

TD n°5 : LA CODIFICATION

Commentaire de l'extrait du *Discours préliminaire sur le projet de Code civil de Portalis, 1801*

Le mouvement de codification commence en France lors de la Révolution mais les premiers codes naissent avec Napoléon. Il nomme une commission chargée de rédiger le Code civil. Parmi Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville, il y a Portalis.

Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807) est un [avocat](#), homme d'État, [jurisconsulte](#), philosophe du [Droit](#) français, membre de l'Académie française et [Grand aigle de la Légion d'honneur](#). C'est un conservateur, rallié à Bonaparte. De plus, il est originaire de Provence où le droit y était mixte et écrit. En janvier 1801, le projet de Code civil est achevé. Les quatre livres du Code sont précédés du Discours préliminaire de Portalis qui expose les objectifs et les intentions des rédacteurs.

Dans notre extrait, Portalis explique qu'ils n'ont pas voulu par la rédaction d'un code, prévoir et régler toutes les situations juridiques possibles, mais plutôt exposer les grandes maximes du droit. D'où la place importante qu'il donne aux magistrats et jurisconsultes dans la production d'un droit par la jurisprudence qui tient lieu de loi. La jurisprudence est donc nécessaire à la loi.

Comment Portalis ménage-t-il la création d'un code, rassemblant toutes les lois qui puissent régler toutes les situations juridiques possibles, pour permettre à la jurisprudence d'avoir un rôle dans la juridiction ?

Portalis rappelle les intentions des rédacteurs du Code civil dans leur projet (I) et réaffirme ainsi l'importance de la jurisprudence dans la juridiction (II).

I. Les intentions du Code civil

Les intentions du Code civil se partagent entre l'envie de vouloir régler toute situation juridique ou celle de synthétiser le droit (A).

Les rédacteurs optent pour la seconde, faisant de la loi la maxime générale du droit (B).

A. Balance entre l'envie de vouloir tout régler ou bien de synthétiser

La codification est l'action permettant de procéder à un classement organisé et structuré des textes en un seul volume : un code. Une codification dite réelle donne naissance à une œuvre nouvelle, destinée à rassembler, fixer, clarifier, rénover, systématiser, unifier les règles relatives à une matière en les ordonnant en un nouveau corps de droit ayant valeur de droit. Le Code civil est une codification réelle.

L'intérêt de Napoléon à la création d'un Code civil était l'unification du droit français, et indirectement ainsi, l'unité du pays, sa réconciliation. L'idée était donc de concilier les sources d'inspiration juridique diverses, Ancien Régime et Révolution française, pour obtenir la réconciliation de la

société française (privilèges contre égalité). Le Code civil est donc une codification à partir de sources préexistantes : il est une œuvre de synthèse.

Ce nouveau Code civil doit donc à la fois unifier les règles mais aussi les fixer une bonne fois pour toute. Or on se trouve alors tiraillé entre l'envie de fixer et de clarifier la loi. Comment à la fois faire du Code un ouvrage clair et un ouvrage ultra-complet ? Si l'on veut faire du Code un recueil contenant toutes les lois qui puissent régler toutes les situations juridiques, alors on perd l'idée d'un Code qui soit une synthèse de la loi, un Code qui soit un outil simple d'usage. C'est la crainte de Portalis, lorsque celui-ci dit qu'un « code paraît toujours trop volumineux ».

Les rédacteurs n'ont pas opté pour l'idée de « vouloir tout régler et tout prévoir », mais pour la codification comme une synthèse, donnant à la loi le titre de maxime générale.

B. La loi comme maxime générale du droit

Dans la langue française, une maxime est une formule brève énonçant une réflexion d'ordre général. Dans le vocabulaire juridique, une maxime est un principe général du Droit.

Les rédacteurs du Code civil se sont donc bornés à unifier et assembler des principes généraux du droit, et ces principes font office de loi. Car il fallait à l'époque fixer à nouveau les principes généraux du Droit : la Révolution a bouleversé le droit de l'Ancien Régime, la rupture est totale sur le plan idéologique. Mais on trouve quand même une continuité sur le plan juridique avec la création d'un droit contemporain, mélange entre les traditions issues du droit romain et du droit coutumier, et les principes révolutionnaires.

Les rédacteurs du Code n'ont pas agi par flegme en limitant la loi à être une maxime générale. Ils ont ainsi affirmé ce que serait dès lors la loi et les principes du droit. Comme le dit Portalis, « 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 pas de descendre dans le détail de questions qui peuvent naître sur chaque matière. »

Apparaît à la fin de la citation un point troublant : si ce n'est pas la loi qui va régler « le détail de questions », qui donc et selon quel procédé va les résoudre ? Pour Portalis et ses confrères, c'est le rôle qu'ils vont confier à la jurisprudence.

II. L'importance de la jurisprudence

La jurisprudence est primordiale car elle est la pratique de la loi (A), et c'est cette importance qui fait d'elle la loi au même titre que les règles codifiées (B).

A. La pratique judiciaire

Le droit est une science humaine qui évolue avec la société. Or, « les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ». Les sociétés bougent, évoluent, sont en perpétuelles mutations. Les situations juridiques ne sont jamais les mêmes : circonstances, raisons, lieux, faits... « Quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ». Les lois écrites ne peuvent jamais tout prévoir ni tout régler. C'est pourquoi Portalis dit se garder de cette « dangereuse ambition ». Il est tout simplement impossible que le Code civil puisse tout prévoir, tout régler.

Comme les rédacteurs ont décidé de doter la loi d'un caractère de « maxime générale du droit », c'est donc la jurisprudence qui va régler « le détail des questions qui va naître sur chaque matière ». Ce sont les magistrats et les jurisconsultes qui font la jurisprudence par leur interprétation de la loi - article 4 du Code civil. D'où le rétablissement des juges professionnels, nommés par l'exécutif mais non amovibles afin de permettre leur indépendance. Connaissant le Code civil, donc ses lois et donc les principes généraux du droit, ils sont en mesure d'appliquer ses principes.

Par la répétition de la pratique judiciaire, la jurisprudence fait office de loi.

B. La jurisprudence faisant office de loi

La pratique judiciaire n'est pas à dissocier de la théorie, de l'application telles qu'elles des lois écrites, mais à mettre en parallèle.

Comme nous l'avons vu précédemment, la loi n'édicte que les principes généraux du droit. S'il serait sans doute désirable que toutes les matières puissent être réglées par des lois », cela n'est pas possible. D'où la jurisprudence qui interprète la loi et qui répond en cas de silence de la loi.

C'est pourquoi, selon Portalis, « les usages anciens, constants et bien établis (...) tiennent lieu de loi » car, comme c'est le cas pour la coutume, la pratique du droit est aussi importante que la loi.

La jurisprudence est donc aussi la loi au même titre que les règles écrites. Mais si elle n'est pas consignée dans le Code civil, elle n'en demeure pas moins justifiée dans ce discours et encadrée dans les articles du Code civil.