

Les Cahiers de droit

Qu'est-ce qu'un code ?

Jacques Vanderlinden



Volume 46, numéro 1-2, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043827ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043827ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Vanderlinden, J. (2005). Qu'est-ce qu'un code ? *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 29–51. <https://doi.org/10.7202/043827ar>

Résumé de l'article

Historiquement, avant 1804, le code se présente sous une forme double : recueil de sources formelles de droit, le plus souvent de législation, d'une part, fusion de l'ensemble des sources du droit en un texte nouveau consacré à une branche du droit, d'autre part. Ce n'est qu'aux XVI^e et XVII^e siècles que la seconde acception se manifeste en Europe occidentale, les siècles antérieurs suivant l'exemple romain du recueil de sources. Il faut attendre le XVIII^e siècle, en Bavière pour que soient promulgués sous le nom latin de codex trois codes (civil, pénal et de procédure), préfigurations dans la forme et le nom des codes napoléoniens. Ceux-ci déclencheront, par mimétisme volontaire ou forcé, le mouvement de codification du XIX^e siècle, sans que s'interrompe pour autant la confection de codes de sources.

Qu'est-ce qu'un code ?

Jacques VANDERLINDEN*

Historiquement, avant 1804, le code se présente sous une forme double : recueil de sources formelles de droit, le plus souvent de législation, d'une part, fusion de l'ensemble des sources du droit en un texte nouveau consacré à une branche du droit, d'autre part. Ce n'est qu'aux xvi^e et xvii^e siècles que la seconde acception se manifeste en Europe occidentale, les siècles antérieurs suivant l'exemple romain du recueil de sources. Il faut attendre le xviii^e siècle, en Bavière pour que soient promulgués sous le nom latin de codex trois codes (civil, pénal et de procédure), préfigurations dans la forme et le nom des codes napoléoniens. Ceux-ci déclencheront, par mimétisme volontaire ou forcé, le mouvement de codification du xix^e siècle, sans que s'interrompe pour autant la confection de codes de sources.

Historically, prior to 1804 codes appeared in a twin format : on the one hand there was a collection of the formal sources of law, mostly legislation, while on the other, there was a merging of all sources of law in a new text focusing on a given area of the law. It was only in the 16th and 17th centuries that the second form was to be found in Western Europe, in contrast to previous centuries when the collection of sources followed the Roman example. Only in the 18th century did there come to be in Bavaria the promulgation of three codes (civil, penal and procedure) entitled Codex — the Latin name — in the form and name of the Napoleonic codes. These codes marked the birth — by voluntary or forced imitation

* Professeur émérite, Université de Bruxelles ; professeur associé, Faculté de droit, Université de Moncton.

— of the 19th century movement towards codification, without there being, however, any interruption in the preparation of collections of sources.

	<i>Pages</i>
1 Qu'est-ce qu'un code dans une approche «non essentialiste»?	32
2 Qu'est-ce qu'un code dans une approche essentialiste?	42
2.1 L'espace anglais	43
2.2 L'espace ibérique.....	44
2.3 L'espace scandinave	44
2.4 L'espace germanique.....	45
2.5 L'espace italique (qui comprend le droit canonique)	46
2.6 L'espace français	47
Conclusion	48

Qu'est-ce qu'un code ? La réponse à la question ainsi posée en ouverture d'un colloque international consacré à un double anniversaire et entièrement centré sur la codification se situerait sans doute bien mieux au terme de celui-ci sous la forme d'une synthèse des travaux de cette rencontre, à supposer qu'un audacieux osât s'y risquer devant la diversité et la richesse de son programme. En outre, la combinaison redoutable de cette double qualité des communications et de l'article indéfini introduisant le mot «code» dans le titre proposé pour la nôtre, nous conduit inévitablement vers le niveau d'abstraction susceptible de généralisation qui caractérise la théorie du droit et le monde des concepts, si nous en croyons le dictionnaire de la langue française¹ et le vocabulaire de la philosophie² auxquels, à tort ou à raison, nous sommes accoutumé à faire confiance. De plus, fidèle à la conviction personnelle qui guide nos recherches depuis un demi-siècle, nous aborderons celle-ci selon une approche pragmatique ou empirique

1. A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1998, p. 791 et 792.

2. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 5^e éd., t. 1, Paris, Presses universitaires de France, 1999.

qui ne pourra aboutir qu'à un concept établi *a posteriori* et non *a priori* et donc pur fruit de la simple spéculation. Enfin, soucieux de nous cantonner dans le rôle introductif qui nous a été confié, nous ignorerons délibérément les textes figurant ultérieurement dans le présent numéro. Ceux-ci remettront peut-être en cause une partie ou la totalité de notre propos et ainsi serons-nous inévitablement amené à envisager une modification du concept que nous aurons présenté ; à moins que nous n'essayions de convaincre le lecteur que la qualification de « code » appliquée au phénomène que les autres auteurs proposeront à notre réflexion n'est pas conforme au « bon usage » cher à l'un de nos compatriotes³. Ces précautions prises, nous voulons dire un mot de la méthode adoptée dans la recherche du concept.

S'élever empiriquement au niveau de la théorie suppose une sélection préalable des objets — en l'occurrence des « codes » — qui serviront de point de départ à la construction théorique. La première tâche à laquelle doit donc faire face le chercheur, qui sort de la pyramide de son propre droit positif pour rechercher le code dans d'autres dimensions que celles qui sont propres au système dans lequel il se trouve, est de circonscrire les limites dans lesquelles il inscrira son activité. Qu'il s'agisse d'explorer l'espace — nous dirions que c'est le champ de la comparaison des droits — ou le temps — nous dirions que c'est celui de l'histoire du droit —, le chercheur, sous peine de s'égarer complètement, se doit de s'interroger sur l'identité de l'objet de sa recherche. Il est en effet inutile que celle-ci porte sur des objets dont les caractéristiques n'ont rien de commun avec son point de départ. Pour ne prendre qu'un exemple extrême, il ne viendrait pas à l'idée de fonder l'étude du « code » en s'intéressant à un animal, à un végétal ou à une personne. Dans cette interrogation, trois voies principales s'ouvrent notamment au chercheur.

D'abord, la voie de l'hypothèse dite par certains « essentialiste » qui, normalement, dans une perspective empirique et non spéculative, est fondée sur ce que le chercheur connaît. En l'occurrence, dans le contexte qui est le nôtre, le terme « code » ne pourrait désigner que des objets dont les caractères essentiels seraient ceux du *Code civil des Français* ou du *Code civil du Québec*, à supposer qu'un examen de ces deux textes ne mette pas à jour des différences fondamentales⁴ entre eux. Le lecteur comprendra

3. M. GREVISSE, *Le bon usage – Grammaire française avec des remarques sur la langue française d'aujourd'hui*, 13^e éd., Paris, Duculot, 1993.

4. Tout en admettant l'éventualité de nuances, voire d'une absence totale de similitude entre eux, nous considérerons les adjectifs « essentiel » et « fondamental » comme synonymes, le temps de l'écriture du présent texte.

immédiatement que pareille démarche risque de limiter considérablement sinon d'oblitérer la perspective comparative ou historique et, partant, la théorie qui en résultera.

Ensuite, la voie de l'hypothèse dite, par d'autres, «non essentialiste» qui consiste, dans l'une de ses applications récentes qui a le plus retenu notre attention⁵, à ne se fier qu'au mot employé dans la langue et donc dans le système juridique du chercheur : en l'occurrence, ce serait le mot «code» qui se trouve dans le titre des deux textes qui constituent l'essentiel du propos du colloque. Cependant, comme dans l'hypothèse précédente, ce choix méthodologique risque de limiter de manière significative la portée de l'élaboration du concept.

Reste, enfin, une combinaison des deux démarches se succédant dans le temps en ordre inverse de leur présentation ci-dessus et s'enrichissant mutuellement. Dans un premier temps, l'idée de code serait abordée de manière «non essentialiste» à travers le terme «code» et ce qui pourrait être ses équivalents dans un certain nombre de langues étrangères ; dans un second temps, l'analyse des résultats de ce premier examen fournit au chercheur une hypothèse «essentialiste» qui lui permettra de débusquer dans l'espace et le temps des phénomènes qui ne seraient pas appelés «code» (ou un équivalent direct du mot), mais qui présenteraient néanmoins tous les caractères des objets ainsi qualifiés dans le ou les systèmes de référence. C'est l'hypothèse que nous adopterons à l'instar de celle qui avait déjà retenu notre attention, il y a quelque 50 ans⁶.

Comme alors, nous nous bornerons à nous tourner vers la codification napoléonienne et les siècles qui la précèdent. Ayant reçu pour tâche de faire l'ouverture de ce colloque, nous ne voulons pas anticiper sur l'histoire des deux siècles qui viennent de s'écouler pas plus que sur l'avenir de la codification. Bien que nous devons confesser que nous pouvons nous faire quelque opinion à ce sujet, ce serait, à nos yeux, une inadmissible intrusion dans le champ de la réflexion des quelque 30 collègues dont les textes figurent dans le présent numéro.

1 Qu'est-ce qu'un code dans une approche «non essentialiste» ?

Dans la conception «non essentialiste», pour reprendre la conception de Tamanaha, serait un code tout ce qui correspond à l'idée que s'en font

5. B.Z. TAMANAHA, «A Non-essentialist Version of Legal Pluralism», (2000) 27 *J.L. & Soc'y* 296-321.

6. Cela avait été le cas à l'occasion de l'élaboration de l'ouvrage suivant : J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle – Essai de définition*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1967.

ceux qui emploient le mot⁷. Voyons donc ce qu'il en est dans la langue française à l'aide de quelques exemples et, au premier chef, de ceux des deux codes que nous célébrons dans ce colloque ; en y joignant immédiatement, pour faire bonne mesure, leurs contemporains en France, soit les quatre autres codes napoléoniens et les deux codes pénaux révolutionnaires, le *Code pénal* de 1791 et celui des délits et des peines de 1795, sans oublier les trois projets de code civil de Cambacérès et celui de Jacqueminot. À tous ceux-ci, il est possible d'appliquer la définition du code que publie en 1873 un lexicographe français bien connu désireux de fournir « un enregistrement très étendu des usages de la langue », Émile Littré. Selon lui, le code serait, « [d]ans le langage moderne, l'ensemble des dispositions légales relatives à une matière spéciale⁸ ». Le juriste actuel pourrait cependant penser que cette définition se limite à l'essentiel et en demander davantage de précisions.

En effet, dès lors qu'il s'engage dans les exemples relatifs à l'usage « moderne », le lexicographe nous interpelle, même s'il demeure logique avec lui-même. En effet, il met sur le même pied le Code Napoléon — donc l'un des deux objets premiers de notre intérêt — et le commentaire de Serpillon sur l'ordonnance d'avril 1667, appelé lui aussi par son auteur Code civil. Ou encore, mais cette fois implicitement, le code pénal napoléonien et le *Code pénal* publié à Paris en 1765, œuvre anonyme rassemblant divers textes relatifs à la matière pénale. Il suffirait donc pour qu'il y ait code qu'un recueil contienne des lois relatives à une matière particulière.

À ce stade de notre investigation et dans les limites que nous avons précisées plus haut, nous dirions que cette définition nous convient, même si nous mesurons la pertinence d'éventuelles objections au fait de mettre sur le même pied une juxtaposition de lois dont le contenu est commun, d'une part, et une fusion de l'ensemble des sources du droit relatives à une matière en un tout original, d'autre part.

Dans son constat des usages de la langue, Littré ouvre d'ailleurs d'autres portes.

Tout d'abord, et c'est la première acception que Littré choisit dès lors qu'il s'échappe dans le temps hors du « langage moderne », il nous oriente vers la racine latine du mot lorsqu'il se réfère aux « recueils des lois, des constitutions, des rescrits des empereurs romains », même si son énumération des textes législatifs impériaux prête à discussion. L'essentiel est ici

7. B.Z. TAMANAH, *loc. cit.*, note 5, 313.

8. É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, Paris, Gallimard Hachette, 1971, p. 424.

une distinction qui apparaît immédiatement en ce qui concerne le contenu du code : à Rome, celui-ci réunirait uniquement des textes législatifs sans que soit précisée la matière dont ils traitent, alors que les codes révolutionnaires et napoléoniens, comme le code québécois, mettent l'accent sur la matière dont traite chacun d'eux, soit le droit civil, le droit commercial, le droit pénal et les droits de procédure y afférents en distinguant le civil du pénal, bien qu'il soit question pour ce dernier d'instruction criminelle au lieu de procédure pénale. Ainsi s'introduirait, au départ de l'exemple romain du *Codex iustinianus*, et de ses prédécesseurs qualifiés par les adjectifs *theodosianus*, *hermogenianus* et *gregorianus*⁹, une nouvelle acception du mot «code», celle où il ne s'agit plus d'une «matière spéciale» mais d'une source de droit, la loi.

Ensuite, Littré fait le pont entre la Révolution et l'Empire français, d'une part, et le droit impérial romain, d'autre part, dans la deuxième acception qu'il offre du mot «code», ce que nous pourrions appeler l'«usage intermédiaire». La caractéristique de celui-ci est son hétérogénéité. Alors que les quatre *codices* romains relèvent de la même perspective quant à leur contenu (la législation impériale quelle qu'en soit la matière), quant à leurs auteurs (des fonctionnaires impériaux) et, enfin, quant à leur caractère «officiel» à travers — de manière certaine pour les deux derniers et vraisemblable pour les deux premiers — la sanction impériale, l'usage français, tel que le révèlent les exemples de Littré, semble peu cohérent. Il englobe en effet un texte législatif isolé (le *Code Michaud* qui n'est qu'une ordonnance datant de 1629, longue et au contenu diversifié certes, mais ne présentant aucune particularité par rapport à de nombreuses autres semblables), un recueil privé partiel des ordonnances d'un règne (le *Code Louis XIV*) et une ordonnance relative à un sujet précis (le *Code noir*, texte organisant la condition des esclaves). Le point est ici la nature législative explicite — dans le cas du premier et du dernier texte — ou implicite — dans le cas du deuxième, le *Code Louis* — du contenu, mais n'est plus l'unité de matière qui n'est pas réalisée dans les deux premiers codes. Littré semblerait donc, et il y a à cela une logique certaine, se situer plutôt dans le prolongement de l'exemple romain avec le *Code Louis* et annoncer la période «moderne», toujours au sens de Littré, avec le *Code noir*. Quant

9. Cette énumération d'adjectifs se référant aux «auteurs» des codes ne devrait pas faire croire que ceux-ci sont de nature identique. Les deux premiers sont élaborés par des fonctionnaires, sur instruction des empereurs Justinien, d'une part, et Théodose, de l'autre, et sanctionnés par eux, tandis que les deux derniers, connus seulement par les extraits qui en figurent dans le *Codex theodosianus*, sont l'œuvre de fonctionnaires, mais semblent bien ne pas avoir été sanctionnés par les détenteurs du pouvoir impérial, même s'il est permis de penser que cette sanction était envisagée.

au *Code Michaud*, son appellation laisse perplexe, étant donné son contenu. Mais faut-il s'en étonner ? Plutôt que de s'aventurer vers une définition d'un concept de code, Littré traque les usages du mot et sans doute faute de formation juridique — mais qui peut le lui reprocher ? — ne distingue pas toujours ce qui sépare un exemple de l'autre.

En cela, Littré est l'héritier de Furetière¹⁰ à qui il se réfère d'ailleurs dès la première ligne de sa préface. Les exemples qu'il donne pour les années antérieures à 1690 sont, en grande partie, ceux qui apparaissent déjà chez l'auteur du *Dictionnaire universel*. Celui-ci cite également parmi ses exemples le *Code civil*, le *Code criminel*, le *Code Marchand*, le *Code de la Marine* et le *Code des Eaux et Forêts* qui ne peuvent — c'est là une évidence — qu'être respectivement l'ordonnance sur la justice, également dite l'ordonnance civile, de 1667, l'ordonnance criminelle de 1669 et celles sur le commerce de 1673, sur la marine de 1681 et sur les eaux et forêts de 1670 ; mais, et nous insistons, pour chacune d'elles, ce ne sont que des surnoms, plus rarement que fréquemment utilisés à l'époque. Ces ordonnances voisinent, parmi les exemples de Furetière et comme chez Littré, avec des recueils d'ordonnances royales sans qu'il soit fait de distinction entre les deux.

Seul pourrait manquer¹¹ aux exemples de Furetière un cas important de l'usage qui est en fait le premier du terme « code » appliqué à un document dans la pratique juridique française. En effet, si nous suivons les lexicographes, le terme ne serait pas antérieur au deuxième quart du xvii^e siècle, leur exemple daté le plus ancien d'un code étant l'ordonnance de 1629 du chancelier Michel de Marillac, surnommée *Code Michaud*. Précisons seulement qu'existe au moins un exemple qui lui est antérieur : le *Code Henri III*, préparé en 1587 par Barnabé Brisson et que, semble-t-il, seuls les troubles de la Ligue et l'assassinat du roi (1589) ont empêché d'être promulgué¹². Ce code s'inscrit dans la droite ligne du *codex* de Justinien : recueil de la législation (le titre officiel prévu à l'origine en était *Code des Edicts et Ordonnances*) préparé par le pouvoir avec l'intention d'en augmenter la compréhension par les sujets et de lui conférer force de loi. Publié, mais non promulgué, le *Code Henri III* n'en a pas moins connu de nombreuses éditions ultérieures.

10. A. FURETIÈRE, *Dictionnaire universel*, La Haye, Rotterdam, Arnout et Reinier Leers, 1690, 3 vol. : BIBLIOTHÈQUE NATIONALE DE FRANCE, *Gallica*, [En ligne], 1997, [gallica.bnf.fr/] (25 janvier 2005) ; voir sous « code ».

11. La prudence s'explique dans la mesure où il cite un *Code Henry*, sans le dater, alors qu'il existe un *Code Henry III* et un *Code Henry IV*.

12. Voir : J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 6, p. 324 et 325.

Si nous nous tournons maintenant vers le prédécesseur de Littré, Furetière, celui-ci consacre dans son *Dictionnaire* deux articles au mot «code». Le premier, relativement long, porte entièrement sur les codes romano-byzantins. Le second, lapidaire dans sa définition avant de citer les nombreux exemples dont il vient d'être question, traite des codes français : «se dit aussi de plusieurs Recueils des Ordonnances des Rois de France».

Enfin, aux côtés des linguistes, un juriste, Joseph Nicolas Guyot, consacre au mot «code» un article du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, qu'il a publié en 1784-1785, véritable bilan de l'état du droit français à la veille de la Révolution. Après avoir rappelé l'étymologie latine du mot et sa très large acception à l'origine («toute espèce de collection ou de cahier»), il précise que l'«on a donné la dénomination seule de Code aux recueils des lois, soit qu'elles aient été rassemblées par l'autorité publique du législateur, ou seulement par le zèle de quelques jurisconsultes particuliers¹³».

Reste à examiner très brièvement — et ce n'est pas le moindre des paradoxes éventuels de l'histoire de la codification — ce qui se cache derrière le mot «code» en Angleterre, berceau de la common law, même s'il est permis de penser que son influence sur la France a été faible de 1789 à 1804 en raison des conflits ouverts ou latents entre ce pays et le Royaume-Uni. Sur ce point, pas besoin de dictionnaire. Le mot a son champion dans la personnalité extraordinaire qu'est Jeremy Bentham, qui adresse d'ailleurs au gouvernement de la République française son projet de code judiciaire. Pour Bentham, le code n'est que le point d'aboutissement d'un principe de justice. Pour le matérialiser, «le droit devrait être connu de tous ; et pour qu'il soit connu la codification est absolument essentielle¹⁴». En résultent divers caractères du code et le fait qu'il doit être revêtu du sceau de la loi. Quant au contenu, il s'agit de l'ensemble du droit réuni dans un *pannomion*, divisé en différents codes, dont un code constitutionnel¹⁵.

Revenant sur le Continent, comme disent les Anglais, nous avons noté l'importance que revêtait l'exemple de Justinien, particulièrement chez Furetière, mais aussi chez Littré. Cela nous permet d'étendre nos recherches à d'autres pays que la France sans quitter l'idée de Tamanaha : serait

13. *Id.*, p. 424 et 425.

14. J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. X, Edinburgh, Tait, 1843, p. 581 et 582 (notre traduction).

15. Sur ces points, voir : J. VANDERLINDEN, «Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham», (1964) 32 *Rev. hist. dr.* 45-78.

code ce que les gens appellent du terme latin désignant son ancêtre romain ou romano-byzantin¹⁶, soit le *codex*.

L'emploi de ce dernier terme n'est toutefois ni fréquent, ni beaucoup plus ancien que celui du terme français dans l'histoire du vocabulaire juridique de l'Europe occidentale. Et cependant, il fournit, pour nous limiter à trois cas, de nouvelles pistes à côté d'autres connues.

Le premier est le plus ancien exemple — hormis, bien entendu, les *codices* romains ou romano-byzantins — de l'emploi de *codex* et même de tout terme caractérisé par la racine *cod-*, dans l'histoire du droit de l'Europe occidentale. Il s'agit du *Codex statutorum Alexandriae*, qui date de 1547¹⁷. Il est à la fois, en raison de son contexte, fort différent des codes romains et romano-byzantins en même temps que très fondamentalement semblable à ceux-ci. Différent, il l'est dans la mesure où son ressort est infiniment petit comparé à celui de l'Empire romain : celui de la ville d'Alessandria, petite ville du Piémont et exemple de ces nombreuses « communes » autonomes qui caractérisent le système politique de l'Italie du Nord à l'époque. Semblable, il l'est dans la mesure où il s'agit d'un recueil officiel de législation, ayant reçu une seconde sanction à la suite de l'élaboration du recueil. Le *Codex* d'Alessandria apporte également un élément neuf par rapport à ce qu'affirmaient les lexicographes : l'ouvrage a été élaboré afin que soit réalisée une meilleure connaissance du droit. Cet objectif n'est toutefois pas nouveau ; s'il est ignoré des dictionnaires, il se trouve clairement exprimé dans les codes romano-byzantins.

Du Piémont, glissons vers la montagne au pied de laquelle il se trouve et rejoignons la Savoie, duché à cheval sur l'arc alpin et qui serait qualifié, dans le vocabulaire d'aujourd'hui, mais certainement pas dans celui du temps, de franco-italien. En 1605, y est publié le *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae Senatus tractarum*¹⁸. Recueil toujours, ce *codex* présente les mêmes caractéristiques que celui d'Alexandrie, mais introduit trois variantes susceptibles d'élargir notre propos : d'abord, le droit qu'il envisage n'est plus celui d'un ressort territorial, mais bien celui qui émane du Sénat (cour suprême) de Savoie ;

16. Nous emploierons ce terme dans la mesure où, lorsqu'il se manifeste dans le contexte du droit romain, l'Empire possède d'abord une structure bicéphale à la suite de sa division en Empire d'Occident et d'Orient, le siège du pouvoir étant en fait installé à Byzance. En outre, lorsque Justinien accède au trône, l'Empire d'Occident a vécu, Rome est aux mains de ceux qui sont appelés « les Barbares » et la reconquête d'une partie de l'Italie par Justinien sera tout à fait temporaire.

17. J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 6, p. 305.

18. *Id.*, p. 335-337.

ensuite, la source qui en constitue le contenu est la jurisprudence ; enfin, l'œuvre n'est pas promulguée, encore que cette promulgation soit vivement suggérée par son auteur au duc de Savoie Charles-Emmanuel.

Enfin, les trois codes bavarois sont apparemment très différents de celui de la ville du Piémont ou des vallées de Savoie. Le *Codex iuris bavarici criminalis* (1751), le *Codex iuris bavarici iudicarii* (1753) et le *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* (1756)¹⁹ constituent le premier exemple d'un ensemble de textes appelés d'un nom dans lequel se trouve la racine *cod-* et englobant, par matières, les aspects essentiels du droit d'un État. Sans entrer dans la question complexe des causes du fait qu'ils n'ont pas servi sinon de modèles au moins de sources d'inspiration dans le monde germanique du temps, bornons-nous à constater le fait : le premier code civil promulgué en tant que tel en Europe est bavarois.

L'originalité de la codification bavaroise, qui se cache sous le mot *codex*, n'empêche pas qu'il puisse revêtir, dans l'espace germanique, une autre acception, qui, par ailleurs, nous est familière : celle du recueil de textes législatifs. Qu'il s'agisse du *Codex ferdinando-leopoldinus* (Prague, 1701), du *Codex austriacus* (Vienne, 1704) ou du *Codex augusteus* (Leipzig et Dresde, 1724), ceux-ci procèdent directement du modèle romano-byzantin et sont l'œuvre de juristes qui ambitionnent — l'adjectif qualifiant leur code en fait foi indépendamment de leurs textes introductifs — la sanction principale, royale, voire impériale.

Au-delà des mots «code» et *codex*, nous pouvons, poursuivant cette quête de mots et tout en étant conscient du péril des faux-amis, nous tourner vers l'italien *codice* et l'espagnol *codigo* pour enrichir nos perspectives quant à ce qu'est un code dans l'esprit des Européens avant qu'existe la codification napoléonienne. Nos espoirs sont cependant vite déçus : ces deux mots ne sont pratiquement jamais employés dans la littérature juridique de ces deux pays avant la seconde moitié du XIX^e siècle. Lorsqu'ils le sont, en italien seulement, c'est pour désigner des recueils de législation.

Cette première approche, qu'il est possible d'appeler «non essentialiste», nous laisse donc un peu perplexe. En effet, alors que le droit romain et le droit canonique sont les seuls enseignés dans la plupart des facultés européennes jusqu'au début du XVIII^e siècle, et que le modèle de la codification justinienne y est omniprésent, l'un des trois mots qui symbolisent l'héritage de l'empereur aux côtés des *Digesta* et des *Institutiones* ne semble guère s'imposer dans la pratique du droit.

19. *Id.*, p. 399-401.

Qu'est-ce donc qu'un code au vu de ce rapide survol de l'héritage européen ? Existe-t-il un concept plus ou moins certain auquel correspondrait le terme non seulement en France, mais encore dans les pays qui emploient un mot emprunté directement au droit romain ou en dérivant ? Pour répondre à ces questions, il est nécessaire d'essayer de pénétrer la pensée des rédacteurs de ces textes.

Constatons d'abord que dans nombre de cas nous ne possédons aucune trace de cette pensée. Ainsi en est-il du *Code Michaud*, dont nous avons souligné qu'il s'agissait de l'une de ces ordonnances royales comme il en existe de nombreuses pendant le XVI^e siècle, aucune d'entre elles ne méritant d'ailleurs un surnom comparable. Est-il possible dans ce cas de parler d'un « usage » dans la langue du droit pour désigner toute ordonnance d'un certain volume ? Nous ne le pensons pas.

Par contre, il semble que soient élaborés, au départ de l'exemple romano-byzantin de Justinien (auquel les rédacteurs d'ouvrages et, nous l'avons vu, les lexicographes se réfèrent fréquemment), une majorité d'ouvrages reflétant ce modèle tout en l'élargissant sur différents points. Envisageons-les un par un, en soulignant que l'emploi d'un mot pour désigner une chose est un processus intellectuel qui peut soit se matérialiser complètement dans son objet lorsque celui-ci correspond parfaitement à l'idée qu'on s'en fait, soit ne pas atteindre ce stade et demeurer potentiel par l'un ou l'autre de ses aspects. Ainsi serions-nous tenté de dire que le code peut, dans l'esprit du locuteur, être ou se vouloir.

Le code est ou se veut un ensemble — L'idée de l'ensemble apparaît implicitement chez Furetière comme chez Littré lorsqu'ils envisagent que le code soit un *recueil*, « ouvrage réunissant des écrits, des documents », selon le *Robert pour tous*. Enfin, le latin *codex* part du tronc de l'arbre (*caudex*) pour aboutir à plusieurs tablettes²⁰ (enduites de cire pour écrire et résultant du découpage de planches au départ du tronc de l'arbre) attachées ensemble (*antiqui plures tabulas coniuntas codices dicebant*)²¹. Il s'agit là d'un simple constat matériel qui suppose la dispersion antérieure des éléments constitutifs du code. De manière générale, nous serions tenté de conclure que les uns, comme l'autre, évoquent ainsi un « groupe de plusieurs [...] choses réunies en un tout », définition que donne de l'ensemble le *Robert pour tous*²².

20. Le rapprochement est immédiat avec les Tables de la Loi hébraïque ou encore les Douze Tables romaines.

21. Sur l'histoire du mot, voir : *Thesaurus linguae latinae*, t. 3, Lipsiae, Teubneri, 1900, p. 1403-1407.

22. J. REY-DEBOVE et A. REY, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 2000, p. 867.

Le code a ou se veut avoir force de loi — De ce point de vue, les exemples cités relèvent de trois ordres que nous pourrions caractériser par une force obligatoire croissante. Le premier est celui où, quelle que soit la source rassemblée dans le recueil, l'auteur de celui-ci indique clairement que son œuvre n'atteindra sa plénitude qu'à la condition de recevoir la sanction du législateur, alors que celui-ci n'en a pas ordonné l'élaboration, pas plus qu'il n'en envisage la promulgation. L'exemple type de ce raisonnement, dans lequel le code se veut avoir force de loi, est celui de Faber qui s'adresse à Charles-Emmanuel de Savoie en suggérant que son code devienne le *Codex Emanuelis*, à l'instar du *Code Henri III*, et en se targuant d'une « promulgation » par le Sénat de Savoie²³. Dans le deuxième ordre, se trouve le code composé de textes de nature législative et dont le contenu possède donc force de loi *per se* sans qu'il doive la perdre par son insertion dans un recueil. C'est le cas de la définition de Furetière, celui-ci étant particulièrement spécifique en parlant des « ordonnances » des rois de France. C'est aussi, de manière plus générale, ce qu'évoque Littré lorsqu'il parle de recueil des dispositions *légales*. Enfin, dans le troisième ordre, il y a le code, quel qu'en soit le contenu, qui doit en principe recevoir ou reçoit effectivement la sanction du pouvoir législatif : nous y incluons donc les textes, comme le *Code Henri III* dont seul un incident de parcours a empêché la promulgation clairement voulue et en cours d'exécution par le pouvoir. Figurent évidemment dans cette catégorie les codes des empereurs romano-byzantins, Théodose et Justinien, et ceux qui sont postérieurs à la Révolution française, qu'il s'agisse des deux codes pénaux ou encore des projets de Cambacérès ou Jacqueminot, sans compter ceux de Napoléon.

Le code a pour objectif la connaissance du droit — Cet aspect du code n'est jamais exprimé dans son titre et est ignoré des lexicographes. Il ne résulte que d'une analyse de ses parties accessoires : dédicace, discours préliminaire, exposé des motifs, introduction. Quel que soit leur intitulé, le codificateur y expose fréquemment l'objectif qu'il poursuit et qui conditionne les attributs du code. Cet objectif est fréquemment exprimé *a contrario* par une description des diverses difficultés qui font particulièrement obstacle à l'accès au droit pour les praticiens et les justiciables. En outre, le problème de la connaissance est souvent abordé fragmentairement. Les auteurs demandent au code tantôt précisément, tantôt simultanément cohérence interne, maniabilité, structuration, clarté, complétude, accessibilité, voire certains attributs plus particuliers reflétant les conditions locales. Et il doit aussi, cette exigence apparaissant occasionnellement, de manière

23. Voir la dédicace au duc et celle aux sénateurs de Savoie, reproduites dans J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 6, p. 335-337.

synthétique et empreinte d'illusion, atteindre la perfection en matière de présentation du droit.

Le code est constitué soit de sources, soit de branches du droit — Reste, enfin, le problème du contenu du code. L'examen des définitions des lexicographes et des exemples qu'ils fournissent permet de dégager deux grandes espèces de contenus propres aux codes, certains auteurs déniaient par ailleurs la qualité de code à la première d'entre elles.

Il y a, d'une part, et en premier lieu dans le temps, ce que nous appellerions les « codes de sources ». Ceux-ci, au premier rang desquels figurent historiquement les codes romano-byzantins, ont pour ambition de rassembler une catégorie de sources formelles du droit. Lorsque Furetière définit le code comme un recueil des ordonnances, il le fait sans ambiguïté : il s'agit de la législation. Ce contenu est dans le prolongement direct de la pratique romano-byzantine qui, souvent, inspire le codificateur européen. Le premier code promulgué, celui de Théodose, comme celui qui le suit, le *Codex iustinianus*, sont des recueils de constitutions impériales. Tel est le cas du premier code français, le *Code Henri III*, contenant des ordonnances et des édits des rois de France, du premier *codex* « européen », celui de la ville d'Alessandria, et nous pourrions en multiplier les exemples à cet égard entre la seconde moitié du XVI^e siècle et 1804. Certains d'entre eux, plus spécialisés, se contentent d'une partie plus ou moins importante de la législation, qu'il s'agisse du mariage, de la librairie, des terriers²⁴ ou de l'armée.

La loi n'est toutefois pas la seule source formelle de droit à fournir au code son contenu. Chacun sait qu'en droit romain classique la doctrine joue un rôle fondamental dans le développement du droit. Aussi n'est-il guère étonnant qu'elle fasse l'objet de la partie la plus importante en quantité et en qualité de l'entreprise codificatrice de Justinien sous le nom de *Digesta*. Cependant, il est également vrai que, dans le texte ordonnant la confection du *Digeste*, Justinien s'y réfère deux fois comme étant un *codex*. Ensuite, après la doctrine romaine, vient la jurisprudence savoyarde dans le *Codex* de Faber. Certes ces cas demeurent rares, mais ils permettent de généraliser dans le cas des sources du droit notre perception du contenu des codes.

Au XVIII^e siècle se produit une mutation importante qui consiste à ne plus considérer une seule source, mais bien la globalité d'entre elles dont la fusion s'effectue dans le contexte d'une branche du droit : c'est ce que

24. Les terriers étaient les registres dans lesquels étaient consignés les actes relatifs aux biens fonciers.

nous appellerions les «codes de matière». Le lieu n'est pas d'analyser ici les raisons de cette mutation. Disons seulement qu'elle résulte d'une élaboration progressive de ce qu'il est convenu d'appeler les «branches du droit» et donc d'une théorisation accrue au départ du matériau juridique. Cette conception du code s'affirme clairement dans la définition du code de Littré : «l'ensemble des dispositions légales *relatives à une matière*». Cette conception du lexicographe reflète fidèlement celle qui sous-tend l'entreprise napoléonienne et ses «cinq codes» et qui émerge en France dans les deux codes pénaux et les projets de code civil de la Révolution ; c'est également celle, antérieure d'un demi-siècle environ, des codes bavarois. Toutefois, elle n'est en aucun cas antérieure à ceux-ci en ce qui concerne les ouvrages portant le nom de code. Très rapidement cependant, les derniers venus ont acquis un statut privilégié dans l'usage du mot «code», au point que parfois ils sont considérés comme les seuls codes. La primauté des codes de matière dans l'usage ne signifie pas pour autant la disparition des codes de sources et particulièrement de ceux qui sont consacrés à un aspect particulier du droit, même si certains ont été tentés de leur réserver le terme, quelque peu péjoratif, de «compilation».

2 Qu'est-ce qu'un code dans une approche essentialiste ?

Parvenu au terme de l'approche non essentialiste, la question se pose du caractère apparemment limité dans le temps et dans l'espace de l'idée de code ou de certaines de ses variantes. Dans notre domaine privilégié, celui de la France, il n'y aurait, par exemple, pas de codes de matière avant la Révolution. Dans ce que nous pourrions appeler des «espaces géographiques» pour éviter une vision anachronique de l'histoire du droit, nous ne rencontrons pas de codes dans l'espace germanique ou la péninsule italique (sauf le *codex* d'Alessandria) avant le XVIII^e siècle — et encore, même pendant ce siècle, leurs manifestations n'y sont-elles guère fréquentes. Les espaces britannique (à l'exception de Bentham), ibérique et scandinave en sont totalement dépourvus. Et, dans la mesure où l'état défectueux de la connaissance des sources du droit serait le moteur premier de la codification, cela voudrait-il dire que tout était, de ce point de vue, pour le mieux dans le meilleur des mondes en ces espaces ? Et pourquoi des codes ne pourraient-ils se dissimuler sous d'autres appellations que celles que nous avons choisi de privilégier dans notre première démarche que nous avons voulue non essentialiste ? Si nous croyons que tel est bien le cas, donc qu'il existe des codes qui n'en portent pas le nom, cette hypothèse mérite peut-être d'être vérifiée. Elle le sera d'autant plus aisément que l'approche non essentialiste nous a fourni une hypothèse de départ dont nul ne peut nier le caractère empirique. Nous rechercherons donc, dans l'espace européen,

des textes reflétant des idées réunissant chacun des éléments caractéristiques de l'idée de code mise en évidence précédemment, mais n'étant pas qualifiée d'un mot de racine *cod-* par leurs auteurs. Dans cette quête, nous nous limiterons à des documents ayant joué un rôle significatif dans l'histoire juridique des espaces géographiques en cause et apportant un élément sinon neuf du moins complémentaire quant à la vision que nous avons jusqu'à présent du phénomène.

2.1 L'espace anglais

Sans aucunement porter atteinte au mode de production dominant et principalement jurisprudentiel, celui-ci n'en doit pas moins accepter qu'aux ^{xvi}e et ^{xvii}e siècles, l'idée de code est présente en Angleterre. Elle est d'abord attribuée en 1534 à Reginald Pole, dernier archevêque de Canterbury avant la réforme anglicane et opposant vigoureux de la scission avec Rome. Devant ce qu'il considère comme l'impossibilité d'encore connaître aussi bien la common law au sens strict que la législation royale, il préconise une codification de l'une comme de l'autre, séparément, sans jamais que le mot «code» soit prononcé, alors que la référence à Justinien est présente²⁵. Puis vient, en 1551, une brève déclaration du jeune Edouard VI qui se réfère à une «somme» regroupant les lois du royaume²⁶. La *Proposition concernant la compilation des lois de l'Angleterre* de Sir Francis Bacon, futur Lord Verulam, est d'une autre ampleur²⁷. Dans ce mémoire daté des environs de 1616, il suggère de manière détaillée les étapes successives de la codification tant de la common law que de la législation. Enfin, en 1650, la Chambre des communes, seule chambre restante du Parlement, vote le principe de l'élaboration d'un code de la législation en vigueur²⁸. Ces vœux, voire une tentative dans le cas de Bacon, puisqu'il est à ce moment (*Attorney general*) et membre du Conseil privé, n'ont pas abouti. Qu'elles aient, en ce qui concerne les trois premières, dû faire face à l'hostilité des praticiens et de la Chambre des communes où ils jouaient un rôle fondamental n'a rien d'étonnant. Qu'en ce qui concerne Pole, son différend avec la Couronne ne facilitait en outre certainement pas les choses ne fait aucun doute. Bacon, quant à lui, était contesté dans le milieu même de la Cour et allait tomber en complète disgrâce quelques années plus tard. Quant au Parlement de la période du Commonwealth, si ses membres pouvaient être convaincus qu'à leur chevet il suffisait d'avoir d'un côté une bible et de

25. J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 6, p. 301 et 302.

26. *Id.*, p. 312.

27. *Id.*, p. 342-345.

28. *Id.*, p. 358.

l'autre un code, ses pouvoirs n'étaient pas considérables et les temps incertains. Dans l'ensemble donc, le projet codificateur s'est présenté chaque fois sous de très mauvais auspices. Le retour en puissance des juristes de common law après la période du Commonwealth allait sceller le sort des tentatives de codification jusqu'à ce que l'âge de la Réforme permette l'éclosion, toute théorique, de l'œuvre de Bentham. Elle n'aura d'échos significatifs au XIX^e siècle qu'en Inde et dans les colonies à travers ses disciples. Mais cela est une autre histoire.

2.2 L'espace ibérique

Le royaume de Castille a connu, dès le XIII^e siècle, la promulgation d'une œuvre juridique majeure possédant toutes les caractéristiques d'un code, mais dont il faut bien constater qu'elle se présentait fort en avance sur son temps, ce qui a entraîné son échec dès que celui qui l'avait voulue, Alphonse X, dit le Sage, a constaté, après dix ans, qu'il n'était pas à même de l'imposer par la force et a dû abroger la loi qui lui conférait force obligatoire²⁹. Appelée à l'origine *Libro de leyes*, l'œuvre n'en est pas moins demeurée mythique sous son surnom des *Siete Partidas* (qui reflète sa division en sept parties) : elle constituait encore, de 1762 à 1800, le noyau du droit de la Louisiane occidentale cédée par la France à l'Espagne. Toutefois, le *Libro de leyes* n'est pas la seule trace de codification dans l'espace ibérique. Plus modestes, et davantage dans l'air du temps, apparaissent les *Ordenanzas reales de Castilla*³⁰ entreprises avec le soutien d'Isabelle la Catholique, mais sans qu'il soit certain qu'elles aient été promulguées *de novo*, la promulgation étant jugée inutile en raison de la force obligatoire propre à chaque élément de leur contenu. L'œuvre a été rééditée 28 fois entre sa publication en 1484 et la *Nueva Recopilacion* de 1567. Cependant, l'échelon du royaume n'est pas le seul en cause : non seulement une ville comme Séville — grande bénéficiaire de l'expansion maritime vers l'Amérique — codifie sa législation en 1527, mais c'est aussi le cas de Bilbao en Biscaye (1593) et de Saragosse en Aragon (1628). Et ce ne sont là que des exemples d'une volonté de codifier qui se manifeste également à l'échelle des assemblées provinciales, que ce soit les Cortès de Catalogne ou de Castille.

2.3 L'espace scandinave

La Norvège et la Suède sont probablement les deux pays européens dans lesquels la codification envisagée concernant l'ensemble du droit et

29. *Id.*, p. 261 et 262.

30. *Id.*, p. 288 et 289.

du pays se réalise en premier lieu. La « loi du pays » (*Landslag*) norvégienne est promulguée en 1274 avec l'accord des représentants des quatre circonscriptions provinciales (*thing*) ; puis en 1276, une loi complémentaire codifie le droit de Bergen, principale ville et port du pays, qui constitue également un *thing*, mais dont le droit urbain tourné vers l'activité maritime et le commerce possède des caractères fort différents sur certains points de ceux des quatre autres circonscriptions administratives³¹. La Norvège est ainsi la première à consacrer l'identité juridique propre aux villes par rapport au plat-pays, déjà rencontrée dans le *codex* d'Alessandria ou les codifications des villes de l'espace ibérique, identité qui caractérise le Moyen-Âge, mais se maintient en certains espaces bien au-delà de celui-ci. La Suède promulguera à son tour un code national au XIV^e siècle, code dont les éléments principaux de la structure se maintiennent encore aujourd'hui dans la *Sveriges Rikes Lag* (Loi du Royaume de Suède). Ces deux exemples sont retenus en raison de leur précocité dans l'histoire juridique de l'Europe. Cependant, ils ne sont pas les seuls, et le Danemark connaît aussi son projet de code au XVI^e siècle et son premier code, la *Kong Christian den Femtes Danske Lov*, en 1683.

Ainsi, là où l'absence de la racine *cod-* aurait pu faire croire à l'absence de code, l'idée se manifeste et de manière non négligeable. Revenons maintenant aux espaces dans lesquels l'idée de code se manifeste de manière plus importante. Hors l'espace français, par lequel nous terminerons, il en est deux : l'espace germanique et l'espace italique.

2.4 L'espace germanique

Autant que l'espace ibérique dont il a été question et que l'espace italique que nous aborderons ci-dessous, et au contraire de l'espace anglais ou français, l'espace germanique est, jusqu'au XIX^e siècle, fragmenté. Pendant toute la période précédant le *Code civil des Français*, il n'est pas plus possible de parler de droit allemand que de droit espagnol ou italien. Nous nous en sommes déjà rendu compte à travers l'exemple des codes bavarois. Celui-ci est particulièrement pertinent dans la mesure où c'est sans doute en Bavière que se rencontrent, groupées, les trois premières manifestations de l'idée de code, en 1518 et en 1520, sous la forme de la *Reformacion der bayrischn Lanndrecht*, du *Büech der gemeinen Landpot-Landsordnung*, *Satzung und Gebreüch der Fürstenthumbs in Obern und Nidern Bairn* et de la *Gerichtzordnung im fürstnthumb Obern und Nidern Bayrn*³². Le premier volet, la *Reformacion*, est consacrée à la coutume déjà

31. *Id.*, p. 263-265.

32. *Id.*, p. 292-294.

rédigée en 1346³³, mais dont le texte ne permet plus de l'appréhender en raison de sa vétusté. Le deuxième, la *Landpot-Landsordnung* comprend la législation des ducs de Bavière. Le troisième volet, enfin, est révélateur d'un phénomène général dans l'Europe médiévale et moderne : la désignation précoce de la procédure en tant que branche distincte du droit se séparant de l'ensemble formé par la coutume. La raison en est simple : l'administration de la justice appartient au prince et constitue l'un des symboles de son pouvoir. Il est donc logique que les règles de procédure devant ses tribunaux soient définies par lui. Elles sont formulées de manière éparse au fil du temps et du développement des cours princières, puis vient le besoin de leur codification.

Il ne faudrait pas croire pour autant que la Bavière est le seul endroit où apparaît, sous un autre nom, l'idée de code dans l'espace germanique. Tout au long de l'histoire, les grandes villes de l'espace germanique, comme Nüremberg ou d'autres principautés comme la Prusse, grande rivale de la Bavière, sont présentes dans la conquête de l'hégémonie sur leur espace commun. En Prusse, le premier artisan en est, à l'instar de son contemporain, le chancelier Aloysius von Kreyttmayr en Bavière, le chancelier de Frédéric II, Samuel von Cocceji. Sur ordre du souverain, il entame, en 1746, les travaux qui mèneront en 1749 au projet de *Corpus Juris Fridericiani*, traitant du droit privé des États prussiens. Cette première entreprise n'aboutit cependant pas, en partie en raison du décès de Cocceji, âme du projet, dès 1719 et à cause de l'envoi en commission des projets successifs. Elle conduira cependant à la promulgation en 1794 de l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* et de l'*Allgemeine Gerichtsordnung* pour les mêmes États³⁴.

2.5 L'espace italique (qui comprend le droit canonique)

Sans doute est-il audacieux d'inclure le droit canonique dans l'espace italique dans la mesure où il a vocation universelle à régir ses fidèles où qu'ils se trouvent. Cependant, il est vrai que l'Église est aussi, particulièrement dans la période qui nous intéresse (et sans oublier l'exception avignonnaise), d'abord romaine, tandis que les États pontificaux où s'exerce le pouvoir temporel des pontifes se trouvent bien en Italie. Une fois cet artifice de rattachement géographique admis, c'est bien le droit du domaine spirituel de la papauté qui est le premier à être codifié en 1234 dans la

33. Les indications que nous possédons au sujet de ce texte ne permettent pas de l'identifier comme un code.

34. J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 6, p. 394-397.

*Decretalium Compilatio*³⁵ qui, comme son nom l'indique, est un recueil de sources, en l'occurrence les décrétales résultant de l'activité législative des pontifes entre les conciles. Un peu plus d'un siècle plus tard, en 1357, c'est au tour de la législation papale dans ses domaines temporels d'être codifiée sous le nom de *Liber Constitutionum Sanctae Matris Ecclesiae*³⁶.

Toutefois, bien que son rôle soit capital à l'époque, il n'y a pas que l'Église qui se fait une idée du code dans la péninsule italique, comme le montrent quelques exemples prélevés au fil des siècles. Le premier duc de Savoie, Amédée VII, promulgue en 1430, les *Decreta seu Statuta*, rassemblant la législation de ses prédécesseurs³⁷. La ville d'Arezzo se donne le *Liber statutorum Arretii* en 1586, code d'initiative locale qu'elle fait approuver par les autorités florentines dans le ressort desquelles se trouve la ville³⁸. En 1603, à Naples, Charles Tapia sollicite du roi Philippe III la sanction du *Ius regni neapolitani*, autre recueil de lois qu'il a conçu dans la tradition du *codex* de Justinien³⁹.

2.6 L'espace français

Si nous avons pu constater précédemment que plusieurs sources du droit faisaient l'objet du processus de codification, jamais la coutume n'avait été envisagée. Or c'est bien elle qui fait l'objet de toutes les attentions en France au cours du siècle qui sépare 1450 de 1550. L'élan est donné par l'Ordonnance de Montil-les-Tours de 1454, suivie par la codification des Coutumes d'Anjou entre 1458 et 1463, la relance de la codification à l'échelle nationale par Louis XI en 1481 (avec peut-être à l'arrière-plan une volonté de les unifier), un travail important à l'échelle locale pendant les décennies suivantes et, enfin, la proposition de Dumoulin vers 1550 de ramener les coutumes rédigées à une seule coutume dans son *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*⁴⁰. La codification à l'échelle des bailliages ou des régions aboutira de manière substantielle, mais pas l'unification.

Plus significatif à notre sens est ce qui se produit sous Louis XIV. À l'initiative de Pussort, oncle de Colbert, grand inspirateur et artisan de la politique royale, le Conseil pour la réformation de la justice prépare

35. *Id.*, p. 257 et 258.

36. *Id.*, p. 268 et 269.

37. *Id.*, p. 271-273.

38. *Id.*, p. 323.

39. *Id.*, p. 332-334.

40. Au sujet de ces différents textes, voir : J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 6, p. 278, 279, 280, 283, 286, 287, 306 et 307.

successivement cinq grandes ordonnances portant respectivement sur la procédure civile (1667), sur la procédure pénale (1669), sur les eaux et forêts (1670), sur le commerce (1673) et sur la marine (1681)⁴¹. Trois des matières codifiées sous Napoléon le sont ainsi plus d'un siècle plus tôt. Deux d'entre elles manquent : celles qui portent sur le droit pénal et sur le droit civil. Le premier ne fait pas l'objet d'une codification en grande partie, car les juges disposent à l'époque d'un pouvoir total dans la détermination des peines. Cet arbitraire, au sens propre et non péjoratif du terme, ils entendent le conserver. Quant au droit civil, il fait l'objet d'un véritable projet de code, bien que la doctrine française répugne à le considérer comme tel. Il est l'œuvre du chancelier de Lamoignon qui en rédige en outre un commentaire, mais entre en conflit avec Pussort au sujet de certaines dispositions de l'ordonnance sur la procédure pénale et est écarté de la faveur royale. Le projet ne sera publié qu'après la mort du chancelier sous le titre qui fait croire qu'il s'agit d'une œuvre de doctrine : les *Arrêtés*. Quoi qu'il en soit, nous avons là les cinq premiers codes de matière de l'histoire du droit européen, même s'ils n'en portent pas le nom.

Ce basculement dans la conception du contenu des codes est important, mais, faut-il le souligner, exceptionnel. Il s'inscrit au XVII^e siècle, comme au XVIII^e sans mériter le nom de code dans une véritable marée de codes ainsi nommés et se présentant, comme l'écrit Guyot⁴² dans son *Répertoire*, comme des recueils de législation ; quelques exemples en ont été cités précédemment.

Conclusion

Le *Code civil des Français*, bien qu'il ne soit pas, dans l'histoire du droit de l'Europe occidentale, le premier « code civil », est celui qui va certainement le plus contribuer à la généralisation des codes de matière. Cette généralisation s'inscrit, en ce qui le concerne mais aussi pour ce qui est d'autres codes, dans le contexte d'une entreprise plus large qui touche un ensemble de matières, bien que celles-ci soient parfois distinguées différemment dans certains cas (par exemple, la formule suisse d'un code civil consacré aux personnes et aux biens et d'un code des obligations incluant la matière du code de commerce français). Il en résulte une irrésistible tentation de ne considérer comme de seuls « vrais » codes que les codes « de matière » : cette distinction se trouve clairement exprimée notamment dans le *Vocabulaire juridique*⁴³ courant, de Gérard Cornu, qui distingue

41. *Id.*, p. 361-363.

42. *Id.*, p. 424 et 425.

43. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, voir « code » et « codification », coll. Quadrige.

code «réel» et code «formel», ce dernier syntagme se référant à l'usage qui a conservé l'appellation «code» pour les plus courants des recueils de législation relatifs à telle ou telle matière. Pour notre part, nous préférons nous référer à des codes de sources ou à des codes de matière, voire des codes mixtes dès lors qu'il s'agit de codes dont le contenu est constitué d'une source relative à une matière. En effet, si certains codes ne sont pas réels, nous estimons embarrassant de les appeler «codes» dans la mesure où l'adjectif «formel» les prive *a contrario* de réalité, donc d'existence.

Cependant, tout cela confirme le caractère équivoque du mot «code». Son sens précis reste ambigu, à moins de l'accompagner d'un adjectif ou d'un déterminatif. Il le restera tant que l'usage sera tel qu'il est au seuil de ce colloque. Trois exemples, les deux premiers étant empruntés à des dictionnaires de langue, et le troisième, à un vocabulaire juridique, le montrent.

Dictionnaire historique de la langue française ⁴⁴	Dictionnaire de l'Académie française ⁴⁵	Vocabulaire juridique ⁴⁶
Recueil de lois	Ensemble ordonné de lois, regroupant les matières qui relèvent d'une même branche du droit	Corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière

Entre ces définitions, l'accord ne se fait que sur un point, soit sur ce que nous avons appelé la «forme» du code, c'est-à-dire le fait qu'il se présente, dans son apparence extérieure, comme un tout — qu'il soit nommé «recueil», «corps» ou «ensemble»⁴⁷ — et non comme des éléments distincts sans lien entre eux.

Par contre, nous retrouvons la distinction entre code de sources et code de matière puisque le contenu est tantôt une source, la loi (le *Dictionnaire historique*), tantôt une matière (celui de l'Académie), tantôt une source relative à une matière (Cornu). Cependant, n'est-il pas exagéré de ramener le Code civil à un «recueil de lois», même lorsqu'il est connu que ce code n'est formellement que le fruit d'une «loi sur la réunion des Lois civiles»⁴⁸ en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français», celle du 30 Ventôse An XII, «promulguée le 10 germinal suivant» ?

44. A. REY, *op. cit.*, note 1.

45. ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., [En ligne], 2000, [www.academie-francaise.fr] (30 janvier 2005).

46. G. CORNU, *op. cit.*, note 43.

47. Nous avons déjà employé dès 1967 ce terme, qui a été retenu ensuite par Cornu et ses collaborateurs.

48. Comme chacun sait, il existe 36 lois civiles, décrétées sur un espace de temps d'un peu plus d'un an, avant que la loi de promulgation y ajoute en outre quelques éléments complémentaires adoptés en dernière minute.

En outre, aussi bien l'Académie que Cornu font appel à un caractère du code, sa structure apparente, qu'il s'agisse d'un « plan systématique » ou d'un « ensemble ordonné ». Ce n'est toutefois là, à notre sens, que l'une des caractéristiques du code, élément hautement relatif⁴⁹, mais surtout susceptible de s'intégrer avec d'autres dans un caractère formulé de manière plus générale, celui qui tend à réaliser la meilleure connaissance possible du droit.

Enfin, la définition de l'Académie ignore la force obligatoire du contenu du code, qu'il s'exprime indirectement au départ du contenu même de celui-ci lorsqu'il est la loi ou par une sanction directe de celui qui le promulgue.

Ainsi, la question qui sert d'intitulé à notre texte semble demeurer sans réponse commune de la part de ceux qui se sont risqués à y répondre. Toutefois, sans aucun doute, le colloque nous amènera-t-il à progresser vers un concept de code satisfaisant. Nous étant naguère aventuré dans cette direction, aurions-nous l'outrecuidance de penser que nos conclusions de l'époque tiennent encore la route aujourd'hui, alors que, sur d'autres points que nous avons la faiblesse de considérer comme aussi intéressants, par exemple, la définition du pluralisme juridique⁵⁰ et l'intérêt de la rédaction des coutumes⁵¹, nous avons eu l'occasion de renier publiquement nos convictions d'un temps quelque vingt ans après les avoir formulées ? Nous relisant à l'occasion de ce colloque, nous nous apercevons d'ailleurs que nulle part dans *Le concept de code* nous n'avons proposé une définition cohérente de celui-ci, nous contentant d'en présenter de manière distincte trois aspects qui nous paraissaient essentiels⁵². Et nous constatons que, en les mettant bout à bout, nous aboutissons à une proposition stylistiquement intenable. Qu'il nous soit donc permis d'essayer de répondre à la question

49. Voir : O. MORÉTEAU et J. VANDERLINDEN, « La structure des systèmes juridiques – Rapport général », dans O. MORÉTEAU et J. VANDERLINDEN (dir.), *La structure des systèmes juridiques – xvi^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 2002 - Collection des rapports*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 13-88.

50. Comparer, sur ce point, J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, Essai de synthèse », dans J. Gilissen (dir.), *Études sur le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1972, p. 19-56, et J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », (1993) 18 *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 573-583.

51. Il en est de même en ce qui concerne J. VANDERLINDEN, « Vers la rédaction des droits coutumiers congolais », dans J. Gilissen (dir.), *La rédaction des coutumes dans le passé et le présent*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1962, p. 233-274, et J. VANDERLINDEN, « Le juriste et la coutume, un couple impossible ? », dans *Actes du Cinquantenaire du Cemubac*, Bruxelles, CEMUBAC, 1988, p. 249-254.

52. J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 6, p. 15 et 16.

« Qu'est-ce qu'un code ? » d'une seule venue et non plus en trois parties, comme il y a 37 ans : *le code est un ensemble formel dont le contenu est constitué de la totalité ou d'une partie importante d'un droit, revêtu directement ou indirectement de la force obligatoire de la loi et possédant les attributs susceptibles d'en permettre une meilleure connaissance*. Nous étant relu⁵³, nous persistons et signons

53. Ce texte est très légèrement différent de celui qui a été proposé dans les résumés des communications des participants, mais la similitude est, à nos yeux, totale sur l'essentiel.