront faire ou achever leurs études à Paris. Leur nombre ne cesse d'augmenter [...] À partir de 1848 et jusqu'à la fin du siècle, ces hommes joueront un rôle déterminant dans chaque secteur de la vie du pays [...] À mesure que la Nation avançait dans la voie du progrès, l'influence française ne cessait de s'élargir et de se consolider, avec une prodigieuse régularité, de génération en génération. Ce fut d'abord la langue, puis la littérature, ensuite les mœurs et enfin les idées et les réformes. Dans le cadre d'une influence aussi étendue le droit avait une place certaine [...] Et lorsqu'il fallut établir un ordre juridique conforme à la nouvelle orientation, les yeux des anciens étudiants parisiens se tournèrent tout naturellement vers la France. C'était un hommage rendu à son prestige, aux liens du sang et à la sympathie qu'elle n'avait cessé de montrer à la nation roumaine. Mais c'était aussi une nécessité, étant donné les liens culturels, spirituels et politiques<sup>9</sup>. » De fait, le Code civil roumain de 1864, élaboré en deux mois au lendemain de l'union des deux principautés de Valachie et de Transylvanie est, en gros, la reproduction du Code civil français<sup>10</sup>, qu'il avait même été, un temps, question d'introduire en bloc, purement et simplement<sup>11</sup>.

D'autres exemples, nombreux, d'une diffusion de cet ordre sont

83

9. In *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, Rapport sur la Roumanie, p. 672 sq.

10. Et ce, bien que le prince d'alors, Alexandre Ion Cuza, ait, dans un message du 14 juillet 1864, indiqué le Code italien, en gestation, comme modèle à suivre...

11. Leontin Constantinescu, *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, p. 673. Au demeurant, en Valachie, le Code de commerce français avait été introduit dès 1839, et le Code pénal français dès 1852.

donnés par l'Amérique latine. Lorsqu'elles eurent conquis leur indépendance de l'Espagne, les jeunes nations de cette Amérique entreprirent de se doter d'un droit civil correspondant aux idées de démocratie, de liberté et d'égalité aux noms desquelles elles avaient revendiqué et obtenu leur souveraineté. Aussi, se détournant naturellement de l'ancienne puissance coloniale, beaucoup se tournèrent vers le Code civil français. La Bolivie se dote, en 1831, d'un Code qui est une simple traduction du Code français. D'autres pays adoptent un Code civil, où l'influence du Code français est sensible, à des degrés divers : le Chili avec le Code Bellot de 1855, qui devait lui-même inspirer les Codes de la Colombie et de l'Équateur, respectivement entrés en vigueur en 1887 et 1861 ; l'Argentine, avec le Code Velez de 1869, par ailleurs inspiré du Code civil chilien, et que devait adopter le Paraguay en 1889.

84 En Amérique du Nord, au Québec et en Louisiane, la codification du XIX<sup>e</sup> a pris le Code civil français pour modèle. Le Code civil du Bas-Canada de 1866 peut d'autant mieux « suivre en grande partie le Code Napoléon<sup>12</sup> » que le droit français est de longue date largement reçu au Québec. La même observation vaut, quoique dans une moindre mesure, pour les Codes civils de la Louisiane de 1808, 1825 et 1870, sur lesquels l'influence espagnole fut de plus en plus faible<sup>13</sup>. Naturellement, qu'il s'agisse du Québec ou de la Louisiane, la référence au Code civil français n'est pas seulement le signe de l'appartenance à une même culture ; elle est aussi, à un moment où notre Code brille de tout son éclat, le moyen pour ces États de donner à leurs propres Codes l'autorité qui leur permettra de résister à la *common law* ; elle est le moyen de conforter une revendication identitaire<sup>14</sup>.

– Tantôt, enfin, ce fut à son **unicité** que le Code civil français dut sa diffusion. On veut dire par là que, longtemps, il fut le seul Code qui pût véritablement servir de modèle à ceux qui avaient décidé de

12. Patrick Glenn, in *La Circulation...*, *op. cit.*, Rapport sur le Canada, p. 628.

13. Alain Levasseur, in *La Circulation...*, *op. cit.*, Rapport sur la Louisiane, p. 650 *sq.* : « Le Code louisianais de 1808 était une réplique presque parfaite du Code Napoléon... L'influence des sources françaises sur le Code de 1825 s'est maintenue. On pourrait même dire que cette influence fut beaucoup plus importante que celle qu'elle avait eue sur le Code de 1808... En dehors de quelques articles qui furent éliminés, la teneur du Code de 1870 est l'exacte transposition du Code de 1825 » (p. 651).

14. La menace de voir la *common law* emporter le droit civil n'était pas le fruit de l'imagination. Au Québec, notamment, une Proclamation royale de 1763 avait instruit les officiers de justice de décider « autant que possible » selon le droit d'Angleterre (l'Acte de Québec de 1774 était ensuite venu garantir la survivance du droit canadien) : Patrick Glenn, *op. cit.*, p. 627.

codifier<sup>15</sup>. Ainsi, lorsqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle on s'interrogeait sur les raisons pour lesquelles le Japon, à l'aube de l'ère Meiji, se tournait vers la France pour moderniser son droit, voici ce que répondait Boissonnade : « Pourquoi veut-on établir les lois japonaises de l'avenir à l'exemple des lois françaises ? Voici pourquoi : en Angleterre, il y a sans doute des lois, mais elles ont été rédigées il y a 500 ou 600 ans. Aucun code complet n'a été établi récemment. Les États-Unis, qui sont un État jeune, ne possèdent pas non plus de codes complets parce que les lois y varient selon les États membres. C'est ainsi que, seule, la France possède des codes complets qui ont été rédigés il y a 80 ans<sup>16</sup>. »

La contre-épreuve s'administre facilement. Il est clair qu'avec la promulgation du Code civil italien en 1865, du Code suisse des obligations en 1883, et surtout du Code civil allemand en 1900, le Code civil de 1804 cesse d'être le modèle quasi exclusif d'inspiration des pays qui entreprennent de codifier leur législation civile. Il perd son monopole; un marché s'ouvre où les différents Codes civils se retrouvent en situation de concurrence. Déjà, le Code civil portugais de 1865 illustre ce phénomène : il fut l'aboutissement d'un processus tumultueux engagé plus de quarante ans auparavant<sup>17</sup>; or, si l'influence du Code civil français, certes prépondérante, n'y atteint cependant pas le degré attendu au commencement de son élaboration, c'est qu'entre-temps des projets de Code avaient vu le jour ailleurs, en Italie et en Espagne<sup>18</sup>. Et si l'on se tourne vers l'Égypte, on y constate que les Codes civils de la fin du XIX<sup>e</sup>, Code mixte de 1875 et Code national de 1883, sont une imitation du modèle français, alors que le Code civil de 1949, bien

85

15. René David, in *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, Rapport général sur l'Amérique, p. 738 : « Il y a eu une époque, qui couvre tout le XIX<sup>e</sup> siècle, où ceux qui voulaient faire un code ne pouvaient guère, pour trouver un modèle, se tourner que du côté de la France... » L'affirmation suivant laquelle le Code civil de 1804 était le seul Code qui pût servir de modèle pendant « tout le XIX<sup>e</sup> siècle » est sans doute excessive : voir la suite du texte.

16. Y. Noda, *Gustave Boissonnade, comparatiste ignoré*, in *Problèmes contemporains de droit comparé*, Institut japonais de droit comparé, t. II, p. 236. Sur la modernisation du droit japonais et le degré de l'influence française, voir Jacques Robert, in *La Circulation...*, *op. cit.*, Rapport introductif sur l'Asie, p. 511 *sq.*; Toshio Yamaguchi, Rapport sur le Japon, p. 532 *sq.*

17. Il fut décidé, par un premier décret en 1822, puis par un second décret en 1835, d'ouvrir un concours pour l'établissement d'un projet de Code civil : sans résultat... Une Commission chargée d'élaborer le Code civil fut nommée en 1845 : en vain. Le Code de 1865 naquit finalement des travaux d'un juriconsulte, Luis de Seabra, qui furent ensuite révisés par une Commission composée de professeurs de l'université de Coïmbra. Sur cette genèse tumultueuse, voir Barbosa de Magalhaes, in *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, Rapport sur le Portugal, p. 633 *sq.*

18. Barbosa de Magalhaes, *op. cit.*, p. 635.

que parfois présenté comme une copie du Code civil français, porte la marque d'autres Codes civils européens, allemand, suisse et italien<sup>19</sup>.

Ces trois causes de l'exportation du Code civil français appellent quelques remarques d'appoint.

– En premier lieu, elles ne s'excluent pas les unes les autres. La réception du Code n'a pas été ou forcée ou volontaire, et, dans ce dernier cas, elle ne s'explique pas, soit par une sympathie culturelle ou affective, soit par l'absence d'autres modèles. Souvent, plusieurs de ces causes ont joué conjointement.

86 Ainsi, là où le Code civil est arrivé avec la conquête militaire, il lui a souvent survécu : nombre de pays conquis l'ont conservé après que le conquérant s'en fut allé. Ainsi, en Belgique, sans doute s'est-il maintenu parce qu'imposé à un pays que son état social et économique prédisposait à l'accueillir : « Lorsqu'il vint au jour et lorsqu'il fut imposé au pays vaincu et conquis que nous étions, écrit le professeur belge Pierre de Harven, le Code de 1804 exprimait l'état de nos provinces tout comme il exprimait celui des provinces françaises, en telle manière qu'il résista chez nous aux bouleversements politiques et sociaux avec la même allure naturelle d'une production historique que celle qui lui permit en France le triomphe sur tant de révolutions<sup>20</sup>. » Ainsi encore, en Italie, après la déroute napoléonienne, le Code civil se maintint, quelques années, dans certains des États restaurés (Gênes, Lucques, Parme et Naples); il inspira presque entièrement quatre Codes qui furent ensuite promulgués (Code pour le royaume des Deux Siciles, Code civil de Parme, Code Albertin à Gênes, Code d'Este à Modène)<sup>21</sup>; et, l'unification italienne une fois accomplie, il resta la source principale du Code civil de 1865<sup>22</sup>. Selon la formule d'un auteur italien, le Code de 1804, qui régna d'abord *ratione imperii*, régna ensuite *imperio rationis*<sup>23</sup>. Enfin, autres temps autres lieux, au lendemain de la décolonisation, la plupart des nouveaux États africains conservèrent le

19. Mohamed El Sayed Arafa, in *La Circulation...*, *op. cit.*, Rapport sur l'Égypte, p. 233 *sq.*, spéc. p. 241.

20. Pierre de Harven, in *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, Rapport sur la Belgique, p. 608.

21. Seul, le royaume lombard-vénitien se détacha du Code civil français : passant, dès la fin de l'Empire, sous la souveraineté de l'empereur d'Autriche. Le Code civil autrichien y entra aussitôt en vigueur.

22. Mario Berri, *op. cit.*, p. 622.

23. Fiore, *Trattato di diritto civile, disposizioni generali*, vol. I, p. 2.

Code civil français qui, parfois coulé dans le moule d'un Code neuf, apparut comme le droit moderne, par différence avec les statuts coutumiers, pour lesquels, souvent, la puissance coloniale avait eu des égards jugés superflus par les jeunes États.

– En deuxième lieu, la facilité et la réussite de la réception ne sont pas liées à son caractère volontaire ou forcé. Qu'une réception forcée puisse bien tourner, ne point provoquer de révoltes et survivre à la présence de l'occupant, on vient d'en donner plusieurs illustrations. Inversement, qu'une réception volontaire puisse se heurter au début à de sérieuses résistances, voire tourner court, en voici deux exemples, où les difficultés sont venues de l'inadéquation du Code aux réalités socio-économiques du lieu, dont l'importance avait été sous-estimée par ceux qui, par idéalisme, avaient cru à la toute-puissance de la loi. En Roumanie, le Code civil de 1864, « dépourvu de caractère proprement roumain », apparut « à la grande majorité du peuple comme une œuvre théorique et doctrinaire, sinon comme un amas de formules abstraites et conventionnelles » : parce qu'il était « étranger aux habitudes du peuple [et] aux réalités sociales du pays »<sup>24</sup>, il fut, au départ, rejeté par la majorité des Roumains, qui vécurent en l'ignorant, et il fallut plusieurs années pour qu'il leur apparût comme un instrument permettant la modernisation de leur pays et sa réintégration à l'Europe. En Haïti, le Code civil, directement inspiré du Code Napoléon, reste aujourd'hui encore inefficace dans nombre de ses dispositions, au point qu'à présent les juristes de ce pays opposent volontiers le « pays légal » au « pays réel et profond » ou encore au « pays en dehors »<sup>25</sup>, et que les projets actuels visent à refondre le Code civil haïtien dans un sens qui assurera une place importante aux coutumes<sup>26</sup>.

87

– En troisième lieu, on impute souvent les succès extérieurs du Code Napoléon à ses qualités propres. Ce serait à ses qualités de forme, à la clarté, à la simplicité et à la concision de sa langue, comme à ses qualités de fond, à la modernité de son idéologie égalitaire et libérale, qu'il

24. Leontin Constantinescu, *op. cit.*, p. 677.

25. Gélin I. Collot, « Allocation de bienvenue », in *De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 15.

26. Constantin Mayard-Paul, « Le point de vue des praticiens du droit », in *De la place de la coutume...*, *ibid.*, p. 187 : « Nous sommes à la veille de fêter le deux centième anniversaire de l'Indépendance de notre chère Haïti. C'est le moment d'avoir des dispositions légales nettement haïtiennes... »

devrait d'avoir été spontanément pris pour modèle ou d'avoir été volontairement conservé après avoir été imposé. Que toutes ces qualités-là aient contribué à sa diffusion, c'est bien certain. Il n'est que de lire les auteurs étrangers pour s'en convaincre<sup>27</sup>.

Pourtant, il est permis de se demander si elles ont été déterminantes, et si ce ne sont pas d'autres considérations, ni techniques ni même juridiques, qui lui ont valu l'adhésion, immédiate ou différée, de tant de peuples. Le code que l'on prend pour modèle est-il véritablement celui dont de savantes expertises ont démontré l'excellence ? Ou n'est-il pas plutôt celui du pays que l'on admire, que l'on envie, parce que puissant, riche et prospère ? Des comparatistes en ont déjà fait l'observation, et pas seulement à propos du Code civil français. Ainsi, les professeurs Zweiger et Kötz écrivent : « One must not suppose, however, that the Code civil was received in these countries as the result of a careful evaluation of its merits, in the way that a customer in a shop might choose the goods which best suited him. Paul Koschaker<sup>28</sup> has shown that the reception of foreign law is not so much a "question of quality" as a "question of powers": reception occurs when the law being received is in a position of power, at least intellectually and culturally, as being the law of country which still enjoys political power or did so until so recently that its strength and culture are still clearly remembered<sup>29</sup>. »

Cette opinion est corroborée par plusieurs indices : 1) Dans l'ordre des qualités du Code napoléon, le plan de l'œuvre ne vient certainement pas au premier rang ; il a pourtant été repris tel quel par nombre de pays, dont c'est même là l'emprunt principal<sup>30</sup>. 2) Lorsque le Code a été purement et simplement traduit, sa traduction a parfois été enta-

27. *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, *passim*. Voir aussi Louis-Edmond Beaulieu, *op. cit.*

28. *Europa und das römische Recht*, 2<sup>e</sup> éd., 1953.

29. « Il ne faudrait pas croire, cependant, que le Code civil [français] a été adopté dans ces pays à la suite d'une évaluation soignée de ses qualités, comme un consommateur choisirait dans un magasin les produits qui lui conviennent le mieux. Paul Koschaker [*Europa und das römische Recht*, 2<sup>e</sup> éd., 1953] a montré que l'adoption d'une loi étrangère n'est pas tant une "question de qualité" qu'une "question de puissance": l'adoption a lieu quand la loi qui est proposée est en position de force, au moins sur les plans intellectuels et culturels, pour avoir été la loi d'un pays qui détenait encore le pouvoir politique ou qui le détenait dans un passé assez proche pour que sa force et sa culture aient laissé des empreintes profondes », *op. cit.*, p. 100.

30. Joint à cela que le Code de commerce de 1807, qui n'est pas le fleuron de la codification napoléonienne, n'en fut pas moins copié, en tout ou en partie, dans certains pays : par exemple, en Turquie (Code de commerce de 1850).



chée d'erreurs assez grossières pour faire douter du souci de qualité technique qui aurait inspiré ses auteurs : le Code bolivien de 1831 en fournit un bon exemple<sup>31</sup>. 3) On observe que l'exportation du Code civil faiblit avec la promulgation du Code civil allemand ; mais la cause de cet affaiblissement ne se situe-t-elle pas en amont, dans la défaite de 1870, qui porta un coup sévère au prestige de la France et accrut celui de l'Allemagne ? 4) Lorsqu'en 1845, au lendemain de la conquête de son indépendance sur Haïti, Saint-Domingue, quoique de langue espagnole, adopta le Code napoléon en langue française<sup>32</sup>, écartant le Code haïtien de 1826, pourtant lui-même largement inspiré du Code français, c'était peut-être parce que l'on estimait que « le modèle valait mieux que la copie » ; mais c'était aussi assurément « pour des raisons nationales d'hostilité à tout ce qui était haïtien »<sup>33</sup>. Certes la réception du Code Napoléon est alors le fruit moins d'une admiration pour le code reçu, que d'une aversion envers le code rejeté : sa cause n'en reste pas moins affective, et non technique.

89

## LES MODALITÉS

Il est banal de relever que cette exportation a été parfois directe, parfois indirecte.

Elle fut **directe** lorsqu'elle se fit sans l'intermédiaire d'un État tiers : lorsque le pays récepteur reçut le Code civil tout droit de la France. Tel fut le plus souvent le cas. Elle se présente d'ailleurs, du moins lorsqu'elle fut volontaire, sous divers aspects. Généralement, l'État récepteur confia à l'un de ses juristes nationaux, ou à plusieurs d'entre eux réunis en une commission, la tâche d'élaborer un Code civil, et celui ou ceux qui furent chargés de cette mission s'inspirèrent, sur instruction ou spontanément, du Code Napoléon. Mais, parfois,

---

31. Manuel Duran P., in *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, Rapport sur la Bolivie, p. 775, avec de nombreux exemples.

Autre chose sont les traductions controversées, comme celles sur lesquelles on batailla au Japon, où les cinq Codes napoléoniens, et pas seulement le Code civil, ont été traduits en vue d'une éventuelle application directe (qui n'est jamais intervenue) : voir Toshio Yamaguchi, *op. cit.*, p. 532 *sq.*

32. La traduction en langue espagnole n'aboutira, après de multiples péripéties tenant à l'histoire de l'île, qu'en 1884.

33. Jesus de Galindez, in *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, Rapport sur la République dominicaine, p. 806.

c'est à un juriste français que l'État récepteur fit appel, et la personnalité du rédacteur explique alors largement que le nouveau Code porte la marque du Code civil français : nul n'ignore que Josserand fut le principal rédacteur du Code libanais des obligations et des contrats de 1932<sup>34</sup>, et qu'auparavant Boissonnade l'avait été du Code civil japonais promulgué en 1890 (mais dont l'application, prévue pour 1893, fut finalement ajournée).

L'exportation fut **indirecte** lorsqu'elle se fit par l'intermédiaire du droit d'un État tiers. Le phénomène s'observe particulièrement en Amérique latine : certains pays, comme la Colombie et l'Équateur, s'inspirèrent, pour élaborer leurs Codes respectifs, en 1887 et 1861, du Code civil chilien de 1855, et reçurent par là même, à des degrés divers, le Code civil français; même chose pour le Paraguay qui, en 1889, adopta le Code argentin de 1869. Le même phénomène est patent au Moyen-Orient, où le Code civil égyptien de 1949, avec ce qu'il porte du Code civil français, a été reçu par quantité d'autres États : notamment par l'Irak (1951), la Libye (1953), le Qatar (1971) et l'Algérie (1975) – ce qui, pour ce dernier pays, est assez piquant, le modèle français que l'on voulait **écarter** étant récupéré, consciemment ou inconsciemment, au travers du modèle choisi...

Ajoutons que certains Codes civils sont le fruit de l'une et l'autre de ces exportations. Ainsi, le Code civil argentin est, pour l'essentiel, inspiré du Code civil français et du Code civil chilien<sup>35</sup> : ce qui revient à dire que le Code français l'a pénétré directement et indirectement.

## L'OBJET

Qu'ont emprunté au Code civil les pays où il a été exporté ?

À titre liminaire, observons qu'en toute rigueur il conviendrait de distinguer l'exportation du Code Napoléon de celle du droit français en général et la circulation du Code de celle du modèle juridique français. Et ce, surtout si l'on considère des Codes étrangers très largement postérieurs au Code Napoléon. Car, au fil du temps, le Code Napoléon, d'une part, a connu d'importantes modifications, et, d'autre part,

34. Toutefois, il n'est pas certain que l'on puisse parler, à propos du Code libanais, d'une influence du Code Napoléon : voir *infra* ce qui sera dit de l'objet de l'exportation.

35. E. Cordero Alvarez, in *L'Influence du Code civil... , op. cit.*, Rapport pour l'Amérique latine, p. 742.

est devenu une simple composante de notre droit civil, l'un des éléments de notre modèle juridique, au côté des lois civiles non codifiées, de la jurisprudence et de la doctrine. Reste qu'il est malaisé de détacher du Code de 1804, pour mesurer son influence extérieure, les évolutions législatives et jurisprudentielles comme les interprétations doctrinales qui l'ont suivi<sup>36</sup>. Lorsque, par exemple, l'on souligne l'influence capitale de l'œuvre d'Aubry et Rau sur le Code civil argentin de 1869, comment faire la part de l'influence du commentateur du Code et la part de l'influence du Code commenté? Et dans le Code libanais des contrats et des obligations de 1949, le Code Napoléon et les doctrines de Josserand se trouvent intimement mêlées.

Cela dit, on peut discerner trois degrés dans l'exportation du Code Napoléon.

91

– En premier lieu, et c'est le degré maximum, le Code a parfois été reçu dans sa **lettre** même. Cette réception est évidemment la plus frappante, puisque l'inspiration va jusqu'à la copie. Encore faut-il établir des distinctions, car les copies varient ici et là.

D'abord, le Code a été reçu tantôt dans sa version **française** (Belgique), tantôt dans une version *traduite* dans la langue du pays récepteur (Paraguay), tantôt successivement dans ces *deux versions* (Saint-Domingue).

Ensuite et surtout, tantôt c'est *tout le Code* qui a été ainsi accueilli, tantôt c'en est *une partie seulement*, ou même *quelques-uns de ses articles*, voire *son plan* seulement. Quelques exemples : en Algérie, la France déclara en 1834 le Code civil applicable dans son entier, alors qu'en Tunisie et au Maroc elle ne l'introduisit qu'en partie en 1906 et 1913 sous la forme d'un Code des obligations et des contrats. Le Code vénézuélien de 1942, fortement influencé par le nouveau Code civil italien, reprend le plan du Code Napoléon : il est divisé en trois Livres consacrés le premier aux personnes, le second aux biens, à la propriété et à ses modifications, le troisième aux modes d'acquérir et de transmettre la propriété et les droits ; et ce dernier Livre regroupe les obligations, les successions, les obligations et les contrats, les privilèges, l'hypothèque et la prescription.

Enfin et accessoirement, le Code a parfois été introduit par la

---

36. Sur cette difficulté, voir Camille Jauffret-Spinosi, in *La Circulation...*, *op. cit.*, Rapport introductif sur l'Amérique latine, p. 109 *sq.*, spéc. p. 111.

France coloniale comme *un Code proposé*, mais non imposé: aux indigènes, devenus avec la Constitution de 1946 « citoyens français de statut local » (art. 46), elle laissa, notamment en matière de statut personnel et familial, une option de législation, confortée par une option de juridiction, entre, d'une part, le droit de la Métropole, celui du Code civil, et, d'autre part, soit leur droit coutumier, soit le droit musulman.

– En deuxième lieu, et c'est le degré intermédiaire, le Code civil a pu être reçu dans son **esprit**, mais au travers de règles autrement rédigées ou autrement ordonnées. La formulation ou le plan de notre Code ne se retrouve pas. L'inspiration ne va pas jusqu'à la copie.

92 Certains observeront que c'est parfois non pas l'esprit général, mais simplement telle ou telle institution du Code qui a été accueillie. On a pu ainsi déceler une influence du Code Napoléon sur le Code civil allemand, avec l'admission *in extremis* par celui-ci du testament olographe<sup>37</sup>. Mais peut-on parler véritablement d'une influence du Code civil français ? Alors surtout que le testament olographe existait en droit français dès avant la codification, et qu'il eût probablement été importé par l'Allemagne même si le droit civil français n'avait pas été codifié ?

– En troisième lieu, et c'est le degré minimum, ce qui a pu être reçu du Code civil, ce n'est pas son contenu, ni même son esprit, mais le **principe même de codification** qu'il incarnait. Certes, l'idée de codification était dans l'air au XVIII<sup>e</sup> siècle, et elle ne l'était pas qu'en France : à preuve, les initiatives bavaroise ou prussienne<sup>38</sup>. Mais, sans chercher à créer une polémique du genre de celle qui, lors du Bicentenaire de la Révolution de 1789, opposa politiques français et anglais sur la question de savoir si la France pouvait ou non prétendre être la patrie des droits de l'Homme, c'est un fait que le Code civil français fut universellement perçu comme la première des grandes codifications modernes. Et, de ce point de vue, ses ondes se propagèrent partout dans le monde.

Même en terre de *common law*... En 1950, le professeur Graveson, de l'Université de Londres, observait que Bentham avait été fort séduit par le Code civil français, et il ajoutait : « Grâce à lui, les principes de rationalité et de simplicité si apparents dans le Code civil français ont été communiqués à une grande partie de la législation réformatrice

37. En ce sens, E. Metzger, in *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, Rapport sur l'Allemagne, p. 597.

38. *Supra*.

anglaise du XIX<sup>e</sup> siècle. Cette influence a notamment inspiré les tentatives en vue de réunir dans un seul document législatif toute la matière relative à un sujet déterminé<sup>39</sup>. »

Peut-être est-ce finalement ce qui a été et reste aujourd'hui encore le plus marquant dans le rayonnement extérieur du Code Napoléon : c'est d'avoir été à l'origine du vaste mouvement de codification qui au fil du XIX<sup>e</sup> siècle a marqué les droits de tant de pays. Et la vigueur avec laquelle ce mouvement reprend aujourd'hui – qu'il s'agisse de premières codifications ou de nouvelles codifications – est un hommage au Code civil de 1804, en ce qu'il incarnait l'idée même de codification. Lorsque des États comme les Pays-Bas, le Québec ou la Louisiane se dotent, respectivement en 1992, 1994 et 1976-2001, de nouveaux Codes civils, on n'y retrouve certes pas, et de loin, l'influence française qui imprégnait leurs Codes antérieurs, mais il n'empêche qu'en elle-même leur entreprise est le signe d'une fidélité au principe d'une codification du droit civil, dont le Code Napoléon reste l'emblème<sup>40</sup>.

93

Qu'il soit permis, pour finir, de livrer quelques libres réflexions sur les enseignements que l'on pourrait tirer, pour aujourd'hui, de l'exportation que connut le Code civil de 1804.

– En premier lieu, il est urgent que la France se dote d'**un nouveau Code civil**. En effet, il est incontestable qu'un Code civil est un instrument sans égal de diffusion du droit qui s'y trouve mis en ordre. Le rayonnement du Code de 1804 le prouve amplement. Et l'influence qu'exercent d'ores et déjà les nouveaux Codes civils du Québec et des Pays-Bas sur les codifications de pays qui, après la dissolution du système juridique socialiste, sont en quête d'un nouveau droit civil est très remarquable<sup>41</sup>. Or, notre Code civil a vieilli et, par suite, ne

---

39. In *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, p. 708. Même son de cloche chez Lawson, professeur à Oxford, in *L'Influence du Code civil...*, *op. cit.*, p. 709: « La codification est beaucoup plus avancée en Angleterre qu'on ne le pense généralement [...] L'influence du Code Napoléon a été assez grande en Angleterre pendant le siècle dernier, mais elle s'est fait sentir indirectement à travers la philosophie du droit et de la doctrine. »

40. Patrick Glenn, *op. cit.*, p. 632 : le nouveau Code civil du Québec « continue [...] la tradition française de la codification ».

41. Pour le Code civil du Québec, voir Pierre-Gabriel Jobin et Jean-Louis Baudoin, in *Le Bicentenaire du Code civil*, ouvrage à paraître, Dalloz et Litec, 2004, Rapport sur le Québec.

s'exporte plus guère<sup>42</sup>. Déjà, au milieu du siècle dernier, certains considéraient comme un « fait indiscutable » qu'il était « démodé »<sup>43</sup>, et l'on vantait, par comparaison, la jeunesse et la modernité du Code civil allemand, dont on expliquait ainsi le rayonnement croissant. Et aujourd'hui, force est de constater que l'influence de notre Code sur les récentes codifications étrangères, québécoise, louisianaise ou néerlandaise, a été très faible, et parfois même quasiment nulle<sup>44</sup>. Certes, notre Code a été, depuis les années 1960, partiellement refondu, et le plus souvent avec bonheur : il l'a été dans la plupart de ses dispositions concernant le droit des personnes et de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les successions. Mais, outre qu'un Code ne peut véritablement s'exporter que s'il forme un tout homogène, c'est surtout en droit des obligations, des biens et des sûretés que les pays en voie de codification cherchent des modèles. Or, sur ces matières, il est particulièrement impérieux que notre Code soit réécrit. Qui, en effet, oserait prétendre que, de ce droit civil économique, il donne une image fidèle ? Et comment ne pas mesurer le handicap à l'exportation dont souffre un droit qui, si réelles que soient ses qualités de fond, n'est connaissable qu'au travers d'une jurisprudence de plus en plus abondante et une doctrine de plus en plus proluxe ?

L'entreprise est certes difficile. On sait ce qu'il advint des travaux de la Commission de réforme du Code civil constituée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Elle n'est cependant pas impossible. Le génie juridique français peut en venir à bout, pour autant que les juristes français croient en leur droit d'aujourd'hui<sup>45</sup> et qu'ils soient soutenus par une volonté politique forte.

---

42. Ce constat, propre au Code civil, ne doit pas être extrapolé au droit civil français en général : la législation française, la jurisprudence française et la doctrine française continuent d'exercer une réelle influence. Sur cette distinction, *supra*.

43. E. Metzger, *op. cit.*, p. 603.

44. Pour le nouveau Code civil du Québec, voir Pierre-Gabriel Jobin et Jean-Louis Baudoin, *op. cit.* ; pour les nouveaux Codes civils de la Louisiane et des Pays-Bas, voir in *Le Bicentenaire...*, Vernon Palmer, Rapport sur la Louisiane, et Ewoud Hondius, Rapport sur les Pays-Bas.

45. Il existe une fâcheuse tendance des juristes français à critiquer systématiquement leur droit contemporain. Le constat en fut fait d'ailleurs, dès 1950, par M. E. Metzger, in *L'Influence du Code civil...*, « Discussion du rapport général », p. 711 : « Une dernière remarque doit être formulée au sujet de la tendance qu'ont les auteurs français à dénigrer leurs propres ouvrages et surtout à ne pas reconnaître la valeur de la législation française actuelle. Il est faux de dire que la technique des lois modernes françaises est défectueuse. »

Pour autant, ne rêvons pas. Il a déjà été relevé que le rayonnement d'un Code civil ne se mesure pas seulement à ses qualités intrinsèques. Il procède aussi (surtout ?) de la puissance politique, économique, militaire, et aussi culturelle, de son pays d'origine. Or, à vue d'homme, la France ne peut espérer occuper, à elle seule, dans l'avenir, la place qui fut la sienne au XIX<sup>e</sup> siècle. L'espoir d'un Code civil français rénové qui connaîtrait la même diffusion que celui de 1804 serait sans doute une chimère. En revanche, il n'est pas présomptueux d'escompter d'un tel Code qu'il inspirerait, ici ou là, de jeunes Codes, en Europe centrale ou dans le tiers monde, concurremment avec d'autres. Il n'est pas non plus déraisonnable de penser qu'il permettrait au droit civil français de donner toute sa force, toutes ses qualités, dans l'élaboration d'un droit européen, voire d'un Code civil européen. Et parce que ce Code pourrait bien être demain (ou après-demain) celui d'une Union suffisamment forte pour prétendre à une diffusion universelle, il faut que le droit français s'y retrouve.

95

– En second lieu, et pour rester sur le terrain du droit européen, l'exportation que connut notre Code civil relativise les difficultés, certes réelles, de **l'élaboration d'un Code civil européen**<sup>46</sup>. Elle atteste que des États ont pu accueillir une législation civile étrangère, exclusivement ou concurremment avec d'autres, telle quelle ou en l'adaptant. Elle démontre aussi que des obstacles techniques, comme celui de la traduction, peuvent être surmontés, fût-ce au prix de quelques erreurs, là où la volonté politique existe : « Ne vous souciez pas trop de l'erreur de la traduction. Achevez votre traduction le plus tôt », ordonna l'empereur Eto à son conseiller Mitsukuri qu'il avait chargé de traduire en japonais les Codes français<sup>47</sup>.

Il est d'ailleurs très remarquable que, lors des travaux que l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée consacrèrent en 1950 à l'influence du Code civil dans le monde<sup>48</sup>, il fut tant question de l'unification du droit européen. Certes, des voix y dénoncèrent une ambition excessive et déraisonnable, mais la majorité y fut favorable. Et, au premier rang de cette majorité, un auteur, que nul ne suspectera d'un avant-gardisme de complaisance ou d'un patriotisme

46. Code optionnel ou Code obligatoire : ce n'est pas ici la question.

47. Toshio Yamaguchi, *op. cit.*, p. 533.

48. Travaux préc.

défaillant, déclarait : « Pour faire l'Europe, notre Europe – et on sait la nécessité vitale de la construire –, il faut faire un droit européen. Que reste-t-il donc à vaincre ? Cet esprit de particularisme et d'orgueil national dont nous sommes tous imbus et qui, il faut bien le reconnaître, transparait dans chacun des rapports. La question n'est pas de savoir si les juristes belges ont ou non besoin d'avoir recours aux juristes français ou aux juristes allemands ; la question n'est pas de savoir qui l'emportera du code italien, du code suisse, du code allemand ou du code français ; la question est de savoir si, comme le firent les rédacteurs du Code Napoléon lorsqu'ils unifièrent le droit français, des juristes de bonne volonté veulent chercher dans les institutions civiles de tous les pays de notre Europe celles qui doivent être préférées. » On aura reconnu la voix d'Henri Mazeaud<sup>49</sup>...

96

---

49. L'Influence du Code civil, *op. cit.*, p. 571. Sans doute faut-il replacer cette profession de foi dans son contexte. Le rideau de fer vient de tomber, coupant l'Europe en deux : d'où la référence à « notre » Europe. Et peut-être ce droit européen est-il appelé comme le signe d'une Union sacrée contre le système communiste, qu'Henri Mazeaud dénonce d'ailleurs explicitement, en rappelant que « les principes chrétiens sont à la base de nos institutions » (p. 572). Mais, abstraction faite du communisme, le propos ne reste-t-il pas très actuel ?

---

## R É S U M É

---

*L'exportation du Code civil de 1804 s'explique par plusieurs causes, dont la force des armes, la séduction intellectuelle et l'absence d'autres modèles. Elle se réalisa sous diverses modalités : réception directe de la France, ou réception indirecte par l'intermédiaire d'un pays-relais. Elle eut pour objet tantôt le Code lui-même, littéralement, tantôt son esprit, tantôt le principe même d'une codification. De cette destinée du Code Napoléon, on peut conclure aujourd'hui à l'urgence pour la France de se doter d'un Code civil neuf.*



# VERS UN CODE CIVIL EUROPÉEN ?

AU COURS DE L'ANNÉE 2002, un vaste débat s'est noué au sein de la doctrine française sur l'opportunité d'une codification européenne englobant tout ou partie du droit civil. Aux plaidoyers entendus quelques années auparavant<sup>1</sup>, ont succédé des réactions résignées<sup>2</sup>, dubitatives<sup>3</sup>, réservées<sup>4</sup>, voire hostiles<sup>5</sup>, que la Société de législation comparée a fort heureusement rassemblées en un ouvrage<sup>6</sup>. Cette soudaine effervescence doctrinale a sa source, pour l'essentiel, dans une initiative de la Commission européenne. Poursuivant inlassablement la réalisation d'un marché unique sans frontières, celle-ci s'est demandé si la traditionnelle politique sectorielle d'harmonisation du droit ne devrait pas être complétée par l'élaboration d'un Code européen de droit des contrats. Désireuse d'être éclairée sur cette éventualité, elle a

97

1. Claude Witz, « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », *D*, 2000, p. 79 ; voir déjà Denis Tallon, « Vers un droit européen du contrat ? », *Mélanges Colomer*, 1993, p. 485, du même auteur, « Les principes pour le droit européen du contrat », *Deffrénois*, 2000, p. 683.

2. B. Fauvarque-Cosson, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.*, 2002, p. 463.

3. J. Huet, « Nous faut-il un "euro" droit civil ? », *D*, 2002, p. 2611 ; Ph. Malaurie, « Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP*, 2002, I, p. 110 ; Ph. Malinvaud, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un Code européen des contrats », *D*, 2002, p. 2542.

4. V. Heuzé, « À propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP*, 2002, I, p. 152 ; voir déjà C. Jamin, « Un droit européen des contrats », in *Le Droit privé européen*, 1998, p. 40.

5. Gérard Cornu, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D*, 2002, p. 351 ; Yves Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D*, 2002, p. 2202.

6. *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Introduction de M. Guy Canivet, 2003, textes rassemblés par B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud.

entrepris de consulter, par voie de communication, la communauté des juristes, notamment universitaires<sup>7</sup>. L'exigüité du calendrier imposé – communication publiée au *Journal officiel des Communautés* du 13 septembre 2001, réponses demandées avant le 15 octobre 2001 – a privé la plupart des universitaires français, qui ne hantent pas les coulisses bruxelloises, du loisir de participer à ce débat<sup>8</sup>. Du moins la communication de la Commission leur a-t-elle permis de prendre conscience de ce que la question d'un éventuel Code civil européen était en passe de quitter la sphère des spéculations purement académiques pour gagner celle des réalisations positives. Cette évolution était, au reste, souhaitée depuis de nombreuses années par le Parlement européen. Dès 1989 et à plusieurs reprises depuis, celui-ci a en effet adopté des résolutions recommandant l'élaboration d'un code européen commun de droit privé<sup>9</sup>. Et, en 2001, déplorant la timidité de la Commission qui bornait ses ambitions au seul droit des contrats, le Parlement européen a, réitérant ses vœux en faveur d'un droit privé commun européen, fixé les premières étapes du calendrier devant conduire à l'adoption d'un tel instrument : pour 2004, seraient élaborés des textes de droit privé renfermant des solutions et des concepts communs aux États membres ; à partir de 2005, ces textes seraient enseignés dans les Universités ; en 2006, une législation européenne relative aux principes juridiques communs serait adoptée et appliquée aux contrats transfrontières ; dès 2010, serait adopté un corps de règles relatives au droit des contrats dans l'Union européenne, premier élément du futur code commun de droit privé. La publication du récent plan d'action de la Commission européenne concernant le droit des contrats montre que celle-ci se tient sensiblement en retrait par rapport à ces objectifs puisque, outre la mise sur pied d'une terminologie

7. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, *Journal officiel des Communautés européennes (JOCE)*, 13 septembre 2001, n° C255, p. 1.

8. Ce qui n'empêche pas certains de juger très sévèrement cette attitude, voir par exemple H.-J. Sonnenberger, « L'harmonisation ou l'uniformisation européennes du droit des contrats sont-elles nécessaires ? », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 405 *sq.*, spéc. p. 408 et 409, qui considère que ce mutisme est « l'expression de la politique de l'autruche qui laisse passer la tempête en cachant sa tête dans le sable et que l'on ne peut que déplorer. Ceux qui ne participent pas au débat n'auront aucun droit de fustiger plus tard le caractère bureaucratique des choix de Bruxelles ».

9. Résolution A2-157/89, *JOCE*, 26 juin 1989, n° C158, p. 400 ; Résolution A3-0329/94, *JOCE*, 25 juillet 1994, n° C205, p. 518 ; Résolution B5-0228, 0229,0230/2000, *JOCE*, 29 décembre 2000, n° C377, p. 323.

commune, elle prévoit simplement l'éventuelle élaboration d'un instrument optionnel limité au droit des contrats transfrontières<sup>10</sup>. Les réserves de la doctrine française relevées par le président du groupe de travail intersession de la commission, M. Dirk Staudenmayer<sup>11</sup>, ainsi que l'absence de toute compétence des autorités communautaires pour procéder à une unification du droit civil ne sont, sans doute, pas étrangères à cette révision à la baisse des ambitions initialement affichées. Il importe, en effet, de rappeler que le législateur communautaire ne jouit que d'une compétence d'attribution. Chaque intervention des autorités communautaires a besoin pour sa validité d'une base légale précise. Or celle-ci fait, en la circonstance, manifestement défaut<sup>12</sup>.

Il n'en reste pas moins que plusieurs groupes d'études travaillent actuellement, à titre purement privé, sur l'unification au niveau européen de tout<sup>13</sup> ou partie<sup>14</sup> du droit civil. De telles démarches ne sont pas sans soulever la question de l'opportunité économique, culturelle, politique de l'objectif que ces groupes se proposent d'atteindre. Curieusement, cette interrogation est, en général, éludée par les partisans d'une codification européenne<sup>15</sup>, lesquels semblent pour la plu-

99

10. *JOCE*, 13 mars 2003, n° C063; sur ce plan d'action, voir B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen des contrats : première réaction au plan d'action de la Commission », *D*, 2003, p. 1171.

11. D. Staudenmayer, « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », *JCP*, 2003, I, 127, n°15.

12. Sur cette question, voir Bangemann, « Privatrechtsangleichung in der europäischen Union », *ZeUP*, 1994, p. 377-378, qui constate que les traités européens ne contiennent pas une seule disposition qui autorise l'Union européenne à l'unification du droit privé, autorisation qui serait pourtant indispensable, au regard du principe des compétences spécifiques d'attribution, pour que l'Union européenne puisse procéder à une initiative en la matière; I. Schwartz, « Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft », *ZeUP*, 1994, p. 559 et 570, qui souligne que les traités européens n'ont pas pour objet l'harmonisation du droit privé en tant que tel et ne confèrent des compétences d'harmonisation à la Communauté qu'en vue de l'intégration des marchés; B. Fauvarque-Cosson, art. cit., p. 463.

13. Telle est l'ambition du groupe d'études sur un Code civil européen, présidé par M. von Bar. En effet, après avoir indiqué en 2001 que « le groupe d'études ne pense pas encore, à l'heure actuelle, inclure le droit de la famille ni le droit des successions dans la première phase » de ses travaux (C. von Bar, « Le groupe d'études sur un code civil européen », *RIDcomp*, 2001, p. 131), M. von Bar a déclaré en 2002 qu'une « commission sur le droit européen de la famille a été récemment créée » (*Les Annonces de la Seime*, n° 33, 3 juin 2002, p. 2, col. 1).

14. Il s'agit de la Commission Lando et du Groupe de Pavie qui traitent exclusivement du droit des contrats.

15. L'attitude de M. von Bar est à cet égard exemplaire : « Pendant longtemps [...] il y eut et il y a toujours un flot d'articles qui discutent de la matière de façon abstraite (ce qui au moins

part guidés par la croyance en une sorte de loi historique qui voudrait que la modernité conduise inéluctablement à l'uniformité. Le numéro spécial que consacre la revue *Pouvoirs* au Code civil des Français, à l'occasion de son bicentenaire, est l'occasion de combler cette lacune et de se demander si l'uniformité est vraiment une fin en soi, un absolu devant lequel tout, y compris notre Code civil, devrait céder<sup>16</sup>.

La réponse ne va, à l'évidence, pas de soi. Dans une formule célèbre, Montesquieu, prenant le contre-pied de la plupart de ses contemporains, écrivait : « l'uniformité est un genre de perfection qui saisit quelquefois les grands esprits et frappe infailliblement les petits ». Et il ajoutait : « la grandeur du génie consiste à savoir dans quels cas il faut l'unité et dans quels cas il faut des différences »<sup>17</sup>. Sans pour autant prétendre du tout à l'homme de génie, on voudrait ici éviter de raisonner en petit esprit, ce qui porte à s'interroger sur le point de savoir si la législation civile relève plutôt de la première ou de la seconde catégorie. En d'autres termes, l'unification de la législation civile en Europe est-elle économiquement, culturellement, politiquement une bonne ou une mauvaise chose ? En général, l'économie est plutôt invoquée au soutien de l'unification de la législation civile et la culture à son encontre. Quant à la politique, elle peut conduire à défendre l'une ou l'autre analyse, selon la vision que l'on a de l'Europe.

## L'ÉCONOMIE

Dépourvue de compétence pour procéder à une harmonisation du droit privé en tant que telle (voir *supra* note 12), l'Union européenne ne peut se saisir de cette question que sous couvert des exigences de la réalisation d'un marché unique sans frontières. Autrement dit, le code commun européen de droit privé pourrait rentrer dans l'orbite communautaire, par le biais de l'article 95 du Traité CE, à la condition que son adoption soit jugée nécessaire à l'achèvement du marché intérieur. On comprend

---

pour la France est inexact), c'est-à-dire qui s'occupent de la question de savoir si la création d'un Code civil européen est nécessaire, possible, désirable [...]. Une telle discussion générale a sûrement sa raison d'être; cependant elle ne peut mener loin » (C. von Bar, « Le groupe d'études sur un code civil européen », *RIDcomp.*, 2001, p. 127.

16. Rappr. H.-J. Sonnenberger, art. cit., p. 434 : « L'eupéanisation d'une partie aussi importante du droit civil est inimaginable sans que les arguments favorables et opposés à cette démarche n'aient été pesés et sans que la preuve de sa nécessité n'ait été rapportée. À ce jour, elle fait encore défaut et par conséquent des compétences claires de la communauté manquent également. »

17. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XXIX, chap. XVIII.

dès lors que les partisans d'une telle codification affirment que la diversité du droit constitue une entrave au développement du commerce intracommunautaire puisque les considérations économiques justifieraient alors une unification au moins partielle de la législation civile au niveau européen (A). Mais la réflexion peut être renversée: une unification européenne du droit, sous couvert d'intérêts exclusivement économiques, est-elle de nature à fonder un véritable ordre civil (B)?

A. « À marché unique, droit unique »; « Un marché unique appelle un instrument contractuel unique ». Les formules se succèdent pour exprimer que l'unification de tout ou partie de la législation civile serait une condition indispensable à la perfection du marché intérieur. Les échanges transeuropéens auraient atteint une intensité telle qu'il conviendrait de supprimer le frein résultant de la diversité du droit, lequel serait particulièrement sensible pour les PME et les consommateurs. Mais des slogans ne remplacent pas une démonstration. Or, à bien y réfléchir, une telle affirmation ne va pas de soi si on la confronte à la réalité nord-américaine. Comme on l'a justement constaté, l'absence d'un droit civil unifié aux États-Unis n'a, en effet, « en rien empêché la constitution du marché intérieur le plus vaste et le plus dynamique du monde<sup>18</sup> ». La même remarque vaut pour le Canada<sup>19</sup>. Rappelons, en effet, que la législation civile continue à relever dans ces deux pays de la compétence de chaque État fédéré. À cela, on est parfois tenté d'objecter que l'Amérique n'est pas l'Europe. S'agissant pour l'essentiel de pays relevant de la *common law*, leur tradition serait différente; l'idée de codification notamment leur serait étrangère. L'observation mérite d'être relativisée. Ces pays n'ont pas, en effet, hésité à s'engager sur la voie de l'unification de leur droit lorsque celle-ci leur est apparue utile, comme le montre l'exemple du Code de commerce uniforme aux États-Unis. En réalité, le refus de ces pays de procéder à l'unification de leur législation civile procède plus d'un choix délibéré et raisonné que du poids de la tradition. L'analyse économique du droit a conduit les juristes américains à la conclusion que, bien loin de constituer un handicap, la diversité du droit est un facteur de dynamisme et

101

18. V. Heuzé, art. cit.

19. Voir aussi en ce sens la réponse du gouvernement du Royaume-Uni à la communication de la Commission : « *The UK itself is a longstanding example of a perfectly-functioning single market, notwithstanding the significantly different legal regimes in Scotland and in England and Wales.* »

de perfectionnement des systèmes juridiques, dès lors qu'elle s'accompagne d'une concurrence entre les droits<sup>20</sup>. Notamment, cette diversité permettrait aux intéressés en matière contractuelle de choisir la loi la plus adaptée à leur opération, grâce à la loi d'autonomie<sup>21</sup>. Et, plus généralement, si à l'usage une règle ou une institution apparaît plus performante, les systèmes qui ne la connaissent pas auront tendance à l'adopter. On reproduit chez soi ce qui « marche » chez les autres.

L'approche européenne et l'approche américaine apparaissent ainsi diamétralement opposées. Pour les eurocrates, il faut unifier le droit pour mettre fin aux distorsions de concurrence. Pour eux, l'uniformité est toujours supérieure à la diversité. Mieux vaut un texte unique, même s'il est très imparfait comme tant de directives ou de règlements nous en donnent l'exemple, que des textes de qualité dès lors qu'ils sont plusieurs. L'important est que le droit soit le même partout. Pour les Américains, l'uniformité risque d'engendrer la sclérose. Pour eux, il importe de maintenir la diversité du droit, car à terme c'est toujours le meilleur qui gagne et la partie n'est jamais finie. En d'autres termes, les eurocrates choisissent la glaciation du droit, sa rigidité et sa lourdeur<sup>22</sup>, les Américains privilégient sa souplesse et son adaptabilité.

Ainsi, en prétendant imiter les États-Unis pour mieux les concurrencer, les eurocrates font des choix juridiques qui sont aux antipodes de ceux avec lesquels ils entendent rivaliser. Ces choix européens sont d'autant plus surprenants qu'ils vont à l'encontre des enseignements de l'histoire du continent. Comme le rappelle le général Gallois, « la puissance de l'Europe est née de [s]es rivalités qui étaient sources de compétition, d'activité et de créativité. Les peuples luttant les uns

20. S. Herman, « L'expérience des États-Unis d'Amérique [...] : la gestion des transactions pluri-étatiques aux États-Unis », *Le Droit privé européen*, 1998, p. 150 *sq.*

21. Et ceci d'autant plus que la règle de conflit de lois relative aux contrats est aujourd'hui unifiée par la Convention de Rome du 19 juin 1980. L'intégration dans l'ordre communautaire de cette convention, sous forme d'un règlement communautaire, annoncée par le livre vert publié le 14 janvier 2003, devrait au reste être le signe que l'ordre communautaire accepte la diversité des droits nationaux et affirme la nécessité de leur coordination (S. Poillot-Peruzzetto, *Contrats, conc., consom.*, avril 2003, p. 3).

22. Aussi bien certains auteurs, conscients du handicap que pourrait constituer l'unification du droit civil, préconisent-ils, en cas d'unification, des tempéraments permettant de réintroduire une certaine souplesse. C'est ainsi que, pour M. Sacco, il faudrait « prévoir des procédures pour permettre à un État membre d'adopter un droit légal diversifié, novateur, si cet État peut faire valoir des raisons en faveur de telle expérience et solution. Cela permettrait au droit d'évoluer, au système européen d'être perméable » (R. Sacco, « Non, oui, peut-être », *Mélanges C. Mouly*, 1998, t. 1, p. 163).

contre les autres ont perdu bien des avantages dans les guerres mais en ont aussi acquis par la dureté de la compétition. Or la création de l'Europe détruit cette compétitivité. L'uniformité que recherche la Commission de Bruxelles dans tous les domaines en est un exemple [...]. Cette uniformité signifie l'arrêt de la créativité<sup>23</sup>».

Au reste, bien loin d'applaudir les initiatives de la Commission, les milieux professionnels, qui sont certainement les meilleurs juges de l'utilité d'une unification européenne de la législation civile, se montrent très réservés à l'égard d'une telle perspective<sup>24</sup>. Outre le fait qu'ils sont sans doute plus sensibles que d'autres à la rigidité qui accompagne l'uniformité, cette réserve s'explique aussi, comme on a pu le souligner, par la conscience qu'ils ont « de la grave insécurité juridique que provoque inéluctablement, au moins dans un premier temps, l'adoption de solutions uniformes. [...] Parce que celles-ci ne se conçoivent pas sans compromis entre des conceptions à l'origine différentes, sinon radicalement opposées, des questions traitées, leur signification exacte et leur portée réelle sont toujours la source d'incertitudes beaucoup plus vives que celles que provoque une réforme dans un système juridique déterminé [...]. Toute entreprise d'uniformisation du droit ouvre fatalement une longue période d'incertitudes qui entraîne un développement sensible du nombre des différends et, par conséquent, une forte augmentation du coût des transactions<sup>25</sup> ». Si l'on ajoute à celui-ci les coûts matériel et humain qui s'attacheraient à la réalisation d'une telle entreprise, ce qui est généralement présenté par les partisans de l'unification de la législation civile comme une vérité d'évidence apparaît en réalité comme une simple « intuition » dont il reste à démontrer le bien-fondé<sup>26</sup>. Et ceci d'autant plus qu'un

103

23. P.-M. Gallois, *Le Consentement fatal. L'Europe face aux États-Unis*, Paris, Textuel, 2001, p. 25 et 67; voir aussi P. Manent, *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Fayard, 2001, p. 111 et 112.

24. Voir, en dernier lieu, les observations très réservées de la Fédération bancaire française, en date du 13 mai 2003, au Plan d'action de la Commission européenne sur le droit européen des contrats.

25. V. Heuzé, art. cit., qui prend l'exemple des difficultés innombrables que soulève l'interprétation de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

26. Ce que se gardent bien d'entreprendre les partisans de l'unification, lesquels préfèrent développer leur discours sur le registre de l'évidence. L'attitude de M. von Bar est, à cet égard, très représentative: « l'entrave du droit privé sur le marché interne est une expérience de tous les jours – **que la preuve concrète puisse en être apportée ou non** » (« Code civil européen », *Les Annonces de la Seine*, 3 juin 2002, n° 33, p. 3, col. 3).

droit civil élaboré en considération d'impératifs exclusivement économiques risque fort de constituer une singulière régression.

104 **B.** Désireux d'investir la matière civile, comme l'attestent les nombreuses résolutions précitées du Parlement européen, les instances communautaires se heurtent pour l'instant au fait que celle-ci échappe à leur compétence d'attribution. Ce n'est donc que sous couvert des exigences nées de l'achèvement du marché intérieur qu'elles prétendent en traiter, ce qui n'empêche pas le Parlement européen de réclamer l'élaboration d'un code commun européen de droit privé et le groupe d'études sur le Code civil européen de conduire ses travaux sur l'ensemble de la discipline, y compris le droit de la famille. Il y a là, nous semble-t-il, une contradiction, de nature à vicier l'ensemble de l'œuvre entreprise. « L'élaboration d'un code uniforme est autre chose que l'harmonisation dans sa forme ultime <sup>27</sup>. »

Un code civil est, pour reprendre la définition de Portalis, « un corps de règles destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux les hommes qui appartiennent à la même société <sup>28</sup> ». Amplifiant cette idée, le doyen Cornu constate que « le droit civil donne au peuple français une organisation d'ensemble qui contribue à forger un type de société. L'ordre interne de cette société, cette organisation civile de l'État est la base de ce qu'on a pu nommer la “Constitution civile de la France” <sup>29</sup> ». En d'autres termes, le Code civil forme « un tout <sup>30</sup> ». Sur les trois piliers qu'il édifie, la famille, la propriété, le contrat, s'appuie la société. Derrière le Code civil, il y a le *civis*, le Français de base, « dans tous les moments de sa vie privée » : enfant, avant d'être père ou mère, propriétaire, contractant, consommateur, professionnel... Or en prétendant considérer la législation civile à travers le seul prisme du marché, les instances européennes portent sur ce tout un regard extrêmement réducteur. Ce serait, en effet, avoir une vision singulièrement appauvrie du *civis* européen que de réduire celui-ci à ses seules dimensions écono-

27. H.-J. Sonnenberger, art. cit., p. 409.

28. Portalis, *Discours de présentation du Code civil prononcé le 3 frimaire an X*.

29. G. Cornu, *Introduction, les personnes, les biens*, 2001, 10<sup>e</sup> éd., n° 257 ; Jean Carbonnier, « Le Code civil », in Pierre Nora, *Les Lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, coll. « Quatro », 1997, t. 1, p. 1345.

30. G. Cornu, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D*, 2002, p. 351.



miques. Aussi bien, consciente de ce que la vie civile ne saurait avoir pour unique horizon le marché, la Commission a, à la différence du Parlement européen, borné ses ambitions au droit des contrats entendu *lato sensu*, c'est-à-dire en y incluant les sûretés mobilières, les quasi-contrats, la responsabilité. Mais, même ainsi délimitée, une telle approche présente des inconvénients manifestes. En prenant appui sur des considérations exclusivement économiques, périphériques au regard des fonctions essentielles de la législation civile, elle conduit à enfoncer un coin dans le « tout » que forme traditionnellement la législation civile et à amorcer son démantèlement, sans qu'il ait même été réfléchi au problème dans sa globalité. Là ne s'arrêtent pas, au reste, les inconvénients d'une telle démarche. Même dans le domaine du droit des contrats *lato sensu* qui paraît pourtant s'y prêter, une approche en termes exclusivement économiques conduit à privilégier certaines données au détriment d'autres en sorte que les textes qui en sont issus n'ont plus grand-chose à voir avec une législation civile digne de ce nom, c'est-à-dire une législation qui prend en compte les divers intérêts dont la conciliation est nécessaire à l'existence d'une vie sociale harmonieuse.

105

Un exemple permettra de le mieux comprendre. On sait que pour favoriser la réalisation du marché unique les instances communautaires ont décidé d'harmoniser la législation des États membres relative à la responsabilité du fait des produits. À cet effet a été adoptée une directive qu'une loi du 19 mai 1998 a transposée dans le Code civil, sous les articles 1386-1 à 1386-18. Ces dispositions ont fait l'objet de la part de la Commission d'un recours en manquement qui a conduit à la condamnation de la France sur plusieurs points<sup>31</sup>. L'épisode est intéressant dans la mesure où il permet de toucher du doigt la distance existant entre une législation dictée par des impératifs exclusivement économiques et une législation cherchant à établir un véritable ordre civil. On reprendra pour le montrer deux des points qui ont valu à la France sa condamnation.

La directive avait prévu une franchise de 500 euros pour les dommages matériels. Cette franchise n'a pas été consacrée par le législateur français. La directive avait prévu à propos du risque de développement une option : soit l'admettre comme cause d'exonération, soit ne pas

31. CJCE, 25 avril 2002, *D*, 2002, p. 1670 ; sur cette décision, voir J. Calais-Auloy, *D*, 2002, p. 2548 ; C. Larroumet, *D*, 2002, p. 2462 ; G. Viney, *JCP*, 2002, I, p. 177.

l'admettre. Refusant cette politique du tout ou rien, le législateur français a choisi dans l'article 1386-12 une voie moyenne: le risque de développement est pour le producteur une cause d'exonération, sauf si, mis en présence d'un défaut du produit, il n'a pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables. Dans les deux cas, la France est condamnée.

106 Pourquoi sur ces deux points le législateur français avait-il pris des libertés avec la directive ? Parce qu'il avait estimé que les solutions retenues par celle-ci mettaient en cause certains principes fondamentaux du droit civil français : le principe de la réparation intégrale pour le premier<sup>32</sup>, le principe qui veut que celui qui cause par sa faute un dommage à autrui soit tenu de le réparer pour le second. Rappelons au passage que, pour ce dernier principe, il prend sa source dans un des textes les plus « sacrés » du Code civil, l'article 1382, dont la mise à l'écart ne peut se justifier selon le Conseil constitutionnel que par l'existence de motifs extrêmement forts déduits de l'utilité commune<sup>33</sup>. C'est dire que le législateur français avait procédé aux ajustements nécessaires pour que, à l'occasion de leur insertion dans le Code civil, les textes issus du droit communautaire soient mis en cohérence avec les principes les plus essentiels de notre droit civil. En d'autres termes, il s'était employé à insuffler l'esprit général du Code aux textes qui lui étaient incorporés. Cela vaut à la France une sévère condamnation. Pourquoi ? Pour la raison très simple que ces textes sont non des dispositions de droit civil s'interprétant par référence aux valeurs de l'ordre civil français mais des dispositions de droit communautaire qui doivent être comprises par référence aux valeurs de l'ordre communautaire, telles qu'elles résultent dans le cas présent de l'article 100 du Traité CEE, devenu l'article 94 du Traité CE. Comme le souligne la Cour de Luxembourg, l'objectif de ce texte vise « à assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, à faciliter la libre circulation des marchandises et à éviter les différences dans le niveau de protection des consommateurs<sup>34</sup> », ce qui « n'implique nullement de faire prévaloir le meilleur niveau de protection<sup>35</sup> ». L'objectif poursuivi est « purement économique » puisqu'il s'agit exclusivement de « favo-

32. Lequel était également, en droit musulman, dès le XI<sup>e</sup> siècle de notre ère, un des quatre piliers du *fiqh* (S. Jahel, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *RIDcomp.*, 2003, p.105).

33. CC, 22 octobre 1982, *D*, 1983, p. 189, note F. Luchaire.

34. CJCE, 25 avril 2002, art. cit.

35. G. Viney, art. cit.

riser l'égalité entre les concurrents sur le marché intérieur<sup>36</sup>». Autrement dit, pour reprendre la formule du doyen Cornu, non seulement « un Code civil n'est pas un instrument communautaire », mais des instruments communautaires ne peuvent donner naissance à un code civil. La matière civile change, en effet, de nature dès lors qu'elle est investie par l'ordre communautaire. Les valeurs du marché auxquelles il s'identifie balaient comme fétus de paille les valeurs du droit civil. Alors que le droit civil s'efforce d'appréhender le *civis*, le citoyen, dans toute sa complexité et sa diversité, le droit communautaire le rabaisse à ses seules dimensions de producteur et de consommateur : je dépense donc je suis. Il y a là un bel exemple de « l'esprit » du droit européen tel que l'avait identifié Bruno Oppetit, à savoir « une volonté d'organisation des peuples européens en termes purement quantitatifs et en fonction de critères exclusivement matériels : il s'agit *grosso modo* de réaliser les objectifs de l'économie sociale de marché [...] avec un messianisme qui ne suffit pas à tenir lieu de message spirituel<sup>37</sup> ». C'est là un constat qui inquiète lorsqu'on aborde la dimension culturelle du problème.

107

## LA CULTURE

La question est immense. Aussi s'en tiendra-t-on à quelques remarques. On posera comme postulat de départ que l'un des atouts de l'Europe réside dans la richesse de ses cultures. Pour ne prendre qu'un exemple, les langues qui constituent les principaux instruments de communication entre les peuples – l'anglais, l'espagnol, le français – sont des langues européennes. À ces langues et à d'autres, l'allemand, l'italien, le grec..., se relie un patrimoine artistique, littéraire, philosophique, juridique<sup>38</sup> extraordinairement riche et qui rayonne bien au-delà des frontières de l'Europe. Cela est particulièrement vrai pour le droit. Si on laisse de côté les droits religieux, l'Europe est la mère de tous les systèmes juridiques qui se partagent le monde. S'il y a une civilisation chinoise ou japonaise, il n'y a pas à proprement parler de modèle juridique chinois ou japonais. Face à un tel constat, plusieurs politiques sont concevables (A), dont certaines ne sont pas sans danger (B).

36. *Ibid.*

37. B. Oppetit, « Droit commun et droit européen », *Mélanges Loussouarn*, 1994, p. 331 *sq.*, spéc. p. 313.

38. Sur la dimension culturelle du droit, voir P. Legrand, « La leçon d'Apollinaire », in *L'Harmonisation du droit des contrats en Europe*, p. 37.

A. Forte de ses diversités, l'Europe pourrait chercher à faire fructifier ce patrimoine exceptionnel, en poursuivant une politique d'enrichissement mutuel à l'intérieur et de rayonnement à l'extérieur. Or elle paraît aujourd'hui s'orienter vers l'uniformité, source d'appauvrissement culturel.

À l'intérieur, tout devrait être fait pour permettre aux citoyens des différents États qui composent l'Europe de s'enrichir de leurs diversités en favorisant l'apprentissage des grandes langues européennes et la connaissance de leurs cultures. Il devrait en aller de même pour le droit, notamment le droit civil qui constitue le cœur de chaque système juridique. Dans l'immédiat, cette connaissance accrue permettrait en matière contractuelle à la libre concurrence entre les droits de jouer  
108 pleinement, les parties ou leurs conseils choisissant la loi qui leur paraît la plus adaptée à leur opération. Quant aux magistrats, ils seraient mis en position d'appliquer plus efficacement les droits des autres pays européens, lorsque les règles de conflits de lois leur donnent compétence. Elle serait également de nature à favoriser les emprunts, qui conduisent à des rapprochements librement consentis. À plus long terme, elle permettrait de renouer avec la tradition du *jus commune*, entendu non comme l'ordre juridique positif unifié qu'il n'a au demeurant jamais été, mais comme un cadre de pensée, une méthode de raisonnement permettant de réfléchir à l'articulation de l'universel et du particulier dans une approche historique et comparative<sup>39</sup>.

Beaucoup de moyens sont concevables pour favoriser une telle démarche : création de chaires de professeurs de droit civil européen, éventuellement rattachées à une Académie de droit européen, création d'un Institut de droit européen sur le modèle de l'*American Law Institute*, amplification des échanges d'étudiants, lesquels ne pourraient que souffrir de l'enseignement uniforme recommandé par le Parlement européen : pourquoi se rendre dans un pays étranger pour y recevoir un enseignement dont le contenu est identique à celui qui est dispensé dans le pays d'origine ? Ainsi parviendrait-on par un approfondissement de la connaissance de nos systèmes, de leurs différences et de leurs ressemblances, de leurs forces et de leurs faiblesses, à un meilleur entendement du droit.

---

39. Jean-Louis Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *Variations autour d'un droit commun*, 2001, p. 17.

S'agissant de son rayonnement extérieur, l'Europe a la chance de compter des pays qui ont marqué profondément de leur empreinte linguistique, culturelle, juridique, de nombreuses régions du monde. Tout devrait être fait pour que chaque pays d'Europe entretienne, développe, approfondisse ces liens.

*A priori*, le discours officiel de l'Europe semble devoir être favorable à une telle politique. L'article 22 de la Charte des droits fondamentaux dispose : « L'Union respecte la diversité culturelle, linguistique et religieuse. » Mais « respecter », c'est prendre acte d'une réalité, ce n'est pas la promouvoir. Aussi bien, entre la théorie et la pratique existe-t-il une distance considérable : dès que cette diversité culturelle entre en conflit avec les seuls impératifs qui importent vraiment aux instances communautaires, les impératifs économiques, elle leur est sacrifiée au profit de l'uniformité et l'on rentre dans une logique d'appauvrissement culturel qui porte en germe de graves dangers.

109

Cela est très net en matière de langue. Bien loin de promouvoir la diffusion et la connaissance des grandes langues européennes, les institutions européennes s'emploient dans leur fonctionnement à les refouler au profit du seul anglo-américain. La pratique du Parlement européen est sur ce point exemplaire. Autre manifestation de cette affligeante réalité : la CJCE a condamné la France à propos de la loi Toubon qui exige l'emploi de la langue française pour l'étiquetage des produits qui sont distribués en France, aux motifs qu'il y aurait là une restriction aux importations<sup>40</sup>. L'emploi de la langue française peut être avantageusement remplacé, nous dit la Cour de Luxembourg, par l'utilisation de pictogrammes et accessoirement, sans le nommer, de l'anglo-américain. Et l'on sait que la Commission fait actuellement pression sur le gouvernement français pour que la France modifie sa législation en la matière.

Il en va de même pour le droit. Dès lors que la réalisation du marché unique l'exige, les instances communautaires peuvent procéder à l'harmonisation du droit. Il en est résulté une réglementation pléthorique et confuse, obéissant à la seule logique du marché, dont on a pu dire qu'elle constitue un « rouleau compresseur d'uniformisation<sup>41</sup> ». Et, de fait, procédant à un véritable dévoiement de la technique des

40. CJCE, 12 septembre 2000, *RTDciv.*, 2001, p. 235, obs. Molfessis.

41. C. Prieto, « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Droits*, à paraître.

directives, les instances communautaires s'orientent vers l'édition de règles d'une précision extrême révélatrice « d'une frénésie uniformatrice et isonomique qui a atteint un degré paroxystique<sup>42</sup> », sans qu'émerge pour autant un véritable système juridique communautaire, les instances européennes procédant au « coup par coup », au gré des rapports de force ou de l'action des groupes de pression<sup>43</sup>. Aussi bien, pratiquant la fuite en avant, les promoteurs d'un code commun européen de droit privé fixent-ils pour objectif à celui-ci d'établir au sein de l'ordre communautaire une cohérence qui y fait pour l'instant défaut.

110 Il est, en l'état des travaux actuellement conduits, impossible de savoir si ces objectifs pourront ou non être atteints. Tout au plus peut-on noter que la méthode de travail suivie par le groupe d'études sur le code civil européen semble s'inscrire très directement dans la logique d'appauvrissement culturel déjà relevée. La seule langue de travail utilisée par ce groupe est l'anglo-américain, en sorte que, si ce projet aboutit, chaque peuple de l'Europe n'aura droit qu'à une traduction dans sa langue maternelle, la langue de la super-puissance faisant seule foi<sup>44</sup>. Curieux procédé pour une entité qui prétend s'ériger en rivale de cette super-puissance ! Une telle démarche risque, au reste, d'entraîner de délicats problèmes d'interprétation, comme le montrent déjà les difficultés et incohérences auxquelles conduit la mise en œuvre des textes communautaires, règlements ou directives. L'appauvrissement ne se limite pas à la langue utilisée. Au fond, l'unification que l'on cherche à réaliser est atteinte par soustraction. À s'en tenir aux indications fournies par M. von Bar, le droit qui est ainsi élaboré doit être un droit autonome, coupé de ses racines nationales, un droit qui s'apparente au plus petit dénominateur commun<sup>45</sup>. À raisonner par analogie avec la matière linguistique, il s'agit non de privilégier une langue au détriment des autres, mais de les remplacer toutes par une sorte de volapuck ou d'esperanto juridique. Conduite sur un mode monopolistique, l'entreprise pourrait, au reste, tourner à « l'hégémonie culturelle<sup>46</sup> ». Dans leurs réponses conjointes à la Commission, MM. Ole

42. B. Oppetit, « Le mythe du législateur suprême », *D*, 1990, p. 73.

43. Comme le reconnaît expressément la Commission dans sa communication (*JOCE*, n° 255, 13 septembre 2001, p. 6).

44. Voir sur ce point H.-J. Sonnenberger, art. cit., p. 413.

45. C. von Bar, art. cit., p. 136.

46. C. Prieto, « Une culture contractuelle commune en Europe », art. cit.

Lando et Christian von Bar, constatant que la communication publiée par celle-ci pourrait avoir pour effet de susciter des vocations concurrentes, mettent en garde contre une telle perspective car seule l'unicité garantirait le succès de l'opération<sup>47</sup>. En d'autres termes, la « manne » européenne est en bonne main et il convient de ne pas la disperser<sup>48</sup>.

À supposer que, brûlant les étapes, on s'engage sur la voie de l'unification plutôt que sur celles de la coordination d'une diversité pleinement assumée et de la redécouverte d'une sorte de *jus commune*, c'est évidemment à une tout autre logique qu'il faut revenir, non celle de la confiscation mais celle de la confrontation et du dialogue, non celle de la soustraction, de l'appauvrissement, mais celle de l'addition, de l'enrichissement. Il faut ajouter un modèle européen aux modèles nationaux avec une possibilité de choix. Rappelons que les rédacteurs du Code civil avaient été confrontés à ce problème très complexe et qu'ils l'ont résolu en multipliant les règles supplétives<sup>49</sup>. Fort heureusement, devant les résistances rencontrées, c'est dans cette direction que semble s'orienter le dernier plan d'action de la Commission en matière de droit européen des contrats. Ajoutons que puisque, aux dernières nouvelles, il s'agirait uniquement de réglementer les contrats transfrontières, les seuls pour lesquels il puisse y avoir entrave, ce modèle existe déjà. Ce sont les Principes d'Unidroit auxquels les acteurs du commerce international peuvent se référer et dont le choix aurait l'avantage de permettre à ceux-ci, s'ils le souhaitent, de soumettre aux mêmes règles les contrats transeuropéens et les contrats internationaux<sup>50</sup>.

111

Cet appauvrissement à l'intérieur risque de s'accompagner d'une perte de rayonnement à l'extérieur. L'affirmation surprendra sans doute dans la mesure où le discours eu(ro)phorique professe qu'un

47. O. Lando et C. von Bar, *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, n° 78.

48. Rappr. H.-J. Sonnenberger, art. cit., p. 411.

49. Voir sur ce point R. Le Balle, « Unité nationale et codification », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1938, p. 366 *sq.*, spéc. p. 379.

50. Sur ces principes, voir notamment C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 641 ; B. Fauvarque-Cosson, « Les contrats du commerce international, une nouvelle approche : les Principes d'Unidroit », *RIDcomp.*, 1998, p. 463 ; C. Larroumet, « La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP*, 1997, I, 4011.

droit civil européen unifié rayonnerait hors de l'Europe plus intensément que ne le font les droits nationaux<sup>51</sup>. Mais cela reste à démontrer. Pour l'heure, il faut bien constater que plusieurs pays européens, au premier rang desquels la Grande-Bretagne et la France, ont fortement marqué de leur empreinte certaines régions du monde avec lesquelles les liens demeurent très vivaces. Avec l'adoption d'un Code civil européen, la France risquerait de distendre ces liens et de réduire le rôle du français en tant que langue juridique. Quant au Royaume-Uni, la mutation qu'on lui demande d'accomplir est encore plus extraordinaire. Alors qu'il constitue le cœur d'une des principales familles de droit qui se partagent la planète, il lui faudrait renoncer à cette position. On voit mal ce que l'Europe en tant qu'entité aurait à gagner à de tels abandons. Il y a fort à parier que les positions perdues, notamment dans les pays de *common law*, ne seraient pas compensées par celles éventuellement gagnées grâce au Code civil européen. Tout au plus certains pays pourraient-ils voir leur rayonnement juridique s'améliorer du fait de l'adoption d'un Code civil européen. Tel pourrait être éventuellement le cas de l'Allemagne. Celle-ci n'ayant plus, à la suite des deux guerres mondiales, qu'une audience juridique assez limitée en dehors des frontières de l'Europe, l'entreprise du Code civil européen dont elle s'est érigée le maître d'œuvre pourrait lui permettre de reprendre pied sur la scène juridique mondiale. En définitive, au discours proclamant que l'unification européenne du droit va accroître le rayonnement international de l'Europe, il paraît plus exact de substituer la remarque que plusieurs pays européens, notamment la Grande-Bretagne et la France, sont invités, au nom de la construction européenne, à sacrifier une partie de leurs atouts, sans que la position de l'Europe en tant qu'entité s'en trouve significativement améliorée. Mais cet appauvrissement à l'intérieur et cette perte de rayonnement à l'extérieur sont assumés par beaucoup sans regret, car ils seraient le prix à payer afin de parvenir à ce qui leur paraît un idéal enviable, l'uniformité juridique et culturelle, la fameuse culture juridique européenne, condition d'existence d'un peuple européen.

**B.** Reste à savoir s'il y a là un idéal dont il conviendrait de se rapprocher. Le débat est immense et excède les limites d'une telle étude. Si l'uniformité culturelle présente des avantages manifestes du point de

51. C. Witz, « Plaidoyer pour un Code civil européen », *D*, 2000, p. 80.



vue des grands groupes multinationaux, dans la mesure où elle leur permet de rentabiliser au mieux leurs investissements, il n'est pas certain qu'il en aille de même pour les individus qui sont les destinataires de leurs produits « culturels ». Un vieil auteur français de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, aujourd'hui bien oublié, La Motte-Houdar, écrivait déjà : « l'ennui naquit un jour de l'uniformité ». Constat que le doyen Philippe Malaurie actualise en s'exclamant : « Que l'Europe serait ennuyeuse si elle était uniforme [...] Ce que j'aime dans mon Europe, c'est sa diversité. » Quant à Alexandre Soljenitsyne, déplorant l'uniformisation engendrée par la mondialisation, il constate de manière encore plus sévère que « les nations sont les couleurs de l'humanité. Si elles venaient à disparaître le monde serait d'une lugubre uniformité. » En d'autres termes, l'Europe uniforme juridiquement et culturellement, que certains s'emploient à mettre en place, pourrait bien être *ennuyeuse*, voire *lugubre*.

113

Aussi bien l'entreprise de création d'un peuple de producteurs et de consommateurs sans racine ni attache, adonné aux pictogrammes et à l'anglo-américain, que conduit aujourd'hui sans désespérer l'Union européenne suscite-t-elle, chez ceux qui en sont l'objet, des réactions. Elle provoque un *repli identitaire* qui prend la forme du *communautarisme*<sup>52</sup>. Par réaction devant cette société uniforme, grise, mercantile, individualiste à l'extrême, qu'on est en train de bâtir, chacun en vient à *cultiver ses racines les plus immédiates*. Le phénomène est perceptible en France avec, par exemple, la création en Bretagne des écoles Diwan. La même remarque vaut à l'évidence pour la Corse ou le Pays basque. Dans les banlieues de nos grandes villes, ce communautarisme est tout aussi présent mais s'y épanouit sous une autre forme. Or il faut être bien conscient de ce à quoi conduit une telle démarche. Au nom de la modernité et de l'unification européenne qu'elle impliquerait, on substitue à des nations ouvertes qui transcendaient les appartenances particulières des groupes identitaires fermés reposant sur des communautés plus ou moins fantasmagiques d'essence ethnique. C'est le retour au *tribalisme*. La Corse nous en donne un bon exemple. Point d'avenir en Corse, si l'on n'est pas corse : pas de propriété assurée, pas de réus-

---

52. Rappr. H.-J. Sonnenberger, art. cit., p. 419 : « Moins d'uniformité des règles de droit peut être une condition pour un plus d'intégration, tandis qu'une uniformité trop poussée peut engendrer chez les peuples européens un esprit de désintégration qu'on a précisément voulu surmonter. »

site professionnelle, peut-être un jour plus d'appartenance à la fonction publique<sup>53</sup>. Tout cela n'est pas sans inquiéter. Comme le souligne le politologue Pierre Manent, on met ainsi en place tous les ingrédients pour de futures « guerres zoologiques<sup>54</sup> » dont les épisodes basque ou corse nous donnent comme un avant-goût.

C'est pourquoi il est difficile de porter, d'un point de vue culturel, un jugement positif sur l'entreprise d'uniformisation du droit civil européen. Non seulement au lieu de faire fructifier notre patrimoine linguistique, culturel et juridique, elle va dans le sens de son appauvrissement à l'intérieur et de sa perte de rayonnement à l'extérieur, mais encore par l'uniformité qu'elle implique elle risque fort de conduire à l'exacerbation des communautarismes, laquelle recèle de très graves dangers. Mais sous-jacent à tout cela, sont déjà présentes les considérations politiques.

## LA POLITIQUE

Politiquement, il est une idée très répandue selon laquelle l'unification du droit civil européen serait une étape naturelle de la construction européenne. Celle-ci se proposant, aux termes mêmes du préambule du Traité sur l'Union européenne, d'« établir une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe », la communauté de valeurs que partagent les peuples qui la composent devrait trouver sa traduction dans des règles civiles identiques. Encore faut-il savoir quelle Europe on entend ainsi construire. (A) L'adoption d'un Code civil européen paraît, en effet, s'inscrire très précisément dans le processus de mise en place d'une Europe fédérale des régions dont il n'est pas certain qu'il y ait lieu de se réjouir (B).

A. De même que l'adoption du Code civil des Français a constitué d'une certaine façon l'achèvement de l'unité française, de même l'adoption d'un Code civil européen constituerait une étape obligée et hautement symbolique de la construction européenne. Bien que fréquemment utilisée, cette analogie repose sur un contresens historique manifeste. Alors que l'adoption du Code civil français a couronné une unité nationale forgée au fil de plus de dix siècles d'histoire et a été

53. Il n'est, au reste, pas neutre que parmi les revendications des indépendantistes corses, ceux-ci placent au premier rang la mise en place d'une carte d'identité corse infalsifiable.

54. P. Manent, *Cours familier de philosophie politique*, op. cit., p. 132.

préparée par un long et minutieux travail de rapprochement des coutumes, entre elles et avec le droit écrit, qui a permis une véritable synthèse<sup>55</sup>, on nous propose d'unifier le droit civil entre des peuples dont même les plus ardents défenseurs de l'idée européenne reconnaissent qu'ils ne constituent pas pour l'heure une nation et alors que ce travail de préparation a été à peine esquissé. En d'autres termes, on nous propose de commencer par où, dans le passé, on a fini.

Mais les partisans du Code civil européen ne s'arrêtent pas à pareil détail. Et leur discours de se poursuivre : il faut savoir regarder vers l'avenir. Le monde évolue, les nations appartiennent au passé, elles n'ont plus d'utilité politique, elles sont même nuisibles puisque leur rivalité a engendré deux guerres mondiales<sup>56</sup> qui ont conduit au déclin de l'Europe. La démonstration culmine avec l'affirmation : l'Europe, c'est la paix ; la construction européenne nous a assuré un demi-siècle de paix ; être pour le Code civil européen, c'est donc œuvrer pour la paix.

115

Maintes fois entendu, un tel argumentaire place les personnes réservées à l'égard d'une codification européenne de tout ou partie du droit civil dans une situation délicate puisque un rapide *a contrario* peut conduire à assimiler leur position au bellicisme ! Aussi bien n'esquivera-t-on pas le débat. Même si l'équation Union européenne = Paix est un des slogans contemporains les plus répandus, les plus ressassés et les mieux médiatisés, elle apparaît un peu courte. Si la paix règne en Europe aujourd'hui, c'est essentiellement pour deux raisons. La première se suffit à elle-même et est *militaire*. Elle a été développée par le général Gallois, l'un des hommes qui sont à l'origine de notre force de frappe : l'atome rend, pour l'heure, inconcevable la guerre entre les grandes nations européennes<sup>57</sup>. La deuxième raison, plus sympathique à énoncer, tient au fait que fort heureusement les peuples européens ont perdu l'envie de se faire la guerre. Ils ont pris conscience, et notamment le peuple allemand car la leçon de choses de la Seconde Guerre mondiale a été particulièrement sévère, que la guerre est une mauvaise affaire et qu'il est beaucoup plus profitable que les rapports

55. André-Jean Arnaud, *Les Origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969.

56. Au passage, on relèvera que le déclenchement des deux guerres mondiales a sa source non, à proprement parler, dans la rivalité des nations mais dans l'expansionnisme des Empires qui tentent de s'assujettir des populations qui ne relèvent pas naturellement de leur sphère de compétence : expansionnisme de l'Empire austro-hongrois et de l'Empire russe pour la Première Guerre mondiale, expansionnisme du III<sup>e</sup> Reich, c'est-à-dire de l'Empire allemand pour la Seconde.

57. Voir notamment, P.-M. Gallois, *Le Consentement fatal...*, *op. cit.*, p. 32 sq.

entre les peuples d'Europe se construisent sur la base de la coopération<sup>58</sup>. Par rapport à un tel constat, l'existence d'une commission de Bruxelles, d'une cour de Luxembourg, d'un parlement de Strasbourg sont bien peu de chose. À supposer que les peuples en question changent d'opinion dans l'avenir et découvrent des raisons de se faire la guerre, ce n'est pas l'existence de ces organismes qui empêcherait quoi que ce soit. Cela ne veut évidemment pas dire que la représentation que les peuples d'Europe se font de l'Europe soit, en la matière, indifférente. Bien au contraire ! Mais précisément l'important pour que la paix perdure est qu'on construise une Europe qui ne fasse pas naître de ressentiments entre les peuples qui la composent parce qu'ils s'y sentiraient ignorés, méprisés ou exploités. L'exemple yougoslave montre que, face à ce type de situation, les garde-fou tenant à l'existence d'une structure fédérale ne pèsent pas lourd.

D'où la nécessité impérieuse de réfléchir à cette construction européenne. Or deux voies s'offrent. Et selon la voie choisie l'attitude à l'égard du Code civil européen est différente.

La première voie est celle d'un *Euroland*, d'une Europe fédérale des régions, c'est-à-dire d'une Europe construite sur le modèle fédéral allemand qui passe par la dissolution des États-nations et leur éclatement en un certain nombre de Länder. Le Code civil européen y a naturellement sa place. Son adoption présente, en effet, pour les promoteurs de cette Europe le double mérite d'entraîner la disparition des législations civiles nationales qui participaient à la cohésion des sociétés qu'on se propose de dissoudre et de donner consistance au nouvel ensemble en formation.

La deuxième voie est celle de la confédération d'États que nos dirigeants ont revue à la baisse et préfèrent aujourd'hui dénommer fédération d'États-nations. Selon certains analystes, celle-ci serait un « oxymoron », un non-sens qui aurait pour seul mérite de pouvoir satisfaire, grâce aux termes antinomiques qu'elle assemble, aussi bien les tenants d'une Europe politique que ceux de l'indépendance des États<sup>59</sup>. Il ne saurait être question ici de s'engager dans un tel débat. Mais on voudrait malgré tout souligner que s'il est un point sur lequel

58. Voir sur ce point l'éclairante postface de E. Husson à l'ouvrage de P. Hillard, *Minorités et Régionalismes dans l'Europe fédérale des régions, enquête sur le plan allemand qui va bouleverser l'Europe*, Paris, Guibert 2001, 3<sup>e</sup> éd., p. 305 sq.

59. P.-M. Gallois, *Devoir de vérité*, Paris, Cerf, 2002, p. 80.

la fédération d'États-nations se différencie clairement de l'Europe fédérale des régions, en revêtant une consistance propre, c'est celui de la législation civile. Prôner une fédération d'États-nations, c'est à tout le moins affirmer que chacun des peuples qui constituent l'Europe a vocation à conserver son identité et donc sa législation civile.

De ces deux visions de l'Europe, c'est manifestement la première, l'allemande, qui a aujourd'hui le vent en poupe. Ce tournant s'est produit à la fin des années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix, à l'occasion de la réunification de l'Allemagne, et il n'est pas inutile de procéder à un bref rappel historique pour comprendre l'origine de ce basculement.

Dans une conférence de presse du 25 mars 1959, le général de Gaulle avait tracé la voie à suivre face au problème de la réunification allemande : « La réunification des deux fractions en une seule Allemagne qui serait entièrement libre nous paraît le *destin normal* du peuple allemand, pourvu que celui-ci ne remette pas en cause ses nouvelles frontières à l'ouest, à l'est, au nord et au sud et qu'il tende à s'intégrer dans une organisation contractuelle de toute l'Europe pour la coopération, la liberté et la paix. » En d'autres termes, oui à l'unité allemande, si elle s'effectue dans le respect des frontières, c'est-à-dire si l'Allemagne renonce à son expansionnisme, à son impérialisme traditionnel, et si elle s'intègre dans une Europe confédérale fondée sur la coopération entre les États.

Lorsque la question de la réunification de l'Allemagne s'est posée trente ans plus tard, à la suite de l'effondrement de l'empire soviétique, les dirigeants français du moment ont fait très exactement le contraire de ce que leur avait recommandé le général de Gaulle. Au lieu d'appuyer franchement le mouvement de réunification, en y mettant comme condition le respect des frontières, M. Mitterrand s'est rendu en Russie et en République démocratique allemande, pour essayer de *maintenir la partition* de l'Allemagne. Il a bien évidemment lamentablement échoué et a perdu tout crédit, aux yeux de tous les Allemands, de l'Ouest comme de l'Est, pour exiger quoi que ce fût et notamment pour que la réunification de l'Allemagne se fasse dans le respect des frontières issues de la Seconde Guerre mondiale. Il a fallu quelque temps plus tard l'intervention très pressante du président des États-Unis de l'époque, M. George Bush senior, pour que Helmut Kohl accepte de reconnaître officiellement, le 17 juillet 1990, l'intangibilité de la ligne Oder-Neisse <sup>59b</sup>.

117

59b. E. Husson, *L'Europe contre l'amitié franco-allemande*, Paris, Guibert, 1998, p. 24.

Ayant ainsi fait montre de leurs talents et de leur clairvoyance, les responsables politiques français de l'époque, effrayés de se trouver en face d'une Allemagne de plus de 80 millions d'habitants, ont alors cherché leur salut dans une réorientation de la politique européenne, c'est-à-dire dans la construction d'une Europe fédérale. Ils voyaient, en effet, dans celle-ci le moyen de ligoter l'Allemagne. Cet infléchissement de la politique française a bien évidemment été accueilli avec faveur par cette dernière puisqu'il correspond à la ligne qu'elle a toujours poursuivie ; il s'est concrétisé par l'adoption des traités de Maasticht, d'Amsterdam et de Nice.

118 Or, à l'usage, il apparaît que cette politique conduit à des résultats qui sont au rebours de ceux qui étaient poursuivis. Bien loin de favoriser l'existence d'une nation allemande aux frontières claires, gage de stabilité en Europe, la superposition d'une Europe fédérale supranationale à l'Allemagne fédérale incite les dirigeants de celle-ci à renouer avec son passé impérial. L'Europe fédérale se construit comme une sorte de république fédérale élargie, de nouveau Saint-Empire romain germanique qui prend la forme d'une Europe fédérale des régions. Cela se traduit par un double mouvement. D'un côté, on assiste à un mouvement *centrifuge* : les États-nations traditionnels, au premier rang desquels la France, sont progressivement vidés de leur substance par la double montée en puissance des instances communautaires et des régions. Comme le déclare sans complexe M. Ruddolf von Thadden, coordonnateur de la coopération franco-allemande au ministère fédéral des Affaires étrangères, « il faudra *défaire* un peu la France, si l'on veut *faire* l'Europe<sup>60</sup> ». Certains organismes financés par l'Allemagne (plus précisément par le ministère de l'Intérieur), particulièrement la Fédération des communautés ethniques européennes (FUEV) dont le siège est à Flensburg à la frontière germano-danoise, s'y emploient d'ailleurs activement en encourageant dans les pays voisins, et notamment en France, les mouvements irrédentistes<sup>61</sup>. De l'autre

60. *Le Figaro*, 1<sup>er</sup> juin 2001.

61. Cet organisme a d'abord fonctionné sous couvert de personnalités danoises avant que l'Allemagne ne se sentant suffisamment assurée la reprenne à son compte au milieu des années soixante. Il publie une revue *Europa ethnica* dont le titre est à lui seul tout un programme et qui revendique expressément la continuité avec la revue ethnique et raciale nationale-socialiste *Nation und Staat*. La première ligne de la première édition (1961) reprend la numérotation de la revue nazie (18<sup>e</sup> année). En dessous est écrit : antérieurement... *Nation und Staat* ; voir sur tous ces points, Hans-Rüdiger Minow et Walter von Goldenbach, *D'une guerre à*

côté, on assiste à un mouvement *centripète*, la réunification de l'Allemagne s'accompagnant de la mise en place d'un certain nombre d'instruments juridiques – charte des langues régionales, convention-cadre pour la protection des minorités, élaborés à son instigation sous l'égide du Conseil de l'Europe – qui tendent à dissoudre les frontières au sein de l'Europe, à accentuer la dissociation des États-nations, et, notamment par la création de provinces transfrontières, à lui permettre de s'agréger les espaces qui doivent selon elle relever de sa zone d'influence<sup>62</sup>.

Le propos apparaîtra certainement excessif à beaucoup. On se permettra de les renvoyer à la lecture du livre très documenté de MM. Hans-Rüdiger Minow et Walter von Goldenbach, au sous-titre suggestif *La politique extérieure allemande et le morcellement ethnique de l'Europe*<sup>63</sup>. Un document officiel émanant du Parlement européen reproduit en annexe de cet article la carte de la future Europe élaborée par les mouvements qui, au sein de ce parlement, militent pour un découpage ethnique de l'Europe et ont œuvré pour l'adoption de résolutions demandant la rédaction d'un Code civil européen, permet, au reste, de mieux se représenter l'Europe à laquelle ces mouvements aspirent. On y constate que la France est réduite à la moitié de sa

119

---

*l'autre, la politique extérieure allemande et le morcellement ethnique de l'Europe*, trad. française, Paris, Guibert, 2002 p.69 *sq.*; voir aussi, Y. Bollmann, *La Bataille des langues en Europe*, Paris, Bartillat, 2001, p. 146.

62. Voir sur ce point Y. Bollmann, *La Tentation allemande*, Paris, Michabon, 1998; *La Bataille des langues en Europe*, *op.cit.*; *Ce que veut l'Allemagne*, Paris, Bartillat, 2003. En janvier 2001, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation sur les « droits des minorités nationales », aux termes de laquelle « la protection adéquate des droits des personnes appartenant à des minorités nationales et de leurs communautés fait partie intégrante de la protection des droits de l'homme, et constitue le seul moyen permettant aux États de réduire les tensions ethniques susceptibles d'engendrer des conflits à plus grande échelle ». L'assemblée note qu'Andorre, la Belgique, la France et la Turquie « ont des minorités significatives, qui doivent être protégées et dont les droits ne sont pas officiellement reconnus ». Elle recommande au comité des ministres de « demander aux quatre États qui n'ont pas signé la convention-cadre pour la protection des minorités nationales de mettre leur Constitution et leur législation en harmonie avec les normes européennes en vigueur afin de lever tout obstacle à la signature et à la ratification de ladite convention ». La France est ainsi invitée à supprimer l'article 1 de sa Constitution qui vise « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Reconnaître des droits particuliers aux minorités, c'est en effet mettre fin à l'égalité devant la loi pour des raisons tenant à l'origine ou à la race, c'est-à-dire faire passer, sous le couvert des droits de l'homme, ce qui en est exactement le contraire.

63. H.-R. Minow et W. von Goldenbach, *D'une guerre à l'autre, la politique extérieure allemande et le morcellement ethnique de l'Europe*, *op.cit.*, 2002; voir aussi P. Hillard, *op. cit.*

120 superficie. La Bretagne s'en est détachée ainsi, bien sûr, que le Pays basque et la Corse. Pour faire bonne mesure, elle a également perdu l'Occitanie. Quant à l'Allemagne, elle s'est dans le même temps agrégé l'Autriche, la Suisse alémanique, le Luxembourg et bien entendu l'Alsace et la partie de la Lorraine qu'elle avait déjà annexées à la suite de la guerre de 1870. On retrouve ainsi, sur le terrain non plus culturel mais politique, le communautarisme, et plus précisément une Europe construite sur la notion d'*ethnie*. Dans ses *Conséquences politiques de la paix*, récemment rééditées<sup>64</sup>, l'historien Jacques Bainville analysant la situation créée par le traité de Versailles décrivait pas à pas les étapes qui devaient conduire à la Seconde Guerre mondiale. Parmi ses prédictions, qui se sont malheureusement toutes vérifiées, on peut relever cette notation : « du jour où l'idée de race a été jetée dans la circulation européenne datent les atroces convulsions de notre humanité. Il n'y a pas de raisons pour qu'elles produisent de meilleurs effets dans l'avenir ». Jacques Bainville a écrit ces lignes en 1920 et est décédé en 1936. Il n'a pas donc pu vérifier à quel point sa remarque était prémonitoire. Elle reste malheureusement d'une brûlante actualité. Ajoutons que cette carte a été établie avant l'élargissement de l'Europe vers l'Est, lequel offre des possibilités d'expansion et de redistribution beaucoup plus importantes encore<sup>65</sup>.

**B.** Replacé dans ce contexte, le projet d'un Code civil européen n'est pas neutre politiquement. Outre que, de manière générale, il oriente la construction européenne vers le modèle allemand, où « marché, monnaie et droit sont uniques<sup>66</sup> », sa réalisation entraînerait la disparition des droits civils nationaux, et notamment du Code civil des Français, la « Constitution civile de la France », qui contribue à assurer la cohésion de la société française et rappelle aux Français qu'ils forment un peuple<sup>67</sup>, tout en donnant consistance au nouvel empire en gestation.

64. Voir la réédition conjointe des *Conséquences économiques de la paix* de J.-M. Keynes et des *Conséquences politiques de la paix* de J. Bainville, Paris, Gallimard, 2002, avec la substantielle préface de E. Husson, « Keynes et Bainville à la recherche de l'équilibre européen perdu ».

65. Sur cette question, voir P. Hillard, *op. cit.*, p. 135 sq.

66. D. Tallon, « L'avenir du Code en présence des projets d'unification européenne du droit civil », à paraître.

67. J. Carbonnier, « Le Code civil », in P. Nora, *op. cit.*, t. 1, p. 1345 : « La véritable constitution de la France, c'est le Code civil. En lui sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution et continue de se constituer de nos jours encore, développant ces idées, les transformant peut-être, sans avoir jamais dit les renier. »



L'entreprise pourrait bien revêtir ainsi sa véritable dimension. Comme le rappelle Rémy Cabrillac dans son récent et beau livre sur *Les Codifications*, derrière l'entreprise d'unification et de rationalisation du droit que constitue une codification peut se dissimuler une « tentative d'hégémonie <sup>68</sup> ». Certes, il n'est plus question d'hégémonie dure. Tout au plus, certains responsables politiques revendiquent-ils pour leur pays, selon la formule de M. Joska Fischer, le n° 2 du gouvernement allemand, une « hégémonie douce » (*sanfte hegemonie*) privilégiant les moyens de l'économie, de la diplomatie et du droit <sup>69</sup>. Se conjugant avec la volonté de puissance qui habite aujourd'hui les institutions européennes et qui les porte à étendre toujours plus leur emprise, cette démarche cherche à imposer un Code civil européen à l'ensemble des peuples qui composent l'Union européenne, alors même que celle-ci est dépourvue de toute compétence en la matière. Il s'agit, comme en d'autres domaines, de pratiquer la politique du fait accompli <sup>70</sup>. Les références historiques utilisées par les partisans du Code civil européen traduisent, au reste, une belle constance. C'est ainsi que l'on retrouve tout naturellement dans la péroraison du discours de M. von Bar venant vanter aux Français les mérites du Code civil européen la référence à Charlemagne <sup>71</sup>.

121

Qu'on ne se méprenne pas sur le sens de notre propos. Il ne s'agit ici nullement de réactiver des conflits d'un autre âge. Il s'agit seulement

68. R. Cabrillac, *Les Codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 138.

69. J. Fischer, *Risiko Deutschland — Krise und Zukunft der deutschen politik*, 1995, cité par P. Lévy, *Camarades citoyens*, Paris, Guibert, 2002, p. 95. À cet égard, il n'est peut-être pas indifférent qu'amorcée en 1989, après la réunification de l'Allemagne, par les résolutions d'un Parlement européen où celle-ci occupe une position dominante, l'entreprise du Code civil européen ait été lancée par un universitaire allemand qui a l'entière maîtrise du processus et financée au moins à l'origine presque exclusivement par des capitaux allemands. D'après les indications fournies par M. von Bar en 2001, le groupe d'études sur le Code civil européen est subventionné pour la plus grande part par la Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG – Société allemande de recherche scientifique) (*RIDcomp.*, art. cit., 2001, p. 130).

70. Sur cette politique de manière générale, voir E. Husson, *L'Europe contre l'amitié franco-allemande*, op. cit., p. 22; sur cette politique à propos du Code civil européen, voir Y. Lequette, chron. cit., *D*, 2002, p. 2210, n°19.

71. « Charlemagne nous rappelle que l'Europe est plus ancienne que les États qui la composent. Avec notre communauté, nous redécouvrons l'Europe dans sa totalité » (propos repris de M. Jacques Delors), (« Code civil européen », *Les Annonces de la Seine*, n° 33, 3 juin 2002, p. 4). Cette référence avait fait florès durant la Seconde Guerre mondiale chez les partisans de « l'Europe nouvelle », notamment chez les dirigeants allemands ainsi que chez les intellectuels de la France de Vichy. Voir sur ce point le très instructif livre de B. Bruneteau, « *L'Europe nouvelle de Hitler* », une illusion des intellectuels de la France de Vichy, Paris, Guibert, 2003, p. 159 sq.

de rappeler aux responsables politiques qui pourraient avoir tendance à l'oublier qu'il n'est pas d'amitié entre les peuples sans respect de ceux-ci, et que la politique du fait accompli n'est pas, à proprement parler, une marque de respect à l'égard de ceux à l'encontre de qui on la pratique. Il s'agit aussi de réaffirmer clairement que l'entité qui se construit est formée d'États-nations, et qu'elle doit donc s'édifier dans le respect de chaque peuple, de sa personnalité, de son histoire, de sa culture, de sa langue, de ses frontières et de son droit, particulièrement de son droit civil. Grâce à l'existence des droits civils nationaux, chaque peuple doit notamment conserver la possibilité de choisir sa charte de vie fondamentale, le modèle approprié à sa culture et à ses besoins. Il serait paradoxal qu'un État fédéré comme le Québec ou la Louisiane ait pu conserver un Code civil et qu'un État-nation comme la France, dont le droit plonge ses racines dans une histoire millénaire, se voit privé de cette possibilité. Il convient, au demeurant, d'insister sur l'incroyable régression démocratique que constituerait un Code civil européen, rédigé par des experts qui se sont autodésignés, et qui serait imposé soit par un règlement sur lequel les parlements nationaux n'ont aucune prise, soit par un traité qui est à prendre ou à laisser et que ceux-ci ne peuvent amender, alors qu'il s'agit non de questions de nature internationale méritant d'être traitées de façon concertée par les États mais de l'organisation interne de chaque société.

Reste à savoir si les autorités françaises ont encore la volonté de tenir un tel langage ? Il est des éléments qui en font fortement douter. En inscrivant la décentralisation dans la Constitution, l'actuel gouvernement a accompli les premiers pas qui sont de nature à permettre la mise en conformité de l'organisation interne de la France avec l'architecture fédérale européenne.

À l'échelle de l'histoire, les rapports de la France et de l'Europe se sont inscrits dans ce qu'on a appelé la dialectique du royaume et de l'empire. Comme le souligne M. Pierre Béhar, « depuis l'effondrement de l'Empire romain, l'histoire de l'Europe est marquée au coin d'une contradiction fondamentale. D'une part, ce continent a éclaté en nations ; le phénomène national s'y est exprimé d'une façon si accomplie qu'il a même servi de modèle et de référence aux autres nations de l'univers. Dans le même temps cependant, l'Europe n'a cessé d'être le théâtre de tentatives de reconstructions d'empires, aussi régulièrement

écroulées qu'inlassablement reprises<sup>72</sup> ». Empereur en son royaume, le roi de France est resté extérieur à ces entreprises et a préservé la souveraineté française. Or si, au cours de l'histoire, la France a toujours revendiqué sa propre souveraineté, ce n'était pas pour asseoir une politique de domination et de puissance mais, au moins lorsqu'elle était elle-même, pour exercer une sorte de magistère par l'exemple et le rayonnement. L'héraldique est à cet égard intéressante. Là où les Empires ont toujours pris comme symbole les bêtes les plus féroces de la création, l'aigle, le lion, l'ours, pour affirmer leur force, les rois de France avaient choisi la fleur de lys, qui se voulait symbole de pureté et de justice. Et si l'euro avait un seul mérite, ce serait de nous rappeler en consultant l'avers de ses pièces la perpétuation de ces traditions. Sur la pièce allemande, figure de nouveau l'aigle, symbole de puissance et de domination, qui évoque pour un Français tant de bons souvenirs, sur la pièce française le lys a été remplacé par la semeuse qui nous rappelle que la France n'est elle-même que quand elle exerce un rayonnement par l'exemple et la diffusion des idées. Si l'action du général de Gaulle a eu autant d'audience et de portée internationales, alors que les moyens matériels de la France étaient limités, c'est probablement parce qu'il a permis à celle-ci un temps de redevenir elle-même et qu'elle a adressé sous sa présidence aux autres nations un message d'indépendance : *soyez vous-même*, ne vous laissez pas assujettir par les Empires. Non à l'uniformité, vive la diversité.

123

On objectera que ce n'est pas le sens de l'histoire<sup>73</sup>. On répondra que lorsque les partisans d'une entreprise en sont réduits à invoquer un tel argument, il y a matière à s'inquiéter sur le bien-fondé de la thèse soutenue. Largement mis à contribution durant la Seconde Guerre mondiale par les partisans de « l'Europe nouvelle de M. Hitler<sup>74</sup> », le sens de l'histoire a resurgi dans les années cinquante avec l'exaltation du marxisme par la plus grande partie de l'intelligentsia française :

72. P. Béhar, *Vestiges d'empires*, Desjonquères, 1999, p. 11.

73. Voir par exemple B. Fauvarque-Cosson, « Faut-il un Code civil européen ? », art. cit., spéc. p. 475 qui après avoir constaté que l'entreprise du Code civil européen est dépourvue de toute base juridique et ne répond à aucun besoin économique, politique ou culturel clairement identifié, n'en conclut pas moins qu'il faut persévérer dans cette direction, « parce qu'on ne peut aller contre le sens de l'histoire et enrayer le processus d'internationalisation du droit » ; rapp. D. Tallon, « Grandeur et décadence du Code civil français », *Mélanges Fontaine*, 2003, p. 279 *sq.*, spéc. p. 294.

74. Voir sur ce point B. Bruneteau, « *L'Europe nouvelle de Hitler* »..., *op. cit.*, p. 40 *sq.* Pour un échantillon, voir C. Jamet, *Carnets de déroute*, 1942, « La résistance apparaît vaine et folle : peut-on s'opposer aux cataclysmes géologiques qui marquent l'avènement d'une ère nouvelle ? ».

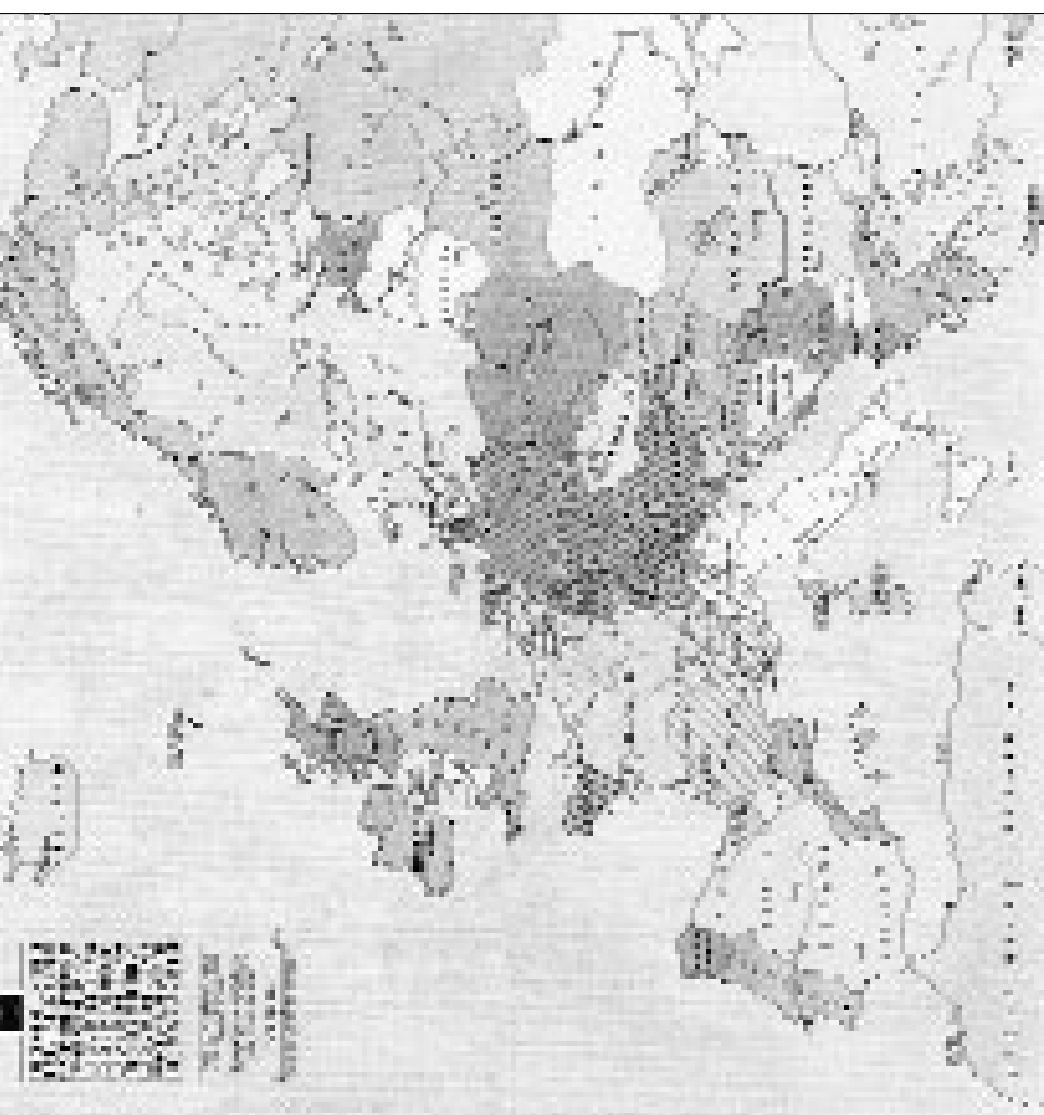
l'épilogue était certain, seul était inconnu le calendrier. On connaît, dans l'un et l'autre cas, le dénouement<sup>75</sup>. Il semble donc que, si l'histoire a un sens, c'est rarement celui indiqué par ceux qui s'en prévalent. L'histoire est ce que les hommes en font avec leurs raisons et leurs passions.

Or la raison porte à considérer qu'il est utopique de prétendre construire un seul État à partir de nations dont les racines sont, pour certaines, millénaires (pour le coup, l'Europe n'est pas l'Amérique qui s'est construite sur le vide ou plus exactement sur un génocide), un État dont on ne connaît ni les frontières ni la population (a-t-il vocation à englober la Turquie, la totalité des Balkans, la Russie, le Maghreb, Israël... ?), alors que ce sont les éléments constitutifs de base sans lesquels l'existence même d'un pays est inconcevable. En réalité, un tel État a un nom, c'est un empire. Et si l'histoire n'a probablement pas de sens, elle a en revanche des constantes. Elle nous enseigne, entre autres, qu'en Europe les empires se sont toujours effondrés dans le sang, les larmes et la misère des peuples<sup>76</sup>. Autrement dit, l'unification de la législation civile en Europe, expression de cette vision impériale, apparaît comme une chose dangereuse politiquement, nuisible culturellement et économiquement inutile. Quant à ma passion, elle me porte à espérer que la France ne sorte pas de l'histoire, qu'elle reste ou redevenue « la mère des arts et des lois » pour le bien même de l'Europe et du monde. Mais cela suppose évidemment que les Français croient encore en la France et les juristes français dans le droit français. C'est tout le problème!

---

75. Rapp. P. Manent, *Cours familial de philosophie politique*, op. cit., p. 103 : « En tout cas, le problème est d'une telle importance que nous devons l'examiner sereinement, sans nous laisser intimider par la proclamation du caractère "irrésistible" de la construction de l'Europe (après tout, les communistes aussi, qui d'ailleurs parlaient de la "construction du socialisme", faisaient taire les objections en affirmant que le sens de l'histoire était pour eux : on sait ce qu'il en est advenu. »

76. Voir sur ce point, P. Béhar, *Vestiges d'empires*, op. cit., p. 11 ; J.-B. Duroselle, *Tout empire périt*, Armand Colin, 1992.



R É S U M É

---

*Plusieurs groupes travaillent actuellement à une codification européenne de tout ou partie du droit civil, alors même que l'Union européenne est dépourvue de toute compétence en la matière. La présente étude s'interroge sur l'opportunité économique, culturelle et politique d'une telle entreprise.*

---

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 persistent 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 ».

<sup>130</sup> 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

- <sup>134</sup> 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.

136

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 S É L E C T I V E

---

*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.*

# CHRONIQUES





JACQUES LERUEZ

# HEURS ET MALHEURS DE LA DÉVOLUTION : LES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES DU 1<sup>er</sup> MAI 2003 EN ÉCOSSE

La période 1997-1999 avait été une période de grands changements pour l'Écosse. En mai 1997, en envoyant au Parlement de Westminster 56 députés travaillistes sur un contingent global de 72 – et aucun élu du seul grand parti qui fût hostile à la dévolution, le parti conservateur –, elle avait puissamment aidé à la victoire de Tony Blair, même si – et c'est un fait suffisamment rare pour être souligné – les travaillistes avaient également obtenu une large majorité de sièges en Angleterre seule : 328 contre 165 au parti de John Major qui subissait une défaite humiliante<sup>1</sup>. En même temps, elle contribuait à la rupture avec dix-huit ans de « règne » conservateur, période où elle avait été dirigée par un gouvernement qui, aux yeux de nombreux Écossais, n'avait aucune légitimité, puisqu'il n'avait pas une seule fois disposé d'une majorité de la représentation écossaise. Le 11 septembre 1997, à l'occasion du référendum pré-législatif sur la dévolution,

l'Écosse, par un double *oui* (respectivement 74,3 % et 63,5 % des votants) approuvait la création d'un parlement autonome, doté de pouvoirs fiscaux, limités mais réels, confirmant ainsi ses choix de mai. Le 19 novembre 1998, le *Scotland Act 1998* recevait la sanction royale et pouvait donc être mis en œuvre. Le 7 mai 1999, était élu pour quatre ans le « nouveau » parlement qui, pour beaucoup d'Écossais, toujours soucieux de continuité historique, n'était en fait que le « vieux » parlement, aboli en 1707, à la suite du vote du Traité d'union avec l'Angleterre et le Pays de Galles, qui renaissait de ses cendres<sup>2</sup>.

145

## LE CHANGEMENT DE CLIMAT DE 1997 À 2003

Même s'il y avait eu une baisse continue de la participation : 71,4 % aux élections générales de 1997, 60,4 % au référendum de la même année, 58,7 % aux

1. Pour plus de détails sur ces élections, voir notre article : « Fin de « règne » conservateur au Royaume-Uni : les élections générales du 1<sup>er</sup> mai 1997 », *Pouvoirs*, n° 83, 1997, p. 165-175.

2. Sur le rôle, les pouvoirs et l'organisation des nouvelles institutions ainsi que les premières élections parlementaires écossaises, voir Jacques Leruez, « Le nouveau parlement écossais et les élections du 6 mai 1999 », *Pouvoirs*, n° 90, 1999, p. 153-164.

élections au nouveau parlement en 1999, on sentait que la société écossaise avait repris de l'assurance après les traumatismes de l'ère thatchérienne (1979-1990), où elle avait vu ses puits de mines, ses chantiers navals, ses usines de métallurgie lourde fermer les uns après les autres. Certes, en 1997, le PIB par tête (indice 96) était encore inférieur à celui du reste de la Grande-Bretagne (indice 100) et le taux de chômage moyen était de 7,7 % (6,6 % de moyenne britannique). Néanmoins, ces chiffres étaient bien meilleurs que dans le passé et on avait assisté à une rénovation complète de l'industrie manufacturière, dont la productivité avait triplé en quinze ans et qui fournissait, avec 16 % des emplois, 22 % du PIB. Aberdeen avait prospéré grâce au pétrole de la mer du Nord. La ville de Glasgow avait vu se multiplier les emplois tertiaires et son visage s'était transformé. De plus, malgré l'ombre portée de la Cité de Londres, la place financière d'Édimbourg (banques, assurances, fonds de pension) était la sixième d'Europe. Plus généralement, le secteur des services : commerce de détail, transports, tourisme, finance, recherche scientifique, fournissait plus des trois quarts des emplois.

Cinq ans plus tard, cette situation enviable avait-elle fondamentalement changé ? Sans doute pas. Toutefois, le ralentissement mondial et l'éclatement de la bulle spéculative avaient affecté l'Écosse comme le reste du Royaume-

Uni ; sans doute moins que l'Europe continentale d'ailleurs, mais suffisamment pour que cela se lise dans les statistiques : moindre activité de la Silicon Glen et de la place d'Édimbourg en 2002, entraînant une chute de 25 % des exportations manufacturières et une perte de 24 000 emplois. En outre, alors que les responsables politiques soulignaient à l'envi le petit nombre de jeunes affectés par le chômage de longue durée, elles oubliaient de dire que le nombre des 15-29 ans avait opéré une chute spectaculaire de 14 % en dix ans (1991-2001), sans doute parce que les jeunes générations sont moins nombreuses mais, aussi et surtout, parce que les jeunes Écossais ont recommencé à s'expatrier. Enfin, l'Écosse avait été relativement plus touchée par l'épidémie de fièvre aphteuse que l'Angleterre. On se doute, par conséquent, compte tenu des espoirs suscités par la création du parlement<sup>3</sup>, que la morosité ait prévalu.

#### UN BILAN MITIGÉ

Dans son discours d'inauguration (le 1<sup>er</sup> juillet 1999), la reine avait déclaré en conclusion : « Ce parlement s'est fixé une tâche ardue : être moderne non seulement dans le recours à la technologie mais dans la façon de se comporter avec la population... et comprendre le passé en respectant ces valeurs hors du temps que sont la probité et le service rendu à tous. Premiers députés de ce parlement d'Écosse, vous portez la

3. Au moment du référendum sur la dévolution de septembre 1979, une majorité d'électeurs estimaient que la création du parlement devait entraîner l'amélioration (beaucoup ou un peu) de l'état de l'économie (54 %), de la situation de l'emploi (38 %), de l'enseignement (62 %), du service de santé (60 %), de la protection sociale (48 %). Source : « 1979 Scottish Election Survey », in *Scottish Affairs*, n° spécial *Understanding Constitutional Change, the Scottish Electorate and the Scottish Parliament*, tab. 2, p. 43.

lourde responsabilité de relever ces défis<sup>4</sup>.»

Un projet de règlement (*standing orders*) avait été préparé par un groupe de pilotage (*steering group*), consultatif et pluripartisan, avant les élections. Il fut adopté par les nouveaux députés avec peu d'amendements. Westminster avait en quelque sorte servi de contre-modèle, rappelons-le<sup>5</sup>. Il s'agissait d'éviter la pompe et certaines habitudes surannées du parlement britannique qui gênent à la spontanéité des débats (par exemple, le fait, pour tous les députés, de devoir s'adresser au Speaker et non directement à la personne que l'on interpelle) et de rompre avec le style « *adversarial* » de Westminster en laissant davantage d'initiative au député individuel. De plus, la procédure était allégée par rapport aux Communes et, surtout, le vote définitif de la loi devait être rendu plus rapide par l'absence d'une seconde chambre. Enfin, à l'image des parlements nordiques, l'assemblée écossaise se voulait *family-friendly*, c'est-à-dire que le règlement cherchait à faciliter la vie familiale des députés, notamment des femmes (49 élues sur 129 en 1999), en alignant les horaires sur ceux des entreprises et les congés sur les vacances scolaires.

Tout cela était bel et bon. Toutefois, les mauvaises habitudes se perdent lentement, d'autant que les députés élus en mai 1999 (qui prirent le titre de

MSPs: Members of the Scottish Parliament, à la différence des MPs, députés aux Communes) n'étaient pas si « nouveaux » qu'on voulait bien le dire : plusieurs avaient siégé aux Communes, quelques-uns (une quinzaine) y siégeaient encore<sup>6</sup>. Dès les premières séances, ils se chamaillèrent beaucoup, à propos de leurs rémunérations notamment. Et si une atmosphère de dignité et de consensus s'imposa au moment de l'inauguration officielle par la reine, le 1<sup>er</sup> juillet, les députés, appliquant à la lettre le règlement, se mettaient en congé, dès le lendemain, pour deux mois. Tout cela fit mauvais effet sur l'opinion et, dès ce moment, les médias écossais, qui pourtant, pour la plupart, avaient fait campagne pour la dévolution, furent sans indulgence pour le comportement et les initiatives des nouvelles institutions.

Et cela d'autant plus que les personnalités chargées de les animer faisaient aussi l'objet de critiques. Même si la personne de Donald Dewar avait semblé s'imposer sans conteste comme *First Minister*, du moins au sein de la coalition travailliste et libérale-démocrate qu'il dirigeait (et qui disposait d'une large majorité : 55 travaillistes et 17 libéraux-démocrates); malgré tout, bien avant sa mort brutale en octobre 2000, il était déjà accusé d'immobilisme, et pas uniquement par ses adversaires. Cette disparition allait cependant pro-

147

4. Communiqué n° 42 du Service de presse de l'Ambassade de Grande-Bretagne à Paris, 2 juillet 1999.

5. Voir « Le nouveau parlement écossais... », *op. cit.*, p. 157-158.

6. Bien que les Britanniques soient, en général, hostiles au cumul des mandats, la loi de 1998 avait autorisé, pour une période transitoire, les députés des Communes à se faire élire au parlement écossais (ou à l'assemblée galloise) sans démissionner des Communes, avec la possibilité de siéger dans les deux enceintes jusqu'à la fin du mandat des Communes élues en 1997. Pour eux, le véritable choix eut lieu en 2001 et la plupart ne se représentèrent pas aux Communes.

voquer un choc profond, non seulement au sein du grand public qui voyait en lui le père de la dévolution mais au sein du parti travailliste écossais qui ne s'était pas préparé à lui trouver un successeur et où aucune personnalité ne s'imposait vraiment. L'élection interne qui suivit montra les divisions du parti; élu *leader* de justesse face à Jack McConnell, et nommé de ce fait *First Minister*, Henry McLeish, accusé de prévarication, dut démissionner en novembre 2001 et fut remplacé par son rival malheureux de l'année précédente. De cette guerre des chefs et de l'épisode McLeish, l'image du chef de l'exécutif est sortie ternie et l'exécutif globalement affaibli. De plus, alors que Dewar s'était efforcé d'éviter tout conflit avec Londres, ses successeurs n'ont pas su s'imposer face à l'opinion écossaise autrement qu'en succombant à la tentation populiste et en laissant le parlement faire de la surenchère, voire de la démagogie : suppression de certains droits universitaires, gratuité de l'aide ménagère pour toutes les personnes âgées soignées à domicile, quels que soient leurs moyens. Or, pour financer ces dépenses, le parlement s'est bien gardé d'augmenter l'impôt sur le revenu des particuliers (ce qu'il était en droit de faire dans la limite de 3%); il a préféré le faire en piochant dans la subvention globale que lui assure Westminster, aux dépens d'autres dépenses. Ce comportement était certes parfaitement licite du point de vue de la loi de dévolution. Néanmoins, il a grandement embarrassé le gouvernement de Londres – et

notamment le Chancelier de l'Échiquier, Gordon Brown, lui-même député écossais à Westminster, pourtant toujours plein de sollicitude pour l'Écosse – qui a d'autres objectifs et qui, de ce fait, a été accusé d'une attitude discriminatoire vis-à-vis des étudiants et des personnes âgées du reste du Royaume-Uni. Ces tensions ont certes été surmontées (après tout, nous sommes à l'intérieur du même parti), mais elles ont à nouveau attiré l'attention sur l'absence de transparence du budget écossais et du traitement de faveur – aux yeux des autres Britanniques en tout cas – dont l'Écosse jouit de la part de l'État central britannique. Et les indépendantistes n'ont pas manqué de souligner que l'autonomie fiscale aurait le double avantage d'accroître l'autonomie de l'Écosse et de forcer les députés à adopter un comportement plus responsable; argument qu'ils n'ont pas manqué de faire valoir pendant la campagne électorale.

Comme le faisait remarquer le correspondant du *Monde* en Grande-Bretagne, « ce que la dévolution a changé en Écosse [...], c'est [...] la nature du processus de décision, qui est désormais plus proche, plus transparent et dont les nouveaux titulaires – les élus et l'exécutif – doivent, en conséquence, rendre plus souvent des comptes<sup>7</sup> ». C'est ce qu'a tenté de démontrer Sir David Steel, le président sortant du parlement, dans un discours récent<sup>8</sup>, en quelque sorte de fin de mandat, il a insisté sur le rôle joué par les 16 commissions parlementaires qui associent tous les députés du rang, c'est-à-dire ceux qui n'ont ni

7. J.-P. Langellier, « Les Écossais font état d'un certain désenchantement », *Le Monde*, 5 mars 2002.

8. *The State of the Nation : Edinburgh City Chambers, Constitution Unit Annual Lecture*, 11 p.

responsabilités exécutives ni administratives ; comme à Westminster, les présidences sont largement ouvertes à l'opposition ; à l'automne 1999, le SNP occupait quatre présidences, les conservateurs deux ; la majorité s'en était réservé dix : 8 travaillistes, 2 libérales-démocrates. Cet équilibre politique était accompagné d'une répartition géographique elle-même équilibrée, avec une volonté de ne pas trop privilégier l'ancienne région de Strathclyde, qui représente 45 % de la population et dont l'hégémonie est redoutée par les autres régions, moins peuplées. Selon David Steel, les commissions constituent une partie intégrante, et non subsidiaire, du processus parlementaire ; il y a eu 1 600 réunions de commissions en moins de quatre ans et leur autorité est d'autant plus grande qu'elles ne siègent pas au même moment que le parlement tout entier. Sir David se félicite notamment d'une disposition qui permet aux commissions d'être à l'origine d'une part notable de la législation ; résultat : alors qu'il faut beaucoup de patience, et beaucoup de chance, à un simple député à Westminster pour mener jusqu'au bout la procédure des propositions de loi, presque toujours mineures d'ailleurs, une douzaine d'entre elles ont ainsi été votées dans la première session du parlement écossais. Sir David insiste également sur le rôle joué par une 17<sup>e</sup> commission, celle des pétitions, qui s'efforce de faciliter leur organisation, grâce à une meilleure information sur les facilités d'accès aux députés dont dispose le citoyen ordinaire et en rendant plus rapide leur traitement, grâce à l'informatique. Malgré ces innovations,

dont Sir David a raison d'être satisfait, mais qui n'ont pas rencontré beaucoup d'écho dans les médias écossais, le parlement ne semblait pas, à la veille des élections, avoir trouvé une place au-dessus de tout soupçon au sein de la société écossaise.

Restait, en effet, la croix qui l'porte depuis l'origine : la question de la construction de son siège qui n'en finit pas de miner les relations entre les députés et l'opinion. Dès après le référendum, il avait été décidé que le nouveau parlement ne pourrait siéger dans l'ancien *Parliament House*, lieu peu adapté à une assemblée parlementaire moderne et d'ailleurs occupé par les hautes cours de justice. Il fallait donc construire un nouvel édifice<sup>9</sup>. Un terrain fut trouvé sur l'emplacement d'une brasserie désaffectée, situé non loin de Holyrood Palace, ancienne résidence des rois Stuart et encore résidence royale à l'heure actuelle. Un concours fut organisé et remporté par le projet de l'architecte catalan Enric Moralles. Les travaux d'aménagement du terrain avaient commencé quand les députés se réunirent pour la première fois et le coût des travaux, à l'origine estimés à 55 millions de livres, avait déjà quasiment doublé. Consultés par l'exécutif le 17 juin 1999, les députés fraîchement élus confirmèrent le projet, après un débat houleux, par 66 voix contre 57. Ils avaient donc pris leurs responsabilités. Or le chantier, qui devait durer environ deux ans, se poursuivait encore en mai 2003 et il n'était question d'une inauguration qu'au mieux en 2004. En outre, le coût de 1999 avait plus que triplé et était estimé, en septembre der-

9. Il fut installé provisoirement, et pour deux ans, dans les locaux où se réunit habituellement l'Assemblée générale de l'Église d'Écosse. Il y est encore !

nier, à 360 millions de livres; encore n'était-ce qu'un chiffre provisoire! Ce qui ne pouvait que faire frémir une population de culture presbytérienne qui, tous partis et milieux confondus, a horreur du gaspillage et de la somptuosité inutile.

#### UNE CAMPAGNE ÉLECTORALE TERNE

150 La période pré-électorale, courant mars, avait été marquée par les vifs débats qui s'étaient produits au sein du parti travailliste, au sujet de la décision de Tony Blair de soutenir la politique américaine concernant l'Irak et, finalement, de partir en guerre même sans l'aval d'une seconde résolution de l'ONU. Cette guerre ne pouvait tomber plus mal pour le parti écossais, juste avant son congrès annuel et six semaines avant des élections parlementaires et locales cruciales, d'autant qu'un débat sur la guerre et sur la paix ne pouvait être complètement évacué d'un parlement, fût-il « subalterne » et n'ayant aucun pouvoir dans ce domaine. Le jeudi 13 mars, le groupe SNP décida de consacrer les trois heures de temps parlementaire qui lui reviennent périodiquement en tant que principal parti d'opposition à un débat sur la menace de guerre en Irak, débat suivi d'un vote sur une motion nationaliste soutenue par les libéraux-démocrates déplorant l'entrée en guerre éminente du pays sans l'aval des Nations unies (on savait déjà à cette date qu'il était peu probable que la seconde résolution souhaitée par Tony Blair soit votée par le Conseil de sécurité). Le premier effet de cette opération fut de diviser l'exécutif, le *First Minister*, Jack McConnell, sous peine d'une crise grave, étant obligé de laisser la liberté de vote à ses

ministres libéraux-démocrates. De plus, on savait que la base travailliste était fortement hostile à la guerre; elle avait largement participé aux nombreuses manifestations un peu partout en Écosse, aussi importantes, en proportion, que les manifestations anglaises; surtout, interrogés par le mouvement anti-guerre interne au parti, 33 partis locaux sur 73 avaient répondu qu'ils y étaient hostiles: 22 avec ou sans seconde résolution, 11 s'il n'y avait pas de seconde résolution, un seul répondant qu'il soutenait Blair. Malgré tout, au terme d'un débat que la presse a qualifié de bonne tenue, la motion fut rejetée à quelques voix près, l'autre parti d'opposition, les conservateurs soutenant, comme à Westminster, la position de Blair et compensant ainsi la défaillance libérale-démocrate; en outre, Jack McConnell réussit à préserver une certaine cohésion du groupe travailliste, puisque, sur 55 députés, seuls 6 votèrent la motion anti-guerre, 3 autres s'abstenant, mais non sans états d'âme publics de la part de certains des soutiens du gouvernement. Un député avait clairement aidé à ce ralliement, John McAllion, député travailliste de Dundee-est, opposant acharné à Blair et au nouveau Labour depuis l'origine, qui n'hésita pas à réclamer la démission de l'exécutif et le renversement de Blair. John McAllion n'a pas été réélu le 1<sup>er</sup> mai; gageons que cette perte d'un siège au profit du SNP n'a pas vraiment affligé les dirigeants travaillistes.

L'épilogue de l'opposition de l'Écosse à la guerre eut lieu à Westminster le mardi suivant 18 mars. Certes, la motion gouvernementale fut très facilement approuvée grâce au soutien conservateur : 412 voix sur un total de 659

députés; mais 139 députés travaillistes avaient voté l'amendement anti-guerre. En ce qui concerne la représentation écossaise (72), 34 votèrent l'amendement, dont 19 travaillistes, y compris Robin Cook, qui venait de démissionner bruyamment du Cabinet Blair; 32 votèrent avec le gouvernement, tous travaillistes (12 étant membres du gouvernement). Les autres s'abstinrent ou étaient absents, le *Speaker*, qui ne vote pas, étant un élu travailliste écossais.

Les sondages effectués de février au début d'avril<sup>10</sup> montrent bien la difficulté où se trouvait le parti travailliste en raison de l'opposition à la guerre de la majorité de la population. Alors qu'avant la menace de guerre tout indiquait que ce parti serait renouvelé dans ses fonctions à la tête de l'exécutif, certes sans enthousiasme mais avec la même marge de manœuvre qu'en 1999, son avance s'éroda progressivement, les intentions de vote à son égard tombant à 31 % au premier vote (vote majoritaire par circonscription) et à 26 % au second (vote proportionnel régional), au début d'avril. Ce recul semblait profiter à son rival le plus sérieux, le SNP, qui, au même moment, était crédité de 31 % au premier vote et de 29 % au second. Dans une moindre mesure, les libéraux-démocrates et les petits partis progressaient également. Même si l'on sait que le système électoral, malgré l'introduction d'un élément de vote proportionnel, favorise toujours le parti dominant – comme on le verra avec le résultat final –, l'hégémonie travailliste paraissait menacée. Toutefois, dès la mi-avril, à un moment où le résultat mili-

taire du conflit en Irak ne faisait plus de doute, la situation était complètement renversée, et cela d'une façon spectaculaire; le même institut de sondage<sup>11</sup> donnait, cette fois, respectivement, 39 % (+8 points) et 30 % (+4 points) des intentions de vote au parti travailliste, alors que les partis qui avaient critiqué la guerre reculaient nettement: 26 % (-5 points) et 27 % (-2 points) pour le SNP; 12 % (-4) et 14 % (-4) pour les libéraux-démocrates.

Dès ce moment, la guerre d'Irak cessa de hanter les esprits et les enjeux de politique interne, jusque-là fortement gommés, refirent surface, d'autant qu'en même temps se déroulait la campagne pour les élections aux conseils locaux qui devaient avoir lieu le même jour. Les poids lourds de l'Écosse à Londres (il ne faut pas oublier que presque un tiers des membres du Cabinet Blair sont députés écossais) purent venir faire campagne dans leurs circonscriptions respectives et même ailleurs en Écosse. Ce fut le cas pour Gordon Brown, le Chancelier de l'Échiquier, qui vint à différentes reprises vanter les bienfaits que le gouvernement central prodiguait à l'Écosse et mettre en pièces les propositions d'autonomie fiscale du SNP. Même Tony Blair fit deux incursions d'une demi-journée chacune pour faire campagne aux côtés de Jack McConnell et donner des interviews. Il n'est pas sûr d'ailleurs que ces incursions de Londres aident beaucoup les politiciens locaux, car elles tendent à souligner, aux yeux de l'électeur moyen, le maintien de la tutelle de Londres, notamment dans le

10. Sondages NFO System Three.

11. NFO System Three, sondage par téléphone effectué entre les 11 et 15 avril, *The Herald*, 17 avril 2003.

domaine financier, d'autant qu'elles ne pouvaient qu'inciter le *First Minister* à gommer les différences entre les réformes que le Cabinet Blair a entreprises en matière de modernisation du secteur public et son propre programme plus « vieux Labour » : grande réticence vis-à-vis de l'« initiative public-privé » pour la construction de prisons, d'écoles et d'hôpitaux, maintien d'un habitat social locatif étendu, refus de la privatisation de l'eau, différente approche du conflit des pompiers qui durait depuis l'automne des deux côtés de la frontière. En revanche, il était plus facile aux deux leaders de défendre l'œuvre institutionnelle accomplie et d'attaquer le programme du SNP. Ce qu'ils firent de bon cœur.

Il est vrai que ce dernier parti et son leader John Swinney<sup>12</sup> ont eu du mal à sortir de leurs contradictions. En tant que principal parti d'opposition, il se devait de présenter un manifeste qui

apparût comme un programme de gouvernement, qui ne soit pas trop dissuasif pour le seul partenaire possible – les libéraux-démocrates – et qui n'entraînant pas un conflit immédiat avec le gouvernement central ; aussi se contenta-t-il, en termes vagues, de revendiquer l'« autonomie fiscale » et d'envisager un référendum sur l'indépendance à la fin des quatre ans de vie du nouveau parlement. Mais, ce faisant, il prenait le risque de décevoir les nationalistes les plus intransigeants qui voulaient que l'on discute des voies et moyens de l'indépendance dès l'élection d'un parlement dominé par le SNP.

#### LES RÉSULTATS DU SCRUTIN<sup>13</sup>

Les tout derniers sondages, publiés le matin même de l'élection, donnaient tous le parti travailliste largement en tête, le *Scottish Daily Mail* allant jusqu'à pronostiquer un « raz de marée »

12. Qui a remplacé Alex Salmond, en septembre 2000. Ce dernier avait sans doute été un des meilleurs dirigeants que le SNP ait eu depuis qu'il existe (1934). Sous sa direction, le SNP a clarifié ses objectifs à court et à moyen terme, acceptant la dévolution comme « première étape sur la voie de l'indépendance », se convertissant à l'intégration européenne (adoption du slogan de « l'indépendance dans l'Europe ») et, sur le plan économique et social, présentant un programme de centre gauche cohérent. À la surprise générale, Alex Salmond a choisi de se consacrer à sa fonction de député à Westminster ; or, on peut se demander, compte tenu de la dévolution, si le SNP, dont l'action est limitée à l'Écosse, a encore un rôle à jouer à Westminster.

13. Rappelons les modalités du scrutin : les électeurs ont droit à deux votes concrétisés par la remise de deux bulletins et la présence de deux urnes. (En réalité, il y avait trois urnes, car on votait également pour les conseils locaux.) Le premier vote consistait à élire 73 députés selon le mode de scrutin traditionnel : uninominal à un seul tour et à majorité relative, dans les circonscriptions prévues pour les élections à la Chambre des Communes. Le second vote est un vote proportionnel régional de liste, l'Écosse étant divisée en huit régions à peu près égales élisant chacune sept députés. Mais il ne s'agit pas d'un vote additionnel mais d'un *vote correcteur*, qui permet aux partis défavorisés par le premier vote de se rattraper au second. En revanche, les partis favorisés au premier vote, comme le parti travailliste, obtiennent très peu de sièges au second. Aussi, les électeurs se sont-ils aperçus, dès 1999, que voter pour la liste travailliste était en fait perdre sa voix, sauf dans les deux régions où ce parti est plus faible : le Nord-Est et les Highlands et Islands. En réalité, en 2003, ce sont tous les grands partis qui ont souffert du second choix des électeurs, autre façon de voter utile !



*Résultats comparés 1999-2003*

Partis	1 <sup>er</sup> vote				2 <sup>e</sup> vote				total
	1999 %	2003 %	diff.	Sièges	1999 %	2003 %	diff.	Sièges	
Trav.	38,8	34,6	- 4,2	46 (- 7)	33,6	29,3	- 4,3	4 (+1)	50 (-6)
SNP	28,7	23,8	- 4,9	9 (+2)	27,3	20,9	- 6,4	18 (-10)	27 (-8)
Cons.	15,6	16,6	+1,0	3 (+3)	15,4	15,5	+0,1	15 (-3)	18 (-)
L-D	14,2	15,4	+1,2	13 (+1)	12,4	11,3	- 1,1	4 (-1)	17 (-)
SSP	1,7	6,2	+4,5	0 (-)	2,0	6,7	+4,7	6 (+5)	6 (+5)
Verts	-	-	-	-	3,6	6,9	+3,3	7 (+6)	7 (+6)
Ind.	1,7	3,4	+1,7	2 (+1)	5,7	9,8	+4,1	2 (+2)	4 (+3)

Participation 1999 : 58,7 %

Participation 2003 : 49,4 %

SOURCE : Site Internet du parlement écossais.

153

travailleuse à la lecture d'un sondage MORI, qui donnait au Labour une avance de 17 points sur le SNP. D'où la surprise quand des résultats beaucoup plus serrés qu'on ne s'y attendait ont commencé à être annoncés à partir de 2 heures du matin, le vendredi 2 mai.

*Une participation très décevante*

Ce qui n'a pas surpris, par contre, c'est la participation. Tous les observateurs craignaient qu'elle ne soit très basse : moins de 50 % ; ils ne se sont pas trompés. Elle est inférieure de plus de 9 points à celle de 1999, qui elle-même avait été jugée médiocre pour une élection à une institution nouvelle qui avait été ardemment souhaitée par une majorité de la population écossaise. Cette dernière paraissait d'autant plus médiocre qu'elle

était bien inférieure à celle de l'élection générale de 1997 (71,3 % en Écosse<sup>14</sup>). Certes, lors de celle de 2001, la participation s'était effondrée en Écosse (58,2 %) comme partout ailleurs au Royaume-Uni (moyenne britannique : 59,4%). Cependant, elle restait de près de 9 points supérieure à celle du scrutin du 1<sup>er</sup> mai. Cela montre que les électeurs écossais, quelle que soit leur satisfaction ou non devant l'action de leur parlement, considèrent, à tort ou à raison, que c'est encore dans les élections à la Chambre des Communes que se situe le plus grand enjeu de pouvoir. Il s'agit donc d'un jugement mitigé sur la dévolution.

On sait que la montée de l'abstention est un phénomène européen, qu'on attribue le plus souvent, en Grande-Bretagne, à l'« apathie » des électeurs

14. Déjà une des plus basses depuis la guerre. Entre 1945 et 2001, la participation aux élections générales a dépassé deux fois 80 % (1950 et 1951) et huit fois 75 % sur un total de 16 élections. La participation de 2001 était de loin la plus basse depuis l'apparition du suffrage universel intégral (1928).

mais qui peut, aussi bien que le vote extrême, exprimer une insatisfaction à l'égard des grands partis de gouvernement, certains électeurs ne voyant pas assez de différences entre eux ou, du moins, dans leur action, quand ils ont la responsabilité du pouvoir. Dans le cas britannique, en 2001, le parti travailliste redoutait d'être défavorisé par une abstention différentielle; de fait, l'abstention a été plus grande dans les zones de force travaillistes (Angleterre du Nord, Écosse, Pays de Galles) que partout ailleurs, mais pas assez pour changer l'issue du scrutin. Cette crainte était encore plus grande pour l'élection écossaise et, dans les derniers jours de la campagne, le *First Minister*, Jack McConnell, avait lancé des appels inquiets demandant aux électeurs d'aller voter. En fait, il y a bien eu une abstention différentielle, mais les travaillistes n'en ont pas souffert systématiquement. À Glasgow, par exemple, malgré une très forte abstention (dans 5 circonscriptions sur 10, la participation a été inférieure à 40%), ils ont conservé leurs dix sièges sans coup férir. C'est peut-être parce que les candidats travaillistes paraissent indéclinables que les électeurs sont découragés d'aller voter. Ailleurs, il est clair cependant qu'une abstention différentielle ou une mobilisation plus grande des électeurs des candidats adverses est à l'origine de la perte de quelques sièges.

#### *Maintien des partis de la coalition au pouvoir*

Le parti travailliste a donc perdu 6 sièges sur les 52<sup>15</sup> qu'il détenait dans les circonscriptions (1<sup>er</sup> vote) et gagné 1

siège au scrutin de liste (2<sup>e</sup> vote), dans le Nord-Est. Il détenait 5 des 6 sièges d'Édimbourg; il en perd 2, l'un va au leader conservateur écossais, David McLetchie, l'autre est pris par un libéral-démocrate. La représentation politique de la capitale (3 travaillistes, 2 libéraux-démocrates, un conservateur) correspond mieux qu'avant à sa composition sociologique. À Aberdeen, sur 3 sièges, il en perd 1 au profit du SNP. Même chose à Dundee: l'un des 2 sièges de la ville lui échappe au bénéfice encore du SNP. C'est encore le SNP qui s'empare du siège travailliste d'Ochil dans le Fife. Enfin, à la surprise générale, il se voyait ravir (de 38 voix) la circonscription sûre de Strathkelvin & Bearsden, dans la banlieue de Glasgow, au profit d'une doctoresse à la retraite peu connue qui faisait principalement campagne contre la fermeture annoncée de l'hôpital local; le candidat travailliste perdait près de 11 000 voix qui ne profitaient qu'à la candidate indépendante. Même si l'on tient compte du fait que c'est lui qui avait le plus à perdre, en raison de sa position dominante et de son rôle dans l'exécutif, l'élection n'a donc pas été très glorieuse pour le parti travailliste. Jack McConnell en sortait plutôt affaibli, d'autant que certains ministres ou ministrables avaient mordu la poussière. À l'inverse, les libéraux-démocrates de Jim Wallace, malgré une légère perte de voix et d'un siège au scrutin de liste (ce qui était compensé par le vote des circonscriptions), gardaient un nombre de sièges égal à celui de 1999; ce n'était pas aussi bien qu'ils l'avaient espéré (les derniers sondages

15. Il avait perdu le siège d'Ayr au profit des conservateurs, à l'occasion d'une élection partielle, en septembre 2000.

leur avaient fait miroiter deux ou trois sièges supplémentaires), mais ils n'étaient pas sanctionnés pour leur participation à l'exécutif de coalition et se trouvaient en position de force pour négocier une nouvelle participation.

### *La fragmentation des oppositions*

Quant aux deux autres formations, qui formaient l'opposition dans l'ancien parlement, le SNP et les conservateurs, un sort différent leur était réservé par les urnes. Les sondages n'avaient pas laissé prévoir un tel recul des *indépendantistes*; certes, ils gagnaient 2 sièges dans les circonscriptions, les deux aux dépens du Labour, et cela tout en perdant près de 5 points du vote global; ce qui montrait que leur vote est plus concentré et leur implantation locale, plus solide qu'auparavant surtout dans le Nord-Est et dans le Fife. Toutefois, c'est au second vote que la saignée du vote SNP (- 6,4 points) avait des conséquences sur les résultats en sièges et 10 sur 28 sièges régionaux étaient perdus. Le déficit net était donc de 8 sièges, soit le quart de ses effectifs de 1999. C'était une belle déception pour son nouveau leader (depuis 2000), John Swinney, qui avait fait une campagne très active. Ce résultat montrait que le vote de protestation ne se portait plus sur le SNP, d'autant qu'il y avait pléthore de groupes et de candidats susceptibles d'attirer ce vote. En fait, la création du parlement et les élections de 1999, en faisant de lui l'opposition de Sa Majesté en Écosse, l'ont sorti de son rôle « tribunicien » pour le faire entrer dans l'*establishment* politique, d'autant qu'à la différence d'autres partis indépendantistes, il s'est plié sans efforts aux règles et conventions de la démocratie britannique. Comme le

Labour, il a sans doute été victime d'une abstention différentielle; mais, en gommant sa revendication d'indépendance, peut-être aussi a-t-il peu mobilisé le noyau dur de ses électeurs habituels.

Les *conservateurs* reviennent de loin en Écosse. Après avoir été complètement annihilés lors de la vague travailliste de 1997, ils n'avaient pu refaire surface au sein du parlement écossais, dont ils avaient farouchement combattu la création, que grâce au mode de scrutin mixte, puisque leurs 18 élus de 1999 ne l'avaient été que grâce au deuxième vote proportionnel, qu'ils avaient également farouchement combattu. Puis ils avaient reconquis un siège de circonscription en 2000, aussi étaient-ils 19 à la séparation du parlement. C'est pourquoi retrouver 18 sièges peut apparaître comme une limitation de dégâts plutôt que comme une victoire. Pourtant c'est un air de victoire qui flottait au siège conservateur le lendemain de l'élection. D'abord parce que les sondages des derniers jours ne leur accordaient qu'une quinzaine de sièges, mais surtout parce qu'ils retrouvaient quelques-unes de leurs zones de force traditionnelles; ainsi, outre Ayr qu'ils conservaient sans problème, ils parvenaient à reconquérir une circonscription rurale et aussi le siège d'Édimbourg Pentlands, longtemps occupé pour Westminster (les circonscriptions pour les deux élections étant jusqu'à nouvel ordre les mêmes) par Malcolm Rifkind, ancien ministre et dernier secrétaire d'État aux Affaires étrangères de John Major et battu à deux reprises par un travailliste, en 1997 et 2001. Le siège de Pentlands allait à David McLetchie qui, depuis 1997, personnifie avec quelques autres, mais ils sont peu nombreux, les efforts du

parti conservateur pour se moderniser et s'adapter à la nouvelle situation institutionnelle et politique. Menacé de disparition en Écosse en 1997, il a retrouvé une base d'électeurs, limitée mais non insignifiante, qui, apparemment, s'est aussi mieux mobilisée que les autres électors. En tout cas, comme en 1999, il reste la troisième formation au parlement écossais, devançant les libéraux-démocrates en voix et en élus. Ce qui est ironique c'est que ce renouveau est largement le fait du mode de scrutin, dont ce parti est le plus farouche adversaire, à Londres en tout cas. Faut-il penser pour autant qu'il est susceptible de reprendre sa place de formation alternative au Labour, c'est un pas que nous ne franchirons pas. Il semble en effet que le bipartisme soit bien mort en Écosse.

Venons-en maintenant à la *véritable nouveauté* de cette élection : l'apparition en nombre d'indépendants et de représentants de petites formations qui avaient à peine pignon sur rue avant 1999. En 1999, c'était la première fois qu'on introduisait en Grande-Bretagne un système électoral mixte qui comportait un élément de proportionnelle<sup>16</sup> et les grands partis s'étaient bien gardés de dire à leurs électeurs qu'ils n'avaient aucunement l'obligation de répéter leur choix du premier vote dans le second et assez peu s'en étaient avisés spontanément. Cela avait suffi néanmoins pour que le score travailliste s'effrite de 4,2 points d'un vote à l'autre et que les Verts et le SSP fassent élire chacun un candidat.

En 2003, l'effritement est d'autant plus spectaculaire qu'il n'affecte pas seulement les travaillistes mais aussi les

autres grands partis (voir le tableau comparatif). Cette hémorragie profite essentiellement aux Verts (+6 sièges) qui, délibérément, n'avaient fait campagne que pour le second vote et au Scottish Socialist Party (SSP) de Tommy Sheridan (+5 sièges), mais aussi aux indépendants. Bien que cela paraisse sans doute excessif dans un pays aussi vert que l'Écosse, les Verts – comme ailleurs – dénoncent pêle-mêle les atteintes à l'environnement, la pollution des lacs et de certaines rivières, le nucléaire, l'élevage industriel du saumon. Quant au SSP, son chef, Tommy Sheridan, doit sa réputation à Glasgow au fait d'avoir été condamné à de la prison pour avoir refusé de payer la fameuse *poll-tax* de l'époque thatchérienne; auparavant, il avait milité à la gauche extrême du parti travailliste (*militant tendency*) dans les années quatre-vingt; politicien habile et assez charismatique, il exploite à fond la « droitisation » du parti travailliste sous Blair, d'autant plus aisément que beaucoup de militants et même d'élus travaillistes ont un discours proche. Il est donc facile pour un électeur travailliste traditionnel – notamment dans ce qu'on appelle la « Clyde rouge » –, après avoir fait son devoir en soutenant le parti au premier vote, de transférer son second vote sur le SSP, sans trahir ses idéaux, et d'avoir en plus l'impression d'avoir émis un vote utile!

Les quatre indépendants ont une origine variée. Dennis Canavan, le seul qui fasse partie des sortants réélus, est un ancien député travailliste à Westminster qui s'était présenté en indépendant en 1999, faute d'avoir été officiellement sélectionné dans sa propre circonscrip-

16. Voir note 13.

tion de Falkirk-Ouest, après pressions du parti central à Londres, étrange façon, on en conviendra, d'interpréter la philosophie de la dévolution ! Il a été réélu avec aisance malgré la présence d'un candidat travailliste officiel. Le second indépendant est la docteure Jean Turner, qui a battu, dans une circonscription sûre pour le parti, un politicien travailliste assez connu qui avait déjà été ministre et qui pouvait espérer l'être encore. Enfin, deux autres indépendants ont été élus au scrutin de liste ; Margo MacDonald, dans les Lothians (région d'Édimbourg), députée sortante SNP, qui avait renoncé à se présenter sur la liste de son parti car elle n'y était pas placée dans une position d'éligible. Voter pour elle était donc une façon de défier la direction du parti. Il faut dire que Margo MacDonald est une ancienne présentatrice de télévision populaire et qu'elle avait connu son heure de gloire politique, en remportant, toujours pour le SNP, l'élection partielle de Glasgow Govan, en novembre 1973. Elle pouvait donc se permettre de prendre le pari de se présenter seule. Dernier candidat élu : John Swinburne, totalement inconnu auparavant, qui avait l'étiquette du Scottish Senior Citizens Unity Party, qui n'existait pas quelques semaines plus tôt et qui, dans la région de l'Écosse centrale,

obtenait 17 146 voix (6,52 %), plus que les libéraux-démocrates<sup>17</sup> !

Ces succès montrent à quel point les candidats, dits de « proximité », voire populistes, ont de plus en plus d'audience non seulement en Écosse mais ailleurs en Grande-Bretagne, pour ne rien dire de l'Europe. Aussi le grand journal de Glasgow pouvait-il titrer, non sans quelque démagogie : « Le peuple se rebiffe » et commenter : « Les vrais politiciens ne comprennent rien. Les grands partis sont tellement liés au système politique dégénéré de Westminster que, quand le peuple se prévaut de son droit démocratique de protester, ils prennent cela pour une offense personnelle<sup>18</sup>. » Il est clair toutefois que c'est la possibilité d'exprimer ce qu'on a sur le cœur dans un deuxième vote, après un premier vote plus « raisonnable », qui a déchaîné l'humeur frondeuse des électeurs écossais vis-à-vis des grands partis. Ce qui ne pourra que ranimer le débat sur le mode de scrutin et sur les « dangers » de la proportionnelle.

157

#### SUITES ET ENSEIGNEMENTS DU SCRUTIN

Il est clair que ces résultats montrent une certaine désillusion des Écossais vis-à-vis de leur parlement autonome. Mais ce n'est pas tellement la dévolu-

17. Le même jour, nous l'avons déjà indiqué, avaient lieu les élections dites « locales », pour le renouvellement total des conseils des collectivités territoriales : 32 autorités uniques « à tout faire » (*all-purpose authorities*), élues jusqu'à nouvel ordre selon le mode de scrutin traditionnel. Le recul travailliste y est également assez net : 508 sièges contre 551 en 1999, ainsi que celui du SNP : 182 contre 204 ; les autres partis progressent : libéraux-démocrates : 175 (155), conservateurs : 123 (108), SSP : 4 (1) ainsi que les indépendants : 230 (204). Le recul travailliste n'empêche pas ce parti de garder le contrôle des conseils qu'il dirigeait déjà et de prendre le contrôle de deux conseils qu'aucun parti ne dirigeait à lui seul. Les libéraux-démocrates prennent le contrôle d'un conseil. Onze conseils sont sans majorité et doivent être dirigés par des coalitions.

18. *Sunday Herald*, 4 mai 2003.

tion qui est en cause, semble-t-il; les Écossais n'oublient pas qu'elle peut être amenée à les protéger lors d'un retour des conservateurs au pouvoir à Londres. En ce sens, l'amélioration des résultats des conservateurs écossais doit être interprétée plutôt comme une critique du principe de dévolution que comme une approbation du fait que le parti accepte maintenant d'agir dans le cadre des nouvelles institutions. C'est la façon dont la dévolution a été mise en pratique et peut-être aussi le relatif manque de pouvoirs du parlement dans le domaine économique et financier – qui conduit les députés à adopter des attitudes irresponsables – qui rendent sceptique la majorité des électeurs. Cela aurait dû les conduire à approuver le programme du SNP qui demandait une plus grande autonomie fiscale, on l'a vu. Mais il n'en a rien été.

Toutefois, le premier réflexe des grands partis n'a pas été de s'interroger sur le sens profond du scrutin mais de constater que, malgré le recul du Labour, la coalition sortante était en mesure de se maintenir puisque, sur le papier, elle disposait de 67 sièges contre 62 aux autres partis réunis<sup>19</sup>, dont, le moins qu'on puisse dire, est qu'ils ne formaient pas un front commun. Le *First Minister* sortant, Jack McConnell, qui n'avait pas à démissionner, puisqu'il avait « gagné » l'élection, se tourna immédiatement vers son ancien partenaire libéral-démocrate, Jim Wallace, pour négocier un nouveau pacte de gouvernement. On remarquera que les

deux hommes s'étaient ménagés pendant la campagne, même si l'un et l'autre avaient critiqué certains points du programme de l'autre.

À l'issue de près de deux semaines de négociations, ardues semble-t-il, les deux partis sont parvenus à un accord le 14 mai. En échange d'un renforcement important de la lutte contre la criminalité des jeunes (déjà mis en œuvre par le gouvernement Blair pour l'Angleterre), qui était prioritaire dans le programme travailliste, les libéraux-démocrates obtenaient la promesse de l'introduction d'un mode de scrutin proportionnel pour les élections aux conseils locaux, ainsi qu'une enquête concernant le péage pour le pont routier de l'île de Skye; se voulant les défenseurs des Highlands, en effet, les libéraux-démocrates n'ont cessé de s'opposer à ce péage, rendu nécessaire car le pont a été construit avec des fonds exclusivement privés. Le programme commun comprend aussi des améliorations concernant la santé et l'éducation, que les deux partis souhaitaient. Enfin, alors que le nombre des ministres de l'exécutif a été réduit de 20 à 18, par souci d'économie, il y a 3 libéraux-démocrates (dont le *First Minister* adjoint) dans un cabinet de 11; un quatrième est ministre adjoint, ce qui fait un ministre libéral-démocrate de plus que pendant le premier parlement. Ainsi, les libéraux-démocrates, s'ils sont toujours les *junior partners* de la coalition, sont plus qu'une simple force d'appoint. S'ils parviennent, en effet, à changer le mode de scrutin pour

19. En fait, les voix des oppositions ont été réduites à 61, car George Reid (SNP), qui était président adjoint dans le parlement sortant, a été élu président sans opposition. Beau geste de la part des travaillistes qui auraient pu imposer l'un des leurs, mais pas tout à fait désintéressé néanmoins car le président est au-dessus des partis et ne vote pas, ce qui fait perdre une voix au SNP et à l'opposition.

les élections locales, ce sera un autre grand pas accompli en faveur de la modernisation de la vie politique écossaise. Il n'empêche que le Labour reste un élément incontournable de cette vie politique. Malgré des circonstances politiques extérieures à l'Écosse qui auraient difficilement pu être plus défavorables, son hégémonie est peu entamée. Il apparaît, par conséquent, qu'il n'y a pas d'alternative à ce parti, à moyen terme du moins.

Si l'élection a été favorable aux indépendants, elle l'a été beaucoup moins aux indépendantistes. Il est incontestable que le grand battu du scrutin est le SNP. Pour toute formation politique, perdre presque un quart de ses sièges quand on est dans l'opposition et qu'on a fait une campagne sérieuse et bien orchestrée, pose forcément des questions sur la pertinence des hommes et des programmes. Dans les jours qui ont suivi l'élection, la presse s'est interrogée sur l'avenir de John Swinney comme chef du parti. Pourtant, il n'a pas vraiment démerité, bien qu'il n'ait pas fait oublier son prédécesseur, Alex Salmon, qu'une partie des observateurs aimerait voir revenir sur la scène politique écossaise. Mais il ne faut pas oublier que c'est lui qui a choisi d'abandonner le poste de leader pour privilégier son rôle aux Communes.

En ce qui concerne le programme, le SNP devra choisir entre l'intégrisme indépendantiste des premiers temps – « L'indépendance et rien de moins » – et le réformisme prôné dans le manifeste de 2003, qui esquissait un programme économique et social modéré accompagné d'un rapprochement avec les milieux d'affaires; or, chacun sait que ces milieux ne sont aucunement persuadés de l'intérêt de l'indépendance sur le plan économique. D'ailleurs, le grand public non plus; un sondage publié pendant la campagne montre que 18 % seulement des Écossais pensent que l'indépendance améliorerait leur situation, contre 33 % qui estiment qu'au contraire elle empirerait. Tant que les conséquences économiques et sociales de l'indépendance n'apparaîtront pas positives aux yeux de la majorité des électeurs, l'indépendantisme restera ce qu'il est, c'est-à-dire une revendication assez largement partagée mais minoritaire (un tiers des Écossais) qui, en outre, pour beaucoup de ses partisans, est un idéal lointain, non prioritaire. De plus, elle s'éparpille de plus en plus, puisque les Verts et le SSP, qui ont obtenu ensemble plus de 13 % des voix, se présentent également comme indépendantistes. Et cette situation risque de durer longtemps.

---

PIERRE ASTIÉ  
DOMINIQUE BREILLAT  
CÉLINE HISCOCK-LAGEOT\*

## REPÈRES ÉTRANGERS

(1<sup>ER</sup> AVRIL – 30 JUIN 2003)

160

### ANDORRE

12 mai 2003. **Coprince.** Joan Enric Vives Sicilia, 54 ans, est nommé évêque d'Urgel, succédant à Mgr Joan Martí Alanís, 75 ans, qui occupait le siège depuis le 31 janvier 1971. Le nouvel évêque devient donc le coprince spirituel du petit État pyrénéen, l'autre coprince étant le président de la République française en tant que successeur des comtes de Foix (<http://rulers.org>).

### BELGIQUE

25 avril 2003. **Islam.** Un arrêté royal fixant la liste des 17 membres de «l'exécutif des musulmans de Belgique» est publié afin de lui donner un nouveau souffle. L'Islam est reconnu depuis 1974. En 1998 avait été élue, pour dix ans, une assemblée générale des musulmans de Belgique. Elle devait désigner un exécutif de 17 membres pour cinq ans. En janvier 2003, un

nouvel exécutif avait été élu après des conflits (*Le Monde*, 25 avril 2003).

18 mai 2003. **Élections législatives.** Anticipées d'un mois «pour des raisons techniques», les élections législatives du 18 mai traduisent une spectaculaire percée des socialistes, qui tirent le profit de leur modernisation, avec un gain de 15 sièges, et une déroute des Verts : entrés au gouvernement il y a quatre ans sur fond de scandale du poulet à la dioxine, les Verts flamands d'AGALEV perdent la totalité de leurs 9 sièges n'atteignant pas les 5%, tandis que les Verts francophones d'Écolo tombent de 11 à 4 élus. Ce scrutin a, par ailleurs, été marqué par un nouveau résultat record de l'extrême droite flamande du Vlaams Blok qui passe de 15 à 18 élus. Le parti libéral flamand (VLD) du Premier ministre Guy Verhofstadt, à la tête depuis 1999 d'une coalition arc-en-ciel (libéraux, socialistes, écologistes) qui a éclaté quinze jours avant le scrutin à la suite du

---

\* Université de Poitiers – UMR 6567 CECOJI.



## ASSEMBLÉE

Inscrits	7 570 580
Votants	6 936 869 (91,6 %)*
Blancs et nuls	364 671 (5,26 %)
Suffrages exprimés	6 572 198

	<i>votants</i>	<i>voix en %</i>	<i>nbre de sièges</i>
VLD (libéraux flamands)	1 009 223	(15,36 %)	25 (+4)
PS (socialistes francophones)	855 992	(13,02 %)	25 (+6)
MR (libéraux francophones)	748 954	(11,40 %)	24 (+6)
SPA (socialistes flamands) (coalition avec Parti Spirit)	979 750	(14,91 %)	23
CD&V (chrétiens-sociaux flamands)	870 749	(13,25 %)	21
VL-BLOK (Bloc flamand)	761 407	(11,59 %)	18
CDH (chrétiens-sociaux francophones)	359 660	(5,47 %)	8
Écolo (Verts francophones)	201 123	(3,06 %)	4
N-VA (Nouvelle alliance flamande)	201 399	(3,06 %)	1
Agalev (Verts flamands)	162 205	(2,47 %)	0
Autres	421 736	(6,41 %)	1**

\* Le vote est obligatoire sous peine d'amende

\*\* Front national

161

## SÉNAT

Inscrits	570 580
Votants	6 934 678 (91,6 %)
Nuls	383 158
Suffrages exprimés	6 551 519

	<i>votants</i>	<i>voix en %</i>	<i>nbre de sièges</i>
SPA (Socialistes flamands)	1 013 560	(15,47 %)	7
VLD (Libéraux flamands)	1 007 868	(15,38 %)	7
PS (Socialistes francophones)	840 908	(12,84 %)	6
CD&V (Chrétiens-démocrates flamands)	832 849	(12,71 %)	6
MR (Libéraux francophones)	797 763	(12,15 %)	5
VL-BOK (Bloc flamand)	741 940	(11,32 %)	5
CDH (Chrétiens sociaux francophones)	362 708	(5,54 %)	2
ECOLO (Verts francophones)	208 868	(3,19 %)	1
VIVANT	36 421	(0,56 %)	1
Autres	713 637	(7,84 %)	0

départ des ministres Écolos protestants contre les vols de nuit à Bruxelles, totalise 25 sièges (+4) et les libéraux francophones (MR) du ministre des Affaires étrangères Louis Michel, 24 (+6). Les chrétiens démocrates (CDV) confirment leur mauvais résultat d'il y a quatre ans, lorsqu'ils avaient été exclus du pouvoir alors qu'ils participaient aux gouvernements presque sans interruption depuis 1944 (cf. *RE*, 91, 1999) (*Les Échos*, 16-17 mai 2003; *Le Figaro*, 17-18 et 19 mai 2003; *Libération*, 8 janvier, 17-18, 19 mai 2003; *Le Monde*, 10 janvier, 6, 17, 20, 21 et 25-26 mai 2003; *Courrier international*, 15 mai 2003).

162

#### GRANDE-BRETAGNE

20 juin 2003. **Lord Chancelier.** L'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs que constituait le Lord Chancelier – membre du gouvernement, président de la Chambre des Lords *ex officio*, plus haute autorité judiciaire du royaume – va cesser. La fonction, créée il y a près de quatorze siècles, en 605, avec Angmendus comme premier titulaire, est supprimée de façon inopinée par le Premier ministre Tony Blair à la faveur d'un remaniement ministériel. Jusqu'à la période moderne, le Lord Chancelier était le secrétaire particulier et le directeur de conscience du roi. La fonction était occupée par Lord Derry Irvine of Laing, troisième personnage de l'État après le roi et l'archevêque de Canterbury.

Coiffé d'une perruque en crin de cheval, vêtu d'une robe rouge à col d'hermine, il était seul habilité à s'asseoir sur le *woolsack*, un coussin de velours rouge bourré de laine de mouton, qui symbolisait la richesse du royaume au

Moyen Âge. Lors de la cérémonie d'ouverture du parlement, il apportait au roi le « gracieux discours » rédigé par le Premier ministre, avant de redescendre les marches à reculons, opération parfois périlleuse pour son équilibre...

Il est remplacé par Lord Charles Falconer qui devient ministre des Affaires constitutionnelles et a la charge des affaires écossaises et galloises.

Le Lord Chancelier ne présidera plus la Chambre des Lords, qui élira son speaker, et celle-ci perdra son pouvoir juridictionnel au profit d'une Cour suprême à l'américaine que formeront les Law lords.

D'autre part, les juges britanniques seront nommés par une commission indépendante (*Libération*, 13, 14-15 juin 2003; *Le Monde*, 5, 15-16 juin 2003; *The Guardian*, 13 juin 2003; *Le Point*, 20 juin 2003; *Courrier international*, 26 juin 2003; [www.guardian.co.uk](http://www.guardian.co.uk); [www.telegraph.co.uk](http://www.telegraph.co.uk)).

#### HONGRIE

12 avril 2003. **Référendum.** Si les Hongrois ont voté très favorablement en faveur de l'adhésion à l'Union européenne avec 83,76 % de *oui*, la participation a été mauvaise: 45,6%. Cette abstention s'explique par un résultat qui semblait acquis d'avance, une médiocre campagne gouvernementale, et l'absence d'implication de la FIDESZ, principal parti d'opposition de droite. Seule l'extrême droite s'opposait. L'abstention a surtout été forte dans l'est du pays (*Libération*, 22 octobre et 10 décembre 2002, 22-23 février et 14 avril 2003; *Le Monde*, 10, 13-14 et 15 avril 2003; *Courrier international*, 17 avril 2003; [www.ifes.org](http://www.ifes.org)).

Inscrits	8 042 272	
Votants	3 666 715 (45,59 %)	
Nuls	17 998	
Suffrages exprimés	3 648 717	
	<i>votants</i>	<i>voix en %</i>
OUI	3 056 027	83,76 %
NON	592 690	16,24 %

## ITALIE

18 juin 2003. **Responsabilité pénale.**

Le parlement adopte un amendement constitutionnel, résultat de la proposition de loi Lodo Maccanico (ancien ministre à l'origine de l'initiative) suspendant tout procès pénal concernant les plus hautes charges de l'État (président de la République, présidents des chambres, président de la Cour constitutionnelle et président du Conseil) pour la durée du mandat, y compris pour les délits antérieurs à la prise de fonction. Les délais de prescription seront suspendus. Les Italiens ont parlé de « paquet Chirac ». Ce texte a été voté sur l'initiative du président du Conseil, Silvio Berlusconi, harcelé par les affaires judiciaires depuis son élection. La Cour constitutionnelle a été saisie de la conformité de cette loi.

Les députés ont adopté cette disposition par 303 voix contre 17 et 13 abstentions, l'opposition ayant décidé de quitter l'hémicycle.

Inculpé de corruption de magistrats, le président du Conseil italien ne s'est pas présenté devant le tribunal de Milan le 25 juin. Le parquet a alors invité le tribunal à saisir la Cour constitutionnelle sur la validité de cette réforme.

D'autre part, des organisations de gauche réunissent les signatures pour un référendum abrogatif (*Libération*, 8, 28 mai, 6 et 18 juin 2003; *Le Monde*, 25-26, 31 mai, 19, 20, 27 juin et 2 juillet 2003; *Courrier international*, 7, 22 mai et 26 juin 2003).

163

## LITUANIE

10 et 11 mai 2003. **Référendum.** Douze ans après avoir arraché son indépendance à l'URSS, la Lituanie dit *oui* à l'Europe à une très large majorité : plus de 90 % de *oui*. Le taux de participation a été de 63,3% (*Le Figaro*, 12 mai 2003; *Le Monde*, 10 et 21 mai 2003; [www.ifes.org](http://www.ifes.org)).

Inscrits	2 631 252	
Votants	1 665 565 (63,30 %)	
Nuls	20 511	
Suffrages exprimés	1 645 054	
	<i>votants</i>	<i>voix en %</i>
OUI	1 497 602	91,04 %
NON	147 429	8,96 %

## RUSSIE

15 mai 2003. **Laïcité.** La Chambre de cassation de la Cour suprême de Russie décide d'autoriser les musulmanes à figurer la tête couverte d'un foulard sur leurs papiers d'identité, considérant que le décret du 15 septembre 1997 sur les documents d'identité porte atteinte à la liberté du culte (*Courrier international*, 5 juin 2003).

## UNION EUROPÉENNE

164

Avril-juin 2003. **Convention « Constitution ».** La Convention pour l'avenir de l'Europe présidée par Valéry Giscard d'Estaing achève son travail entamé depuis le 28 février 2002, grâce à l'habileté de celui-ci qui a dû faire face à une campagne d'hostilité britannique, à des frondes des petits États s'inquiétant de la réduction de la taille de la Commission, aux critiques de Romano Prodi, aux contestations sur les références à l'héritage religieux, au refus de 9 États de renégocier le « paquet de Nice ».

Le 6 juin le projet obtient un large consensus des 105 conventionnels; seul le gouvernement espagnol a maintenu son opposition. Le 13 juin, le projet définitif est adopté et le 20 juin il est présenté officiellement au Conseil européen de Thessalonique avant que la conférence intergouvernementale ne tranche définitivement à la mi-octobre.

Rien n'est encore terminé car la nouvelle constitution devra être ratifiée par les États membres, or certains pourraient utiliser la voie – risquée – du référendum, dont peut-être la France.

Le projet prévoit la fin de la présidence tournante de l'Union euro-

péenne, le Conseil européen élisant un président pour deux ans et demi, les différents conseils des ministres étant présidés par un ministre pour un an avec un système de rotation « égale » entre États. Un ministre des Affaires étrangères, nommé à la majorité qualifiée par le Conseil, est prévu. La Commission comptera quinze membres avec droit de vote, mais des commissaires sans droit de vote seront nommés pour que toutes les nationalités soient présentes. Le pouvoir de codécision du Parlement européen sera élargi et il aura le dernier mot sur toutes les dépenses européennes.

Les hypothèses de majorité qualifiée sont étendues. L'unanimité sera maintenue pour la politique étrangère et de sécurité commune, la fiscalité et quelques autres cas. La pondération devrait disparaître et faire place à un vote à la majorité des États représentant 60 % de la population. Un droit d'initiative populaire est offert à un million de citoyens afin d'inviter la Commission à soumettre une proposition sur un sujet donné. Enfin les instruments constituant l'Union européenne seront unifiés.

Ajoutons que le projet va intégrer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui aura donc une valeur contraignante (*Libération*, 5-6, 26-27 avril, 17-18, 27 au 31 mai-1<sup>er</sup>, 5 au 7-8, 12 au 21-22 et 27 juin 2003; *Le Monde*, 4 au 6, 24 au 26 avril, 17, 20, 28 au 30 mai, 3, 5 au 8-9, 12 au 15-16, 18, 20, 21-22 et 25 juin 2003; *Courrier international*, 19 juin 2003)

9 et 16 avril 2003. **Élargissement.** Par 458 voix contre 68 et 41 abstentions, le Parlement européen approuve l'élargissement de l'Union européenne à dix nouveaux membres, dont l'adhésion

deviendra effective après la ratification des traités d'adhésion dans chacun des pays. Le 16 avril, les traités sont signés à Athènes.

Dans les votes par État, c'est la République tchèque qui a obtenu le moins grand nombre de voix (489 contre 39 et 7 abstentions) en raison de l'opposition de la CSU allemande à propos de l'attitude de Prague sur la question sudète. Chypre (507) et la Pologne (509) n'ont pas fait le plein des suffrages. Les autres États ont obtenu entre 520 et 522 voix sur 570 votants. Le CPNT et le Front national ont voté

contre tandis que l'UDF et les trotskistes s'abstenaient.

Les traités sont signés à Athènes le 16 avril.

Le 5 mai, les dix futurs membres participent à leur premier conseil comme observateurs. Ils peuvent intervenir dans les débats mais n'ont pas le droit de vote. De la même façon, 162 observateurs (69 PPE, 57 socialistes, 13 libéraux, 7 GUE, souverainistes et 1 Vert) sont accueillis au Parlement européen (*Libération*, 10, 16 au 18 avril, 3-4 mai 2003; *Le Monde*, 12, 16 au 18 avril, 7 mai 2003).

CHRONIQUE  
CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE  
(1<sup>er</sup> MAI – 30 JUIN 2003)

166

REPÈRES

- 3 mai. MM. Raffarin et Sarkozy sont présents à l'installation du Conseil français du culte musulman. Le recteur de la mosquée de Paris, M. Bou-bakeur, est élu à sa présidence.
- 5 mai. M. Alain Juppé se prononce pour un troisième mandat du chef de l'État dans un entretien au *Figaro*.
- 7 mai. M. Sarkozy juge « extrêmement choquant », sur France Inter, l'appel de nationalistes corses avant l'ouverture du procès des présumés assassins du préfet Érignac.
- 13 mai. Première journée d'action syndicale contre le projet de réforme des retraites.
- 15 mai. Le front syndical est brisé : la CFDT et la CGC se déclarent favorables à la réforme des retraites.
- 16 mai. M. Juppé est renvoyé devant le tribunal correctionnel de Nanterre, dans l'affaire des emplois présumés fictifs du RPR, pour « prise illégale d'intérêts ».
- 28 mai. M. Hollande est réélu 1<sup>er</sup> secrétaire du PS, à l'issue du congrès de Dijon.

- Le projet de loi relatif à la réforme des universités est reporté.
- 10 juin. Ouverture à l'Assemblée nationale de l'examen du projet de loi portant réforme des retraites.
- 13 juin. Adoption par la Convention sur l'avenir de l'Europe du projet de Constitution pour l'Europe.
- 17 juin. La Cour de cassation écarte les poursuites pour crimes contre l'humanité contre le général Aussaresses, en application de la loi d'amnistie du 31-7-1968.
- 18 juin. La Cour de cassation confirme le non-lieu général rendu par la cour d'appel de Paris dans l'affaire du sang contaminé.
- M. Trichet est relaxé dans celle relative au Crédit lyonnais.
- 19 juin. Huitième et dernière journée d'action syndicale contre le projet de réforme des retraites.
- 20 juin. Première réunion à Paris du Conseil national de l'UMP.
- 21 juin. MM. Raffarin et Sarkozy sont empêchés de tenir une réunion à Bastia.
- M<sup>me</sup> Voynet réunit un « séminaire sur le changement » au Mans.

Le président Chirac se déclare « très ouvert sur l'organisation d'un référendum pour ratifier le futur traité constitutionnel européen », à l'issue du Conseil européen de Thessalonique.

22 juin. Arrestation de M. José Bové qui réclamera par la suite le statut de « prisonnier politique ».

25 juin. Le Conseil des ministres adopte le projet de loi constitutionnelle relative à la charte de l'environnement.

#### AMENDEMENT

– *Bibliographie*. V. Sommacco, « Les fonctions politiques de l'amendement », *PA*, 16-6.

– *Obstruction*. Au total, 11 153 amendements, dont un grand nombre identiques, ont été déposés au projet de loi portant réforme des retraites ; 8 679 ont été examinés, compte tenu des 2 222 amendements déclarés irrecevables et des 252 amendements retirés ; 453 ont été adoptés (document communiqué par le service de la séance).

V. *Irrecevabilité financière*. Séance.

#### ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Bibliographie*. AN, *Rapport d'activité*, 2002-2003.

– *Accès à l'hémicycle*. Après l'incident de l'année dernière (cette *Chronique*, n° 104, p. 177), les questeurs ont adressé, le 15-5, un courrier délimitant un « périmètre sacré » comprenant l'hémicycle et ses abords immédiats, « dont

l'accès est strictement réservé aux députés et à un petit nombre de collaborateurs des groupes politiques, des vice-présidents et des ministres » (*BQ*, 21-5).

– *Composition*. À la suite de la démission d'office de M. Samot (cette *Chronique*, n° 106, p. 179), M. Edmond-Mariette (NI) a été élu, au scrutin de ballottage (Martinique, 3<sup>e</sup>), le 1<sup>er</sup>-6 (p. 9476). M. Besson (Rhône, 10<sup>e</sup>) (UMP), dont la mission auprès de la ministre déléguée à l'Industrie a été prolongée (décret du 23-6), a cessé d'exercer son mandat le lendemain (p. 10754 et 10860). Il est remplacé par son suppléant, M. Guilloteau. Le dernier précédent concernait M. d'Attilio en 1998 (cette *Chronique*, n° 88, p. 160).

– « *Démocratie parlementaire* ». « S'il y a un espace où chacun doit débattre, chacun doit discuter, c'est l'Assemblée nationale... Faisons en sorte que la démocratie parlementaire soit vivante et pour qu'elle le soit, il faut que l'opposition, la majorité, le gouvernement se rencontrent, s'expliquent, discutent », a rétorqué sur France 3, le président Debré, le 24-6, aux critiques ou incompréhensions nées de la longueur du débat parlementaire sur le projet de loi portant réforme du régime des retraites (*BQ*, 25-6).

– *Mission d'information*. La conférence des présidents de l'Assemblée nationale a décidé, le 27-5, la création d'une « mission d'information sur la question des signes religieux à l'école ». Elle est présidée par M. Jean-Louis Debré (*BAN*, 34, p. 25).

– *Parlement des enfants*. La 10<sup>e</sup> réunion s’est tenue le 17-5 (cette *Chronique*, n° 103, p. 178).

V. *Commissions. Commissions d’enquête. Parlement. Parlementaires en mission. Séance. Session extraordinaire.*

#### AUTORITÉ JUDICIAIRE

– *Bibliographie*. J.-F. Kriegk et D. Borella, *Espace pénal commun en Europe : quelles perspectives ?*, Fondation Robert-Schuman, 2003 ; Y. Chagny, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité au xx<sup>e</sup> siècle », in D. Chagnollaud (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité xviii<sup>e</sup>-xx<sup>e</sup> siècle*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 199 ; J. Gicquel, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité de la loi au xx<sup>e</sup> siècle », *ibid.*, p. 193, et « La justice : un enjeu politique de la cohabitation de législature (1997-2002) », *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 649 ; D. Gasset, « La réforme de la justice de proximité », *Regards sur l’actualité*, n° 290, mai, p. 79, La Documentation française, 2003 ; Th. Renoux, « Le statut des magistrats, garant de la démocratie », *PA*, 18-6 ; S. Carotenuto, « Le statut constitutionnel de l’avocat », *ibid.*, 23-6.

– *Éthique*. Le garde des Sceaux a créé une commission de réflexion sur l’éthique dans la magistrature (arrêté du 5-6) (p. 9971), à la suite de l’affaire Alègre. La commission, présidée par M. Cabannes, ancien membre du Conseil constitutionnel, est appelée à marcher sur les brisées du Conseil supérieur de la magistrature.

– *Juges de proximité*. Le décret 2003-438 du 15-5 modifie celui du 7-1-1993 (93-21) pris pour l’application de l’ordonnance du 22-12-1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (cette *Chronique*, n° 106, p. 169).

V. *Conseil supérieur de la magistrature. Libertés publiques.*

#### AUTORITÉ JURIDICTIONNELLE

– *Bibliographie*. J.-L. de Corail, « Le Conseil d’État et l’interprétation de la loi », *Mélanges Pierre Pactet*, *op. cit.*, p. 593 ; L. Favoreu, « Pour en finir avec la “théorie” des actes du gouvernement », *ibid.*, p. 607 ; L. Fonbaustier, « Le rôle préventif de Conseil d’État : les origines de l’article 39, alinéa 2 », in *Aux origines du contrôle de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 143 ; O. Gohin, « Le Conseil d’État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », *ibid.*, p. 157 ; B. Genevois, « Le Conseil d’État n’est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *ibid.*, p. 177.

V. *Conseil constitutionnel. Loi.*

#### COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Bibliographie*. F. Mélin-Soucramanien, « La différenciation du statut des départements d’outre-mer », *Mélanges Pierre Pactet*, *op. cit.*, p. 747 ; A. Roux, « Les collectivités territoriales dans le débat électoral », *ibid.*, p. 405 ; J.-Y. Faberon, « La Nouvelle-Calédonie et la révision constitutionnelle de mars 2003 sur l’organisation décentralisée de la République », *Revue juridique, poli-*



*tique et économique de la Nouvelle-Calédonie* (Nouméa), n° 1, 2003, p. 3; M. Bastogi, « Chronique constitutionnelle » [de la Nouvelle-Calédonie], *ibid.*, p. 30; « L'organisation décentralisée de la République, aux sources de la loi », *JO*, n° 1903, 2003.

– *Consultation*. En application du nouvel article 72-1 C, issu de la loi constitutionnelle du 28-3-2003 (cette *Chronique*, n° 106, p. 178), la loi 2003-486 du 10-6 (p. 9815) organise une consultation des électeurs de Corse sur la modification institutionnelle de l'île. Deux décisions du CSA (2003-331 et 2003-332) du 19-6 organisent la campagne officielle audiovisuelle (p. 10443 et 10444).

– *Coopération transfrontalière*. Le décret 2003-582 du 24-6 autorise l'adhésion du département de la Moselle et de la commune de Forbach au groupement local de coopération transfrontalière « Eurozone Sarrebruck-Forbach » (p. 11046) (cette *Chronique*, n° 106, p. 172).

– *Département d'outre-mer*. Le congrès des élus régionaux et départementaux de la Guyane a adopté, le 21-6, une résolution portant création d'une nouvelle collectivité territoriale au sens de l'article 72-1 C (rédaction de la LC du 28-3-2003). Celle-ci se composerait d'une assemblée unique et de quatre districts (*BQ*, 23-6) (cette *Chronique*, n° 106, p. 178).

#### COMMISSIONS

– *Commission spéciale*. La demande de constitution d'une commission spéciale à l'Assemblée nationale pour l'examen

du projet de loi portant réforme des retraites présentée par le président de groupe des député-e-s communistes et républicains, a été repoussée, le 4-6, à la suite d'une opposition du président de la commission des affaires sociales. M. Dubernard a notamment invoqué le fait que ladite commission avait déjà consacré plus de treize heures à l'examen du projet. La demande a été rejetée par scrutin public (p. 4530).

#### COMMISSIONS D'ENQUÊTE

– *Rapport*. La commission d'enquête créée à l'Assemblée nationale le 18-3 (cette *Chronique*, n° 106, p. 174) sur les causes économiques et financières de la disparition d'Air Lib a déposé son rapport le 18-6. Son président, M. Patrick Ollier (UMP), a décidé de le transmettre au procureur de la République en vue des suites qu'il peut comporter (*Le Monde*, 19-6).

#### CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. D. Chagnollaud (dir.), *Aux origines du contrôle de la constitutionnalité*, *op. cit.*, 2003; B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de "l'autorité de chose interprétée" par le CC », *D*, 2003, p. 1507; N. Molfessis, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2003, p. 69; A. Levade, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après », *Mélanges Pierre Pactet*, *op. cit.*, p. 687; Th. Renoux, « Autorité de la chose jugée ou autorité de la Constitution », *ibid.*, p. 835; J. Robert, « Le CC a-t-il démerité ? », *ibid.*, p. 861,

et « La forme républicaine du gouvernement », *RDP*, 2003, p. 359; O. Gohin, « La réforme constitutionnelle de la décentralisation : épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26-3 2003 », *PA*, 6-6.

– *CD Rom* (bilingue franco-anglais). *Fundamental and Basic Texts. Constitutional Case Law*, 2003.

– *Chr. RFDC*, 2003, p. 167.

– *Notes*. J. Boyer, sous 467 DC, 13-3, *PA*, 22-5; F. Chartier, 2003-469 DC, *ibid.*, 20-6; P. Mouzet, sous 460 DC, 22 et 29-8-2002, *PA*, 14-5; J.-É. Schoettl, 471 DC, 24-4, *ibid.*, 20-5.

– *Rec. 2002*, Dalloz, 2003.

– *Décisions*. V. *tableau ci-après*.

15-5 AN, Observations relatives aux élections législatives de juin 2002, *JO*, 21-5. V. *ci-dessous*. Wallis-et-Futuna (*JO*, 21-5). V. *Contentieux électoral*.

22-5 2003-194 L et 2003-195 L, *JO*, 3-6. Délégation. V. *Pouvoir réglementaire*.

170

– *Inviolabilité*. Une fois encore (cette *Chronique*, n° 92, p. 219), le Conseil a été envahi, le 23-6, par des manifestants se réclamant de l'altermondialisme. La « garde de la République » mériterait bien la protection de la Garde républicaine comme jadis.

– *Observations*. Dans l'exercice de son pouvoir de proposition, le Conseil a appelé à nouveau l'attention des pouvoirs publics (cette *Chronique*, n° 105, p. 197), sur divers aspects, le 15-5 (p. 8694). D'une manière générale, il s'est prononcé en faveur d'un redécoupage électoral, afin de « mettre un terme à des disparités de représentation »; le découpage actuel reposant sur les données du recensement général de 1982 (art. L 125 du Code électoral). Sur ces entrefaites, deux recensements sont intervenus en 1990 et 1999; et ce d'autant plus que le législateur se prépare à le faire pour les élections sénatoriales. À cet égard, une proposition de LO a été adoptée, le 12-6 (p. 4194), par la Haute Assemblée accroissant le nombre de ses sièges.

En outre, le Conseil se prononce en faveur de l'avancement de la date et de l'horaire de scrutin dans les DOM afin de mettre un terme à un « important et légitime mécontentement » (cette *Chronique*, n° 103 p. 182). Les dispositions retenues pour les élections européennes et régionales (loi 2003-327 du 11-4-2003) pourraient être utilement étendues aux élections législatives (cette *Chronique*, n° 106, p. 181). La liste des inéligibilités relatives (art. LO 133 du Code électoral) mériterait d'être reconsidérée au vu de la décentralisation. Concernant la propagande électorale, le juge a constaté que certaines commissions de propagande « outrepassaient leur rôle en refusant, pour des motifs erronés en droit ou en fait, d'assurer l'acheminement du matériel électoral de candidats ». Il a souhaité un nombre restreint d'indications figurant sur les bulletins de vote (art. R 103 du Code électoral).

S'agissant du financement des campagnes, au « droit devenu complexe », le Conseil s'interroge sur d'éventuelles simplifications. Une véritable assistance

technique au candidat serait nécessaire. À propos de l'aide apportée par une représentation locale d'un parti politique, point de divergence avec la CCFP (cette *Chronique*, n° 106, p. 179), le Conseil considère que le législateur devrait intervenir de façon à la limiter aux « fédérations départementales des partis nationaux ». L'examen des comptes de campagne par le Conseil lui-même « de candidats à faible audience ayant commis des erreurs banales dans [leur] tenue paraît inutile. Il encombre l'ordre du jour du Conseil ». On pourrait donc envisager de dispenser du dépôt de leur compte, les candidats ayant recueilli moins de 1 % des suffrages exprimés, puisqu'ils n'ont pas droit au remboursement de leurs frais de campagne.

Reste, en dernière analyse, la sanction de l'inéligibilité, qui peut revêtir un caractère disproportionné lorsqu'elle touche « des candidats ayant commis des erreurs banales dans la tenue de leur compte et dont la bonne foi était patente » (cette *Chronique*, n° 106, p. 179).

V. Contentieux électoral. Loi. Pouvoir réglementaire.

#### CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

– *Bibliographie*. P. Avril, « À propos de la réforme avortée du Conseil supérieur de la magistrature », *Mélanges Pierre Pactet*, op. cit., p. 473.

V. Autorité judiciaire.

#### CONSTITUTION

– *Bibliographie*. M. Fromont, « Le

contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions ordinaires françaises », *Revue hellénique des droits de l'homme* (Athènes), n° 18, 2003 p. 349; D.G. Lavroff, « À propos de la Constitution », *Mélanges Pierre Pactet*, op. cit., p. 283; A.-M. Le Pourhiet, « Du devoir de mémoire constitutionnelle (L'abrogation des articles 90, 91 et 92 C) », *ibid.*, p. 299; O. Pfersmann, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », *ibid.*, p. 353; S. Pierré-Caps, « L'esprit des constitutions », *ibid.*, p. 375; D. Maus, « La naissance du contrôle de la constitutionnalité des lois », *ibid.*, p. 713; M. Troper, « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *ibid.*, p. 911; M. Verpeaux, « Les transitions constitutionnelles sous la Révolution française », *ibid.*, p. 937.

V. Conseil constitutionnel. Révision de la Constitution.

#### CONTENTIEUX ÉLECTORAL

– *Bibliographie*. D. Biroste, « Contentieux des élections législatives 2002 », *PA*, 9-5.

– *Élection d'un député*. Ultime décision née des élections législatives de 2002 (cette *Chronique*, n° 105, p. 178), le CC a été appelé à se prononcer sur une requête dirigée contre l'élection de M. Brial (UMP) (*ibid.*, p. 193). Fidèle à sa jurisprudence, il a fait bonne justice des arguments avancés (15-5, AN, Wallis-et-Futuna) (p. 8696). Une publication hebdomadaire diffusée la veille du second tour qui se borne à reproduire les programmes des candidats sans prendre position « ne saurait être assimilée... à un tract distribué tardive-

ment». Concernant la procédure afférente aux procurations, le seul défaut de transmission des volets en recommandé ne peut justifier l'annulation des suffrages que s'il est établi qu'il a eu pour effet de « modifier le sens de ces suffrages » ou qu'il a constitué « une manœuvre destinée à fausser le résultat du scrutin ». En revanche, une procuration qui ne comporte pas la signature du mandant, sans que celui-ci ait été dans l'impossibilité de signer, est entachée de nullité, ainsi qu'il résulte de l'instruction ordonnée. Mais, à l'évidence, ce suffrage retranché n'était pas de nature à modifier le résultat de l'élection, compte tenu de l'écart de voix entre les candidats.

#### V. Conseil constitutionnel. Élections.

### DROIT COMMUNAUTAIRE

– *Bibliographie*. F. Chaltiel, « Les bases constitutionnelles du droit communautaire », *Mélanges Pierre Pactet, op. cit.*, p. 551; H. Gaudin, « La répartition des compétences Communauté-États membres », *ibid.*, p. 629.

### DROIT CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. « L'esprit des instructions, l'équilibre des pouvoirs », *Mélanges Pierre Pactet, op. cit.*; P. Avril et J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 3655, 2003.

#### V. Révision de la Constitution.

### ÉLECTIONS

– *Bibliographie*. J. Balafenn, « La réforme des modes de scrutin », *Regards sur l'actualité*, n° 291, mai, p. 59, La Documentation française, 2003.

– *Comptes de campagne*. En cas de décès d'un candidat, le dépôt du compte doit être effectué par ses héritiers, rappelle le ministre de l'Intérieur (AN, Q, p. 4551). De la même façon, les honoraires de l'expert-comptable doivent y figurer (*ibid.*, p. 4551).

– *Élection législative partielle*. Une élection s'est déroulée (Martinique, 3<sup>e</sup>) (cette *Chronique*, n° 105, p. 193), à l'issue de laquelle, au second tour, le 1<sup>er</sup>-6, M. Edmond-Mariette (NI) a été élu (p. 9476) en remplacement de M. Samot (cette *Chronique*, n° 106, p. 179).

#### V. Assemblée nationale. Contentieux électoral. Vote.

### ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

– *Bibliographie*. V. Goesel-Le Bihan, « À propos d'une catégorie constitutionnelle obscure : les traités ou accords qui engagent les finances de l'État », *RFDC*, 2003, p. 55.

#### V. Loi.

### GOVERNEMENT

– *Comité interministériel de l'aménagement et de développement du territoire*. Le CIADT s'est réuni, à l'hôtel de Matignon, le 26-5 (*Le Monde*, 28-5) (cette *Chronique*, n° 105 p. 198).

– *Communication*. Le projet de loi portant réforme des retraites a fait l'objet d'une campagne du Premier ministre dans la presse (nationale et locale) les 7 et 21-5. Une lettre à tous les Français a été envoyée, le 10-6.

– « *Logique d'esprit d'équipe* ». Dans l'entretien accordé au *Monde*, le 20-6, M. Raffarin, évoquant les difficultés de M. Ferry, a estimé : « Une équipe doit être en permanence en mouvement et en solidarité. Il faut que tout le monde soit sur le pont lorsqu'on est en difficulté. C'est ce que j'ai fait en réunissant un comité interministériel... Nicolas Sarkozy a été mobilisé parce que la décentralisation fait partie de ses attributions... On a connu des périodes où l'on fragilisait les ministres. Moi, je suis de ceux qui les confortent. » Somme toute, l'art de la suppléance ou de la démission différée.

– *Mission interministérielle*. En vue de mettre en œuvre le plan de lutte contre le cancer présenté par le président de la République (cette *Chronique*, n° 104 p. 195), le décret 2003-418 du 7-5 crée une mission interministérielle (p. 8007).

– *Réunion de ministres*. Dans la *France de mai* (Grasset, 2003), M. Raffarin affirme son « goût » pour ce type de réunion (p. 96), au rythme hebdomadaire de 6 à 7, de préférence aux conseils interministériels « techniquement valables mais politiquement incertains » (*ibid.*).

## GROUPES

– *Groupes de travail franco-allemands*. M. Barrot, président du groupe UMP, à l'Assemblée nationale, a indiqué, le

19-5, que des groupes communs de députés allemands (CDU-CSU) et français (UMP) avaient été créés. Deux thèmes ont été retenus : vieillissement et immigration ; environnement et énergie (cette *Chronique*, n° 106, p. 169) (*BQ*, 21-5).

## HABILITATION LÉGISLATIVE

– *Bibliographie*. Y. Gaudemet, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *Mélanges Pierre Pactet*, *op. cit.*, p. 617.

## V. Loi.

## IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES

– *Inviolabilité*. M. Longuet, sénateur (UMP) de la Meuse, a été renvoyé, le 17-6, devant le tribunal correctionnel de Paris pour recel d'abus de biens sociaux et de contrefaçon en sa qualité d'ancien dirigeant de la société « Avenir 55 » (*BQ*, 20-6).

## IRRECEVABILITÉ FINANCIÈRE

– *Article 40 C*. L'application de l'article 40 C aux amendements au projet de loi portant réforme des retraites a été vivement contestée par les député-e-s communistes et républicains qui l'ont comparé à un « 49-3 déguisé » (p. 5097) et elle a donné lieu à une question au gouvernement le 18-6 (p. 5520).

## LIBERTÉS PUBLIQUES

– *Bibliographie*. R. Cabrillac, M-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et Droits fondamentaux*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd, 2003 ; F. Sudre, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », *ibid.*, p. 29 ; V. Michel, « La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux », *ibid.*, p. 47 ; O. Gohin, « La Constitution française contre les droits de l'homme : le précédent de la restriction de suffrage en Nouvelle-Calédonie », *Mélanges Pierre Pactet, op. cit.*, p. 187 ; B. Mathieu, « Des droits de l'homme aux droits sur l'homme (ou les transmutations du droit de la bio-éthique) », *ibid.*, p. 307 ; D. Rousseau, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », *ibid.*, p. 885 ; E. Aubin, « La loi sur la sécurité intérieure. La liberté d'aller et venir et les limites du contrôle de constitutionnalité », *RDP*, 2003, p. 375.

– *Égalité des sexes*. La loi 2003-516 du 18-6 (p. 10240) relative à la dévolution du nom de famille retarde l'entrée en vigueur de la loi Gouzes (4-3-2002) au 1<sup>er</sup>-1-2005 (cette *Chronique*, n° 102, p. 158).

– *Liberté de communication*. Le CSA a appelé l'attention de TF1, France 2 et France 3 sur des déséquilibres dans les temps de parole politique : en l'occurrence, une sous-représentation de la majorité par rapport au gouvernement et à l'opposition (*BQ*, 23-5).

– *Liberté de se vêtir*. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, le 28-5, s'agissant du port du bermuda dans un lieu de travail, que cette der-

nière ne pouvait se ranger parmi les libertés fondamentales (*Les Annonces de la Seine*, 16-6). En revanche, la cour d'appel de Paris a confirmé, le 19-6, la décision du conseil des prud'hommes du 17-12-2002, concernant la réintégration d'une jeune femme licenciée parce qu'elle portait le foulard islamique. En l'occurrence, l'arrêt s'est fondé sur un licenciement reposant sur un critère religieux (*Le Monde*, 21-6).

– *Présomption d'innocence*. Par une ordonnance en référé, le président du TGI de Paris a ordonné, le 18-6, la suspension de la publication du livre de M<sup>me</sup> Eva Joly (*Est-ce dans ce monde-là que nous voulons vivre ?*) (Éd. Les Arènes, 2003), relatif à son enquête dans l'affaire Elf, « avant la clôture des débats » du procès, au motif que ce serait « un péril imminent d'atteinte à la présomption d'innocence et aux principes directeurs du procès pénal ». La cour d'appel devait confirmer cette mesure le jour même (*Le Monde*, 20-6).

V. *Conseil constitutionnel. Partis politiques. Référendum. Vote*.

## LOI CONSTITUTIONNELLE

– *Bibliographie*. F. Chaltier, « La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : développements récents (À propos de la décision 20003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003) », *PA*, 20-6.

MANDAT

– *Bibliographie.* J.-P. Dionnet, « Interrogations sur la portée du mandat représentatif : le destin des députés des territoires perdus par la France entre 1814 et 1962 », *RDP*, 2003, p. 543.

MINISTRES

– *Condition.* M<sup>me</sup> Noëlle Lenoir, ministre déléguée des Affaires européennes et son homologue allemand, M. Hans Martin Bury, ont été nommés le 10-6 secrétaires généraux pour la coopération franco-allemande (cette *Chronique*, n° 106, p. 183). Une perquisition au domicile de M. Bedier a été effectuée, dans le cadre d'une enquête financière, le 4-6 (*Le Monde*, 7-6). Dans un entretien à ce dernier, le 20-6, M. Raffarin s'est déclaré en faveur de la présomption d'innocence : « Il y a des mises en examen très médiatisées qui se soldent parfois par des non-lieux inaperçus » (cette *Chronique*, n° 103, p. 186).

– *Doctrine Jospin.* Le Premier ministre a jugé dans un entretien au *Monde*, le 20-6, qu'« il est difficile d'exercer en même temps la responsabilité d'un exécutif territorial et une fonction ministérielle ». Les ministres pourront être candidats aux élections régionales, mais « ils devront choisir » (cette *Chronique*, n° 103, p. 186).

V. *Gouvernement. Premier ministre.*

MISSION D'INFORMATION

– *Mission.* Première application de la nouvelle rédaction de l'article 145 RAN,

lequel permet la création d'une mission d'information par la conférence des présidents, sur proposition du président de l'Assemblée nationale (cette *Chronique*, n° 106, p. 190), une mission sur la question des signes religieux à l'école a été constituée le 4-6 (*BAN*, n° 34, p. 25); M. Debré en assure la présidence ainsi que le rapport (*Le Monde*, 6-6).

ORDRE DU JOUR

– *Article 48, alinéa 3 C.* À son tour (cette *Chronique*, n° 106, p. 191), le groupe socialiste a consacré sa « niche » mensuelle à un débat sur l'assurance maladie et la politique de santé, le 13-5 (p. 3555).

175

PARLEMENT

– *Bibliographie.* F. Elkaïm, « Le parlement dans la pensée de François Mitterrand », *RDP*, 2003, p. 515; *Parlement(s)*, Centre d'histoire parlementaire et politique, n° 1, 2003.

– *Suggestion.* Les observations sur le fonctionnement de l'État, présentées par la Cour des comptes à l'occasion de son rapport annuel, pourrait faire l'objet d'un débat dans le cadre des séances mensuelles d'initiative parlementaire, observe le garde des Sceaux (AN, Q, p. 4112).

V. *Assemblée nationale. Sénat. Session extraordinaire.*

## PARLEMENTAIRES EN MISSION

– *Nominations*. Deux sénateurs ont été distingués (cette *Chronique*, n° 106, p. 192) : MM. Le Grand (Manche) (UMP) et Joly (Haute-Saône) (UMP), au titre de l'article LO 297 du Code électoral, respectivement auprès du ministre de l'Équipement (décret du 9-5) (p. 8099) et du secrétaire d'État aux Transports (décret du 21-5) (p. 8883). Dans le même temps, quatre députés étaient nommés : M. Hamelin (Rhône) (UMP) aux côtés des ministres respectifs de la Jeunesse et de l'Éducation nationale, de la Culture et de la ministre déléguée à la Recherche (décret du 21-5) (p. 8777); M. Thien Ah Koon (Réunion) (app. UMP) auprès du ministre des Affaires étrangères (décret du 11-6) (p. 9908); notre collègue, M. Christian Philip (Rhône) (UMP), du secrétaire d'État aux Transports et à la Mer (décret du 23-6) (p. 10573) et M. Brochand (Alpes-Maritimes) (UMP) à Matignon (décret du 26-6) (p. 10573).

Quant à M. Besson, sa mission a été prolongée de six mois (cette *Chronique*, n° 105, p. 203) par le décret du 23-6 (p. 10754). En bonne logique, il a été pris acte de la cessation de son mandat le lendemain (p. 10860). Le dernier précédent remontait à 1998 (cette *Chronique*, n° 88 p. 174).

## V. Assemblée nationale. Sénat.

## PARTIS POLITIQUES

– *Financement public*. Le décret 2003-412 du 6-5 (JO, 7-5) réduit à 73 219 917,11 € l'aide publique aux partis, contre 80 264 408 l'an dernier

(cette *Chronique*, n° 102, p. 162). La première fraction est attribuée aux 32 partis ayant présenté des candidats dans au moins 50 circonscriptions en métropole et aux 32 partis ayant présenté des candidats exclusivement outre-mer (leur nombre en 2002 était respectivement de 23 et 21). Cette répartition fait pour la première fois application de la loi 2000-493 du 6-6 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions politiques qui réduit l'aide aux partis dont le nombre des candidates est inférieur à la moitié du total des candidats présentés (cette *Chronique*, n° 95, p. 194). En revanche, le seuil de 1 % des suffrages exprimés requis pour bénéficier de l'aide publique ne s'appliquera qu'à l'issue du prochain renouvellement de l'Assemblée, ainsi que le prévoit le III de l'article 34 de la loi 2003-327 du 11-4, qui modifie la loi de 1988 (cette *Chronique*, n° 106, p. 192). La seconde fraction est attribuée aux 19 partis représentés au parlement (21 l'an dernier, avant les élections de juin 2002).

– *Parité*. Les membres du bureau politique de l'UMP ont été désignés sur cette base (BQ, 19-6).

## POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

– *Déclassement*. Les dispositions relatives à la composition des commissions administratives de reclassement des fonctionnaires ayant servi en Afrique du Nord ressortissent à la compétence réglementaire; en effet, la mise en œuvre des règles concernant les « garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires » (art. 34 C) appartient au pou-



voir réglementaire, d'une part, et, d'autre part, ces commissions disposent d'une compétence purement consultative qui ne met pas en cause lesdites garanties fondamentales (2003-194 L, du 22-5). Les dispositions du Code rural relatives aux contrats territoriaux d'exploitation soumises au Conseil constitutionnel ont le caractère réglementaire parce que ces contrats, dont la conclusion ne revêt aucun caractère obligatoire, ne mettent en cause ni « les principes fondamentaux... du régime de la propriété » (art. 34 C), ni aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans le domaine de la loi (2003-195 L, du 22-5).

#### V. Conseil constitutionnel. Loi.

##### PREMIER MINISTRE

– *Bibliographie.* J.-P. Raffarin, *La France de mai*, Grasset, 2003 ; J.-B. de Montvalon, « La machine de Matignon », *Le Monde*, 13-5.

– *Autorité.* « Ce n'est pas la rue qui gouverne », s'est exclamé le Premier ministre sur France 2, le 7-5, à la veille des manifestations syndicales contre le projet de réforme des retraites (*Le Monde*, 9-5).

– *Bonheur en politique.* « J'assume sereinement le fait de rester, mais je n'ai pas peur de partir », a déclaré le Premier ministre. « Je suis assez libre. J'ai découvert que c'était une force. La qualité des relations avec le président est l'un des rares bonheurs de ma fonction. J'assume le reste comme une mission » (*Le Monde*, 20-6).

– *Chef de la majorité.* Pour M. Raffarin, « c'est la fonction institutionnelle de la V<sup>e</sup> République ». « Chef de la majorité?... Sans hésiter je réponds oui. Je m'occuperai, avec l'UMP, des différentes élections qui viendront » (*Le Monde*, 20-6).

– *Collaborateurs.* Par un arrêt du 14-1-2003, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, à propos de notre collègue, M. Guy Carcassonne, ancien conseiller de M. Rocard à Matignon, qu'il n'était pas fondé à se prévaloir de l'article 31 de la loi du 29-7-1881, en matière de diffamation, dès lors qu'il n'était pas dépositaire ou agent de l'autorité publique (*Les Annonces de la Seine*, 26-5).

– *Contribution à l'anthologie constitutionnelle.* Selon l'opinion de M. Raffarin, la fonction de Premier ministre « a retrouvé sa plénitude constitutionnelle depuis la fin de la cohabitation » (*La France de mai, op. cit.*, p. 38). « Le président fixe les orientations et je les mets en œuvre. Les responsabilités sont claires, mais la confiance permet une proximité de travail qui est une vraie chance pour l'action. Fusible, le Premier ministre protège le président ; fidèle, il est protégé par lui » (p. 42 et 43). « L'entente avec le président est à la fois un devoir et une sérénité » (p. 32). Il s'est déclaré par ailleurs, « en pacte avec le chef de l'État », car c'est lui « qui a désormais la charge de mon calendrier » (p. 45). Au surplus, M. Raffarin se définit comme « un chef d'orchestre », et précise que « ses deux pouvoirs quotidiens sont les nominations et les arbitrages » (p. 95). Au final, « la fonction du Premier ministre est de se préparer et d'anticiper » (p. 103).

– *Comité interministériel*. Le Premier ministre a réuni, le 27-5, un comité interministériel consacré à l'Éducation nationale, sur fond de contestation. Une démarche de « dialogue social » a été proposée aux syndicats enseignants portant sur la décentralisation avec MM. Ferry et Sarkozy et sur les métiers de l'éducation avec MM. Ferry et Delevoye (*Le Monde*, 29-5).

– *Responsable de la Défense nationale*. La commission consultative du secret de la Défense nationale a déclaré irrecevable en l'état, le 5-6, une demande présentée par le Premier ministre relative à l'information judiciaire ouverte sur plainte de M. Ménage (p. 10040).

V. *Gouvernement. Président de la République*.

#### PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. B. Chantebout, « Le président de la République, chef des armées », *Mélanges Pierre Pactet, op. cit.*, p. 159; R. Ben Achour, « À propos d'une cohabitation difficile entre le droit pénal et le droit constitutionnel. Le crime de haute trahison », *ibid.*, p. 49; J.-Cl. Colliard, « Être présidentiable », *ibid.*, p. 579; J. Morange, « Les défaillances de santé des chefs d'État », *ibid.*, p. 779; R. Badinter, « Un mauvais coup institutionnel », *Le Parisien*, 25-6.

– *Chef des armées*. Dans le cadre d'une force multilatérale de l'ONU dont la France assume la responsabilité, des troupes ont été dépêchées en République démocratique du Congo à Bunia (Ituri) le 30-5 (*Le Monde*, 1<sup>er</sup>/2-6).

Préalablement, des forces spéciales

étaient intervenues à Monrovia, le 10-6 (Libéria), afin d'évacuer des ressortissants occidentaux (*Le Figaro*, 11-6).

Les emblèmes, drapeaux ou étendards réglementaires d'origine française, sont considérés comme des meubles et font partie du domaine privé de l'État, qui est aliénable et prescriptible, selon la ministre de la Défense (AN, Q, p. 3871).

– *Collaborateurs*. L'arrêt rendu le 11-3-2003 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, concernant M. Jean-Christophe Mitterrand, a cassé celui rendu par la cour d'appel de Paris, en date du 20-2-2002, en estimant que la qualité de dépositaire ou agent de l'autorité publique, « n'est reconnue qu'à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique » au titre de l'article 31 de la loi du 29-7-1881 réprimant la diffamation. Or, en l'espèce, les juges d'appel, n'ayant pas recherché si M. Mitterrand était investi d'une délégation de compétence ou de signature n'ont pas permis à la Cour de cassation d'exercer son contrôle (*Les Annonces de la Seine*, 26-5).

Le lieutenant-colonel François Labuze a été nommé aide de camp en remplacement du lieutenant-colonel Guillaume de Jerphanion par arrêté du 17-6 (*JO*, 18-6).

– *Conjointe*. M<sup>me</sup> Chirac a présidé les fêtes de Jeanne d'Arc à Orléans, le 8-5 (*Le Monde*, 10-5). Elle s'est rendue à Kaboul (Afghanistan) et posé la première pierre d'un hôpital, le 27-5 (*ibid.*, 29-5). Elle s'est livrée aussi, sur RTL, le 17-6, à des appréciations laudatives sur M. Raffarin : « Un excellent Premier ministre... C'est un homme très coura-

geux... Il est bon. Il reflète sur le visage la bonté et la volonté de faire avancer la France là où, avec le président de la République, ils ont décidé de la faire avancer» (*Les Échos*, 18-6) (cette *Chronique*, n° 106, p. 195).

– *Immunité*. Après que le parquet eut refusé d'ouvrir une information sur l'affaire des dépenses de la questure de la Ville entre 1987 et 2000 qui mettait en cause les « frais de bouche » imputés à M. Chirac, alors maire de la capitale, et à son épouse, la mairie a déposé le 20-11-2002 une plainte contre X. Le juge Courroye a rendu le 5-6 une ordonnance « aux fins d'informer partiellement » la plainte de M. Delanoë. S'il estime, comme le procureur, que les éventuels « détournements de fonds publics » sont prescrits, le juge du pôle financier considère en effet qu'il est possible d'enquêter sur d'éventuels « faux » commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, qui ne seraient alors pas prescrits (*Le Monde*, 12-6).

– *Laïcité*. À l'occasion du 275<sup>e</sup> anniversaire de la franc-maçonnerie française, le chef de l'État a rappelé, le 23-6, « l'indéfectible attachement des francs-maçons à la République » et leur rôle dans « un combat pour la laïcité » qui « reste toujours d'actualité » (*Le Monde*, 25-6).

– *Pacte social*. Au conseil des ministres du 28-5, M. Chirac a déclaré à propos de la réforme des retraites : « C'est une réforme urgente. Il était du devoir du gouvernement d'agir, et d'agir sans retard [...] C'est une réforme juste [...] En faisant le choix de la solidarité, nous défendons vraiment notre pacte social

et notre cohésion nationale. Il appartient maintenant à la représentation nationale de débattre de la réforme devant le pays et de la faire aboutir. C'est la règle de l'exigence de la démocratie » (*Le Monde*, 30-5). Devant le congrès de la Mutualité française, le chef de l'État est revenu sur la réforme, le 12-6 à Toulouse : « Tous, nous avons la République en partage. Ce n'est pas par la confrontation et le conflit mais par le dialogue et le débat démocratique que nous ferons vivre notre pacte social. En démocratie, tous les points de vue s'expriment. Ils doivent être écoutés et discutés. Mais c'est au Parlement qu'il appartient de faire la loi. Lui seul en a la légitimité [...] Face à cet enjeu d'intérêt général, il ne saurait y avoir ni vainqueur ni vaincu » (*Ibid.*, 14-6).

– *Statut de la Corse*. « J'approuve pleinement la démarche du gouvernement soutenue par le Parlement et je félicite le Premier ministre et le ministre de l'Intérieur pour la détermination avec laquelle ils ont engagé cette consultation », a affirmé M. Chirac dans une interview au quotidien *Corse-Matin* du 27-6.

– *Vœux*. Évoquant la réforme de l'assurance maladie devant le congrès de la Mutualité française, le 12-6 à Toulouse, le président de la République a déclaré : « Je souhaite... que le gouvernement et les partenaires sociaux engagent rapidement les concertations nécessaires pour clarifier le partage des rôles entre l'État et les caisses. Les pouvoirs publics doivent fixer les cadres et les objectifs [...] Je souhaite que, sur cette base, les représentants des entreprises puissent aux côtés de ceux des salariés, jouer un

rôle actif au sein des caisses de sécurité sociale» (*Le Monde*, 28-6).

#### V. Premier ministre.

### QUORUM

180 – *Vérifications à répétition.* Relativement exceptionnelles, les demandes de vérification du quorum se sont multipliées, de la part du groupe des députés-e-s communistes et républicains, au cours de l'examen du projet de loi portant réforme des retraites (8 au total), notamment en fin de séance de nuit (le président du groupe, M. Alain Bocquet, a été qualifié de « camarade marchand de sable » le 18-6, p. 5577). La première demande, le 11-6, a donné lieu aux protestations de M. Jacques Barrot qui a constaté que les députés socialistes avaient quitté l'hémicycle au moment où la demande de vérification était formulée; le président du groupe UMP a d'autre part invoqué l'article 61, alinéa 2 RAN, qui prévoit que la vérification a lieu « dans l'enceinte du Palais », mais M. François Baroin, qui présidait, a rappelé, que sur décision du bureau du 18-12-1980, la vérification est effective dans l'hémicycle et non dans l'enceinte du Palais (p. 5025). Cette pratique est destinée à gagner du temps et, d'ailleurs, le président Debré décida, le 25-6, de lever la séance plutôt que de la suspendre pour procéder à une vérification inutile (p. 6043).

### RÉFÉRENDUM

– *Bibliographie.* M. Fatin-Rouge Stefanini, « Le référendum et la protection

des droits fondamentaux », *RFDC*, 2003, p. 73.

#### V. Collectivités territoriales. Libérés publiques.

### RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie.* P. Avril, « Les habits neufs de la V<sup>e</sup> République », *Le Figaro*, 5-5; Jean Foyer, « Apologie pour l'État jacobin », *RA*, mars 2003, p. 168; D. Amson, « Ordre public et liberté de conscience (Aperçu sur la laïcité à la française, la montée des intégrismes, le problème du tchador) », *Mélanges Pierre Pactet, op. cit.*, p. 33; B. Jeanneau, « Voyage au pays des "coquecigrues" constitutionnelles (Adieux au septennat) », *ibid.*, p. 659; J. Massot, « Quinquennat et présidentialisation », *ibid.*, p. 703; O. Passelecq, « La "cohabitation" dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 »; *ibid.*, p. 801; J.-P. Duprat, « De quoi meurent les régimes politiques? (Essai sur les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques) », *ibid.*, p. 129; H. Roussillon, « Le mythe de la VI<sup>e</sup> République », *ibid.*, p. 391; B. Mathieu et M. Verpeaux, « 1962-1992-2002: pour une périodisation institutionnelle », *RFDC*, 2003, p. 33.

– *Chr. RFDC*, 2003, p. 103.

– *Concl.* R. Schwartz, sous CE 29-11-2002, *Écoles Diwan, PA*, 4-6.

– « *Attachement* ». Dans un entretien à *Corse-Matin*, le 27-6, le président Chirac a appelé les électeurs à voter *oui* à la consultation sur l'avenir institutionnel de l'île : « C'est la meilleure manière d'affirmer votre attachement à la France et à la République. »

– *Débarquements et Libération de la France*. Le décret 2003-566 du 27-6 (p. 10892) porte création d'une mission du 60<sup>e</sup> anniversaire des débarquements et de la Libération de la France. Cette mission est placée auprès du ministre de la Défense.

– *Laïcité*. Ce principe est « le pilier de notre unité et de notre cohésion », a déclaré le président Chirac, le 22-5 (BQ, 23-5). Selon le ministre de l'Intérieur, « le Conseil français du culte musulman a pour mission de représenter la diversité du culte musulman, à l'instar des instances représentatives des autres religions... Sa vocation n'est pas communautaire mais culturelle » (AN, Q, p. 4554).

Un arrêté du 16-4 (p. 9466) porte nomination aux fonctions d'aumônier protestant placé auprès du chef d'état-major des armées (cette *Chronique*, n° 95, p. 197).

– *Pacte républicain*. Ouvrant la discussion relative à la réforme des retraites de l'Assemblée nationale, le 10-6, le Premier ministre a affirmé : « Notre pacte social ne sera pas sauvé par l'immobilisme. La retraite par répartition, la sécurité sociale pour tous, la qualité du service public... tous ces piliers de notre pacte républicain sont menacés par les retards, les délais, les moratoires. Nos chefs-d'œuvre sociaux sont fragiles » (p. 4933).

– *Tradition républicaine*. Le Conseil de Paris a donné le nom de François Mitterrand, le 17-6, à une artère de la capitale, en l'occurrence, une partie du quai des Tuileries, qui longe le musée du Louvre (*Le Monde*, 19-6).

## RÉVISION DE LA CONSTITUTION

– *Bibliographie*. O. Gohin, « La réforme constitutionnelle de la décentralisation : épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26-3-2003 », PA, 6-6.

## RESPONSABILITÉ DU GOUVERNEMENT

– *Article 49, alinéa 2*. Le groupe socialiste a déposé le 28-6 une motion de censure dont la discussion a été reportée au début de la session extraordinaire.

181

## SÉANCE

– *Incidents*. Au cours de la séance des questions le 3-6, M. Jean Lassalle (UDF) (Pyrénées-Atlantiques) s'est levé pendant une réponse du ministre de l'Intérieur et a entonné un chant pyrénéen qu'il a poursuivi jusqu'à ce que le président Debré le menace de faire intervenir les huissiers (p. 4399). Il devait expliquer avoir voulu attirer l'attention sur le refus de M. Sarkozy d'installer les gendarmes nécessaires à la sécurité du tunnel du Somport (BQ, 4-6).

– *Incidents (suite)*. Le Premier ministre ayant déclaré au cours d'une réunion publique à Asnières que « nos adversaires... ont perdu le sens de la France, de l'intérêt général... Ils semblent préférer leur parti à leur patrie », ces propos ont provoqué une vive réaction des députés socialistes dans la nuit du 10-6; M. Debré, venu présider la séance, a indiqué qu'il en avait fait part à M. Raffarin (p. 4984). La polémique devait rebondir

le lendemain lors de la séance des questions; le Premier ministre répondit à M. Hollande (PS) en invoquant son émotion lorsque, à l'issue de son discours sur le projet de réforme des retraites, les députés communistes avaient entonné *L'Internationale* à laquelle la majorité avait répondu par *La Marseillaise*, et qu'une partie de l'Assemblée nationale ne s'était pas levée (p. 4992).

– *Durée de la discussion.* L'Assemblée nationale a consacré 156 heures et 59 minutes au projet de loi portant réforme des retraites dont l'examen, commencé le 10-6, s'est achevé le 3-7. La plus longue discussion fut celle du projet de loi sur la presse dont la première lecture, qui s'étendit du 15-12-1983 au 13-2-1984, dura 166 heures et 50 minutes (Document du service de la séance).

## SÉNAT

– *Bibliographie.* « Sénat. Éléments statistiques sur l'activité du Sénat au cours de la session unique 2002-2003 (service de la séance), *InfoSénat*, 849, p. I.

– *Diplomatie parlementaire.* Le président Poncelet s'est rendu au Vietnam du 25-5 au 1<sup>er</sup>-6. Messenger du chef de l'État qui devrait y aller l'an prochain, il a rendu hommage au personnel français de l'hôpital de Hanoi confronté au SRAS (syndrome de la pneumonie atypique) (*Le Monde*, 31-5).

– *Égards mutuels.* Le bureau, réuni le

17-6, a décidé l'attribution aux députés, par réciprocité, d'un badge d'accès au Sénat (*InfoSénat*, 847, p. 32).

– *Hommage aux Communards.* Le président Poncelet a présidé dans le jardin du Luxembourg, le 4-6, une cérémonie en hommage aux insurgés fusillés, le 25-5-1871 (*InfoSénat*, 844, p. 26).

## SESSION EXTRAORDINAIRE

– *Convocation.* Le président de la République a convoqué le Parlement, à partir du 1<sup>er</sup>-7, par un décret du 27-6 (p. 10888) (cette *Chronique*, n° 103, p. 196).

### V. Assemblée nationale. Sénat.

## TERRITOIRE

– *Bibliographie.* J.-F. Lachaume, « Les espaces maritimes à travers quelques décisions des juges constitutionnels et administratifs », in « La mer et son droit », *Mélanges Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quémeudec*, A. Pédone, 2003, p. 389.

## VOTE

– *Bibliographie.* D. Rousseau, « Liberté politique et droit de vote », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et Droits fondamentaux*, 2003, p. 265.

### V. Élections. Libertés publiques.

---

# SUMMARIES

GÉRARD CORNU

## **The Art of Writing the Law**

The art of writing the law knows no law. The alchemy of writing cannot be codified. The recent provisions which have disfigured the Civil Code only tend to indicate that artists are rare. But the Code itself, in its original freshness and in the 1964-1975 version, reveals some of the secrets of its art, by mixing popular and scholarly styles, by offering maxims in the form of adages, by referring to jurisprudence, custom, reason, by limiting itself to the essential in the crucible of its articles. Its source is profound. The art of writing the law is that of a craftsman. In each country it is historical, cultural, idiomatic. It is thanks to their linguistic complicity that the legislator and the citizens understand one another. Just as architecture – the link is obvious – the writing of the law is the signature of a people.

183

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

## **Code Name: Napoleon?**

### **The History of the Making of the Civil Code**

While the debate about the personal influence of Bonaparte on the adoption of this or that provision of the Civil Code has become somewhat obsolete, the historical reflection continues to study the links between the codification and the Napoleonic regime. The Civil Code has been, for a large part, determined by the projects and debates of the Revolution. Bonaparte has accompanied rather than provoked the turn operated with Thermidor. The context of the codification is not indifferent to the Napoleonic ideology and propaganda, but the Code cannot be limited to its title and its link to Napoleon.

PHILIPPE RÉMY

**The Role Given to the Judge**

The article describes the evolution of the relationships between judges and the law, from the establishment of the modern judiciary regime to our present time, as a progressive (re)emergence of the “power to judge”. Over two centuries, civil judges, who were at first placed under the power of the law, have regained their power to interpret the law and even to challenge it through their normative jurisprudence, and finally to control its very legitimacy in the name of superior orders. Are we witnessing a return of the old judicial regime?

184

FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ

**Individual and Family Law:  
From 1804 to Same-Sex Civil Unions  
(and beyond...)**

The 1804 Civil Code – and the contemporary code – guarantees both the rights of individuals, the marriage charter and the legal status of families. It has followed the evolution of society, and has been influenced by increasing gender equality, by the multiplication of the legal forms of couples, by the promotion of natural families and by the evolution of the rights and responsibilities of parents. But is it a reflection of social reality or, rather, of the vision society has of what an ideal family should be?

ALAIN BÉNABENT

**Penalization and Commercialization Versus...  
Civilization?**

Does the introduction of penal law or trade law within what used to be the exclusive domain of civil law represent a weakening of the latter? The article proposes the contrary hypothesis that such a cross-fertilization could be a source of cooperation and enrichment.



JEAN-PAUL DURAND  
**The Civil Code and the Canon Law**

The Civil Code and the Canon Law represent two different legal rationalities that have questioned each other. The Code Napoleon, less revolutionary than the civil measures passed in 1791-1792, did not hesitate to borrow from the old French law which had in turn been influenced by Roman and Canon law. But the modernity of the Code led it, according to what Voltaire had required, to take marital law away from ecclesiastical control. On the other hand, the Church canon law had tried, long before 1789 – in fact as early as 1563 – to guarantee the freedom of the future spouses, and in particular of women, to agree to their union. However it was the codification genius of Napoleon that led to a codification of canon law in the twentieth century, thereby influencing the entire Christendom. The old French law had gotten hold of divine law to establish its authority. The divine right of the King, displaced by the nation and reason after 1789, was not reintroduced in the French constitutional state by the Code Napoleon while it has remained in the Roman Catholic Church Canon, at the apex of a complex hierarchy of religious norms. Given the increasing pluralism of values, in France as well as in other Westernized regions of the contemporary world, the civil work of codification can be pursued in dialogue with values such as those expressed in the Catholic canon law, since the latter no longer embody the project of an alternative society to the constitutional state.

185

MICHEL GRIMALDI  
**The Export of the Civil Code**

Several causes explain the export of the 1804 Civil Code, among which military force, intellectual attraction and the absence of alternative models. It was carried out in different forms: direct reception from France or indirect reception through an intermediary country. Its object was sometimes the Code as such, sometimes its spirit, and sometimes the very principle of codification. Given the fate of the Code Napoleon, one may conclude to the urgency for France to adopt a new Civil Code.

YVES LEQUETTE

**Towards an European Civil Code?**

Although the European Union is deprived of any power in this domain, several groups are currently working on a European codification of part of or the entire Civil Code. This article questions the economic, cultural and political appropriateness of such an endeavor.

JEAN-PAUL JEAN

JEAN-PIERRE ROYER

**Civil Law : From Political Will to Social Demand.  
A Tentative Assessment Over Two Centuries**

- <sup>186</sup> Is it possible to determine, around a few major themes, whether civil law has changed, over two centuries, in harmony with, in advance of or behind its epoch? In 1804 the Civil Code represented a consistent document, focused on property rights. French society has been moving, at an accelerated pace in the more recent period, from a system of structured state law, developed by a single legislator and based on national values changing with political or intellectual majorities, to a fluctuating law increasingly created by judges basing themselves on European references. Despite the efforts of jurists to maintain its consistency, the Civil Code has been strongly affected by the new development of individual and collective rights, as well as the emergence of new social groups and their demands.

CHRONICLES

JACQUES LERUEZ

« Letter from Edinburgh »

**The Successes and Failures of Devolution:  
The May 1, 2003 General Election  
in Scotland**

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLATET

CÉLINE HISCOCK-LAGEOT

**Foreign Notes (April 1<sup>st</sup>-June 30, 2003)**

187

PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL

**French Constitutional Chronicle (May 1<sup>st</sup>-June 30, 2003)**



© « POUVOIRS », SEPTEMBRE 2003

ISSN 0152-0768

ISBN 2-02-57350-4

CPPAP 59-303

RÉALISATION : PAO ÉDITIONS DU SEUIL  
IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A.S. À LONRAI  
DÉPÔT LÉGAL : NOVEMBRE 2003. N° 57350 (03-XXXX)  
IMPRIMÉ EN FRANCE





