

## **SÉANCE 5**

### **DE LA CODIFICATION**

Le Code civil, qualifié par le doyen Jean Carbonnier de « constitution civile de la France » est le pilier du droit civil français. Qu'est-ce que le droit civil ? Le droit civil est le socle fondamental du droit privé. Le droit privé est le droit qui régit les rapports des individus entre eux, par opposition au droit public, qui régit les rapports des individus à l'administration étatique ou territoriale. Le droit civil est la partie fondamentale du droit privé, comprenant les règles relatives aux personnes, aux biens, à la famille, aux obligations. Et, concernant le droit civil, c'est le Code civil qui en constitue à la fois le fondement et la référence. « Un pays peut survivre sans constitution », a pu dire le Professeur Philippe Malaurie ; « mais il ne peut vivre sans Code civil ».

Le Code civil français date originellement de 1804. Il est l'œuvre de Napoléon et a donc pris le nom, aujourd'hui cependant abandonné, de « Code Napoléon ». Il a connu bien des changements, bien des évolutions intérieures, en matière de droit de la famille, mais également récemment en droit des obligations. Il reste le pilier du droit civil français. Tel une personne, il a eu une naissance, il a une vie, il aura bientôt une mort ; en attendant il s'est entretenu comme il pouvait, ce qui ne l'a pas empêché de prendre quelques rides. C'est que l'institution a plus de deux cents ans...

Le droit civil n'est cependant pas né du Code civil. Toute société connaît un droit civil, même si toute société ne connaît pas un Code civil, et encore moins un Code civil à la française, né de la volonté politique forte d'un homme, en l'occurrence Napoléon Bonaparte, et issu d'une révolution, en l'occurrence la Révolution française de 1789.

La confection du Code civil a connu une courte phase technique, correspondant à la rédaction du projet, puis une phase politique plus longue, qui a conduit à son adoption.

La phase technique fut la suivante. La Constitution de l'an VIII institua le Consulat, et Cambacérès devint second Consul aux côtés de Bonaparte. Un arrêté du 24 thermidor an VIII (12 août 1800) créa une « Commission du gouvernement » composée de quatre membres. Deux étaient originaires de pays de droit écrit : Portalis et Maleville ; et deux, de pays de coutume : Tronchet, et Bigot de Préameneu. Tous étaient des modérés, ayant vu les errements de la Révolution et voyant en Bonaparte le sauveur de la nation. Techniquement, ces quatre membres de la commission étaient attachés à la sobriété de la loi. Ce n'étaient pas des professeurs, mais des praticiens, soucieux de faire œuvre de législation, non de science.

Quatre mois suffirent à ces quatre commissaires pour établir le « Projet de l'an VIII », qui fut présenté au gouvernement, en Conseil d'État,

le 21 janvier 1801 (1<sup>er</sup> pluviôse an IX), puis soumis au Tribunal de cassation (ancêtre de la Cour de cassation) et aux tribunaux d'appel, dont les observations inspirèrent divers amendements. Il faut bien comprendre que de toute la France, autant des juristes que de simples citoyens (lettrés, néanmoins) ont pu transmettre leurs commentaires sur les dispositions du projet. Ce qui fait que le Code civil n'est pas l'œuvre que d'un homme (Napoléon Bonaparte) ou de quelques hommes (les quatre commissaires) mais une œuvre historique, collective et nationale.

La phase politique prit, quant à elle, quatre années. La discussion s'engagea devant le Conseil d'État (dont Portalis était membre) en présence de Bonaparte, qui y tint un rôle actif, et de Cambacérès. Puis le texte fut transmis au Tribunat, qui le refusa, par hostilité envers Bonaparte. Bonaparte épura donc l'assemblée de ses opposants et mit en place une nouvelle procédure législative, ce qui permit à la discussion de reprendre. Portalis prononça à cette occasion (en 1802) son très important *Discours préliminaire*, ainsi que certains exposés de motifs sur des matières délicates, telles le mariage (soumis à forte influence du droit canon, et sécularisé) ou la propriété (divisée dans l'Ancien droit, et unifiée sous la Révolution).

En définitive, la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) adopta le « Code civil des Français ». Il faut également mentionner, sous l'Empire, l'adoption d'un Code de procédure civile (1806), d'un Code de commerce (1807), d'un Code d'instruction criminelle (1808) puis d'un Code pénal (1810), qui parachèvent l'œuvre de codification de Napoléon. Quant au nom précis du Code civil, il fut d'abord appelé « Code Napoléon » (en 1807), puis « Code civil » (en 1814), puis à nouveau « Code Napoléon » sous Napoléon III (1852), puis, à titre d'usage, « Code civil » (depuis 1870).

L'esprit du Code civil initial fait l'objet d'un témoignage admirable avec le *Discours préliminaire du Projet de Code civil* prononcé par Portalis. Ce texte est un texte de référence quant au rôle de la loi dans le gouvernement des hommes. Le Code civil s'y révèle inspiré par une idéologie conservatrice, et surtout, après l'épisode révolutionnaire, modérée. Il est mû par une volonté d'unité nationale et de croyance dans le droit naturel. Le législateur y montre prudence et humilité, voire scepticisme quant à la perfection de son œuvre.

L'esprit républicain de la Révolution habite cependant le Code. Le principe de la sécularisation s'exprime à travers la célébration obligatoire du mariage par l'officiel d'état civil. L'attachement à la liberté individuelle fonde l'article 1780 du Code civil, prohibant le contrat de travail perpétuel...

En dépit de cela, certaines règles et de nombreuses techniques de l'Ancien droit ont survécu à son abrogation. L'Ancien droit est en effet

officiellement abrogé par la loi du 30 ventôse an XII. Mais cette abrogation n'est pas intégrale : là où le Code ne régit pas, les règles anciennes subsistent. Par ailleurs, le droit ancien restait source d'inspiration pour les magistrats, car tout n'était pas mauvais dans ce droit, et nombre d'adages ont survécu au Code civil (tel « *Error communis facit jus* » : l'erreur commune, c'est-à-dire générale, fait le droit. L'idée est que lorsque tout le monde s'est trompé en fait, il n'y a pas erreur de droit), de même qu'un certain nombre de techniques (notamment en droit successoral).

Au final, le Code civil recueille le triple héritage de Rome, de la Monarchie et de la Révolution. Surtout, il exprime une recherche de l'ordre. Cet ordre est à la fois intellectuel, social, et moral. Intellectuel, car le Code va du plus simple au plus complexe : il y a un souci de clarté évident dans le Code civil initial. Social, car le Code repose sur trois piliers : la famille, la propriété et le contrat. Moral, car les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs sont prohibées.

On étudiera le *Discours* de Portalis, de façon méthodique, autrement dit point par point.

## **1° Présentation**

Portalis commence par présenter la charge qui était celle de la commission : « Un arrêté des consuls, du 24 thermidor dernier, a chargé le ministre de la justice de nous réunir chez lui, "pour comparer l'ordre suivi dans la rédaction des projets de Code civil publiés jusqu'à ce jour, déterminer le plan qui nous paraîtrait le plus convenable d'adopter, et discuter ensuite les principales bases de la législation en matière civile" ». Les conférences étant terminées, il peut exposer le fruit des travaux de la commission.

## **2° L'idée que la commission s'est faite de sa mission**

Le problème, expose Portalis, était d'établir une législation unique pour un territoire qui connaissait de multiples législations. Une idée de base est à retenir, c'est que « Les peuples conquis et les peuples demeurés libres ont toujours stipulé, dans leurs capitulations et dans leurs traités, le maintien de leur législation civile. L'expérience prouve que les hommes changent plus facilement de domination que de lois ». D'où la coexistence en France de multiples coutumes : « on eût dit que la France n'était qu'une société de sociétés. La patrie était commune ; et les États, particuliers et distincts : le territoire était un, et les nations diverses ». Or comment uniformiser autant de diversité, sans affaiblir l'autorité ? Mais il se trouve que la Révolution est passée par là. « On attaque tous les abus ; on interroge

toutes les institutions ». L'entreprise de destruction de la Révolution fait entrevoir la possibilité de réaliser cette uniformité dans la législation qui posait tant problème.

La commission replace donc son travail dans une perspective historique.

### **3° Code et crise politique : le bon moment pour faire un Code**

La commission fut préoccupée de cette question suivante : fait-on un bon code au sortir d'une Révolution ? « Toute révolution est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l'ancien gouvernement au nouveau ? Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales, éversives. On est emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens, d'écarter tous les mécontents. On ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique et général ; on cherche des confédérés plutôt que des citoyens. Tout devient droit public. (...) À chaque instant les changements naissent des changements, et les circonstances des circonstances. Les institutions se succèdent avec rapidité sans qu'on puisse se fixer à aucune, et l'esprit révolutionnaire se glisse dans toutes. Nous appelons esprit révolutionnaire, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'État ». Et Portalis d'ajouter : « Ce n'est pas dans un tel moment que l'on peut se promettre de régler les choses et les hommes avec cette sagesse qui préside aux établissements durables, et d'après les principes de cette équité naturelle dont les législateurs humains ne doivent être que les respectueux interprètes ».

Mais, précise Portalis, nous ne sommes plus exactement au sortir de la Révolution, dans la mesure où Napoléon Bonaparte a stabilisé le pays. S'ensuit alors un hommage obséquieux à celui qui a nommé la commission : « Aussi la rédaction du Code civil a d'abord fixé la sollicitude du héros que la nation a établi son premier magistrat, qui anime tout par son génie, et qui croira toujours avoir à travailler pour sa gloire, tant qu'il lui restera quelque chose à faire pour notre bonheur ».

La tâche de la rédaction d'un code civil n'en est pas moins immense, et la commission en fut bien consciente. Il faut tenir compte de l'expérience passée, car les lois civiles s'inscrivent dans le temps. C'est un passage très célèbre du *Discours* : « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les

lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ; qu'enfin, il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer d'un coup de génie et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un État ».

#### **4° Faut-il tout simplifier et tout prévoir ?**

« À l'ouverture de nos conférences, nous avons été frappés de l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout ». Or, dit Portalis, « Tout simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre ».

Quant à la simplification des lois, « Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite ». Et Portalis de prendre l'exemple de Rome, d'abord soumise à un régime simple, celui de la Loi des XII tables<sup>1</sup>, puis qui a connu une complexification croissante de son droit. Et de préciser : « Dans les États despotiques, où le prince est propriétaire de tout le territoire, où tout le commerce se fait au nom du chef de l'État et à son profit, où les particuliers n'ont ni liberté, ni volonté, ni propriété, il y a plus de juges et de bourreaux que de lois ; mais partout où les citoyens ont des biens à conserver et à défendre, partout où ils ont des droits politiques et civils, partout où l'honneur est compté pour quelque

---

<sup>1</sup> La loi des XII tables fut le premier droit écrit Romain, rédigé au Ve siècle avant notre ère.

chose, il faut nécessairement un certain nombre de lois pour faire face à tout. Les diverses espèces de biens, les divers genres d'industrie, les diverses situations de la vie humaine, demandent des règles différentes. La sollicitude du législateur est obligée de se proportionner à la multiplicité et à l'importance des objets sur lesquels il faut statuer. De là, dans les codes des nations policées, cette prévoyance scrupuleuse qui multiplie les cas particuliers, et semble faire un art de la raison même ». Dès lors, « Nous n'avons donc pas cru devoir simplifier les lois au point de laisser les citoyens sans règles et sans garantie sur leurs plus grands intérêts ».

Quant à la prévision, « Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir ». Tout prévoir est en effet impossible, et cela sur deux plans. Sur le plan matériel, il est trop de détails dans la vie pour que le législateur puisse penser à tout. Sur le plan temporel, la société évolue, lorsqu'un code est gravé dans le marbre. « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ». Ainsi, « Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges ».

## **5° L'office du législateur et celui du juge**

Pour Portalis, la répartition est claire : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ». D'où la présence dans le droit d'un réservoir de maximes, de jurisprudence (ensemble des décisions de justice) et de doctrine (œuvre des commentateurs) permettant de compléter la législation, qui ne peut tout prévoir. À cet égard, le reproche est souvent fait de l'excès de subtilités de la jurisprudence ; mais c'est que c'est lié à la nature humaine : « Doit-on accuser une classe particulière d'hommes de ce qui n'est qu'une maladie générale de l'esprit ? Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance parce qu'on manque de livres ; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire parce qu'on en a trop ». Le juste équilibre est en réalité extrêmement difficile à établir et délicat à garder, et au vrai n'est pas de la nature foncière de l'homme et d'une maladie générale des temps.

Il faut là s'arrêter sur un paragraphe du *Discours* : « Il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de la loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes ». À cela il faut rattacher l'article 4 du Code civil, aux termes duquel « 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 ». L'article 4 du Code civil, inchangé depuis sa création, prescrit au juge de juger même en cas de lacune, partielle ou totale, ou d'obscurité de la loi, faute de quoi il commettrait un déni de justice<sup>2</sup>. La question qui s'ensuit nécessairement est alors la suivante : faute de loi, ou faute de loi claire, comment juger ? Là, Portalis donne un petit guide de méthode au magistrat. Dans un premier temps, se référer à la jurisprudence, à une maxime, ou à une doctrine – s'il en existe sur le point litigieux. S'il n'en existe pas, si la question est véritablement nouvelle, alors, dans un second temps il faut s'en référer au droit naturel : « Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes ». Où l'on voit l'attachement de la commission, chargée pourtant d'établir du droit positif, au droit naturel. Mais où l'on voit aussi l'importance du rôle dévolu au juge. On est loin, avec Portalis, de cette idée révolutionnaire, exprimée par cette formule de Montesquieu, de juge « bouche de la loi ». Le juge n'est pas une machine à appliquer la loi automatiquement. Il doit faire œuvre de raison, et ce faisant, de fait, parfois aussi de création.

## **6° Le rôle spécifique du juge**

Loin de résumer le rôle du juge à celui d'une simple mécanique, Portalis en fait un acteur du droit éclairé : « Il est trop heureux que la nécessité où est le juge de s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir

---

<sup>2</sup> Selon l'article L.141-1 de Code de l'organisation judiciaire, « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

les questions qui s'offrent à lui, ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont 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, où le bacha peut prononcer comme il le veut, quand des ordres supérieurs ne le gênent pas, on voit les justiciables ne demander recevoir justice qu'avec effroi. Pourquoi n'a-t-on pas les mêmes inquiétudes auprès de nos juges ? C'est qu'ils sont rompus aux affaires, qu'ils ont des lumières, des connaissances, et qu'ils se croient sans cesse obligés de consulter celles des autres. On ne saurait comprendre combien cette habitude de science et de raison adoucit et règle le pouvoir ».

Mais Portalis distingue entre les matières criminelles et les matières civiles, en ce qui concerne la question de la nécessité de juger selon des lois existantes. En effet, il existe en matière pénale un principe dit de « l'interprétation stricte », qui consiste pour le juge à ne pas créer d'infraction. Si la loi pénale prévoit une infraction, le juge se doit d'appliquer la loi, sans oublier un autre principe fondamental, qui est celui, en droit français, de l'individualisation des peines. Donc contrairement à la matière civile, lorsque la loi pénale ne prévoit rien, il faut relaxer ou acquitter. La création d'une infraction relève de la loi, et non du juge. Du coup, c'est un fait, la matière pénale est plus prévisible que la matière civile.

Mais il est autre chose. C'est que la matière civile implique une relation entre deux citoyens, alors que la matière pénale implique le citoyen avec l'autorité publique. C'est pourquoi il est nécessaire de pacifier la relation civile entre deux citoyens, et c'est là que le magistrat joue à plein son rôle, y compris à défaut de loi. Sinon, c'est une guerre intestine sans fin. « L'arbitre apparent de l'équité vaut encore mieux que le tumulte des passions ». Au contraire, au pénal, « La volonté du public ne peut être représentée que par celle de la loi. Le citoyen dont les actions ne violent point la loi, ne saurait donc être inquiété ni accusé au nom du public. Non seulement alors on n'est pas forcé de juger, mais il n'y aurait pas même matière à jugement ». D'où l'insistance de Portalis à souligner la nécessité d'une jurisprudence civile, mais également celle de l'absence d'une jurisprudence pénale. Ce qui ne s'avère pas vrai, à la pratique. Il existe évidemment une jurisprudence pénale. Il y a des points qui méritent interprétation. Ainsi s'est posée la question du vol d'électricité. Le vol étant défini comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » (article 311-1 du Code pénal). Or l'électricité est-elle une chose ? Oui, a répondu la jurisprudence : le fait de tirer de l'électricité sur le compteur du voisin est donc bien un vol. De même, s'est posée la question du viol entre époux.



Longtemps, on a opposé l'infraction de viol<sup>3</sup> au devoir conjugal entre les époux. Autrement dit, il ne saurait y avoir de viol là où les relations physiques sont un devoir, le devoir dit conjugal. Pourtant, la jurisprudence a reconnu l'infraction de viol entre époux. Ainsi, la nécessité d'une interprétation de la loi, même au pénal, est une réalité.

## **7° L'interprétation de la loi**

Portalis distingue selon deux sortes d'interprétation : par voie de doctrine, et par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine « 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 ». Alors que l'interprétation par voie d'autorité « consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales ». Si la première est nécessaire, la seconde est prohibée. Pourquoi ? Pour deux raisons, une politique et une technique. La raison politique, c'est que « On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable ». La raison technique, c'est qu'il n'est pas du ressort de la loi de traiter le particulier, elle doit s'en tenir au général. « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats, et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude ».

Et Portalis d'insister sur la nécessité d'une jurisprudence, même si le législateur interagit avec elle : « Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence : il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois. Or,

---

<sup>3</sup> Aux termes de l'article 222-23 du Code pénal, « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».

c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ».

## **8° Le droit et les lois**

Portalis poursuit son *Discours* avec la distinction subtile du droit et des lois. « Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers. Le droit est moralement obligatoire ; mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte ; il dirige, les lois commandent ; il sert de boussole, et les lois de compas ».

Portalis distingue alors le droit naturel, qui est la raison universelle, et le droit des gens, qui recouvre les relations de peuple à peuple, autrement dit le droit international. Et à l'intérieur du droit des gens, il distingue encore le droit des gens naturel et le droit des gens positif, le premier faisant appel, en tant que droit naturel, à la raison universelle pour régler les relations de peuple à peuple, le second recouvrant les traités et coutumes régissant les relations de peuple à peuple.

S'ensuit une série de considérations techniques, concernant la répartition des matières, et la question de l'application de la loi dans le temps.

## **9° La matière des lois civiles**

Puis, comme il s'agit de présenter le Code civil, Portalis expose ce qui relève des lois civiles : famille, propriété, contrats. Mais au préalable il souligne la dimension historique des travaux de la commission. La question, en présence d'un droit coutumier fort, était de savoir s'il fallait faire table rase du passé ou au contraire intégrer les coutumes dans le nouveau Code. La réponse est claire : « Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire: les lois

doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices ». Ainsi, un juste équilibre entre tradition et nouveauté a été respecté.

## **10° Conclusion**

Portalis termine son discours par, d'une part, un attachement à la famille, et à cette figure dite « standard » du bon père de famille, qui doit guider le comportement de tous les hommes ; d'autre part, une profession de foi d'humilité : il sait qu'étant humaine, la commission n'a pas fait un travail parfait, mais qui présente l'avantage d'être perfectible par d'autres. Et le discours est signé des quatre membres de la commission, même si c'est Portalis qui l'a présenté oralement.

### ***Adde***

Le Code civil est l'exemple même de la codification au sens plein du terme, c'est-à-dire d'une entreprise de réforme de fond. Il existe néanmoins d'autres formes de codifications, qu'il convient de mentionner.

D'une part, la codification-compilation, qui est généralement l'œuvre d'un éditeur privé (en France, les deux grands éditeurs de codes sont Dalloz et Litec), et qui consiste à regrouper des textes existants autour d'un thème commun, pour des raisons de commodité pour les praticiens. C'est le cas du code des communes, par exemple.

D'autre part, la codification à droit constant. Celle-ci est l'œuvre de l'autorité, mais consiste à mettre régulièrement au goût du jour les textes qui constituent le code en question. C'est le cas, par exemple, du code de la consommation.

Le Code civil lui-même a connu bien des réformes depuis son adoption en 1804. Au vrai, plus grand chose ne subsiste des textes d'origine, ou alors, comme en droit des obligations, si le contenu subsiste, la numérotation d'articles a changé. De grandes réformes ont eu lieu notamment en droit de la famille dans les années 1960 (concernant les pouvoirs de la femme mariée, et donc l'égalité homme/femme), et 1970 (concernant la filiation et concernant le divorce), et plus récemment en 2005 avec l'ordonnance sur la filiation et en 2013 avec l'adoption de la loi sur le mariage pour tous. Le droit des obligations a également fait l'objet d'une grande réforme en 2016, et même si des textes fondamentaux sont restés intacts, leur numérotation a changé : tel l'article 1134, devenu article 1103, qui fonde la force obligatoire des contrats, ou encore l'article 1382, devenu article 1240, qui fonde le principe de la responsabilité civile.

L'enveloppe du Code civil demeure ainsi, mais plus grand chose de son contenu, ou alors sous une autre forme. Reste l'indéracinable article 544, qui définit la propriété. Mais c'est à peu près tout. Et jusqu'à quand...

Il ne faut pas minimiser non plus le rayonnement du Code civil français. D'une part parce qu'il a été adopté dans des pays francophones voisins, même partiellement, qui vivent globalement selon ce système, ainsi du droit belge ou du droit suisse. D'autre part, parce que les anciennes colonies françaises se sont également vues appliquer le Code civil, et il en reste des traces certaines. Le rayonnement du Code civil à l'étranger est donc bien réel. Qu'en restera-t-il à terme ? Nul ne le sait. Si l'on prend l'exemple du droit des contrats, partie du droit civil des obligations, un certain alignement sur les droits anglo-saxons a été retenu. Par exemple la notion de cause, typique au droit français, a disparu du Code civil, parce que les droits anglo-saxons ne connaissent pas cette notion, mais plutôt celle de « *consideration* », qui renvoie à une tout autre réalité. La cause, en droit français, c'était le motif, alors que la *consideration* renvoie plutôt à la contrepartie, l'une et l'autre comme condition de validité du contrat.

Au final, reste cette enveloppe qu'est le Code civil, qui a su s'adapter aux mœurs de son époque, et qui continue d'être « la Constitution civile de la France ».