

Colloque Napoléon et le Code civil  
Ajaccio, 5 novembre 2004

### **L'élaboration du droit civil aujourd'hui**

Jean-Paul JEAN

Substitut général cour d'appel de Paris,  
Professeur associé à l'Université de Poitiers

Les débats menés à l'occasion du bicentenaire ont présenté le code civil comme un ensemble cohérent définissant un système de valeurs. Sans tomber dans le risque d'anachronisme bien connu des historiens lorsque l'on essaye de mesurer des évolutions sur le long terme avec notre regard d'aujourd'hui, peut-on toutefois tenter d'apprécier quelques continuités ou ruptures qui ont touché le droit civil sur deux siècles, en tant que système de valeurs transmis d'une génération aux suivantes ?

Ce qui peut frapper, en premier lieu, c'est que le droit civil ne constitue plus une référence identifiée en tant que telle dans la société française contemporaine. Le Code civil, « la Constitution civile de la France », est peu connu au delà du monde des juristes. Il n'est pour s'en convaincre, que de consulter les manuels officiels d'éducation civique, dans lesquels les droits de l'homme et le droit pénal occupent tout l'espace<sup>1</sup>, ou que de consulter les principaux médias à l'exception sans doute des magazines s'intéressant aux questions pratiques de la vie quotidienne. Et encore, dans ce dernier cas, la volonté d'informer concrètement sur les modalités de résolution des litiges de la consommation, sur les questions juridiques concernant la vie familiale, les problèmes de logement, de contrat, montrent surtout l'écart entre la demande de connaissance de leurs droits par les citoyens et le niveau de réponse que la société est capable de leur assurer malgré la politique, récente et fragile, d'accès au droit consacrée par la loi du 18 décembre 1998.

Cette méconnaissance globale tient autant au fait, d'une part, que la société et ses valeurs ont profondément changé, d'autre part, que l'évolution du droit civil a elle-même été considérable tant dans sa conception que dans ses modes d'élaboration. Nous sommes progressivement passés, avec une forte accélération lors des vingt dernières années, d'un droit structuré, construit par un législateur unique sur des valeurs nationales, à un droit mouvant, de plus en plus créé par les juges sur le fondement de références et de normes européennes. J'y reviendrais.

Il n'en a pas toujours été ainsi.

---

<sup>1</sup> Par exemple, le manuel officiel d'enseignement d'éducation civique « Education civique documents et exercice », Hatier 1998, destiné aux élèves de 4<sup>ème</sup>, dans lequel droit et justice occupent une place essentielle, ne contient pas une seule fois l'expression Code civil ou droit civil. Les textes constitutionnels et européens y sont parfaitement référencés, tout comme quelques dispositions essentielles de droit pénal et de procédure pénale. Le droit civil n'y est évoqué qu'incidemment à propos du droit au logement dans ses conflits avec le droit de propriété, à propos de la législation du travail, ou encore en citant la loi du 11 juillet 1975 instituant le divorce par consentement mutuel.

En 1904, à mi chemin de la vie du Code, Albert SOREL, dans le texte introductif au livre du centenaire<sup>2</sup> soulignait combien le Code civil était unificateur des Français et correspondait à la société agricole et immobilière d'alors, combien le paysan et le propriétaire en connaissaient parfaitement les règles. S'il relevait que BALZAC n'aimait pas le droit civil, il soulignait aussi qu'en homme du XIXème, il en avait intégré les arcanes, et citait « Le contrat de mariage », « Honorine », « L'interdiction » ou « le colonel CHABERT »<sup>3</sup>. Est-il nécessaire de rappeler que STENDHAL affirmait lire chaque matin le code civil<sup>4</sup>?

Le code civil paraît toujours une référence historique essentielle. Stephen BREYER, juge à la Cour suprême des Etats-Unis (progressiste nommé par Bill CLINTON et francophile), lors des cérémonies du bicentenaire organisées à la Sorbonne, avait estimé que le seul texte juridique au monde capable de rivaliser avec le code civil était la Constitution américaine de 1778. Pourquoi ? Parce que c'était un texte qui exprimait des valeurs fortes, les références d'un Etat de droit. Lorsque se pose un problème d'interprétation, le juge doit approfondir le texte pour en chercher les valeurs. Je ne partage pas tout à fait cette opinion et je pense qu'aujourd'hui c'est plutôt dans la Convention européenne des droits de l'Homme que les juges vont chercher ces valeurs fondamentales.

Mais je reste aux Etats-Unis pour voir combien le mythe du code civil français a marqué certains esprits. Elia KAZAN l'évoque dans le célèbre film "Un tramway nommé désir" dont l'action se passe en Louisiane (vendue par Napoléon...). Il fait prononcer cinq ou six fois l'expression « code Napoléon » à Marlon BRANDO, car ce code Napoléon prévoit que l'épouse ne peut disposer de ses biens propres sans le consentement de son mari, ce pour éviter la dilapidation de l'héritage de sa femme par sa belle-sœur, jouée par Vivian LEIGHT...

Je ne peux évoquer la question qui m'a été posée par le premier président CHARVET, relative à l'élaboration du droit civil aujourd'hui, sans quelques rapides remises en perspective. Je vais donc, dans un premier temps, évoquer les évolutions du fond du droit civil et, dans un second temps, les évolutions concernant le processus de fabrication du droit civil face à la demande sociale. Je reprendrais pour cela certains éléments que nous avons développés avec Jean-Pierre ROYER dans le n° spécial de la revue « Pouvoirs ».

## **1. De quelques évolutions de fond du droit civil**

De ces évolutions de fond du droit civil, je n'en relèverai que deux : la première est le passage d'une conception fondée sur le droit de propriété et le contrat en tant que rapports individuels à une société fondée sur des rapports collectifs. La seconde est l'évolution profonde du droit de la famille.

---

<sup>2</sup> « Le Code civil, 1804-1904 », livre du centenaire. Paris, Duchenin 1969 2 vol.

<sup>3</sup> Tout comme sa connaissance du monde du commerce et du droit des faillites apparaît à la lecture de « César BIROTTEAU »

<sup>4</sup> « *En composant la Chartreuse, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil* » Lettre à BALZAC, 1840

## 1.1 Des rapports individuels aux droits collectifs

Si l'on examine les principaux fondements du droit civil, le domaine qui a sans doute le plus évolué en phase avec la société est celui du droit des contrats, passant d'une conception libérale à la réglementation de la relation contractuelle.

La conception libérale du contrat (Titre III articles 1101 s.) donnant force de loi à l'accord passé qui n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs s'applique à tous les domaines du droit civil sauf à l'état des personnes. S'inscrivant dans une évolution vers le « tout-contractuel », elle fonde le contrat de travail comme le contrat de location.

La fiction de l'égalité dans la relation entre l'employeur et le salarié, tout comme entre le propriétaire et le locataire, n'a pas longtemps résisté aux réalités. Pour ce qui concerne plus particulièrement l'évolution du droit du travail, la création des syndicats, les conventions collectives, les procédures de négociation ont abouti à un droit où le contrat singulier entre l'employeur et le salarié est encadré par des règles protectrices collectives<sup>5</sup>.

Le contrat locatif a quant à lui été non seulement très réglementé, mais encore le droit de propriété lui-même a paru très fortement mis en cause par le Conseil constitutionnel estimant le 19 janvier 1995 que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent était un objectif constitutionnel<sup>6</sup>, ainsi que par la loi du 31 mai 1990 affirmant que « *garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la Nation* ». Des décisions de première instance ont même été jusqu'à reconnaître un droit aux « squatters » au nom de ces principes. C'est donc ici le pilier le plus solide du Code civil, le droit de propriété de l'article 544 du code civil, même s'il n'était pas conçu initialement comme absolu, qui est atteint dans ses fondements mêmes.

Ces tensions qui traversent le droit du logement, tout comme le droit du travail, la discipline généraliste que constitue le droit civil ne peut plus les assumer au nom de principes qui transcenderaient les domaines particuliers de son application. En particulier, il existe désormais bien un droit du travail sur lequel les « civilistes purs » n'ont presque plus aucune prise.

### De l'Etat providence au juge providence

Pour passer du droit du travail au droit social, il n'est qu'à ajouter le droit de la sécurité sociale. Tout le droit social s'est construit contre le Code civil et le principe d'autonomie de la volonté. Là encore, les lois particulières - la législation de 1898 sur les accidents du travail -, les accords collectifs et la jurisprudence sont venus au secours de la partie la plus faible. Le politique a construit progressivement l'Etat-

---

<sup>5</sup> Robert CASTEL « Les métamorphoses de la question sociale, métamorphoses du salariat » Fayard 1995. Cf. aussi « La refondation sociale : plus de contrat, moins de loi », in Problèmes économiques, La Documentation française, n° 2712 mai 2001

<sup>6</sup> Hélène PAULIAT « L'objectif constitutionnel du droit à un logement décent : vers le décès du droit de propriété ? » Dalloz 1995 chronique p 283

providence à partir de la Libération<sup>7</sup>. Le législateur a étendu ces dispositifs à des domaines qui ressortissaient auparavant strictement du droit civil, comme la loi BADINTER du 5 juillet 1985 facilitant l'indemnisation des victimes des accidents de circulation. Le législateur avait, en l'espèce, pris acte de l'évolution profonde de la jurisprudence de la Cour de cassation en faveur de l'indemnisation pour risque et du déclin de la responsabilité pour faute au profit d'une responsabilité objective.

Le droit civil est passé de l'acte au préjudice, et de l'auteur à la victime, avec une socialisation de sa prise en charge. Ce, par les décisions judiciaires, et la création de fonds de garantie ou de dispositifs d'indemnisation des victimes, qui font se demander s'il ne serait pas plus cohérent maintenant d'instaurer une nouvelle branche de la sécurité sociale consacrée aux victimes de certaines infractions et d'accidents collectifs. L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, la volonté de la Cour de cassation d'indemniser même le préjudice d'être né pour une personne handicapée - le célèbre « arrêt Perruche » -, font que nous assistons à la consécration de la société assurantielle et indemnitaire. En matière de responsabilité, le droit civil recherche moins à dire la faute que de la compenser financièrement. De même, il dit de moins en moins la faute en matière de divorce (aboutissement dans la loi du 26 mai 2004 applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2005), au profit du constat de l'échec du couple et de la mise en place de mesures prises dans l'intérêt des enfants.

Ce droit civil « civilisé », « compassionnel » ouvre un champ sans limites. Mais l'indemnisation civile, à partir du moment où elle est devenue un droit quasi certain, ne peut suffire à la victime si la responsabilité et la stigmatisation de l'auteur du préjudice ne sont pas clairement affirmées. La compensation financière dans ces conditions ne suffit plus, et, avec l'appui des médias devant lesquelles la figure de la victime est devenue emblématique, la revendication va être portée devant le juge pénal. La victimisation balaie la réponse «compréhensive» du droit civil et nourrit la pénalisation.

## **1.2 Les profondes évolutions du droit de la famille**

Au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, Emile ACOLLAS<sup>8</sup>, tenait des propos précurseurs : *« la première autonomie à créer est celle de l'individu. Le foyer familial doit devenir une école de démocratie, par la reconnaissance de droits à l'épouse et à l'enfant au nom de l'égalité ; le Code civil doit supprimer la puissance paternelle et le droit de correction<sup>9</sup>».*

---

<sup>7</sup> On renverra ici aux analyses de Pierre ROSENVALLON et de François EWALD

<sup>8</sup> Juriste de l'opposition républicaine à Napoléon III, nommé par la Commune à la tête de la faculté de droit de Paris

<sup>9</sup> in « Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique », Paris 1866

Aujourd'hui, ces combats pour la conquête des droits civils paraissent achevés pour les « catégories historiques » des mineurs de droit qu'étaient encore jusqu'au début des années quatre-vingt les femmes et les enfants. Au nom du principe d'égalité, les « droits de la femme » sont devenus, après de longues luttes, autant de réalités juridiques, même s'ils se heurtent à bien d'autres obstacles.

Mais les principes d'égalité et de non discrimination ont eu également leurs effets pervers, avec pour conséquences les décisions des juges européens et nationaux autorisant le travail de nuit pour les femmes, ou encore intégrant aussi pour les hommes le fait d'avoir eu des enfants, pour le calcul de leurs droits à pension de retraite. Quant aux mineurs, la Convention internationale des droits de l'enfant a constitué un moteur dans la reconnaissance d'une succession de droits propres, à côté, voire contre les droits des parents, marquant une rupture totale avec les conceptions du XIX<sup>ème</sup> siècle.

La question spécifique de la reconnaissance des droits des enfants adultérins dans la succession paternelle, à égalité avec les autres enfants, a dû quant à elle, être reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme, au nom du principe d'égalité, avant d'être intégrée dans notre droit civil<sup>10</sup>.

### **D'un droit civil unificateur à un droit civil balkanisé**

Cet exemple topique du droit de la famille montre que chaque individu, quels que soient son sexe, son âge, ou sa place dans le groupe familial, jouit désormais de la plénitude de ses droits civils. Manquait cependant un élément déterminant, totalement transversal à ces questions, celui du droit de l'individu à remettre en cause la distinction fondamentale selon laquelle la société se compose de deux types d'individus de sexes différents, l'homme et la femme, statut que seul l'Etat civil peut établir.

Ce pilier du droit civil allait subir de profondes lézardes, malgré les défenses renforcées des juristes classiques, professeurs de droit et magistrats de la Cour de cassation qui n'ont pu résister à l'assaut conjugué, d'une part, de la Cour européenne des droits de l'homme qui a reconnu le droit de l'individu transsexuel à changer de sexe, d'autre part, des associations homosexuelles et des politiques à l'issue du combat du pacte civil de solidarité (PACS).

Il n'est pas question ici de traiter un sujet qui peut donner lieu à de multiples développements<sup>11</sup>, mais uniquement de relever que les juristes, par leur opposition à des évolutions réalistes, en ont sans doute provoqué de plus radicales.

En ce qui concerne le transsexualisme, comme pour la reconnaissance des droits de l'enfant adultérin, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui a fixé la

---

<sup>10</sup> Décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 1<sup>er</sup> février 2000, suivie de la loi du 3 décembre 2001.

<sup>11</sup> Cf. l'article de Mme DEKEUVER-DESFOSSÉZ dans le numéro spécial de la revue Pouvoirs

norme suite au refus de la Cour de cassation qui affirmait jusque là l'indisponibilité de l'état civil quant au statut sexuel<sup>12</sup>.

En ce qui concerne le statut juridique du couple homosexuel, via le PACS, la doctrine et la jurisprudence dominantes ont tout fait pour lutter contre, alors que les lobbys associatifs et une minorité politique en ont fait un instrument de leur combat communautariste, avec l'appui des médias. Depuis 1987 et le développement de l'épidémie de sida au sein de la communauté homosexuelle, les juristes de l'association Aides soutenaient un projet de contrat qui permettait en particulier de bénéficier de la protection sociale et du bail du concubin homosexuel, éléments essentiels en cas de maladie ou de décès. Si la législation sociale fut modifiée en 1992 pour faire bénéficier la personne vivant habituellement au domicile d'une autre, sans précision de sexe, de la couverture sociale de celle-ci, il n'en fut pas de même du droit au maintien dans les lieux du non signataire de bail lorsqu'il était concubin du même sexe. Cette question, à laquelle les civilistes répondirent par le principe qu'un couple ne pouvait être composé que de personnes de sexes différents, provoqua une radicalisation du lobby homosexuel qui fit, de ce qui allait devenir le PACS, une revendication emblématique, relayée par des parlementaires de la majorité et les médias, pour aboutir à la loi du 15 novembre 1999.

La nouvelle étape de cette revendication, est désormais le mariage homosexuel et l'adoption d'enfants par un couple homosexuel, comme cela a déjà été instauré dans d'autres pays.

Ce débat « sociétal » touchant le droit civil est devenu un débat politique. L'évolution de l'opinion en faveur de certaines de ces revendications a fait évoluer l'ensemble des groupes politiques qui, à l'exception de quelques personnalités, ne remettent plus en cause publiquement la nouvelle législation.

## **2. Les modes contemporains d'élaboration et d'utilisation du droit civil**

J'évoquerais rapidement quatre questions : la fabrication de la loi, la demande sociale, les incertitudes de la loi et la montée du droit européen.

### **2.1 Les évolutions du processus de fabrication de la loi**

La société des juristes apparaît parfois en avance, parfois débordée. La chancellerie, et plus particulièrement la direction des affaires civiles et du sceau, a subi, plus que porté plusieurs récentes modifications importantes du droit de la famille dont elle doit assurer la cohérence. Ce, d'autant plus qu'elle conserve dans ses cartons d'autres projets de réforme très construits préparés depuis des années, concernant par exemple le droit des successions ou le droit immobilier, que les priorités politiques et

---

<sup>12</sup> L'arrêt du 25 mars 1992 de la CEDH désavoua la chambre civile de la Cour de cassation qui modifia ensuite sa jurisprudence en chambre plénière

les agendas médiatiques et parlementaires n'arrivent jamais à faire inscrire à l'ordre du jour.

C'est donc souvent de l'extérieur de la société traditionnelle des juristes de droit privé que naissent, voire aboutissent aujourd'hui des réformes, en rupture avec les modalités traditionnelles d'élaboration des modifications du Code civil. Celles qui avaient marqué les « dix glorieuses » -1965/1975- des grandes réformes de droit civil touchant les régimes matrimoniaux en 1965, les majeurs protégés en 1968, l'adoption, l'autorité parentale, le régime de la filiation en 1972<sup>13</sup>, ou le divorce, instaurant la procédure par consentement mutuel, en 1975<sup>14</sup>, avaient été préparées par un travail du ministère de la justice avec des experts, au premier rang desquels les professeurs de droit. Le rôle de Jean CARBONNIER fut déterminant. En terme de méthode, s'ajouta la publicité des débats lors de l'élaboration de la réforme du droit de la nationalité en 1993 préparée par le travail de la commission présidée par Marceau LONG.

Les réformes relatives au droit des personnes se sont poursuivies ces derniers temps, importantes, telle la loi bioéthique en 1994 ou ponctuelle comme la loi relative à l'autorité parentale en 2002.

Le PACS quant à lui a été un texte d'origine parlementaire, le gouvernement JOSPIN, prudent, ne voulant pas l'assumer totalement dans un premier temps, d'autant plus que certaines de ses orientations étaient en contradiction avec le rapport commandé à la sociologue Irène THERY. La conséquence de ce choix de procédure a aussi été d'empêcher l'intervention du Conseil d'Etat dans le processus d'élaboration du projet de loi, diminuant ainsi les garanties de sécurité juridique d'un texte qualifié par certains universitaires « *d'OVNI juridique* ».

La loi du 13 mars 2000 relative à la signature électronique a été une initiative audacieuse des sénateurs et les décrets de mise en œuvre ont été longs à élaborer.

Ces initiatives de réformes du droit civil non maîtrisées par l'ensemble homogène - direction des affaires civiles, professeurs de droit, Conseil d'Etat- chargé d'assurer à la fois continuité et sécurité juridiques, se sont multipliées ces dernières années. De plus en plus de textes, au carrefour du droit civil et du droit social, ont été imposés de l'extérieur à la Chancellerie, Ministère du droit.

Dans cette lignée, on peut citer par exemple, en 1989, la « loi NEIERTZ » relative aux procédures de surendettement, et la loi de cohésion sociale du Ministre de la Ville Jean-Louis BORLOO, instaurant une « faillite civile » sur le modèle existant en droit alsacien-mosellan. De même, la « loi QUILLIOT », en 1982, a marqué une évolution fondamentale des rapports locatifs. C'est aussi dans la loi de lutte contre l'exclusion

---

<sup>13</sup> La loi du 3 janvier 1972 constitue l'exemple topique d'une loi en avance sur la société, reconnaissant à l'enfant adultérin des droits sur le patrimoine de son géniteur, au détriment des enfants légitimes, issus des « justes nocces ».

<sup>14</sup> Cf. l'article de Jean CARBONNIER et ses ouvrages cités

du 29 juillet 1998, qu'on été introduites les dispositions réformant les procédures d'expulsion, et modifiés certains éléments de la procédure de saisie immobilière, ou encore qu'a été affirmé le principe d'une politique publique d'accès au droit.

## **2.2 Le droit civil face à la demande sociale**

Pour Olivier MONGIN<sup>15</sup>, une "société de droit" s'installe progressivement, dans laquelle le citoyen demande au droit de le reconnaître en tant qu'individu déchargé d'un contrat social à nouer avec d'autres. Ce mouvement s'accompagne d'une perte des repères symboliques et d'un brouillage des frontières entre le licite et l'illicite qui renvoie lus à la morale qu'au droit. Le droit consiste de plus en plus à enregistrer des états de fait et non plus à affirmer les valeurs d'un contrat collectif.

Dans « Droit et passion du droit sous la Vème République », Jean CARBONNIER caractérise le système juridique idéal par trois dominantes : la limitation du nombre des normes juridiques, une distinction claire entre le droit et la morale, une résistance du droit objectif à se laisser pulvériser en droits subjectifs, le tout pour éviter que le droit ne se laisse entraîner par des débats passionnels qui le dénaturent.

Malgré des avertissements du prophète, Olivier MONGIN souligne que c'est bien en effet l'inversion de ces trois tendances que l'on constate parallèlement à la puissance nouvelle du droit : *« L'individualisation se double d'une montée en force des droits subjectifs ; l'avancée du droit n'est pas sans lien avec une crise des principales institutions productrices de normes ; la philosophie des droits de l'individu favorise en retour un climat de victimisation qui se présente comme un élément de moralisation de la justice. »*

Le droit civil n'arrive plus à civiliser les individus, à maintenir un lien pour résoudre la plupart des litiges selon un mode apaisé. La pénalisation de la société est la marque d'une régression, par la violence que l'on veut faire subir à l'autre en réparation de son préjudice, malgré d'autres modes de régulation possibles.

## **2.3 Les incertitudes de la loi**

Je citerais seulement deux exemples récents.

### **- Loi et groupes d'intérêt. Les réformes relatives à la prestation compensatoire**

La loi du 30 juin 2000 avait accueilli les revendications des débiteurs de prestation compensatoire (en capital, forfaitaire, à titre exceptionnel, rente viagère indexée).

La loi relative au divorce du 26 mai 2004 supprime le rapport entre faute et prestation compensatoire. Elle rééquilibre en faveur des créancier(e)s<sup>16</sup>. Les articles

---

<sup>15</sup> « Le recours accru au droit : raisons et portée » Les cahiers français, La Documentation française n° 288 octobre 1998)

<sup>16</sup> Article 270 du code civil : le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, au vu des situations économiques respectives des ex-époux, ou au regard des circonstances particulières de la rupture

271 et 274 du code civil essaient d'adapter des critères détaillés à toutes les situations concrètes. Mais le problème de fond de la prestation compensatoire est qu'une même loi s'applique à des générations de femmes très différentes, celles qui ont renoncé à travailler pour élever leurs enfants, et celles qui concilient vie professionnelle et vie familiale, même si elles renoncent à certaines promotions possibles. La seule solution me paraît être de donner plus de pouvoir d'appréciation au juge.

- **Des textes insuffisamment préparés. La loi du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille**, réforme applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2005, modifiant la loi du 4 mars 2002 s'est effectué sans travail théorique suffisant, ni recherche anthropologique ou sociologique préalable.

La loi du 4 mars 2002 a supprimé le « nom patronymique » pour le remplacer par le « nom de famille ». Il est intéressant de noter que la transmission du nom par le père dans les familles « légitimes » ne figurait pas dans le code civil mais était une simple règle coutumière. La loi implique une vision égalitaire du droit. Les sénateurs avaient exprimé une forte opposition à la loi de 2002. Avec le changement politique, ils ont introduit des modifications par la loi du 18 juin 2003 avant que la loi de 2002 ne soit applicable. Mais la très grande complexité du dispositif va poser d'importants problèmes aux officiers de l'Etat civil peu informés à ce jour des nouvelles dispositions. Le poids des traditions sera sans doute fort, d'autant plus que la société ne s'est pas encore appropriée cette réforme. Le rôle des médias sera, ici encore, déterminant.

## **2.4 Vers un droit civil européen ?**

Cette question ne peut être qu'effleurée.

En 1998, M VON BAR s'est vu confier par le Parlement européen une mission sur « le besoin d'un code civil européen ». Les juristes sont très réticents, car cette mission est hors compétence de l'Union.

En 1981, la commission LANDO a élaboré « les principes du droit européen des contrats » et l'Académie des privatistes européens a publié en 1990 un avant projet de code européen des contrats.

Mais pour beaucoup, les réformes françaises de droit civil résultent - hors, bien évidemment, le droit des personnes- de transpositions de directives communautaires.

Même en droit des personnes, par delà la législation de fond, l'Europe avance à grands pas, par la reconnaissance mutuelle des décisions de justice. Ainsi le Règlement de « Bruxelles II » du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la

---

lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs du demandeur à la prestation compensatoire s'il estime que les torts du demandeur sont particulièrement importants (sorte de clause de sauvegarde).

reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs.

### **En guise de conclusion**

Jean CARBONNIER a qualifié le Code civil de « *symbole du temps arrêté* » en faisant remarquer qu'il était le seul des cinq codes napoléoniens à être resté fidèle à son architecture originelle, quoique son contenu ait été considérablement modifié. Comme le Code civil, la figure mythique du peuple législateur fait toujours partir de nos représentations mentales et du droit civil des manuels enseigné aux étudiants<sup>17</sup>. Mais sous l'apparence rationnelle et unitaire du Code civil, derrière ces mythes nécessaires, se cachent bien d'autres réalités. Celle d'une loi préparée dans des bureaux, votée par quelques parlementaires après négociations au sein d'une majorité, et des échanges ou pressions d'un petit nombre. Certains textes s'appliquent à des groupes sociaux portant des revendications ainsi qu'on l'a vu ces dernières années pour le PACS, les conjoints survivants ou les débiteurs de prestations compensatoires. Enfin, les recherches sociologiques et anthropologiques sur l'effectivité de l'exercice des droits permettent d'établir combien les citoyens négocient les conséquences juridiques de leurs modes de vie avec les règles existantes.

### **Droit civil et communautarisme, pour une vision anthropologique du droit**

Ce n'est pas la complexité d'une règle de droit civil qui fait qu'elle est appliquée ou pas, mais d'abord le fait qu'elle est ou non adaptée à la volonté et aux modes de vie des individus. Ainsi en est-il de la déclaration de parenté avant naissance, aux fins d'obtenir l'autorité parentale conjointe, qui a connu un succès grandissant auprès des jeunes générations<sup>18</sup>.

Plus difficile à aborder est la question de la volonté unificatrice du droit civil du fait du changement fondamental intervenu progressivement dans la structure de la population française, notamment via les immigrations successives des personnes originaires des anciennes colonies. Le droit civil français est un droit de conquête et les puissances coloniales, la France comme les autres, ont imposé la prééminence de leur droit sur les droits traditionnels, ou, à tout le moins, une « cohabitation » avec le droit coutumier<sup>19</sup>. L'acculturation, au nom du « progrès de la civilisation » a persisté bien après l'indépendance, au nom de « l'influence ».

Cette question se pose aussi aujourd'hui en France, ne serait que parce que tout résidant en France a droit à se voir appliquer, par le juge français, son statut personnel, qu'il résulte d'un droit codifié ou d'un droit coutumier, sous réserve de l'atteinte à l'ordre public. Et, par exemple, la répudiation de l'épouse, bien que

---

<sup>17</sup> Norbert ROULAND « L'anthropologie juridique » Que-sais-je ? PUF 2<sup>ème</sup> éd. 1995

<sup>18</sup> Francisco MUNOZ-PEREZ et France PRIOUX INED « Etude sur le devenir des enfants naturels », réalisée en 1998 pour la Mission de recherche droit et justice

<sup>19</sup> Bernard DURAND « Le juge colonial et l'Empire », à paraître aux PUF

contestée au nom du principe d'égalité, était prévue dans la convention franco-marocaine du 10 août 1981. Les recherches menées sur l'application du droit de la famille par différentes communautés d'origine étrangère vivant en France montrent aussi combien le droit effectif relatif au mariage, à la filiation, à l'autorité parentale, constitue un compromis permanent entre les stratégies des différents acteurs, selon leurs intérêts respectifs, par delà la fiction d'un droit civil unificateur<sup>20</sup>.

Ceci illustre un droit civil « à la carte », utilisé selon des stratégies de groupes sociaux ou d'individus selon un mode consumériste, confortée par le développement de normes juridiques de plus en plus mouvantes, reformulées par les juges sur le fondement de principes directeurs intégrés dans un système de valeurs européen. Le Code civil dans son architecture a sans doute su résister à l'usure du temps. Le droit civil quant à lui vit une profonde mutation qu'il convient d'anticiper par une refondation de ses principes autour de ceux fixés par le juge européen, sans s'attarder trop sur les regrets d'un droit structuré, construit par un législateur unique sur les valeurs de l'Etat-Nation.

Si les droits civils fondent le système de valeurs d'une civilisation, interrogeons-nous sur les valeurs communes des européens d'aujourd'hui.

Jean-Paul JEAN

---

<sup>20</sup> Mission de recherche droit et justice : « Les étrangers en France au regard du droit de la famille », La Documentation française 2000

Jean-Paul JEAN est substitut général près la cour d'appel de Paris et professeur associé la faculté de droit de Poitiers

Derniers ouvrages parus :

« L'administration de la justice et l'évaluation de sa qualité en Europe » (FABRI M., JEAN JP., LANGBROEK P., PAULIAT H. dir.) LGDJ janvier 2005-01-29

« La qualité de la justice » (CAVROIS ML., DALLE H., JEAN JP. dir.), La Documentation française 2001

"Barbie, Touvier, Papon : des procès pour la mémoire" (Jean-Paul JEAN & Denis SALAS dir.) Ed. Autrement coll. mémoires 2002

### **Bibliographie sélective**

« Le Code civil, 1804-1904 », livre du centenaire. Paris, Duchemin 1969 2 vol.

ARNAUD (André-Jean) « Les juristes face à la société, du XIX<sup>ème</sup> siècle à nos jours » PUF 1975

CARBONNIER (Jean) « Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République » Flammarion 1996

CARBONNIER (Jean) « Le Code civil », in « Les lieux de mémoire » Quarto Gallimard 1997

CARBONNIER (Jean) « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur » LGDJ 1969, 10<sup>ème</sup> édition 2001

DUBOUCHET (Paul) « la pensée avant et après le code civil », L'Hermès 1994

HALPERIN (Jean-Louis) « L'impossible code civil » PUF 1992

HALPERIN (Jean-Louis) « Histoire du droit privé français depuis 1804 » PUF 1996

JEAN (Jean-Paul) : « la judiciarisation des questions de société » Revue Après-demain 1997

JEAN (Jean-Paul) : « Les réformes de la justice », Regards sur l'actualité, La Documentation française février 1999

JEAN (Jean-Paul) et ROYER (Jean-Pierre) « Le droit civil. De la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles ». Revue Pouvoirs n° 107, Seuil octobre 2003

ROYER (Jean-Pierre) « Histoire de la justice en France » PUF 3<sup>ème</sup> éd. 2002

« Le code civil » Revue Pouvoirs n° 107, Seuil octobre 2003

« Figures de justice » Etudes en l'honneur de Jean-Pierre ROYER, Centre d'histoire judiciaire de l'Université de Lille janvier 2005

## **Code Napoléon**

**Exposé des motifs de la loi relative à la paternité et à la filiation**, par le Conseiller d'Etat Bigot Prémameneu 1804

*Il est à regretter que pour établir des règles sur les moyens de constater la paternité, la nature seule ne puisse plus servir de guide. Elle semblait avoir marqué en caractères ineffaçables les traits de la paternité, lorsqu'elle avait rempli le cœur des père et mère et celui des enfants, des sentiments de tendresse les plus profonds et les plus éclatants.*

*Mais trop souvent les droits de la nature, qui devraient être invariables, sont altérés ou anéantis par toutes les passions qui agitent l'homme en société...*

*....D'un autre côté, la nature a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence. Cependant il était nécessaire que la paternité ne restât pas incertaine. C'est par elle que les familles se perpétuent et qu'elles se distinguent les unes des autres : c'est une des bases de l'ordre social ; on doit la maintenir et la consolider.*

*...[le mariage] établit une présomption qui, presque toujours suffit pour écarter tous les doutes. Cette présomption, admise chez tous les peuples, est devenue une règle d'ordre public, dont l'origine, comme celle du mariage, se perd dans la nuit des temps : Pater est quem nuptiae demonstrant. ...*

*.La loi ne peut laisser à des époux la faculté de s'attribuer des enfants par leur consentement mutuel. Les familles ne doivent pas être dans une continuelle incertitude....*

*....Dans la loi proposée, on a cherché à concilier l'intérêt de ceux qui réclament leur état et celui des familles. Il n'est point de demande plus favorable que celle d'un enfant qui veut recouvrer son état civil. Mais aussi les exemples d'enfants qui se trouvent injustement dans cette position malheureuse, sont moins nombreux que les exemples d'individus troublant injustement le repos des familles. ; il y a plus de gens excités par la cupidité qu'il n'y a de pères et de mères dénaturés.*