



Le Code Napoléon,  
un ancêtre vénéré?  
Mélanges offerts à  
Jacques Vanderlinden



**BRUYLANT**

2 0 0 4

## CONCLUSIONS : L'IMAGE DU CODE DANS LE CONTEXTE DE LA COMMON LAW

PAR

ISABELLE RORIVE

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

Lorsque les comparatistes se sont penchés sur les différences entre les traditions de *common law* et de droit civil et, plus particulièrement, sur celles existant entre le droit anglais et le droit français, ils ont eu tendance à dresser un tableau caricatural, leur attention s'étant focalisée sur diverses caractéristiques dont ils exagérèrent souvent la portée<sup>(1)</sup>. A l'inverse de l'Angleterre, la France était dotée de codes destinés à régir exhaustivement de vastes pans du droit. Bien que le droit anglais disposât également de « codes » à la fin du dix-neuvième siècle<sup>(2)</sup>, ceux-ci ne visaient pas à exposer de manière générale, systématique et complète l'ensemble d'une branche du droit et n'étaient donc en rien comparables à l'œuvre de codification française menée pendant l'ère napoléonienne<sup>(3)</sup>. Les *common lawyers* ont donc été tentés de voir dans la loi la source exclusive des droits du continent, encouragés du reste par les juristes français qui refusaient – et parfois refusent encore – la qualité de source du droit à la jurisprudence. Les comparatistes français ne trouvant pas de véritables codes en Angleterre l'ont décrite soit comme un système de droit coutumier en suivant les enseignements de William Blackstone, soit, plus fréquemment, comme un système de droit jurisprudentiel où la loi ne joue qu'un rôle secondaire.

(1) En ce sens, voir R. DAVID, « Le droit continental, la *common law*, et les perspectives d'un *jus commune* européen », in CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common law of Europe*, Leyden-London-Boston, Sijthoff, 1978, p. 115.

(2) *Bills of Exchange Act, 1882, Partnership Act, 1890, Sale of Goods Act, 1893* (abrogé et promulgué à nouveau en 1979); *Marine Insurance Act, 1906*.

(3) A cet égard, voy., parmi bien d'autres, H.W. GOLDSCHMIDT, *English Law from the Foreign Standpoint*, London, Sir Isaac Pitman & Sons Ltd, 1937, p. 31; A.P. SERENI, « The Code and the Case Law », in B. SCHWARTZ (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World*, New York University Press, 1956, p. 59.

Le couple « codification-jurisprudence » allait servir de point de départ aux premiers travaux de droit comparé qui tentèrent de saisir les caractéristiques significatives des systèmes français et anglais. Il constitua, dans une large mesure, le prisme par lequel les traditions continentale et de *common law* furent analysées. C'est à travers lui que furent considérés d'autres traits distinctifs relevés dans les deux systèmes, à savoir des règles différentes d'interprétation des lois, des modes de raisonnement judiciaire spécifiques, des manières divergentes de concevoir le droit, des styles de jugement très dissemblables, etc.

La différence d'attitude entre pays de droit civil et de *common law* a donc souvent été caractérisée en termes d'oppositions : logique *versus* expérience, concepts *versus* faits, raisonnement déductif *versus* argumentation inductive, approche systématique *versus* esprit casuistique, pensée tendant à l'abstraction *versus* démarche pragmatique, représentation du droit comme une science *versus* conception du droit comme un art<sup>(4)</sup>. Bien que maintes réserves soient venues nuancer ce tableau quelque peu caricatural, il continue à former le canevas dont bon nombre de cours de droit comparé s'inspirent. Ceci explique sans doute pourquoi le sujet des sources du droit et de leur fonctionnement dans les pays de *common law* et de droit civil ne lasse pas les comparatistes : ils recherchent toujours des réponses satisfaisantes à ces problèmes méthodologiques. Leur travail n'est certes pas facilité par les juristes formés dans chacune des deux traditions qui, encore à l'heure actuelle, tendent à reproduire des formules artificielles reflétant l'idéologie reçue.

Se pencher sur l'image du Code dans le contexte de la *common law* permet sans nulle doute de percevoir combien la codification n'est

(4) Voy., par exemple, Lord MACMILLAN, « Deux manières de penser », *Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert - Introduction à l'étude du droit comparé*, Paris, LGDJ, 1938, p. 4; R. DEKKERS, *Le droit privé des peuples*, Bruxelles, Editions de la librairie encyclopédique, 1953, n° 259, p. 230; W. FRIEDMANN, « *Stare Decisis* at *Common law* and under the Civil Code of Quebec », *Canadian Law Review*, 1953/31, p. 724; C.K. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 7<sup>th</sup> ed., 1964, pp. 161-162; L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Paris, Economica, 1983, t. III : La science des droits comparés, pp. 383-384; C. JAUFFRET-SPINOSI, « Comment juge le juge anglais? », *Droits (Revue Française de Théorie Juridique)*, 1989, pp. 57-58; G.A. ZAPHIRIOU, « Introduction to Civil Law Systems », in R.A. DANNER & M.-L.H. BERNAL (ed.), *Introduction to Foreign Legal Systems*, New York-London-Rome, Oceana Publications Inc, 1994, pp. 51-52; G. SAMUEL, « Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que sources du droit », *R.I.D.C.*, 1995, p. 512; D. POIRIER, *Sources de la Common Law*, J. VANDERLINDEN (dir.) : La Common Law en poche, Bruxelles, Bruylant, éd. Yvon Blais Inc, 1996, vol. 2, pp. 103-107; P. LEGRAND, « Are Civilians Educable? », *Legal Studies*, 1998/18, pp. 219-221 & 227.

pas *a priori* réservée aux systèmes de droit civil. Dès la fin du 18<sup>e</sup> siècle, Jeremy Bentham en est un des plus fervents partisans et la Grande-Bretagne finira par se doter en 1965 de deux Law Commissions, l'une anglaise, l'autre écossaise. Leur tâche est décrite dans les termes suivants par l'article 3 (1) du *Law Commission Act* de 1965 : « *to take and keep under review all the law with which [they are] concerned with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of such law, the elimination of anomalies, the repeal of obsolete and unnecessary enactments, the reduction of the number of separate enactments and generally the simplification and modernisation of the law* ». Toutefois, force est de constater que les entreprises réussies de codification, sur le modèle continental, ne sont pas légion. Il faut, pour en trouver, quitter la Grande-Bretagne et se rendre aux Etats-Unis où le *Uniform Commercial Code*, adopté par les différents Etats dans les années 50 et 60, dépasse assurément la simple compilation et se veut un outil favorisant l'accessibilité, la complétude et la systématisation du droit commercial. Quant aux systèmes de droit mixte, comme le Québec, son Code civil de 1866, profondément influencé par le Code Napoléon, constitue l'un des multiples exemples du rayonnement de ce dernier au dix-neuvième siècle.

Codification et *common law* ne se mettent-ils pas rarement en ménage, non pas parce qu'ils sont antinomiques, mais parce qu'un système de *common law* n'offre pas un terreau favorable à l'entreprise de codification ? Dans l'esprit d'un *common lawyer*, le droit est avant tout lié à une méthode de raisonnement plutôt qu'à un produit fini. Toutes les tentatives législatives de cadénasser le pouvoir d'interprétation des juges se sont heurtées à une longue tradition de construction du droit par touches successives, de cas d'espèce en cas d'espèce. Dans un tel contexte, même le plus fervent partisan de la codification devra se résoudre à beaucoup de modestie, car une grande œuvre législative faisant table rase du passé ne manquera pas de faire tache.

Mais finalement, depuis que les juges continentaux se sont dégagés du carcan intenable imposé par l'École de l'exégèse, ils participent, parfois même en l'assumant explicitement, à la création du droit <sup>(5)</sup>. Toute entreprise de codification doit nécessairement comp-

(5) Sur ce sujet, voy. notamment les réflexions que j'ai développées dans *Le revirement de jurisprudence, Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

ter avec eux. En toute hypothèse, c'est, dans une large mesure, grâce à la richesse de la jurisprudence que le Code civil de 1804 peut encore être appliqué à une société de deux cents ans sa cadette.