

## **La codification en Allemagne au XVIII<sup>e</sup> siècle Réflexions sur la codification d'hier et d'aujourd'hui \***

Valérie LASSERRE-KIESOW

*Allocataire de recherche*

RÉSUMÉ. — L'idée classique de codification repose sur un certain nombre de paradigmes à partir desquels la codification allemande de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et les grandes codifications du XIX<sup>e</sup> siècle ont été édifiées. À la fin du XX<sup>e</sup> siècle ces paradigmes semblent disparaître ou se transformer. De cette évolution la codification d'aujourd'hui est tributaire.

Codifier, recodifier, décodifier, pourquoi pas ne plus codifier ? Autrement dit, la codification ne tient-elle pas aujourd'hui d'un pari dépassé ? De la genèse de la codification au XVIII<sup>e</sup> siècle à l'avenir de la codification au XXI<sup>e</sup> siècle, des certitudes du passé apportées par l'histoire aux incertitudes de l'avenir, le champ historique et théorique invite à décrire l'identité des questions qui se sont posées au XVIII<sup>e</sup> siècle et qui se posent encore aujourd'hui en ce qui concerne la codification. Il s'agit donc d'évoquer un certain nombre d'idées caractéristiques de la codification, telle qu'elle a été conçue dans la codification allemande du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui sont autant de points d'une approche impressionniste du phénomène qui a dominé la vision moderne du droit et dont la légitimité intemporelle est aujourd'hui remise en cause : l'idée d'unification du droit, de réformation du droit, de systématisation du droit, de nationalisation, de politisation, de positivisation et de clarification du droit.

À la charnière du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècles trois grands codes ont paru, trois « étoiles » dit-on parfois, le code général pour les États prussiens de 1794, c'est-à-dire l'« *Allgemeines Landrecht für die königlich preussischen Staaten* » dont l'abréviation utilisée est ALR, le code Napoléon de 1804 et le code général de droit civil autrichien de 1811. C'est donc à l'Allemagne ou plutôt au Saint-Empire romain germanique de l'époque des Lumières qu'il faut laisser le mérite d'avoir révolutionné son système juridique et essayé pour la première fois un mode juridique correspondant à la modernité : la codification. Bien sûr l'ALR n'est ni l'œuvre d'un jour ni l'œuvre d'un prince et la ten-

\* Ce texte reprend la teneur d'une conférence prononcée au Centre de philosophie du droit à l'université de Paris II, le 4 mars 1997.

sion codificatrice dut être relevée à trois reprises en 1714, en 1746 et en 1780. Si l'initiative de faire un code confiée en 1714<sup>1</sup> par Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> à Christian Thomasius n'eut pas de suite<sup>2</sup>, le projet<sup>3</sup> élaboré par Samuel Cocceji entre 1749 et 1751<sup>4</sup> sur l'ordre de Frédéric II<sup>5</sup>, le grand Frédéric, resta inachevé<sup>6</sup>. Il fallut donc attendre 1780<sup>7</sup> pour qu'à la suite d'une catastrophe juridico-politique<sup>8</sup>, qui devait entraîner une réforme de la justice et des lois<sup>9</sup>, la codification soit remise à l'ordre du jour<sup>10</sup> par ce même prince. Mais c'est en dernière instance, malgré des soubresauts politiques attachés à la mort de Frédéric II<sup>11</sup> et grâce à l'opiniâtreté et à la stratégie de deux codificateurs, Carl Gottlieb Suarez et Johann Heinrich Casimir von Carmer<sup>12</sup>, que le code de droit prussien fut arraché aux résistances politiques et publié le 5 février 1794. L'importance de l'ALR comme codification originale de grande envergure ne doit pas néanmoins occulter d'autres codifications ou tentatives de codification certes jugées plus mineures mais non négligeables et réalisées dans les royaumes de Bavière<sup>13</sup> et d'Autriche à savoir : les trois codes de Bavière, le code de droit criminel de

<sup>1</sup> Cabinets-Ordre signifié le 18 juin 1714 à l'université de Halle et ordonnant la rédaction d'un code.

<sup>2</sup> La raison de l'échec de la codification se trouve dans l'échéance extrêmement proche qui avait été décidée à Berlin, c'est-à-dire trois mois. Il est tout à fait clair qu'un délai de trois mois pour une telle entreprise ne prenait pas en compte les mille difficultés que devait rencontrer celui qui dirigeait les travaux ; elle n'aurait pas laissé, même au plus courageux des hommes le plus petit espoir de mener à bien ce travail. Stintzing-Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbb. 1, 2. Neudruck der Ausgabe München, 1898, Aalen, Scientia, 1978, p. 101.

<sup>3</sup> *Project des Corpus Juris Fridericiani*

<sup>4</sup> La première partie portant sur le droit des personnes a été publiée en 1749, la deuxième, sur le droit des biens, en 1751.

<sup>5</sup> Cabinets-Ordre de Frédéric II du 30 déc. 1746 ordonnant à Samuel Cocceji de rédiger un « *Allgemeines Landrecht* » en allemand.

<sup>6</sup> Du fait de la perte, lors de l'expédition du manuscrit, de la troisième partie achevée en 1753. Sa mort survenant le 4 octobre 1755, Cocceji ne put mener son œuvre à bien.

<sup>7</sup> Cabinets-Ordre du 14 avril 1780.

<sup>8</sup> V<sup>o</sup> « Müller Arnold-Prozess », in *Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, hrsg. von Adalbert Erler u. Ekkehard Kaufmann, Bd. III, 1984, Berlin, p. 726-728. Il s'agissait d'une affaire judiciaire dans laquelle Frédéric II est intervenu par un acte souverain en faveur d'un emphytéote contre un noble. Cette immixtion du souverain dans la justice devait déclencher de vives critiques de la part des juges.

<sup>9</sup> Cet ordre de cabinet donna lieu en 1793 à une loi de procédure civile, l'*Allgemeine Gerichts-Ordnung*, qui est caractéristique d'un idéal absolu de procédure et, en 1785, à une loi sur les hypothèques qui servira de modèle pour l'évolution ultérieure du droit foncier allemand. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2. Auflage, 1967, p. 329.

<sup>10</sup> Un projet préparé par Carl Gottlieb Suarez, Johann Heinrich Casimir v. Carmer et Ernst Ferdinand Klein fut présenté au roi en 1785, « Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten », et offert en 1787 à la critique des juristes allemands et étrangers. Ce projet fut de nouveau travaillé par Suarez et Klein et sa publication était prévue pour le 1er juin 1792 sous le titre de « Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten ».

<sup>11</sup> C'est-à-dire la suspension le 18 avril 1792 par Frédéric-Guillaume II, sous la pression de la noblesse, du code qui devait être publié le 1er juin 1792.

<sup>12</sup> Franz Wieacker, *op. cit.*, p. 331.

<sup>13</sup> Par le prince électeur Maximilien-Joseph III et son vice-chancelier Aloysius v. Kreittmayr.

1751<sup>14</sup>, le code de droit judiciaire de 1753<sup>15</sup>, le code de droit civil de 1756<sup>16</sup>, le projet de code civil de Marie-Thérèse d'Autriche<sup>17</sup> amorcé dès 1753, achevé en 1766 et qui donnera lieu à une codification partielle réalisée en 1786 par son successeur Joseph II<sup>18</sup>, enfin le code pénal de Marie-Thérèse d'Autriche de 1768<sup>19</sup>.

Si le rôle de l'ALR est crucial dans l'histoire de la codification, c'est parce que l'élaboration de ce code est sous-tendue par une forte réflexion théorique sur la codification. En d'autres termes l'ALR correspond à la réalisation d'un certain nombre d'idées, qui jointes les unes aux autres, contribuent à définir l'expérience de la codification. Ces idées ou réflexions, qui concernent l'unification du droit, la réformation du droit, la systématisation du droit, la nationalisation, la politisation, la positivisation et enfin la clarification du droit, sont autant de points d'approche de la codification dont la combinaison est un signal de la genèse de la codification.

#### L'IDÉE D'UNIFICATION DU DROIT : DU MULTIPLE À L'UN

Systèmes juridiques à droits multiples, ainsi peut-on qualifier les ordres juridiques en vigueur dans les grands États ou dans les petits territoires constitutifs du Saint-Empire romain germanique au XVIII<sup>e</sup> siècle. Droit romain du *Corpus Juris Civilis*, statuts des villes, usages des tribunaux et coutumes provinciales, c'est en réalité une composition juridique bigarrée qui, appelant des règles hiérarchiques d'application, gérait la vie juridique des particuliers. Mais comment unifier ? Fallait-il unifier toutes les sources juridiques en une source unique comme le fera le code Napoléon ? La question ne s'est pas posée en ces termes dans la Prusse du XVIII<sup>e</sup> siècle. L'unification envisagée n'était que partielle mais double car elle comprenait non seulement la réunion dans un code des divers droits provinciaux particuliers du royaume de Prusse<sup>20</sup>, mais aussi l'unification du droit subsidiaire<sup>21</sup> dans un code basé sur le *Corpus Juris Civilis*<sup>22</sup>, que sera l'ALR. L'ALR avait donc vocation à s'appliquer de manière supplétive lorsqu'aucune coutume ou institution locale n'apportait de solution. Tels étaient les desseins de Frédéric II. Mais la réalité fut toute autre, parce qu'une fois la codification du droit subsidiaire réalisée par la publication de l'ALR, les droits provinciaux n'ont pas suscité le même en-

<sup>14</sup> *Codex juris criminalis Bavarici*.

<sup>15</sup> *Codex juris Bavarici judiciarii*.

<sup>16</sup> *Codex juris Maximilianeus Bavaricus civilis*.

<sup>17</sup> *Codex Theresianus*.

<sup>18</sup> *Josephinisches Gesetzbuch*. Ce code ne comprend que le droit de la famille.

<sup>19</sup> *Constitutio Criminalis Theresiana*.

<sup>20</sup> Article 2 du Cabinets-Ordre du 27 juillet 1780.

<sup>21</sup> L'article 2 du Cabinets-Ordre du 27 juillet 1780 énonce que le code général subsidiaire est la règle dans tous les cas qui ne sont pas résolus par les droits provinciaux.

<sup>22</sup> L'article 3 du Cabinets-Ordre de Frédéric II du 27 juillet 1780 déclare que le code de droit général (*Allgemeines Gesetzbuch*) doit se baser sur le *Corpus Juris Civilis* de Justinien parce que ce droit constitue le droit subsidiaire dans le royaume de Prusse, parce qu'il est le plus complet et parce qu'il est le plus conforme au droit de la nature et à l'équité dans la plupart de ses décisions.

gouement codificateur<sup>23</sup>, si bien que l'ALR est devenu *de facto* une source de droit prioritaire hormis dans les litiges concernant le droit de la famille et le droit des successions qui restaient le domaine de prédilection des droits provinciaux. Quant au royaume d'Autriche, l'unification du droit portait uniquement sur le droit romain appliqué par les différents tribunaux des différentes provinces donnant aussi lieu à une codification d'application subsidiaire. Du multiple à l'un, l'unification juridique qui est historiquement protéiforme, puisqu'elle se présente sous diverses variantes dans la réflexion juridique dès le XV<sup>e</sup> siècle, reste par ailleurs un problème qui ne perd pas de son actualité. La codification française s'efforce en effet aujourd'hui à nouveau d'unifier et plus précisément d'incorporer en un ensemble unique un certain nombre de sources du droit dispersées. Un regard vers le passé nous rappelle l'unification des coutumes, des ordonnances et des statuts qui a commencé à se réaliser de manière systématique au XVIII<sup>e</sup> siècle et ce même regard nous instruit d'une lancinante nécessité qui se renouvelle à un moment où, pour reprendre les termes de Guy Braibant, « le droit est arrivé à un degré de dispersion et de prolifération tel que cela n'est plus supportable »<sup>24</sup>. Qu'est donc devenue aujourd'hui l'unité que comportait originellement l'idée même de codification ? Il n'est que d'évoquer premièrement « la montée des lois spéciales, véritables micro-systèmes »<sup>25</sup>, c'est-à-dire l'assaut de la législation administrative en tant que facteur de démembrement de l'unité législative mais aussi et surtout les réalités sociales qui illustrent une production juridique infra-étatique. L'on pense ici au droit d'origine conventionnelle fondé sur un « espace de négociation permanente » dans des domaines économiques et sociaux mais aussi aux normes juridiques produites par les autorités administratives indépendantes. Ces différentes sources du droit sont les indices d'une structure de régulation juridique fondée non sur le paradigme de l'unité de l'ordre juridique mais sur le paradigme de la « pluralité de l'ordre juridique et d'instances de gestion normative »<sup>26</sup> ; elles battent en brèche la thèse moniste de l'unité de la production juridique étatique selon laquelle le droit et tout le droit doit découler de l'État. Pourtant selon A. J. Arnaud, «... tout cela n'est pas nouveau pour l'historien et encore moins pour le romaniste. Les notions de fragmentation de souverainetés (l'État n'est pas forcément au centre de la vie juridique), de pluralisme des sources (tout Droit n'émane pas de l'État), de polycentricité (tout Droit n'est pas nécessairement un système hiérarchisé de normes, de type pyramidal) étaient non seulement bien vivantes, mais encore très fertiles avant que la philosophie « moderne » ne donne à notre Droit l'aspect que nous lui connaissons, et qui s'effrite chaque jour davantage »<sup>27</sup>. En effet, que la codification fût unificatrice, supposait logiquement qu'elle fût centralisatrice, c'est-à-dire qu'elle constituât le centre de la production du droit. Cette idée qui se réalisa pleinement dans la codification du XVIII<sup>e</sup>

<sup>23</sup> Seuls quelques droits provinciaux ont été codifiés dans l'est de la Prusse en 1801 et en 1802.

<sup>24</sup> Guy Braibant, « Utilité et difficultés de la codification », in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 24, 1996, p. 63.

<sup>25</sup> Alain Viandier, « La crise de la technique législative », in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 4, 1986, p. 79.

<sup>26</sup> V<sup>o</sup> « Régulation sociale », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1988, Paris-Bruxelles, LGDJ-Story Scientia, p. 350.

<sup>27</sup> André-Jean Arnaud, « L'éternel retour ou les rémanences en droit, de la paix romaine à l'unité européenne », in *Rechtshistorisches Journal*, 12, 1993, p. 295-296.

siècle, l'ALR ayant consacré le principe absolu de la souveraineté du législateur proclamé par les Lumières, a été remise en cause non seulement par les codifications du XIX<sup>e</sup> siècle qui ont pris en compte le rôle indispensable du juge mais aussi par l'éclatement du centre législatif depuis la première guerre mondiale et enfin par l'hétérogénéité caractérisant la société moderne.

### L'IDÉE DE RÉFORMATION DU DROIT : DE LA FORME À LA RÉFORME

Si l'idée de réforme participe sans aucun doute dans notre sens juridique commun de l'idée de codification, la codification allemande du XVIII<sup>e</sup> siècle illustre le principe de l'évolution de la codification-compilation à la codification-innovation. Les premiers codes du XVIII<sup>e</sup> siècle étaient délibérément compilatoires. Le code civil bavarois, par exemple, présentait le droit positif composé du droit romain, des lois du Reich, des statuts, des usages des tribunaux, des coutumes en une sorte de réédition des recueils élaborés depuis la réception du droit romain. Mais, dès 1753, en Autriche, Marie-Thérèse donnait à son entreprise codificatrice un principe tendant vers la réforme puisqu'il s'agissait de mettre en harmonie les différentes solutions de droit romain non seulement entre elles mais aussi avec le droit de la raison<sup>28</sup>. Or harmoniser c'est déjà réformer. Quant à la Prusse, la codification devait s'attacher à adapter le droit romain au temps présent<sup>29</sup>. Or adapter, c'est déjà réviser. En fait, si l'ALR s'est fondé sur la structure sociale de l'Ancien Régime, puisque l'abolition des privilèges n'aura lieu qu'en 1807, il a aussi proposé un véritable programme constitutionnel<sup>30</sup> et social. D'une part en protégeant certains droits et libertés des citoyens contre les atteintes de l'État<sup>31</sup>, idée empreinte des théories de l'École du droit naturel et surtout de Samuel Pufendorf et de Christian Wolff<sup>32</sup> et d'autre part en construisant un véritable partage des pouvoirs

<sup>28</sup> Franz Wieacker, *op. cit.*, p. 335.

<sup>29</sup> L'article 4 du Cabinets-Ordre du 27 juillet 1780 énonce que le code de droit romain doit exclure tout ce qui se rapporte aux relations incompatibles avec la constitution actuelle, comme la théorie de l'esclavage et des droits du patron sur ses clients et ses affranchis ; tout ce qui concerne l'État, la guerre, la religion, la constitution et les tribunaux romains, tout ce qui se fonde sur la manière de penser, les préjugés, les mœurs, les coutumes et les usages de ce temps ou sur les subtilités et les chimères des anciens sophistes ou de la philosophie religieuse, ainsi que les prologues et les introductions aux lois, proluxe et inutile bavardage, de même les motifs des lois qui se trouvent dans d'autres lois et qui ne conviennent pas.

<sup>30</sup> L'ALR est souvent qualifié de véritable constitution, de loi fondamentale ou de *Grundgesetz*. Ce code pose en effet « les principes d'une nouvelle constitution fondée sur un contrat social conclu par les citoyens afin de construire une société civile et dans laquelle la société civile a transmis au souverain le pouvoir de l'État. Il s'agissait donc d'une monarchie absolue puisque tous les pouvoirs étaient rassemblés entre les mains du souverain, mais tempérée par la soumission de ce dernier à la loi fondamentale d'après laquelle le but de l'État résidait dans le bien-être de la communauté et des individus ». Hermann Conrad, *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates*, Berlin, Walter de Gruyter & CO, 1965, p. 12.

<sup>31</sup> ALR, introduction, §§ 74-81 « les relations de l'État et de ses citoyens », 2e partie, titre 13, §§ 1-18 : « Des droits et des devoirs de l'État ».

<sup>32</sup> Hans Voltolini, « Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des 18. Jahrhunderts », in *Historische Zeitschrift*, 105, 1910, pp. 77, 79-80, 82.

économico-politiques entre les états<sup>33</sup>. La réformation du droit par les codes était alors soutenue par l'idée de perfection matérielle de la loi qui devait trouver son exécution dans la justesse et la justice des institutions et des solutions juridiques qu'elle consacrait. C'était l'idéal d'une loi sage, juste, d'une loi qui se fonde sur la raison et c'est justement cette rationalité, caution au XVIII<sup>e</sup> siècle du bien, du juste et du progrès, et servant de légitimation et de fondement ontologique pour le droit, qui a été anéantie par la modernité. Il a fallu se rendre compte que rien ni personne n'est susceptible de définir ce qui est juste, ce qui est sage, ce qui est raisonnable. La notion même de démocratie, qui a choisi d'ignorer la transcendance, contient en son sein la relativité de tous les modes de pensée. La vérité a disparu parce qu'elle s'est démultipliée. Dans la diversité des intérêts moraux, économiques et sociaux légitimes, où se trouve le meilleur, où se trouve le pire ? Il ne s'agit pourtant pas d'une consécration du nihilisme au nom d'une relativité généralisée mais il faut distinguer deux niveaux. En pratique, la multiplication des possibilités ne porte pas atteinte à la formation d'un consensus social et à la prise de décision. Mais ni la législation, ni la codification par conséquent, ne répondent plus à des exigences éthiques de perfection, de morale, de sagesse ou de raison, telles qu'elles étaient envisagées par les codificateurs du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècles, ni à l'espoir de modéliser une nouvelle société à partir de nouvelles valeurs, à l'image par exemple du code civil français qui a promu la liberté et l'égalité. La part de la réforme dans la codification a d'ailleurs évolué depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle. Bien que l'on puisse théoriquement toujours nier qu'une codification puisse ne consister de manière absolue qu'en une réforme dans la mesure où dans une construction de l'esprit rien ne surgit de rien, il n'est pas trop osé de dire que la réforme dans la codification n'est pas autre chose que le refus absolu de la compilation systématique et que l'inclinaison de l'esprit vers une possibilité d'innovation et non vers une innovation systématique. C'est ainsi que l'entreprise de codification au XVIII<sup>e</sup> siècle a été en quelque sorte un lit de Procuste pour une innovation dont la nécessité historique était et reste indéniable. Les grandes réformes de sociétés dépassées, la question de la relation entre la codification et la réformation subsiste néanmoins : la véritable codification n'est-elle pas essentiellement réformatrice comme elle le fut originairement dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, la forme codale n'entraîne-t-elle pas automatiquement réforme ? Pourtant l'alternative liée à un jugement de valeur entre codification comme codification authentique et vraie et compilation comme codification dégénérée ou avortée peut aujourd'hui sembler artificielle<sup>34</sup>, l'idée même de

<sup>33</sup> Gynther Birtsch, « Die preussische Sozialverfassung im Spiegel des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794 », in *Das preussische Allgemeine Landrecht. Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen*, hrsg. von Jörg Wolff, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1995, p. 134.

<sup>34</sup> Les frontières de la compilation sont floues. Hormis le cas d'une compilation absolue, c'est-à-dire de la mise à la suite de textes dispersés, la technique de la compilation a des effets réformateurs. Par exemple la codification de la Commission supérieure de codification qui ne doit pourtant pas mêler à cet effort « une réforme du fond du droit », innove dans la mesure où « le codificateur apportera une série de modifications de forme pour adapter le texte à la nécessité de la compréhension ou de la cohérence des textes codifiés », où il va s'assurer « de la validité des normes qu'il codifie... » et «... de la conformité des dispositions du futur code à la constitution et aux engagements internationaux de la France, y compris, au premier chef, au droit communautaire... » et où la codification a pour objet « de classer les textes [p. 215-231]

codification-réforme étant par exemple en pratique remise en cause dans la codification française actuelle puisqu'elle se trouve annexée à une codification à droit constant suivant l'idée actuelle que codifier n'est pas modifier et que la réforme viendra après la forme. Que la réforme ait effectivement lieu à l'issue de la première phase de la codification de la Commission supérieure de codification ne doit pas aveugler sur l'évolution des nécessités et des paradigmes en ce qui concerne la codification.

### L'IDÉE DE SYSTÉMATISATION DU DROIT : LA TOTALISATION DES CONNAISSANCES

Ordonner, structurer, englober l'ensemble du droit comme un tout juridique dans un même ouvrage, tel était l'idéal de la construction rationnelle qui était au cœur de la réflexion sur la codification au XVIII<sup>e</sup> siècle. D'une part parce que ce siècle des Lumières s'adonnait à la systématisation du savoir, confiant envers la puissance de l'entendement humain et de la rationalité et fort d'une pensée encyclopédique visant à rassembler l'universalité de la connaissance dans des monuments du savoir. D'autre part parce que, dans le domaine juridique, l'École du droit naturel du XVII<sup>e</sup> siècle, qui s'est développée parallèlement à la mathématisation du droit, notamment sous l'impulsion de Pufendorf et de Wolff, avait, elle aussi, présenté son idéal de systématisation<sup>35</sup>. La tension systématique dont il est ici question concerne la structure donnée à la codification ; c'est de la systématisation des codes dont il s'agit et non de la systématisation des institutions juridiques de ces mêmes codes. La codification allemande étant au XVIII<sup>e</sup> siècle fondée sur le droit romain, il est théoriquement raisonnable de penser que c'est la structure des *Institutes* de Justinien en trois parties, les personnes, les biens et les obligations, qui a séduit les codificateurs de cette époque. C'est en effet le cas pour le code civil de Bavière et pour le projet de code prussien de 1749. Mais l'ALR ne s'est pas aligné sur ce classicisme et lui a préféré un ordonnancement d'un genre nouveau inspiré de Pufendorf<sup>36</sup> et selon lequel les institutions juridiques s'inscrivaient dans une reproduction structurée de la réalité sociale différenciée<sup>37</sup>. La première partie de l'ALR présentait les institutions juridiques du droit des biens concernant l'individu<sup>38</sup>. Quant à la deuxième partie plus composite, titrée « Les associations », elle décrivait successivement<sup>39</sup> les relations juridiques familiales, les relations dans les communautés, dans les corporations, dans les états (c'est-à-dire la paysannerie, la bourgeoisie et la noblesse), et enfin les relations

dans un sens logique... », *Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires* (JO, 5 juin 1996, p. 8263 et s.), 2.1.1. et 2.1.2.

<sup>35</sup> Gerhard Dilcher, « Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht », in *Juristenzeitung*, 1969, p. 2.

<sup>36</sup> Franz Wieacker, *op. cit.*, p. 332.

<sup>37</sup> Günther Birtsch, *op. cit.*, p. 135.

<sup>38</sup> Comprenant notamment les manières directes d'acquérir la propriété, les manières indirectes d'acquérir la propriété, l'acquisition de la propriété entre vifs, par la succession, par l'intermédiaire d'un tiers, la conservation et la perte de la propriété, l'exécution des obligations, la propriété commune, la propriété divise, les droits personnels et réels sur les choses d'autrui.

<sup>39</sup> Dans les neuf premiers titres.

juridiques impliquant l'État dans ses relations avec les citoyens <sup>40</sup> concernant par exemple, l'Église, le service de l'État, les écoles, la fiscalité. Telle était la systématisation détaillée qui dominait l'ALR. Mais cet esprit de système qui s'est essayé dans la structuration minutieuse de ce code et sur la base d'une ampleur encyclopédique, puisqu'il comprenait près de 20 000 paragraphes et des matières variées, le droit civil, le droit pénal, la procédure pénale et le droit public, nous rappelle que les encyclopédies sont décidément devenues trop petites <sup>41</sup>.

#### L'IDÉE DE « NATIONALISATION DU DROIT » <sup>42</sup> : LA MORT DU DROIT COMMUN EUROPÉEN

La codification allemande du XVIII<sup>e</sup> siècle est le produit d'une ambiguïté. Si elle se fonde sur le droit commun, c'est-à-dire sur le droit romain, elle amorce aussi la culture de l'identité juridique nationale <sup>43</sup>. La rédaction et la publication de l'ALR en allemand <sup>44</sup> et sa conséquence, l'éveil du langage juridique allemand <sup>45</sup>, est l'illustration d'une réaction de rejet d'une langue étrangère <sup>46</sup>, la langue latine. Doit-on déceler dans la dislocation de l'Europe juridique du droit commun, liée aux codifications nationales, un héritage de la théorie de l'esprit des lois de Montesquieu, c'est-à-dire la prise de conscience par les États de leur identité juridique nationale <sup>47</sup> ? Quoi qu'il en soit le patriotisme juridique et l'éclosion du droit national sont intrinsèquement liés au caractère

<sup>40</sup> Dans les onze titres suivants.

<sup>41</sup> Rainer Maria Kiesow, « Das Auge, das alles sieht,... », in *Rechtshistorisches Journal*, 14, 1995, p. 399.

<sup>42</sup> Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht. 1800 bis 1914*, München, Verlag C.H. Beck, Bd. II, 1989, p. 1-2. Olivier Beaud, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 14, 1991, p. 9.

<sup>43</sup> Déjà à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, « Christian Thomasius donnait non seulement des cours de droit privé allemand à l'université mais il fut aussi, au grand effroi de ses collègues, le premier professeur de droit à rompre avec la langue latine comme langage des savants et des allocutions, dans lequel, selon lui, on ne pouvait s'exprimer que d'une manière artificielle par des formules vides qui ont été transmises et qui traduisent des pensées fausses. Il organisa même pour ses auditeurs des exercices de style afin de remédier aux lourdeurs de leur expression allemande ». Walther Merk, *Werdegang und Wandlungen der deutschen Rechtssprache*, Marburger Akademische Reden, Marburg, Eiwert'sche Buchhandlung, 1933, p. 71. Stintzing-Landsberg, *op. cit.*, Abt. 3, Halbb. 1, p. 74, 79. De même lorsque Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> voulut entreprendre une œuvre réformatrice, comme il le déclara dans un ordre du 21 juin 1713 concernant l'amélioration de la justice, il confia à Thomasius, par un ordre du 18 juin 1713, signifié à la faculté de Halle, la direction de l'ensemble des travaux, le droit de décider en cas de doute et le soin de travailler à l'unité et à la compréhensibilité du style allemand. Stintzing-Landsberg, *op. cit.*, Abt. 3, Halbb. 1, p. 100.

<sup>44</sup> L'article 8 du Cabinets-Ordre du 27 juil.1780 déclare que « l'exposé doit être fait dans la langue allemande... ».

<sup>45</sup> Hans Hattenhauer, « Einführung », in *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794, mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert*, Neuwied, Kriftel, Berlin, Luchterhand, 1970-1973, p. 21.

<sup>46</sup> C'est en effet l'époque de Goethe, de Wieland, de Herder,... où la langue nationale prend conscience d'elle-même.

<sup>47</sup> Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 6.



territorial de la codification. C'est pourquoi Savigny, le célèbre romaniste, a refusé d'enseigner à l'université de Berlin le droit de l'ALR pour cette raison que l'université se devait d'enseigner un droit valable au-delà des frontières du territoire où elle se situe <sup>48</sup>. Du nationalisme à l'universalisme, le code Napoléon a certes passé les frontières et pénétré les systèmes juridiques étrangers mais sans parvenir à endiguer, fût-ce un siècle plus tard, les codifications spécifiquement nationales des pays où le code impérial avait été en vigueur <sup>49</sup>. Aujourd'hui cette spécificité nationale et territoriale de la codification que l'on peut aussi caractériser par le terme d'étatisme juridique, participe en très grande partie de la remise en cause de la légitimité de la codification, d'une part au niveau européen, d'autre part au niveau mondial.

En effet premièrement la codification globale visée par l'État qui devrait construire un système de codes reste en marge de la production juridique européenne. Si l'on se rappelle l'annonce de Jacques Delors prévoyant que 80 % des règles de droit applicables dans les États membres sont appelées, à terme, à provenir de l'Union européenne, selon une formule de M. Oppetit, « on voit mal quelle peut être alors la signification d'une codification opérée dans le cadre national » <sup>50</sup>. Même si des doutes sont émis sur la possibilité pour l'Europe de réussir là où les États ont échoué, notamment en considération des problèmes inextricables de l'harmonisation du droit, la codification ne peut être élaborée aujourd'hui en France qu'à un degré d'internalité qui laisse augurer de son inadéquation à la société juridique européenne et mondiale qui ne laissera pas d'être de plus en plus frappante. Même si certains médecins du droit, tel R. Zimmermann, préconisent pour l'Europe un retour aux fondations romaines, une réhabilitation pour le XXI<sup>e</sup> siècle du droit commun de l'Europe en vigueur jusqu'aux codifications du XVIII<sup>e</sup> siècle <sup>51</sup>, cette école, qui mise sur l'action concertée de l'histoire du droit et du droit comparé en vue de la construction d'un droit commun européen <sup>52</sup>, semble oublier que l'avenir ne se trouve pas dans le passé <sup>53</sup>. Il est vrai cependant qu'entre le *Ius Commune* et l'Europe juridique de l'Union Européenne, la codification, telle qu'elle fut pensée au XVIII<sup>e</sup> siècle comme une exaltation juridique patriotique et nationale, s'est interposée sur le fondement d'un paradigme, qui aujourd'hui constitue un obstacle à l'idéal d'une Europe juridique.

<sup>48</sup> Helmut Coing, « Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft », in *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, hrsg. von Dieter Simon, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1982, p. 154.

<sup>49</sup> « On a aujourd'hui déchanté de l'universalisme d'un code : un code est un phénomène national, lié à une identité et à une culture nationale », Philippe Malaurie, « Rapport de synthèse », in *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 207.

<sup>50</sup> Bruno Oppetit, « L'avenir de la codification », in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 24, 1996, p. 78.

<sup>51</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town/Wetton/Johannesburg, Juta & Co. Ltd, 1990. Compte-rendu de cet ouvrage par Joachim Rückert : « Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung », in *Rechtshistorisches Journal*, 11, 1992, p. 122-144.

<sup>52</sup> Wolfgang Wiegand, « Back to the future ? », in *Rechtshistorisches Journal*, 12, 1993, p. 283.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 284.

En deuxième lieu, des chiffres invitent à réfléchir à l'impact de la mondialisation de l'économie sur le droit : les investissements à l'étranger qui « deviennent le vecteur privilégié du développement des firmes et de l'internationalisation des économies » atteignent 315 milliards de dollars, c'est-à-dire 1 575 milliards de francs<sup>54</sup>. Les chiffres économiques parlent pour le droit ; « mondialisation économique et mondialisation juridique »<sup>55</sup> se font de concert. S'il est historiquement tout à fait connu que les codifications du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècle étaient en réalité très prosaïquement au service d'une nécessité économique mise en branle avant même qu'on eût codifié<sup>56</sup>, le développement d'une économie d'espace mondial détruit la distance entre internalité et externalité puisque la masse des échanges sous le rapport de l'externalité est d'autant plus digne d'être considérée qu'elle est énorme et indispensable aux États. La codification comme mode juridique qui correspondait au XVIII<sup>e</sup> siècle et au XIX<sup>e</sup> siècle à des États homogènes économiquement, politiquement et territorialement ne peut pas pourvoir aux nécessités juridiques à l'échelle mondiale parce que l'économie ne connaît pas de frontières, parce que le capital n'a jamais laissé clôturer ses vœux à l'intérieur des frontières nationales<sup>57</sup>. Si au XIX<sup>e</sup> siècle « la critique de la codification se rattachait à l'idée de l'universalité des usages du commerce », si « déjà dans le discours préliminaire du projet de code, on notait que les lois commerciales avaient une influence plus universelle (c'est-à-dire internationale) que les lois civiles parce qu'elles devaient être en harmonie avec les usages du commerce dans leur aspect le plus général »<sup>58</sup>, l'internationalité du droit commercial qui a certainement concouru à l'essor du droit comparé était un horizon vu de l'intérieur, c'est-à-dire vu de l'État. Le changement de paradigme d'un horizon universel inter-national à un mondialisme englobant tous les États, c'est-à-dire globalisant, n'est pas neutre en ce qui concerne l'avenir de la codification.

La codification du droit commercial au XIX<sup>e</sup> siècle pouvait certes se fonder sur l'espoir d'intégrer les évolutions et les solutions des droits voisins et principalement européens afin de créer un ordre juridique trans-national en intégrant la *lex mercatoria*, mais aujourd'hui les enjeux sont tout autres puisque d'une part l'univers ne se cantonne plus à l'Europe, que d'autre part la globalisation ne concerne pas seulement le droit du commerce mais aussi le droit du travail, le droit de l'environnement et qu'en troisième lieu la *lex mercatoria* se caractérise par la flexibilité qui convient à un droit de valeurs et de principes s'opposant à une codification des normes juridiques du droit économique (Unidroit 1994) qui relèverait plutôt d'un droit de structures et de normes<sup>59</sup>. Si la mondialisation qui implique un mode juridique dépolitisé, polycentrique et dynamique illustre une crise non de l'État de droit mais du droit de l'État, c'est parce que l'étatisme

<sup>54</sup> *Le Monde*, vendredi 24 janvier 1997, p. 17.

<sup>55</sup> D'après le titre d'un article de Marie-Anne Frison-Roche « Mondialisation économique et mondialisation juridique », paru dans *Le Monde*, jeudi 12 décembre 1996.

<sup>56</sup> Pio Caroni, « Das entzauberte Gesetzbuch », in *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 41, 1991, p. 257-258.

<sup>57</sup> Gunther Teubner, « Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus », in *Rechtshistorisches Journal*, 15, 1996, p. 259.

<sup>58</sup> Jean Hilaire, « Droit du commerce et influences européennes dans le système juridique français », in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 14, 1991, p. 45.

<sup>59</sup> Gunther Teubner, *op. cit.*, p. 282.

juridique est déphasé, découplé par rapport au champ économique mondial, c'est-à-dire global. À la globalisation des échanges économiques ne peut répondre qu'une globalisation juridique parallèle et non une codification étatique politique, monocentrique et statique sur le modèle des codifications des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles. Un monde sans État, les forces centrifuges d'une société civile mondiale, l'autonomie relative de certains secteurs par rapport à l'État national mais aussi à la politique internationale, l'existence d'un ordre juridique mondial global, sont les termes utilisés par Gunther Teubner<sup>60</sup> qui permettent de caractériser la globalisation du droit et de comprendre l'informalité-spontanéité de la régulation juridique qui en découle. Ici, l'on parle de la globalité du discours des droits de l'homme, là, d'une *lex sportiva internationalis* : la mondialisation comme paradigme de la post-modernité recouvre une réalité mise en place au XX<sup>e</sup> siècle mais correspond surtout à une théorie qui visualise un monde fragmenté en systèmes. La globalisation dont il s'agit n'est pas l'utopie d'une unité à l'échelle mondiale mais un mode de différenciation fonctionnelle à l'échelle mondiale. En ce qui concerne le droit, il semble, selon cette théorie, s'être translaté du système politique à un système autonome par rapport à la politique et qui se reproduit lui-même. Selon Luhmann, la raison de cette distance à la politique est due au fait que la liaison structurelle entre le système juridique et le système politique réalisée dans les constitutions ne trouve pas de correspondance au niveau de la société mondiale<sup>61</sup>. La morale de cette évolution se trouve dans la représentation, face à une politique régionale, d'un droit multinational qui répond aux problèmes économiques mondiaux par des structures de cabinets d'avocats multinationales et des recours à l'arbitrage. Finalement Ehrlich, le maître de la pensée juridique sociologique du début du XX<sup>e</sup> siècle, n'avait fait que prophétiser en déclarant que le point crucial de l'évolution du droit ne réside ni dans la législation ni dans la jurisprudence mais dans la société elle-même. Comme le remarque Teubner, le droit vivant auquel faisait allusion Ehrlich n'est pas superposable à la procédure de globalisation appliquée au droit actuellement qui, elle, se distingue par son caractère dramatique. Le droit mondial se développe non au centre des institutions nationales et internationales mais à la périphérie à partir de la société et des zones de contact entre les différents systèmes de la société<sup>62</sup>, c'est-à-dire de l'économie, de la culture, de la science et de la technique. À l'unité du droit symbole de l'identité nationale et en même temps d'une justice universelle<sup>63</sup> se substituerait ainsi la variété des sources juridiques. Voilà présentée la thèse de Teubner qui, en identifiant le phénomène juridique dans un niveau global sans recours à un droit national ou international et participant dans une certaine mesure à la déconstruction actuelle de l'idée de codification, permet de visualiser clairement les fondements de l'ère de la codification amorcée au XVIII<sup>e</sup> siècle en Allemagne, c'est-à-dire l'ère de la balkanisation du droit<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Gunther Teubner, *op. cit.*

<sup>61</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, p. 582.

<sup>62</sup> Gunther Teubner, *op. cit.*, p. 261.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>64</sup> Rainer Maria Kiesow, « Gibt es Fehlurteile ? Fünf Impressionen und ein Rätsel », in *Error Iudicis. Rechtsprechung. Materialien und Studien. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1998.

L'IDÉE DE POLITISATION DU DROIT :  
LE DERNIER MOT DU LÉGISLATEUR

La codification allemande du XVIII<sup>e</sup> siècle correspond à une transition dans laquelle le droit prend son autonomie par rapport au juge pour devenir l'affaire de la loi c'est-à-dire l'affaire de la politique<sup>65</sup>, c'est pourquoi le code comme la loi ne sont jamais politiquement neutres ; corrélativement le juge gagne son indépendance par rapport au souverain. Cette évolution s'explique par deux objectifs, d'une part la limitation du pouvoir du souverain sur la justice concrétisée par le retrait de la justice hors de la sphère politique et d'autre part la soumission des juges à la loi du souverain<sup>66</sup>, ces deux tendances s'inscrivant dans une logique de séparation des pouvoirs selon laquelle le juge ne doit point être législateur, ni le législateur juge<sup>67</sup>. L'indépendance du juge par rapport au souverain consistait en l'interdiction pour ce dernier de s'immiscer dans les procès<sup>68</sup> et marquait le passage de l'absolutisme du souverain à l'État constitutionnel<sup>69</sup>. Mais cette interdiction dont il avait été question au cours de la codification prussienne n'a pas été conservée dans l'ALR par suite de la résistance de la noblesse. Quant à la soumission des juges à la loi, faisant écho à la maxime des Lumières : « les lois doivent régner et non les hommes », elle était conçue comme le palladium de la liberté des citoyens et impliquait non seulement un champ d'interprétation restreint, inexistant même pour le juge, mais aussi une formulation casuistique de la loi<sup>70</sup>. L'obligation pour le juge de recourir à l'interprétation authentique d'une commission des lois en cas d'incertitude<sup>71</sup> et la précision extrême de l'ALR avaient donc pour but de servir l'absolutisme législatif en vue de protéger les citoyens. Mais la commission des lois n'a pas vécu longtemps, l'obligation d'en appeler à son interprétation ayant été levée en 1798<sup>72</sup>. Cette obligation faite au juge était accompagnée d'une interdiction<sup>73</sup> de fonder sa décision sur la doctrine ou sur d'anciennes sentences des tribunaux et vouait aux gémonies toute construction juridique ou interpolation des jurisconsultes honnis. Mais la vanité des commentaires liée à la codification s'était déjà illustrée auparavant par

<sup>65</sup> Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1986, p. 14.

<sup>66</sup> Pour que le principe de la liberté puisse remplacer l'arbitraire, il fallait que la théorie conçoive que le règne des lois supplante le règne des princes, que les lois correspondant à un commandement individuel des monarques se transforment en des règles obligatoires générales et que l'Imperium universel se dissolve dans un système de pouvoirs séparés qui se freinent mutuellement, Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 2.

<sup>67</sup> Helmut Coing, *op. cit.*, p. 31.

<sup>68</sup> Interdiction des *Machtsprüche* ou actes souverains.

<sup>69</sup> Regina Ogorek, *op. cit.*, p. 13.

<sup>70</sup> Il ne s'agit pas de la casuistique comprise dans le sens de l'étude d'un *casus* comme c'était le cas dans le digeste. Contrairement au digeste, l'ALR était une œuvre normative, une loi imposant ses règles de droit. La casuistique caractérisant l'ALR se détermine principalement par rapport aux codifications du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment les codifications française, autrichienne et allemande qui ont cherché explicitement à formuler des règles générales.

<sup>71</sup> ALR, *Einführung*, § 47.

<sup>72</sup> *Cabinets-Ordre* du 3 août 1798.

<sup>73</sup> Formulée au § 6 de l'introduction de l'ALR.

l'interdiction du commentaire dans le projet de code prussien de 1749<sup>74</sup> et l'édition publique d'un commentaire rédigé par le codificateur Kreittmayr en annexe du code civil de Bavière. Quant à la formulation casuistique de l'ALR qui tendait probablement moins à la réalisation théorique d'un code complet fondé sur un verrouillage des lacunes<sup>75</sup> qu'à l'anéantissement du pouvoir arbitraire des juges, elle devait constituer le principal obstacle au développement d'une science juridique. C'est pourquoi par exemple Savigny, quoique privilégiant avec conviction la théorie pandectiste, se désolait de la disharmonie entre la théorie juridique fondée sur la réflexion scientifique pandectiste et la pratique juridique se référant à l'ALR<sup>76</sup>. Mais plus généralement la casuistique de l'ALR s'inscrivait dans l'idée de radier du droit toutes les contradictions qui sont autant de sources d'incertitudes laissées aux querelles de la doctrine et à l'interprétation arbitraire des juges. Ainsi l'ambiguïté du *Corpus Juris Civilis* devait-elle se poser comme contre-modèle pour l'ALR. L'avenir de la législation et de la codification illustrera pourtant combien les exigences d'exhaustivité et de non contradiction sont incompatibles avec la positivité et la positivisation de la loi. L'exhaustivité est inaccessible malgré la logorrhée législative. Ni les 20 000 paragraphes de l'ALR n'ont tout prévu, ni des milliers de lois et nos dizaines de codes ne pourront jamais tout prévoir. Quant à l'absence de contradiction qui est remise en cause par l'interprétation, elle est logiquement d'autant plus inaccessible que la législation est inflationniste. Pourtant une amélioration relative en cette matière constitue l'un des objectifs de la codification française actuelle puisque la codification à droit constant essaye de « détecter des contradictions et des ambiguïtés par le simple rapprochement des textes qui jusque-là étaient séparés »<sup>77</sup>, selon les mots de Guy Braibant. Quant à l'espoir de la codification du XVIII<sup>e</sup> siècle d'un droit certain, d'un *jus certum* qui supposait par ailleurs un droit clair, il est aujourd'hui ruiné par l'histoire du droit qui a démenti *de facto* qu'un droit certain puisse exister et par la théorie du droit qui nie l'éventualité même d'un droit certain.

#### L'IDÉE DE POSITIVISATION DU DROIT : LA FIXATION DU DROIT

L'émergence de la codification dès le XVIII<sup>e</sup> siècle correspond historiquement à une phase d'historicisation du droit par rapport au droit naturel universel et perpétuel, mais aussi parallèlement à la positivisation du droit naturel. C'est pourquoi l'une des principales objections faites par Savigny au début du XIX<sup>e</sup> siècle à l'encontre de la codification portait sur le caractère figé du droit codifié qu'il opposait à un droit qui demandait à changer. La solution de Savigny consistait à recourir à la science juridique comme source d'un droit organique qui pourrait lui-même combler ses lacunes et évoluer. Pour Savigny la législation même, comme la science juridique, sont d'une teneur tout à fait

<sup>74</sup> V° « Kommentier- und Auslegungsverbot », in *Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. II, *op. cit.*, p. 968.

<sup>75</sup> Hans Hattenhauer, « Einführung », *op. cit.*, p. 2.

<sup>76</sup> Hans Thieme, « Savigny und das allgemeine Landrecht », in *Deutsche Juristenzeitung*, 1935, p. 221.

<sup>77</sup> Guy Braibant, « Utilité et difficultés de la codification », *op. cit.*, p. 65.

fortuite et changeante<sup>78</sup>. C'est dans cette teneur tout à fait fortuite et changeante de la législation que repose l'ambiguïté de la positivité. Selon la logique de « la pleine positivisation » du droit, le droit posé devait pouvoir être à tout moment déposé : de la manière la plus sûre, la loi devait en venir à ne plus suivre la loi mais elle-même<sup>79</sup>. Que dire alors ? Qu'un droit codifié permanent est une contradiction *in adjecto*. L'évolution des codes est édifiante : la codification du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>80</sup>, pas plus que la codification du XIX<sup>e</sup> siècle et les codifications ultérieures, n'ont pas endigué la prolifération législative. De même aujourd'hui la Commission supérieure de codification, qui se livre, quant à elle, à une entreprise d'actualisation du droit – l'actualisation possédant d'ailleurs sa propre dynamique interne – et procède à un nettoyage législatif et à l'éradication de l'abrogé, n'œuvre pas fondamentalement pour la permanence du droit mais pour la visibilité entre ce qui est juridiquement et ce qui n'est plus juridiquement. Le caractère provisoire de la législation étant, dans les sociétés industrialisées du XX<sup>e</sup> siècle, d'autant plus aléatoire que la législation est comprise comme un instrument d'ingénierie sociale, c'est-à-dire comme l'ensemble des décisions des pouvoirs exécutif et législatif, notamment dans les domaines économique et social ; ces décisions consistant en des réponses instantanées à des problèmes ponctuels qui n'entrent que rarement dans une réflexion planificatrice et de longue vue. Si la loi et sa forme que l'on voulait la plus achevée, le code, ne sont plus ce support inflexible, stabilisateur, réducteur de toutes les incertitudes, tel que les codificateurs du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècle le concevaient, il n'est pas étonnant que le positivisme soit en procès.

#### L'IDÉE DE CLARIFICATION DU DROIT : LE FLOTTEMENT DU CONCEPT

La codification prussienne est susceptible de nourrir un certain nombre de réflexions portant sur la clarté en matière législative. La volonté de faire un code compréhensible pour tous avait été déclarée par Frédéric II<sup>81</sup> : l'ALR, fidèle à la vocation pédagogique des Lumières qui avait porté tout d'abord sur l'éducation des princes par les idées des Lumières puis sur l'éducation des citoyens par la loi<sup>82</sup>, devait donc proposer une clarté juridique populaire. Si tel n'a pas été le cas, c'est en premier lieu parce que la simplicité populaire, « raison simple d'un père de famille » chère à Montesquieu, qui devait éliminer les différends, est une image de l'âge d'or juridique. Si la vie était simple, le droit serait simple<sup>83</sup>, la différenciation et la spécialisation constituant des obstacles fonda-

<sup>78</sup> Thibaut und Savigny. *Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Hans Hattenhauer*, München, Verlag Franz Vahlen, 1973, p. 101.

<sup>79</sup> Rainer Maria Kiesow, *op. cit.*, p. 401.

<sup>80</sup> La promulgation de l'ALR n'a pas entravé la publication d'une multitude de réglementations diverses, ordonnances et ordres de cabinet du roi. En 1803 l'ALR comprenait dans la première annexe plus de deux cents lois modifiées que le roi avait édictées au mépris des idéaux des Lumières. Hans Hattenhauer, *op. cit.*, p. 23.

<sup>81</sup> Article 8 du Cabinets-Ordre du 27 juillet 1780.

<sup>82</sup> Diethelm Klippel, « Von der Aufklärung der Herrscher zur Herrschaft der Aufklärung », in *Zeitschrift für historische Forschung*, 17, 1990, p. 200-201.

<sup>83</sup> Clausdieter Schott, « Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung », in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 1983, p. 143.

mentaux à la simplicité. Mais si l'idéal de la clarté juridique appliquée à un code a échoué, une deuxième explication se trouve peut-être dans la multiplicité des représentations que l'on peut avoir de la clarté<sup>84</sup>. En effet, la clarté juridique est un problème universel<sup>85</sup> mais les conceptions sur la clarté diffèrent et parfois même s'excluent. Par exemple, en ce qui concerne les adressataires du code, la clarté d'un code telle que des juristes peuvent la concevoir, comme par exemple une clarté abstractrice, ne peut pas s'identifier avec la clarté du code telle que des non-juristes peuvent l'imaginer. Ou encore la clarté peut être structurelle ou lexicale ; elle peut être fondée sur la précision ou la généralisation, sur l'analyse ou la synthèse. De la même manière un style législatif simple impliquerait l'abandon des subordonnées, ce qui entraînerait inévitablement une perte de compréhension<sup>86</sup>. En ce qui concerne l'ALR, si ce code se distingue du code civil de Bavière et du projet de code prussien de 1749 par ses concepts juridiques clairs et modernes inspirés de Wolff<sup>87</sup>, il faut bien reconnaître que ni la clarté syntaxique, ni la clarté lexicale ne constituent des traits caractéristiques de ce code à vocation populaire<sup>88</sup>. D'ailleurs qu'est-ce qu'un code populaire pour un peuple analphabète dans sa majorité ? Mais si la question de l'analphabétisme, quoique toujours présente, reste mineure dans les pays riches, un code populaire est dans une certaine mesure une contradiction en soi. En fait, l'exigence de clarté, dans la seule mesure où elle est conçue comme une exigence relative, n'est fondée qu'à la condition de considérer que toute communication dérivant d'une construction de l'esprit, la communication artistique exceptée, peut toujours prétendre à une certaine clarté. En d'autres termes, l'ambiguïté envisagée comme une qualité résultant d'un exercice de style est relativement perfectible. Dans cette limite il est admis généralement qu'une meilleure rédaction des lois aurait une influence manifeste sur la masse contentieuse soumise aux tribunaux<sup>89</sup>. Mais, en réalité, il n'est en matière de législation jamais question d'un pur exercice de style parce que toute modification d'un texte juridique, voire la plus superficielle, peut être interprétée comme une évolution ou même comme une révolution<sup>90</sup> et par conséquent

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 122

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 122

<sup>86</sup> Hans Kiefner, « Zur Sprache des allgemeinen Landrechts », in *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995, p. 42.

<sup>87</sup> Hans Hattenhauer, « Das ALR im Widerstreit der Politik », in *Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten*, hrsg. von Detlef Merten, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 29.

<sup>88</sup> Hormis quelques paragraphes courts et stylisés, tels les § 61 à 69. Exemples : le § 61 « Les enfants doivent obéissance et respect à leurs deux parents », le § 62 « Mais c'est au père que revient en priorité la puissance paternelle », le § 64 « Les deux époux doivent unir leurs forces pour le soin et l'éducation des enfants conformément à leur rang », le § 67 « La mère en bonne santé doit allaiter son enfant », ou le § 68 « Le père décide de la durée de l'allaitement ».

<sup>89</sup> Au nombre des raisons à l'origine du triplement du flux des affaires en première instance et en appel, la commission du Sénat compte la multiplication ainsi que la mauvaise qualité des textes de loi, qui posent de plus en plus de problèmes d'interprétation. *Le Monde*, dimanche 12- lundi 13 janvier 1997 : « M. Toubon annonce une simplification de la justice civile ».

<sup>90</sup> Ce qui rejoint la question de la neutralité de la construction d'un texte, c'est-à-dire plus généralement la question de la neutralité de la forme.

doit correspondre à un acte de volonté politique, la loi étant par essence un produit du politique. En second lieu le problème de la popularité du droit qui se posait au XVIII<sup>e</sup> siècle s'est transformé en celui de l'accessibilité du droit ou d'accès au droit. De popularité il ne peut plus être aujourd'hui question, parce que l'illusion, portée par les Lumières, d'un code dans lequel le passant pourrait lire le droit, qui fait écho par ailleurs à l'illusion de la possibilité d'une connaissance humaniste du droit, s'oppose à un monde moderne où le savoir juridique est omniprésent et technicisé et où le juriste lui-même est spécialiste. Cependant renoncer à la popularité du droit ne signifie pas renoncer à l'accessibilité du droit. C'est là la principale mission de la Commission supérieure de codification : servir aux citoyens d'un État de droit un droit accessible <sup>91</sup>. La question de l'accès au droit illustre combien la problématique principale de la codification actuelle se confond avec la problématique de l'information dans des sociétés en mal d'information. En d'autres termes l'accession au contenu que la codification du XVIII<sup>e</sup> siècle se donnait illusoirement pour but de garantir, c'est-à-dire une popularité matérielle, s'est métamorphosée en une accession au contenant, c'est-à-dire en une popularité formelle.

### CONCLUSION

La codification ne serait pas considérée comme « le paroxysme du droit » selon une expression de Bruno Oppetit, et la décodification ou la disparition de la codification comme le signe d'un déclin, d'une décadence du droit, si l'idée de codification n'avait pas été fondée sur les idées normatives de perfection juridique. Valeur morale, valeur rationnelle, valeur méthodologique, valeur progressiste, valeur scientifique, la codification est aujourd'hui gratifiée d'un jugement historique principalement positif mêlant nostalgie et espoir. Pourtant l'espoir semble détourner d'une étonnante réalité : les idées de perfection de la forme et du fond, c'est-à-dire les valeurs éthiques de la codification, ont perdu leurs effets enchanteurs. Le monde désenchanté devra sans doute cesser de faire de la codification une profession de foi. Traditionnellement les exigences de forme et de fond exaltées dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, telles l'unité, la clarté, l'exhaustivité, la popularité, l'accessibilité, la permanence, la généralité, la rationalité, sont définies comme caractéristiques de la codification. Aujourd'hui toutes ces exigences sont remises en cause par une post-modernité qui ne peut plus agir dans les cadres construits par la modernité et pour la modernité. Ces cadres déconstruits, c'est-à-dire les prémisses ou présupposés de la codification anéantis et la *ratio* codificatrice démontée, la codification est toute entière remise en cause dans ses fondements. La perfection formelle <sup>92</sup>, qui rassemble un certain nombre de qualités liées à la présentation du droit que l'on pourrait aussi rattacher à la technique législative relevait dès le XVIII<sup>e</sup> siècle d'un plus ample dessein : celui de pourvoir à la sécurité juridique. Un droit sûr devait être posé et selon un certain art : le positivisme pouvait donc commencer à s'exercer et les codes pourvoyeurs de sécurité pouvaient s'employer à porter le destin du monde.

<sup>91</sup> Guy Braibant, « La commission supérieure de codification », *in La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 97.

<sup>92</sup> Thibaut und Savigny. *op. cit.*, p. 67.



Quant à la perfection matérielle, elle visait la justice. La codification prussienne de 1794, inspirée idéologiquement de l'idéal de la raison et de la rationalité exalté par les théoriciens de l'École du droit naturel et par les représentants des Lumières, avait ainsi favorisé la sécurité du peuple contre les abus et l'autorité royale, même si la justice entre les citoyens, c'est-à-dire une justice égalitaire, ne devait pas être l'œuvre de l'ALR mais celle de la codification du XIX<sup>e</sup> siècle. Dès lors la généralité devait être l'apanage d'une bonne loi applicable à tous, faisant valoir un principe d'égalité absolue<sup>93</sup> et répondant « au caractère événementiel et aléatoire de la vie juridique »<sup>94</sup>. Mais aujourd'hui la généralité est supplantée par la casuistique et la spécialisation de la réglementation. Contre toute planification, la réglementation, à l'origine de laquelle les ministères techniques constituent le centre d'impulsion dans la majorité des cas, vise le plus souvent une opération particulière, des objectifs conjoncturels. Ce n'est pas une casuistique visant à restreindre les pouvoirs du juge comme dans l'ALR mais une casuistique de la particularité sociale à l'échelle de tous les secteurs sociaux et économiques. Parce que l'illusion du XIX<sup>e</sup> siècle d'une égalité pour tous réalisée par l'intermédiaire de l'abstraction et de la généralité des lois est mise en échec par la réalité d'une société extrêmement différenciée composée d'éléments politiques et sociaux<sup>95</sup>, qui pose l'État en arbitre de la justice sociale entre les différents groupes d'intérêts économiques et sociaux et fait dépendre le droit de diverses politiques. Finalement, sous les ruines des fondements idéels de la codification, c'est-à-dire sous l'effondrement des « mythes lénifiants et sécurisants de la simplicité, de la permanence et du caractère abstrait du droit »<sup>96</sup>, il reste un abîme qui n'a pas de raison.

La codification tient-elle donc d'un pari dépassé ? Tout d'abord la codification fondée sur les paradigmes de l'étatisme et de la perfection formelle et matérielle, élaborés dès le XVIII<sup>e</sup> siècle et qui ne répondent plus aux réalités et aux nécessités du XXI<sup>e</sup> siècle, est très certainement sans avenir, ce qui laisse place à des formes de codification basées sur d'autres paradigmes. En deuxième lieu, si différentes formes de droit se sont succédées dans l'histoire du droit comme des expériences juridiques historiques correspondant à des vérités historiques relatives, pourquoi pérenniser l'une de ces formes et pourquoi dénoncer le déclin, la dégradation et la décadence du droit, au moment où la réalité historique remet en cause une forme de droit qui a son propre destin ? Il n'y a pas de progrès, il y a des nouveautés : les chemins restent ouverts...

2 rue du Pot de fer 75005 Paris

<sup>93</sup> Pio Caroni, *op. cit.*, p. 259.

<sup>94</sup> François Terré, « La codification », in *European Review of Private Law*, 1993, p. 39.

<sup>95</sup> À ce propos Pio Caroni parle du désenchantement d'une forme spirituelle des codes, *op. cit.*, p. 255.

<sup>96</sup> André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, p. 294.