

**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE
JURIDIQUE**

- N° 19 -

**MÉTHODES DU CODE CIVIL :
PÉRENNITÉ ET ÉVOLUTIVITÉ,
LES SECRETS D'UN BICENTENAIRE**

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité de M. le Professeur Jean-Louis
BERGEL, Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique.

AVANT-PROPOS

Le "Code civil des français" a eu 200 ans le 21 mars 2004, date anniversaire de la loi du 30 Ventôse an XII.

Il symbolise pourtant encore "le printemps des lois" - On a pu dire de lui qu'il a été " la véritable Constitution de la France" dont il a exprimé et exprime encore l'histoire et l'esprit. Il continue à y régir les rapports essentiels entre les individus et, au delà, comporte nombre de principes de l'Etat de droit en France. Il a également servi de modèle à de nombreux codes étrangers, européens, américains, asiatiques ou africains.

Mais le Code Civil a pu se renouveler, au cours de ces deux siècles, et absorber de nombreuses réformes et de nombreuses innovations, selon les cas, fondamentales ou techniques du monde contemporain. Il garantit la dignité de la personne humaine, le respect du corps humain et les droits de la personnalité contre les menaces engendrées par les progrès de la biomédecine et les agressions des médias. Il a incorporé le renouvellement du droit de la famille et des incapacités, du droit des régimes matrimoniaux et des successions, ainsi que le droit commun des sociétés. Il a intégré le PACS...

Quel est alors le secret de cette pérennité et de cette plasticité ?

Le colloque d'Aix du 3 décembre 2004, dont les actes sont publiés dans cet ouvrage, a eu pour objet de découvrir les recettes de méthodologie législative qui ont permis cette pérennité du Code civil et l'incorporation à ce code d'importantes réformes, sans en détruire l'harmonie. Il s'agit en effet d'un phénomène unique, puisque d'autres codes civils étrangers ont du être remplacés (par exemple celui des Pays-Bas ou celui du Québec) et puisque, même en France, les autres codes napoléoniens ont du être complètement réformés (Code d'instruction criminelle, Code de procédure civile, Code pénal, voire Code de commerce).

Il fallait donc comparer les méthodes législatives de fond et de forme du Code civil, avec celles d'autres codes français et de codes étrangers. Il fallait également apprécier ce qui a survécu du Code de 1804 et les transformations qu'il a subies depuis, ainsi que les méthodes d'incorporation des réformes intervenues. Il fallait encore évaluer les liens unissant le Code civil et la société qu'il régite, les fondements et les principes qu'il consacre, la plasticité des concepts et des règles qu'il comporte, la rigueur et la souplesse de son architecture, la qualité de son style et de ses modes d'expression de la règle de droit, l'évolutivité de son contenu technique...

C'est à cette approche méthodologique et légistique de la pérennité et de l'adaptabilité du Code civil qu'il s'agissait de procéder dans les recherches de l'Atelier de Méthodologie juridique et par les travaux du colloque organisé au cours de l'année de son bicentenaire, à Aix-en-Provence.

Cela n'a pu être fait que grâce à l'importante réflexion préparatoire conduite, en 2004, au sein de l'Atelier de Méthodologie juridique et au soutien du Conseil régional de Provence-Alpes-Côte d'Azur, de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et du laboratoire de théorie du droit qu'il convient de remercier chaleureusement.

Ces travaux sont surtout le fruit des remarquables contributions de nos collègues français et étrangers qui ont bien voulu nous apporter leur amical concours. Qu'ils en soient également vivement remerciés. Ces travaux se sont donc focalisés sur la méthode législative des auteurs du Code civil qui n'a pas été spécifiquement étudiée dans les nombreuses autres manifestations qui ont entouré la célébration du bicentenaire de ce code. Cette approche n'était guère concevable sans de solides références de droit comparé, sans comparaison avec l'histoire et l'évolution d'autres codes d'origine napoléonienne et sans une perspective constitutionnelle indispensable à la place actuelle du Code civil dans l'ensemble du système juridique français. Puissent-ils être utiles non seulement à la doctrine, mais également au législateur, lui-même...

Jean-Louis BERGEL
Professeur à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III

PÉRENNITÉ, ÉVOLUTION OU DÉSUÉTUDE DES CODES : ASPECTS DE DROIT COMPARÉ

Par

Camille JAUFFRET-SPINOSI
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Selon le doyen Carbonnier : « La codification est plus qu'un multiple de la loi, il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire » même si comme le reconnaissait Portalis « On ne peut enchaîner le temps ».

La comparaison des différents systèmes de droit témoigne de ce défi lancé par les codifications, au temps

Ainsi les codes naissent, vivent, meurent et ressuscitent. Le droit comparé atteste de la pérennité des codes et de leur désuétude. Pourquoi un code naît-il, pourquoi survit-il pendant des décennies, voir deux siècles comme le code civil français ou un siècle comme le BGB, pourquoi décide-t-on de sa mort, pourquoi renaît-il de ses cendres ? Est-ce dans le code lui-même que l'on trouve la réponse à ces questions ou bien les circonstances politiques, sociales, qui l'entourent, expliquent elles le choix fait dans les différents systèmes de droit ?

Quelle que soit la réponse à ces interrogations, celles-ci témoignent de la vitalité de l'idée de codification. Le principe même de la codification, ensemble complet et cohérent d'une branche du droit, non seulement demeure aujourd'hui mais semble avoir retrouvé une nouvelle jeunesse. La floraison de codes récents fait litière de toutes les discussions qui ont pu, à une certaine époque, faire douter de l'intérêt et de la possibilité de rédiger de nouveaux codes.

Le concept même de codification est en pleine expansion et il y a aujourd'hui plusieurs sens au mot codification. Les différentes manières de présenter ensemble, de rassembler dans un document, des règles relatives à une branche du droit, témoignent tout à la fois de la vitalité de l'idée de codification, mais aussi de sa diversité.

Il existe les codes classiques, ensemble complet et cohérent dont le code civil et le BGB allemand sont les grands exemples, il y a les « codes à droit constant » (comme notre code de la consommation ou le code de l'urbanisme) formes de consolidation apparus récemment et qui ressemblent aux compilations ou consolidations (appelées parfois codes) que l'on retrouve dans les pays de common law (United States Code, UCC, Sales of Goods act) enfin il y a les projets de code ou de Principes européens, limités généralement au contrat. Il est certain que toutes ces formes de codifications ne veulent pas avoir la même pérennité.

Mais la pérennité fait partie de la nature même des codifications classiques.

Ce type de code a pour principe d'établir un ordre nouveau qui, dans l'esprit de ses rédacteurs, a vocation à améliorer les relations sociales. Il doit, pour cela, être durable, les rédacteurs d'un code réglementent pour l'avenir.

Les deux grands codes civils des pays romanistes, le code français et le code allemand ont posé des principes suffisamment larges, et introduit dans le code des concepts généraux, des clauses générales, aptes à permettre au juge d'adapter les dispositions du code à l'évolution des temps.

Les clauses générales, introduites dans la partie générale du BGB, permettront aux juges allemands, inventifs et audacieux, de créer des règles nouvelles, d'imposer des obligations aux parties à un contrat, ce qui n'était certainement pas prévu par les rédacteurs du code.

Les moyens de pérenniser le code français ou le code allemand étaient donc contenus dans leur dispositions. Ces mêmes techniques se retrouveront dans d'autres systèmes de droit, car il n'y a pas un code romaniste qui n'ait été inspiré directement ou indirectement soit par le code français soit par le code allemand. Ces deux grands codes ont servi de modèle à tous les États qui ont voulu codifier leur droit. Le droit français a influencé le code espagnol, presque toutes les codifications d'Amérique latine, le code du Québec, de la Louisiane. Les belges ont gardé le code civil. Et le BGB a influencé le code Brésilien, le code italien de 1942, le code portugais, le code grec, le code japonais.

Les notions floues, imprécises, interprétées, ravivées par les juges ont donc permis, dans presque tous les pays à droit codifié, de prolonger la vie du code, mais le pouvoir de création indéniable alors donné ou pris par les juges, rapproche d'une certaine manière le droit d'un pays romaniste des systèmes de common law.

Il est en effet intéressant de remarquer que dans les systèmes non codifiés, le problème de la pérennisation du droit ne se pose évidemment pas de la même manière que dans les pays romanistes. Le droit est reçu comme une longue évolution, sans rupture. La common law anglaise depuis sa naissance n'a connu aucun bouleversement, elle a seulement évolué, graduellement, au fur et à mesure du temps. L'apparition de l'Equity, au XIV^e siècle n'a pas été une rupture avec la common law créée par les cours royales. De nouvelles règles, (à l'esprit différent), qui ne voulaient pas s'opposer à la common law (*Equity follows the law*), ont été établies. La common law consacre l'évolution souple des règles de droit.

Le rôle ainsi reconnu au juge ne conduit-il pas alors à une certaine insécurité juridique, alors que la sécurité est de l'essence même de toute codification ?

Mais cette insécurité ne provient-elle pas aussi, dans les droits codifiés, de l'abondance des lois nouvelles, qui incite les juges à intervenir en utilisant des concepts généraux. Or l'inflation législative sévit dans tous les pays, même dans les pays les plus libéraux et les moins interventionnistes. Mais quelle est la cause de cette inflation ?

Si les dispositions du code s'avèrent insuffisantes, lacunaires et ne permettent pas de donner une solution juste à des problèmes nouveaux, le législateur devra intervenir. Mais ces interventions peuvent être si fréquentes que les lois spéciales, dérogeant ou complétant les dispositions du code seront plus nombreuses que les règles de droit commun contenues dans le code. Celui-ci apparaîtra alors inadapté.

On peut alors vouloir intégrer les lois nouvelles dans le code afin que toutes ses dispositions représentent le véritable état du droit. Il faut alors réviser le code pour prolonger sa vie.

Ainsi si la jurisprudence, graduellement, peut adapter le code, le législateur peut, plus brutalement, moderniser le code, en le révisant. La voie de la révision permet de sauver le code, lui redonnant une nouvelle jeunesse

Les allemands viennent de réviser toute la partie du BGB relative au droit des obligations. Il a été décidé d'intégrer au code certaines règles créées par la jurisprudence, certaines lois spéciales, des directives communautaires. En intégrant dans le BGB des règles déjà applicables mais éparées, le législateur allemand a marqué son attachement aux avantages de la codification.

La voie de la révision semble aussi être celle choisie par le législateur français. Dans les années 1960 on fit entrer dans les structures anciennes du code, des règles nouvelles, souvent contraire à celles retenues en 1804. Le droit de la famille fut révisé car, selon le doyen Carbonnier, auteur principal de la réforme, « il apparut que la référence au Code civil, au vrai Code civil, en contraste avec un futur « nouveau Code civil », était en soi une valeur inestimable ». Et actuellement, des commissions informelles, encouragées par les pouvoirs publics, travaillent sur un projet de révision du droit des obligations et des sûretés.

Il ne faut pas s'étonner que la France et l'Allemagne aient voulu seulement réviser leur code et n'aient pas décidé de recodifier leur droit. Leurs codes sont issus de leur propre histoire, de leur passé, de leur méthode de pensée, de leur forme de raisonnements, de leur mentalité, et même si le monde évolue, même si des événements ont entraîné des bouleversements depuis un ou deux siècles, ces codes reflètent encore aujourd'hui l'esprit français d'une part (la raison, la déduction, la logique, la précision) et d'autre part l'esprit allemand (le détail, l'abstraction, la conceptualisation, l'esprit scientifique, doctrinal).

Mais la révision ne paraît pas toujours suffisante. Lorsque, dans un pays, les temps ont changé et que le code, à l'origine provient d'une inspiration étrangère, n'a pas toutes ses racines dans l'histoire d'un peuple, on peut aller plus loin, délaisser l'ancien code et recodifier. C'est ce qu'a fait l'Italie en 1942 intéressée par la doctrine allemande et minimisant l'influence française qui avait imprégné le code de 1865. C'est ce qu'a réalisé plus récemment le Québec voulant moderniser son droit, et qui, intégré dans un État fédéral, avait reçu, en raison de sa situation géographique, des règles de common law. Il en est encore de même des Pays Bas, abandonnant volontairement l'influence française qui ne correspondait plus à leur vision de la société. Attirée par la pensée allemande et utilisant le droit comparé, les hollandais se sont dotés d'un nouveau code. La Fédération de Russie ayant délaissé le régime soviétique et voulant adopter l'économie de marché, désirant rejoindre les droits des pays occidentaux et d'une manière générale, la famille des droits romanistes, s'est dotée d'un nouveau code porteur des nouvelles valeurs sociales, politiques et économiques retenues.

Il en est ainsi de la vie des codes. Un code naît, il vit, il évolue, il meurt mais comme le phénix il peut renaître de ses cendres. Cette chronologie dans le temps conduit à s'intéresser tout d'abord à la vie et à la survie des codes (I) puis à leur mort et leur résurrection (II).

I - VIE ET SURVIE DES CODES

Comme toute chose au monde, un code naît et vit. Le droit comparé nous éclaire sur les raisons qui, dans les différents pays, conduisent à la création d'un code, sur les circonstances de sa naissance A) qui auront une grande influence sur sa manière de vivre et d'évoluer B)

A - La naissance d'un code

Un code a une date de naissance. Il commence à vivre à un moment précis. Il rompt avec le système de droit antérieur, les lois existantes sont le plus souvent définitivement abrogées. Tout code porte en lui une rupture et une durée.

Les raisons justifiant la rédaction d'un code peuvent-elles avoir une influence sur sa pérennité ? La réponse semble affirmative.

La rupture est suscitée souvent, mais pas toujours, par une crise, ou un changement de régime ou de politique, entraînant dans les pays qui entendent codifier leur droit, une nouvelle pensée, une nouvelle idéologie qui doit transcender le temps.

Le code civil français est issu de la révolution française, qui avait mis fin à l'ancien régime. Il fallait unifier le droit français qui ne l'était pas encore, et instaurer un ordre différent, prônant les idées nouvelles.

Un triple idéal s'incarnait dans le code civil, il est toujours présent aujourd'hui, car cet idéal correspond à des valeurs fondamentales qui sont partagées par toutes les démocraties.

En premier lieu, un idéal de liberté. Cette liberté qui ne pouvait exister sans la propriété. Le lien est évident. A quoi sert la liberté sans la possibilité d'obtenir les biens qui permettent de la satisfaire ? Le principe de la propriété romaine, individuelle, créant un lien direct entre le titulaire du droit de propriété et la chose sur laquelle il porte, sera reprise dans tous les pays romanistes.

La liberté était reconnue dans le champ contractuel. Tout individu pouvait contracter librement, sans l'exigence d'aucune forme. Le transfert de la propriété, pour la première fois, se faisait par le seul échange des consentements, aucun autre acte, aucun transfert physique n'était nécessaire.

Le code contenait aussi l'idéal d'égalité. L'égalité était l'idée phare de la Révolution française, qui avait mis fin aux privilèges de la noblesse et rejeté le système féodal. Elle triomphait dans le droit des successions.

Un troisième idéal apparaissait dans le code, idéal propre à la France né des idées révolutionnaires : la laïcité. L'état civil était confié à la République, le mariage était civil, le divorce, qui faisait fi de l'indissolubilité du mariage catholique, était admis.

Cette idéologie se voulait durable. Elle l'est toujours. Les idéaux de liberté et d'égalité ont été gardés par tous les pays qui s'étaient inspirés du code civil pour codifier leur droit, et ils se retrouvent encore dans les droits recodifiés.

Porteur des idées alors nouvelles, qui se voulaient universelles, le code civil contient en lui-même les éléments de sa pérennité. La reconnaissance dans le code civil d'un idéal intemporel est certainement l'une des raisons, justifiant deux siècles après sa naissance, de sa modernité.

Le code civil allemand était justifié par l'unité allemande, l'Allemagne entendait se donner un droit d'État. Il était le fruit de tout un siècle de réflexion doctrinale. Le rôle de la doctrine, pendant le XIX^e siècle a conduit à la distinction existant entre le code français et le BGB.

Différentes écoles (l'école historique, l'école du droit naturel, et surtout la science des pandectes) laisseront leur trace dans la rédaction du BGB. Les idées de Savigny seront déterminantes. Rejetant le droit naturel, il soutint que « la substance du droit est donnée par le passé tout entier d'une nation, non point d'une manière arbitraire et déterminée par le hasard, mais sortant des entrailles même de la nation et de son histoire ». Savigny était fasciné par le droit romain ; il estimait « que le Corpus juris civilis contenait un trésor de concepts et de techniques juridiques, de

valeur éternelle, utilisables en droit positif à condition d'être correctement ordonnés et systématisés »

L'école des pandectes imposait une dogmatique juridique. Par la science des concepts (chaque concept devant faire l'objet d'une définition rigoureuse, qui s'intègre elle-même dans un ensemble ou un dans un système), il devait être possible, par la combinaison des divers éléments, de créer de nouvelles notions, de nouvelles règles.

Le BGB, entré en vigueur le 1er janvier 1900, unifiant le droit de la nouvelle nation allemande, était imprégné de la doctrine du XIX^e siècle. Il contenait, ce qui était nouveau, une partie générale, « modèle de la faculté d'abstraction germanique », reflétant manifestement les thèses de l'école des pandectes.

L'existence d'une partie générale, contenant la définition précise des concepts, et les célèbres clauses générales (bonne foi, bonne mœurs) ont certainement facilité la pérennité du BGB. Les juges ont trouvé dans le code lui-même, les techniques leur permettant d'adapter les dispositions du code, qui était plutôt un code finissant le XIX^e siècle qu'un code ouvrant le XX^e siècle. Le pouvoir créateur des juges et l'œuvre du législateur ont permis de donner au droit allemand, la modernité que les nouveaux temps imposaient. Le code civil allemand a seulement été révisé.

Les origines des sources du code civil français et du BGB sont aussi l'une des causes de leur longévité. Ces deux codes pourraient être qualifiés de « purs ». Le droit comparé n'a joué aucun rôle déterminant lors de la rédaction du code français ou du code allemand.

Le code civil a fait oeuvre de compromis entre le droit de l'ancien régime et le droit révolutionnaire et a retenu du souffle révolutionnaire les idées nouvelles. Là est sa richesse et sa réussite. Mais tout cela reflétait un passé français. Les rédacteurs ont puisé dans le droit romain, les coutumes, les œuvres de Domat et de Pothier, la pensée des philosophes français du XVIII^e siècle, le droit naturel. L'esprit et les dispositions du code étaient dus au passé français. On trouve peu d'influences étrangères.

Il en est de même du BGB. Ce code est le fruit de la doctrine allemande, essentiellement de la doctrine de Savigny qui voyait dans le droit un reflet du passé d'un peuple. Les rédacteurs du BGB ont réalisé une œuvre inspirée par cette doctrine. Le BGB est l'œuvre de la pensée d'un pays.

Il n'en sera pas de même des autres codifications des pays romanistes qui toutes seront, directement ou indirectement, inspirées soit par le droit français soit par le droit allemand (ou par les deux comme le code suisse ou le code italien). Les sources de leurs codes (à part le droit romain) ne provenaient donc pas entièrement de leur propre passé, de leur propre histoire.

La « pureté » du code civil et du BGB peut donc en partie expliquer leur longévité, mais il faut remarquer que certains codes, ayant reçu une influence étrangère, ont aussi plus d'un siècle. Le code espagnol date de 1889, le code chilien de 1855, le code argentin de 1871. On peut citer aussi, même s'il ne s'agit que de décennies, le curieux exemple de la Turquie.

La rédaction d'un code correspond souvent à l'apparition d'un ordre nouveau. Il a pour but d'imposer un changement qui doit demeurer dans le temps. Il correspond à un nouveau donné. Tant que dure l'ordre nouveau, le code doit demeurer.

La création en 1922 de la République de Turquie par Mustapha Kemal commandait l'occidentalisation du droit. Pour cela, il fut décidé en 1926 d'adopter (presque mots pour mots) le code suisse des obligations. C'était un changement par rapport au droit antérieur appliquant la charia dont les règles avaient peu subi

l'influence de l'Empire ottoman, même s'il avait été mis en partie sous une forme écrite : la *Mejelle*.

Le code que se sont donnés les turcs ne correspondait donc absolument pas à leur histoire, à leur mentalité, à leur traditions. Cependant il vit encore aujourd'hui (certes des lois extérieures et la jurisprudence ont su créer un droit adapté à la civilisation turque). Tant que la volonté des dirigeants politiques sera d'aligner le droit turc sur un droit occidental, le code survira comme symbole de la modernité, acceptée et continuée. L'éventuelle venue de la Turquie dans l'Union européenne, contribuerait très certainement au maintien du code turc qui, en raison de ce qu'il représente, contient en lui-même les sources de sa pérennité.

Mais si l'on peut reconnaître que le contenu du code, et les circonstances qui ont présidé à sa naissance peuvent parfois expliquer sa pérennité, il faut bien reconnaître qu'il est essentiellement des éléments extérieurs au code qui justifient de sa survie.

B - La survie du code

Le bicentenaire du code civil vient d'être célébré, le code autrichien date de 1811, le BGB est centenaire, comme le sont les codes espagnol, argentin ou chilien. Pourquoi cette longévité ? La réponse se trouve dans l'œuvre de la jurisprudence et du législateur.

Portalis était conscient du rôle que le juge devrait assumer pour que le code vive dans le temps : « Nous nous sommes préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir » ... Un foule de choses ont donc nécessairement été abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. ... C'est aux magistrats et aux jurisconsultes, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ».

Les juges, la doctrine, devaient donc compléter le code, assurant sa durée.

Les vœux de Portalis se sont réalisés, la jurisprudence a joué et joue de plus en plus un rôle fondamental pour adapter au temps les dispositions du code. Que l'on pense à l'interprétation des différents alinéas de l'article 1384, à la notion de garde, à l'extension de la responsabilité du fait des parents ou des commettants, à l'interprétation de l'article 1382, à la concurrence déloyale, à l'abus de droit, à l'interprétation de l'article 1134, à l'extension de la bonne foi, aux clauses abusives. Les juges ont su adapter le code en interprétant des notions imprécises, comme la garde, la faute, la bonne foi, l'ordre public. Ils ont vivifié des règles qui auraient pu être vieilles ou inadaptées. La jurisprudence a été aidée par la doctrine qui, souvent, l'a précédée : l'abus de droit est lié à Josserand ; des juristes comme Saleilles, Capitant, le doyen Carbonnier ont pu inspirer les juges et indirectement faire évoluer le code au-delà de sa lettre. Les juges, confrontés à un déluge de lois et de réglementations, ont su retrouver des principes, des standards, renouveler des méthodes de raisonnement.

Les juges allemands ont également joué un rôle important dans la survie du BGB. Au début du XX^e siècle, la jurisprudence allemande, pour adapter le droit aux changements sociaux, a utilisé certaines notions contenues dans le BGB, que la doctrine a qualifié de « clauses générales ». Les juges ont, d'une certaine manière, « découvert » des règles vagues, indéterminées, auxquelles a été reconnue une valeur supérieure aux normes, même impératives, contenues dans la loi allemande. Ont ainsi été qualifiées de clauses générales, la bonne foi (retenue dans le § 242 du BGB), les bonnes mœurs (inscrites dans le § 238). Plusieurs facteurs, qui ne se retrouvent pas en droit français, ont pu justifier l'utilisation de ces clauses générales, l'existence d'une partie générale dans le BGB, la conception libérale du code

allemand dès son origine et donc la nécessité de l'adapter aux évolutions sociales, l'absence de toute méfiance à l'égard du juge. Ces clauses générales, aux contours imprécis, ont été un facteur d'adaptation du droit. Leur contenu faisant état de notions évolutives, changeantes, déterminables et redéterminées au fur et à mesure de l'avancement du temps, a permis au droit de tenir compte de l'évolution du contexte social, des changements dans les relations humaines et économiques. C'est la reconnaissance d'un droit souple, d'un droit adapté par le juge en fonction de l'espèce.

Des circonstances particulières, telle l'inflation, apparue dans les années 1920 ont aussi été favorables au développement de la bonne foi. C'est sur le fondement de la bonne foi, que la jurisprudence allemande a pu interpréter le contrat selon « la justice contractuelle », qu'elle a pu voir dans le contrat « une collaboration entre les parties », qu'elle a pu compléter le contrat et dégager des obligations non expressément prévues, admettre l'imprévision ou encore sanctionner l'abus de droit. La clause générale relative aux bonnes mœurs a permis, de s'opposer à l'abus de la liberté contractuelle, d'interdire les contrats de trop longue durée, de reconnaître la nullité des clauses léonines. Sur ce fondement les juges sanctionnent les abus de puissance économique.

Ces clauses générales ne sont pas sans critiques, car elles donnent au juge une trop grande liberté. On peut rappeler le célèbre livre de Hedeman « La fuite dans les clauses générales ».

Les clauses générales ont certainement permis une interprétation large du BGB permettant son adaptation dans le temps, mais elles correspondent à l'histoire, à la structure du droit allemand, à son évolution.

Ces clauses générales, technique très favorable à une interprétation évolutive des dispositions d'un code, se retrouvent dans un grand nombre de systèmes de droit. Les pays qui se sont inspirés du BGB pour rédiger leur code, ont reçu et développé ces clauses générales. Ainsi les juges italiens ont fait une grande utilisation de la bonne foi, permettant notamment de reconnaître une responsabilité pré-contractuelle.

La notion de bonne foi est aujourd'hui fort prisée ; il n'est pas un seul code récent qui ne la contienne et l'établisse comme un principe général. On la retrouve dans le code du Québec, dans le code brésilien de 2002, dans le code de la Fédération de Russie, et sous l'appellation « raison et équité » dans le code hollandais. Le projet de code civil israélien, qui devrait être soumis dans les mois qui viennent à la Knesset, retient également la notion de bonne foi. Cette notion floue permettra, avec bien d'autres techniques sans doute, à tous ces jeunes codes de perdurer.

Si la jurisprudence joue un rôle important pour assurer la pérennité d'un code, un autre acteur peut aussi y contribuer : le législateur. Il peut modifier, réviser le code. Pour tenter d'éviter les inconvénients qui résultent de l'inflation législative, dispersant les règles de droit et rendant difficile leur connaissance, le législateur peut incorporer dans le code les lois nouvelles modifiant ou complétant ses dispositions ou encore les réunir dans une compilation afin de préserver son contenu.

Tous les codes, à un moment ou à un autre, ont subi des modifications. Modifications ponctuelles, un seul article ou quelques articles sont modifiés ou plus générales, un chapitre ou même une branche entière du droit peut être révisé.

Des pans entiers du code civil français ont été remaniés. On peut citer, les règles relatives à la tutelle, au divorce, à la filiation, au droit successoral du conjoint survivant, aux partages, aux régimes matrimoniaux... Des dispositions nouvelles ont été introduites dans le code, celles relatives au Pacs, à la responsabilité du fait des produits dangereux, à la vente d'immeubles à construire. Mais le code ne

contient pas toutes les règles relatives au droit civil. Un grand nombre d'autres lois, modernisant le droit français, se trouve en dehors du code, la loi sur la publicité foncière, la loi sur les accidents de la circulation, les lois relatives aux rapports entre bailleurs et locataires, la loi sur la copropriété... D'autres règles ont été réunies dans un code à droit constant, tel le code de la consommation, ou le code des assurances.

Deux domaines importants, qui jusqu'à maintenant n'avaient pas fait l'objet d'importantes modifications, pourraient être révisés : le droit des obligations et le droit des sûretés. Des commissions travaillent actuellement sur une éventuelle réforme de ces branches du droit.

L'Allemagne a tout récemment révisé la partie du BGB relative aux obligations. Les allemands ont voulu simplifier et moderniser leur droit. Ils ont modifié certaines règles anciennes et ont inséré dans le BGB des jurisprudences et des lois qui y étaient extérieures, ainsi que certaines directives communautaires.

Cette réforme récente témoigne de la vitalité du BGB et d'une manière plus générale de la vitalité de l'idée de codification. Il y a eu de longs débats et des hésitations avant de parvenir à cette révision. Certains se demandent s'il faut encore aujourd'hui graver dans un code des règles de droit. Ne faut-il pas plutôt se contenter d'un ensemble de principes ? Le choix a été tranché en faveur de la pérennité du code. Il y a bien là une reconnaissance de l'idée qu'un code est un instrument complet qui doit (dans les limites possibles) contenir le droit civil en son entier.

Ainsi figurent aujourd'hui dans le BGB, des créations jurisprudentielles comme la culpa in contrahendo, et l'imprévision, la loi de 1976 sur les conditions générales d'affaires, la directive communautaire de 1999 relative à « certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », celle relative à la vente au démarchage, la vente à distance, au crédit à la consommation. L'intégration dans le code des directives communautaires, protectrices du consommateur, témoigne de la volonté de faire du BGB un instrument complet et l'élargissement du champ d'application de la directive de 1999 au droit commun de la vente (de ne pas en limiter l'application seulement à la vente au consommateur) conduit à une meilleure cohérence de l'ensemble des règles du contrat.

Des dispositions nouvelles ont été prises relativement à l'inexécution du contrat. Le BGB reconnaît aujourd'hui une notion générale de l'inexécution du contrat. Les règles concernant la prescription ont aussi été changées, la double échelle de prescription (retenue dans les Principes européens) a été adoptée.

Cette importante réforme est un hommage vibrant rendu au BGB et à sa pérennité.

Un dernier exemple de la pérennité d'un code par la révision peut être pris en Louisiane.

Après un premier code en 1808, hérité du droit français, les Louisianais en 1825 recodifièrent leur droit. Le nouveau code était rédigé en français et en anglais (il y avait donc deux versions officielles). Il était beaucoup plus long et descriptif que le premier code. Il fut considéré comme un excellent code. Ce code demeura presque inchangé pendant 150 ans, une révision technique, essentiellement pour en écarter les dispositions relatives à l'esclavage, étant seulement intervenue en 1870. Mais en 1975 la révision du code fut entreprise. L'importance du droit français déclinait, la population francophone ayant presque disparue. Le droit américain, par la langue anglaise était beaucoup plus accessible et l'existence de codes récents proposaient des solutions nouvelles. La Louisiane a donc voulu moderniser son droit, mais pour ce faire elle n'a pas désiré abroger le code en vigueur et procéder à une nouvelle codification. Elle a préféré réviser entièrement le code. La révision est presque achevée. Même si l'influence française n'a pas été reniée, d'autres influences,

et bien sûr celle de la common law, ont pénétré dans le code révisé. Le style a aussi changé. Mais certains auteurs aujourd'hui estiment que le code ainsi révisé ne mérite plus le nom de code, qu'il s'agit seulement d'un Digest, sans point commun avec les codes traditionnels. Selon le professeur Yiannopoulos : « Le vaste code intitulé code civil de Louisiane n'est réellement qu'un Digest... C'est un agglomérat de nombreux codes minuscules réunis en quatre livres, il lui manque toute ressemblance avec les codes traditionnels, qu'ils soient anciens ou modernes ».

Faut-il alors penser que le code de Louisiane, derrière une vitalité apparente, en réalité a perdu son identité première ? L'on est alors proche de la situation des pays qui ont décidé de délaissier leur code pour recodifier leur droit. Un code meurt, mais il ressuscite.

II - MORT ET RÉSURRECTION D'UN CODE

L'étude des différents systèmes de droit nous apprend qu'un très grand nombre de codes paraissent à un certain moment inadaptés aux yeux des juristes qui l'appliquent A) et que se manifeste alors la volonté de recodifier B)

A - Désuétude des codes

L'abandon d'un code se concrétise toujours lorsque est décidée la recodification. Il n'y a que deux solutions, ou bien le code ancien perdure, tel qu'il est, et la jurisprudence et le législateur oeuvrent ensemble pour que le droit permette de trouver des solutions adaptées aux problèmes qui se posent, ou bien le code ancien paraît vieilli, un nouveau code doit prendre sa place.

Y a-t-il une ou plusieurs raisons objectives à la décision de délaissier un code pour recodifier ? Il ne le semble pas. Chaque pays suit sa propre voie, raisons politiques, raisons scientifiques, influence économique, rôle d'un dirigeant ?

Les droits d'Amérique latine sont un bon exemple. Ces pays n'ont pas hésité à recodifier, à différentes reprises, leur droit.

Tous les pays latino-américains devenus indépendants au XIX^e siècle, plus ou moins tôt, plus ou moins tard, se sont dotés de codes civils, inspirés principalement du code civil français. Aucun de ces codes n'a été une copie servile, le passé espagnol ou portugais a souvent été gardé et le droit comparé a joué un rôle important.

Mais ces codes d'une manière générale, nés des circonstances historiques et politiques, malgré leur grande qualité juridique due à l'influence d'hommes de grand talent comme Sarsfield, Andres Belleo, Texeira de Freitas ou Bevilacqua ont été délaissés plus tard pour de nouvelles codifications.

Que reste-t-il des premières codifications du XX^e siècle ou du début du XX^e siècle ?

Le premier code brésilien, qui fut long à élaborer, datait de 1916, il vient d'être remplacé par un nouveau code en 2002. Le Pérou a eu un premier code en 1852 puis un deuxième code en 1936. Le code actuel date de 1984. Le Paraguay a, en 1987, délaissé le code de 1876. Le Mexique s'est doté d'un premier code en 1884, il a recodifié son droit en 1928 (le code est entré en vigueur en 1932). Le code argentin date de 1871, mais il existe actuellement un projet achevé de nouveau code civil.

Peu de codes demeurent encore en vigueur depuis le XIX^e siècle. On peut citer le code chilien de 1855.

Il n'est pas surprenant que le code chilien, préparé par Andres Bello, soit encore en vie. C'était, c'est un code original fait pour le peuple chilien en fonction

de sa tradition. Même s'il avait reçu une certaine influence française, mêlée à d'autres inspirations, son rédacteur avait voulu recueillir le plus possible le droit en vigueur au Chili. Il y avait eu une opposition des juristes et des politiques à l'introduction d'un droit étranger. Ce code s'était voulu fidèle à ses origines, proche du droit traditionnel. Ce trait particulier, joint à ses qualités littéraires, a justifié le rayonnement du code civil chilien qui a servi de modèle à d'autres codifications latino-américaines.

La longévité du code chilien se justifie par les mêmes raisons que celles favorisant la durée du BGB et du code civil français, ce code reflète le passé, les traditions, l'histoire du pays où il s'applique.

Par opposition, presque tous les autres États d'Amérique latine, moins attachés à un code, né des circonstances et qui ne correspondait pas vraiment à leur passé, à leurs traditions ont changé, sans grands états d'âme, et semble-t-il sans trop de difficultés, une ou deux fois de code.

Il est intéressant de remarquer que les codes refaits au XX^e siècle se sont, le plus souvent, détachés de l'influence française pour s'intéresser à d'autres systèmes de droit essentiellement au droit allemand. Mais des codes récents, celui de la Bolivie (1984), celui du Pérou, aussi celui du Brésil se sont inspirés du code italien de 1942.

Bien que les différents pays d'Amérique latine aient bien souvent changé de régime politique, passant d'une dictature militaire à un régime démocratique, les changements politiques ne semblent pas avoir été un facteur déterminant pour la rédaction d'un nouveau code.

Les régimes politiques, même les plus honnis et les plus totalitaires, n'ont pas forcément une grande influence sur le droit civil. Le BGB a traversé la période nazie, et le code civil italien a été adopté en pleine période fasciste en 1942. Après la guerre, il n'a jamais été question de délaissier ces codes, il a suffi d'en éliminer les dispositions qui reflétaient l'ancienne idéologie.

Cependant une modification du régime politique peut conduire à l'abandon des codes en vigueur sous le régime antérieur. C'est le cas de tous les pays de l'Est de l'Europe, ayant, dans les années 1990, abandonné le communisme. Les codes soviétiques ou d'inspiration soviétique qui ne correspondaient plus à la nouvelle orientation politique ont été remplacés.

Toute nouvelle codification entraîne la disparition du code ancien. C'est la volonté de recodifier (quelles qu'en soient les raisons) qui témoigne de l'inadaptation du code abandonné.

B - La recodification

De nombreux codes ont vu le jour depuis une trentaine d'années. Les Pays-Bas, le Québec, la Bolivie, le Brésil, le Paraguay, le Pérou se sont dotés d'un nouveau code et des projets de code vont être présentés devant le Parlement, en Argentine et en Israël.

Ce dernier pays est une curiosité pour le comparatiste. Il semble que ce soit la première fois qu'un État, qui relève d'un droit de common law, entende adopter un droit écrit et se doter d'un code. Les raisons de ce changement correspondent encore à l'idée d'un droit propre à un peuple. Les Israéliens, lors de la création de leur État en 1947, avaient gardé le droit alors en vigueur, essentiellement la Mejlle et la common law anglaise, mais bien peu de juristes de common law s'étaient établis en Israël, les juristes de ce pays neuf provenaient presque tous de pays de droit romaniste. Les Israéliens ont décidé de changer leur droit, qui certes permet de donner des solutions justes et équitables aux problèmes qui se posent, mais ils

désirent aujourd'hui avoir un droit en harmonie avec le pays qu'ils ont créé, et avec la population qui l'habite.

Ce mouvement de recodification appelle deux constatations.

D'une part aucun des nouveaux codes, même les codes des anciens pays soviétiques ne renie totalement le code antérieur. Un grand nombre de dispositions sont reprises ; il y a un lien voulu entre le passé et l'avenir. Il n'y a pas un reniement général. Dans le code de la Fédération de Russie, la forme de la propriété dépend encore de son titulaire : « propriété privée, d'État, municipale, autres formes de propriété », et d'anciens droits socialistes, relatifs à la gestion de la propriété publique « droits de compétence économique et de gestion opérationnelle » ont été maintenus.

D'autre part tous ces nouveaux codes entendent adapter le droit aux nécessités du temps présent et « moderniser » le droit. Il semble qu'il faille entendre par modernisation l'idée de donner une orientation sociale et économique nouvelle.

Le code du Brésil illustre ces deux objets.

Les Brésiliens ont voulu donner une orientation plus sociale à leur droit.

Le code de 2002 reconnaît la fonction sociale de la propriété et la fonction sociale du contrat, marquant ainsi la supériorité des intérêts publics sur les intérêts privés.

Mais cette approche sociale se double d'une approche économique. Le code brésilien adopte les idées actuelles relatives au contrat, souvent d'origine de common law, que l'on retrouve dans d'autres codes récents, dans les Principes Européens du contrat ou dans les Principes d'Unidroit et dans des conventions internationales, telle l'idée de « sauver le contrat ». Le contrat, une fois né, inséré dans un ensemble économique, échappe, d'une certaine manière, aux parties. Il appartiendra au juge, auquel est remis largement l'arme de la bonne foi, de le faire vivre ou mourir, selon sa nécessité économique.

Ces nouvelles codifications, pourront-elles avoir la pérennité du code français, allemand ou chilien ?

On peut en douter, même si l'on ne peut prévoir l'avenir. Ces codes semblent plutôt marquer une étape dans l'évolution du droit d'un État, ils ne sortent pas, comme le voulait Savigny, « des entrailles d'une nation et de son histoire ». Ils témoignent seulement de l'évolution du temps, des mœurs, des techniques, des orientations du XX^e siècle. Les temps ne sont plus sans doute à la création de codes, quintessence du passé et de la réflexion juridique d'un État. Le monde est aujourd'hui pluriel, les populations brassées, les évolutions plus rapides. Les temps sont autres, mais il faut alors peut être d'autant plus admirer la pérennité de certains codes qui, symbole d'une grandeur passée, sont encore à même de donner des solutions adaptées aux problèmes présents.

Le droit comparé démontre la richesse des codifications, de leur passé, de leur présent, de leur devenir. L'idée de codification joue un rôle important dans le monde. A l'heure où certains redoutent les avancées de la common law, la famille des droits romanistes est dynamisée par toutes ces jeunes codifications. Et cette nouvelle génération de codes peut être considérée par certains comme un heureux présage pour l'adoption, dans un avenir plus ou moins proche, d'un code civil européen ou plus modestement de Principes ou d'un code européen des contrats.

THÈME 1 –

**MÉTHODES DE CODIFICATION
ET LONGÉVITÉ DES CODES**

LES RAPPORTS ENTRE LE STYLE DU CODE CIVIL ET SA PÉRENNITÉ OU SON ÉVOLUTIVITÉ

Par

Christian ATIAS

..*

I - LES STYLES DE L'ŒUVRE

- A - Un monument historique
 - 1 - Le mythe fondateur
 - 2 - Le constat ultérieur
- B - Un droit commun
 - 1 - Une méthode modeste
 - 2 - Une directive ambitieuse

II - LES STYLES DES DISPOSITIONS

- A - La variété des styles
 - 1 - Les perles
 - 2 - Les pièges
- B - La diversité des interprétations
 - 1 - Les interprétations extensives
 - 2 - Les interprétations réductrices

..*

1 - Le Code civil guide les juges, les avocats et autres interprètes depuis deux cents ans et les inspire dans leur quête de justice. Il s'impose aux Français et leur en impose. L'œuvre d'ensemble et la série de ses dispositions ont traversé les décennies et les siècles. Le monument voulu par Bonaparte a tenu sa promesse. Le modèle admiré et suivi semble avoir eu une histoire digne de lui. Dans cette apparente stabilité exemplaire, le style du Code Napoléon pourrait avoir sa part, ainsi que la méthode législative mise en œuvre. Ce sont trois questions qui se croisent.

2 - La première tient à l'appréciation de la stabilité du Code. Elle comporte une certaine équivoque. La stabilité législative peut être célébrée comme un avantage réservé aux lois qui ont acquis « le droit de devenir anciennes » ; il est porteur des bienfaits qui s'attachent à une production législative suffisamment restreinte et lente pour être nourrie par l'expérience. Les victimes que nous sommes de l'inflation

législative aspirent à cet antidote. La stabilité de la loi peut aussi être présentée comme un inconvénient ; elle paraît manifester une rigidité excessive qui empêche de répondre à des besoins changeants. Le réalisme milite volontiers contre la stabilité législative.

3 - Quant au Code Napoléon, le constat est banal. Il aurait résisté à l'écoulement du temps de 1804 à 1960. Le mouvement de réforme lancé en 1963 aurait eu raison de sa pérennité ; à partir de cette époque, le changement a alimenté le changement. Le divorce avait connu deux réformes au XIX^{ème} siècle, abolition et rétablissement. Modifiée en 1942 et en 1945, la matière paraît ignorer la stabilité depuis la loi du 11 juillet 1975.

Le constat est peut-être sommaire. De 1804 à 1960, des lois extérieures au Code, des positions prétoriques nouvelles et le bouleversement des inspirations ont insinué le changement sous des dispositions apparemment indemnes. De 1960 à 2004, les variations du contenu du Code se sont heurtées à ces « masses de granit » que constituent le fonctionnement des tribunaux et des pratiques sociales moins versatiles que les préoccupations des législateurs.

L'instabilité récente, à la supposer vérifiée et mesurée, pourrait recevoir trois explications tout à fait différentes. Le phénomène pourrait tenir aux changements sociaux qui probablement n'ont pas affecté de façon homogène tous les domaines du droit civil. L'inspiration des dispositions nouvelles et l'ambition des objectifs de leurs auteurs pourraient avoir leur part de responsabilité. Il se pourrait aussi que le style des réformes fût cause de leur précarité.

4 - La deuxième question est celle du style législatif. Comment caractériser celui ou ceux du Code ? C'est une œuvre de grand style ; c'est une série de dispositions dont beaucoup ont du style.

Il est dû peut-être à l'époque de la rédaction ; elle était propice au beau style et un législateur n'aurait pas imaginé d'user d'une langue relâchée, même si le Code est écrit pour tous les Français. C'est affaire de civilisation ; écrire pour tous les Français, ce n'est pas abaisser le style pour le rendre populaire. Le peuple doit être élevé au style qui convient à la législation. Notre appréciation du style du Code pourrait tenir aussi, et plus simplement encore, au temps écoulé qui a déposé, sur des dispositions qui pouvaient être assez banales, sa patine ; tous les articles du Code n'ont pas la même valeur. Ce style parfois fleuri, parfois grandiose pourrait être encore celui d'auteurs de talent.

Le Code a manifestement des styles multiples, des styles propres à chaque catégorie de dispositions ainsi appropriées à leur objet. Le secret de la longévité pourrait être là. Venu de loin, son style pourrait avoir cette élégance grâce à laquelle les lois parviennent à épouser les aspirations des temps présent et futurs.

5 - La troisième question posée est de méthode. Les rédacteurs du Code avaient le choix entre la création, la construction d'une législation originale, l'élaboration d'une constitution civile nouvelle et, à l'inverse, la constatation, la reprise du connu, la déclaration du droit existant. Ils avaient aussi le choix de préférer la cohérence abstraite à l'empirisme.

6 - Ces possibilités diverses, ces tendances plus ou moins divergentes, voire opposées, leur étaient connues. Ils n'ont pourtant pas pu exercer, entre elles, un libre choix. Bonaparte le leur a interdit. Ils étaient quatre et disposaient de quatre mois seulement pour déposer un projet complet sur le bureau du Premier Consul. De

telles conditions de travail ne laissaient que peu de place aux états d'âme. L'ordre de Bonaparte allait commander la méthode.

Pour le satisfaire, il fallait sans doute se préoccuper moins de l'œuvre d'ensemble et des styles à lui donner que des diverses dispositions à aligner et de leurs styles propres.

I - LES STYLES DE L'ŒUVRE

7 - Le Code Napoléon est un recueil. Il reçoit et rassemble les enseignements du passé pour les mettre sous les yeux des juges, des juristes et des Français, pour les tenir à leur disposition. Il se recueille sur les meilleures solutions dégagées par les siècles d'expériences antérieures.

La fièvre révolutionnaire étant passée, il était temps de renouer les fils de la tradition juridique française. Édifier un monument législatif était nécessaire ; il ne pouvait être que le reflet du droit commun, ni moins, ni plus.

A - Un monument législatif

8 - Politiquement et historiquement, le Code civil des Français serait un monument. Il en aurait l'imposante stature et la force mythique. Il s'est sans doute moins imposé comme tel aux premiers interprètes qu'à leurs successeurs. Les premiers avaient été formés à la controverse par la multiplicité des règles en conflit ; les seconds seraient impressionnés par l'autorité que le Code avait acquise pour des raisons politiques et militaires. Elle serait l'instrument de sa stabilité, avant de gêner, de freiner les réformes.

1 - Le mythe fondateur

9 - L'autorité du Code lui vient de Bonaparte et de son prestige. Elle a sa source aussi dans la qualité et dans la réputation de ses auteurs. Portalis, Maleville, Tronchet, Bigot de Préameneu étaient des juristes de renom. Elle tient plus encore à la nécessité où ils furent de puiser, à pleines brassées, dans les grandes œuvres juridiques de l'Ancien Régime. Sans Bartole, Domat et Pothier, le Code aurait été tout autre. L'œuvre codificatrice a marqué son temps en l'enracinant dans les siècles passés, ceux de la post-glose, du jansénisme.

En évinçant Cambacérés au profit de Portalis, Bonaparte a permis cette alchimie qui a bientôt fait oublier l'ancienneté des formules du Code. Pour les premiers interprètes, une définition de la propriété, vieille de trois siècles, une définition du contrat conçue cent ans plus tôt, pouvaient être de parfaite actualité.

2 - Le constat ultérieur

10 - Pour leurs successeurs, déjà handicapés par l'affaiblissement de leur aptitude à l'interprétation, cent ans, c'était déjà trop. A la fin du XIX^{ème} siècle, le thème majeur sera celui du vieillissement du Code. Ses dispositions n'avaient guère perdu leur force originelle. Les interprétations qui les avaient progressivement recouvertes étaient sans doute surannées pour partie au moins.

Parce qu'ils ne sauraient plus vivifier la lettre du Code, les juristes des années 1890 et suivantes tenteraient de l'enterrer. Les théoriciens de l'interprétation, Saleilles et Gény, ne parviendraient pas à les libérer. Le carcan, la prison étaient dans leur tête. La chance voudrait qu'un législateur ignorant ou aveugle ne parvînt

pas à donner à la France le Code du XX^{ème} siècle. Le Code survécut et évita sans doute le pire.

Le vieillissement de la législation napoléonienne fut la conséquence de l'oubli de la préoccupation qui en avait fait la grandeur, celle du droit commun.

B - Un droit commun

11 - La grande affaire de la période 1803-1804, c'est assurément de parvenir à mener à bien le projet des Rois et de leurs ministres. Les Parlements abolis et les juges ramenés à l'obéissance, l'unification des lois civiles devenait possible. Ce choix politique de première importance accompagnait heureusement la décision de revenir à la paix sociale en terminant les révolutions.

Ni l'un, ni l'autre n'indiquait une direction précise pour fixer le contenu du Code. Le programme politique portait sur son existence, non sur les règles qu'il consacrerait. La méthode imposée par les circonstances, c'est-à-dire par les exigences du Premier Consul, serait modeste ; elle déboucherait sur une directive d'interprétation ambitieuse.

1 - Une méthode modeste

12 - En toute occasion, Portalis répètera, au cours des travaux préparatoires, qu'il n'était pas maître du contenu du Code, de sa précision ou de ses omissions. La tâche des rédacteurs était seulement de consigner le droit commun de la France. Là où il n'avait pas encore été dégagé, il fallait faire silence ou laisser le choix aux Français (art. 1393 C. civ.).

Les possibilités du législateur de 1804 sont fixées par l'histoire. Le Code est écrit sous la dictée des siècles passés. C'est la révérence pour ce droit généralement accepté qui sera progressivement oublié par les réformateurs thaumaturges du XX^{ème} siècle, ceux qui veulent créer un homme nouveau.

Ce n'est pas un hasard si, en 1965, le Conseil d'État voulut supprimer la référence au droit commun matrimonial pour imposer un seul régime. Le Doyen Carbonnier lui-même faillit ne pas parvenir à sauver la liberté.

13 - Ce droit commun, c'est celui dont les expériences du passé ont révélé la supériorité (1). Contre les leçons du temps, aucun programme ne devrait pouvoir lutter. D'autres expériences pourraient seulement corriger, nuancer, rectifier les dispositions promulguées. Le politique, la morale même ne pouvaient alors être confondus avec le droit. Sa stabilité en serait accrue.

2 - Une directive ambitieuse

14 - Le droit commun est doté d'une faculté particulière, parfois excessive, de résistance à l'usure du temps, à l'érosion des lois nouvelles. Toute loi nouvelle, posée à ses côtés, paraît porteuse d'une règle spéciale, voire exceptionnelle (2). Son interprétation tend à la réduction ; elle se fait stricte, voire restrictive. C'est au point que doit être dénoncée une tendance à « l'interprétation stricte des innovations » (3).

(1) M.-Fr. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, P.U.F., 2003, p. 64 et s.

(2) R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, Chr. XVIII, p. 91.

(3) G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-71, p. 203, 212, 216.

15 - Cette directive n'était certainement pas dans le Code. Son plan suffit à le vérifier. Peu cohérent, il était surtout ouvert.

Il était celui du réceptacle, du recueil des enseignements du passé, prêt pour l'accueil des questions à venir. Les dispositions ainsi à peine classées confirment l'analyse.

II - LES STYLES DES DISPOSITIONS

16 - Le Code civil est un porte-parole ; il porte la parole des civilistes dont les œuvres ont inspiré ses rédacteurs. C'est pourquoi, il avait et a autant d'avenir qu'il avait de passé.

Sa stabilité dépendait moins des styles variés que ses articles avaient pris, que de la diversité des interprétations qu'ils recevraient (4).

A - La variété des styles

17 - Le style du Code n'est manifestement pas unifié. D'origines fort diverses, ses dispositions ont, chacune, leur écriture propre. Il en est de littéraires, de solennelles ou déclamatoires ; il en est de techniques. Certaines sont générales et abstraites ; d'autres donnent dans le descriptif, dans le catalogue.

Le Code multiplie les précautions oratoires, les textes-annonces, annonce des causes de dissolution du mariage (art. 227), annonce des droits réels (art. 543), annonce des engagements qui se forment sans convention (art. 1370), annonce des régimes de responsabilité (art. 1384, al. 1),...

Dans ce florilège, il y a des perles et des pièges.

1 - Les perles

18 - Si Stendhal a pu apprendre la langue française dans le Code civil, c'est que certaines de ses dispositions ont un style particulièrement élégant. L'alliteration de l'article 556 est célèbre : « les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent *alluvion* ». Racine aurait apprécié.

19 - Les articles 2240 et 2241 offrent une autre sorte de perle moins littéraire sans doute, mais d'une belle richesse sémantique. Ces dispositions indiquent quand « on peut prescrire contre son titre » ; elles soulignent que l'expression peut recevoir plusieurs sens et qu'elle porte ainsi plusieurs règles.

La surdétermination de nos adages et principes est, par là, mise au jour. La culture des juristes du début du XIX^{ème} siècle les préparait à déceler ces significations superposées ; ils étaient habitués à travailler sur des mots qui constituent des guides aussi riches qu'équivoques.

2 - Les pièges

20 - De nombreuses dispositions du Code peuvent, sinon égarer les interprètes, du moins les entraîner sur des voies divergentes. Elles sont comme des réserves d'inspirations ; elles sont ouvertes et ce sont leurs interprétations qui peuvent les refermer sur une signification unique.

(4) Ph. Rémy, « Eloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, p. 115.

Ces dispositions ouvertes sont les plus fondamentales du Code. La définition de la propriété laisse le choix entre l'individualisme absolutiste de la première proposition et le dirigisme étatique de la seconde. L'article 1134 du Code civil ouvre une semblable alternative. La force du contrat peut être fondée sur la loi qui en gouverne la formation ou sur la convention. Dans l'ordre plus technique, l'article 1184 du Code civil rattache la résolution judiciaire au mécanisme automatique de la condition ; pourtant, la qualification est caractérisée par le refus marqué de tout caractère automatique et par le rôle donné au juge, par sa liberté d'appréciation. Il prononce la résolution qui n'est jamais de droit et qui doit lui être demandée.

Ces dispositions-clés n'imposent aucune direction, aucune tendance. Elles sont prêtes à accueillir toutes les questions à venir. Elles ne prétendent jamais poser des règles arrêtées. Elles ne disent pas le droit ; elles le montrent. Seule leur mise en œuvre dans des circonstances concrètes et déterminées peut leur donner l'un de leurs sens possibles.

Ces dispositions piègent inexorablement ceux pour qui le droit est un ensemble de règles.

Le droit naît dans la diversité des interprétations élaborées à la recherche des solutions les moins injustes.

B - La diversité des interprétations

21 - A partir de la gamme des possibilités délibérément offertes par les dispositions du Code, se compose une stabilité bien tempérée, parce que légère, diaphane, comme superficielle, en demi-teinte. Plusieurs articles qui pouvaient paraître anodins le sont restés pendant des années, avant d'éclorre comme des dispositions particulièrement riches et fécondes. D'autres articles de même allure ont connu un sort tout à fait différent.

L'article 1384, alinéa 1er, du Code civil a porté l'un des ensembles de règles les plus complexes que le droit civil français ait connu au XXème siècle. Le régime de la responsabilité du fait des choses a été édifié sur la base d'un seul mot ; en évoquant la garde des choses, les rédacteurs du Code ont permis la constitution d'un corps de règles particulières centrées sur la position du gardien et non sur les particularités de choses à l'origine de dommages.

Le développement de la responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre a été beaucoup plus tardif.

Les articles 543 et 1370 du Code auraient pu, chacun dans son propre domaine, connaître une semblable descendance ; ils présentaient toutes les caractéristiques requises. S'ils ont conservé une portée fort réduite, voire ont empêché les enrichissements qu'ils auraient pu permettre, ce n'est sans doute pas seulement que le besoin de règles nouvelles ne s'est pas fait sentir. Les interprètes ne les ont peut-être pas cherchées dans le Code parce qu'au moment où la question s'est posée, ils ne pensaient plus que les progrès du droit civil devaient et pouvaient être rattachés aux dispositions de 1804.

22 - Ce qui a fait l'heureuse pérennité du Code et son appropriation aux aspirations des époques successives, ce sont ses interprètes et utilisateurs. Le mérite de la codification est d'avoir préparé leur tâche. Des civilistes de talent et de grande culture ont fourni, à la commission présidée par Portalis, les enseignements qui leur ont donné le moyen de présenter après quelques mois de travail un projet de code.

Des civilistes de talent et de grande culture ont su saisir les chances multiples que leur offraient des dispositions ouvertes dont un droit pouvait émerger. Serons-nous dignes d'une législation civile dont nous ferions la pérennité ?

LA MÉTHODE LÉGISLATIVE DU CODE CIVIL ET SA LONGÉVITÉ

Par

Jean-Louis BERGEL

Professeur à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III

Ce Code a deux cents ans ! Mais ce n'est pas un vieux code ... Il reste bien ancré sur ses fondations et a su se régénérer, sans se dénaturer. Il a absorbé toutes les évolutions sociologiques et sociales, tous les bouleversements économiques, les révolutions technologiques, les spasmes politiques, les tribulations idéologiques de ses deux cents ans d'histoire. Il a pu résister aux guerres, à la succession des régimes politiques, aux crises économiques et monétaires de ces deux derniers siècles. Il est parvenu à digérer et même à conduire toutes les métamorphoses du droit civil de notre temps.

Il y a là une sorte de miracle, de mystère, si l'on songe à la plupart des autres codes qu'il a fallu repenser et remettre sur le métier non seulement en France, mais dans le reste du monde. Le Code civil français est désormais, à la fois, un réceptacle du passé et de toutes les évolutions. Ce phénomène assez exceptionnel paraît tenir au caractère fondamental de nombre de ses dispositions et de son inspiration et à la grande flexibilité de sa structure et de ses principes. Ces deux aspects ont permis de préserver sa stabilité, tout en permettant son évolution, et de concilier en permanence la continuité et le renouveau du droit civil.

Ce phénomène de survie et de régénération permet de nourrir la problématique même de la codification. On reconnaît à la codification des mérites à la fois politiques et juridiques. Elle constitue un facteur d'unité politique et d'intégration sociale, ainsi qu'un moyen d'unification et de connaissance du droit qui en garantit la cohérence, la clarté et la sécurité. On reproche néanmoins à la codification de favoriser « le positivisme légaliste » au détriment de l'évolution naturelle du droit et d'étouffer les débats d'idées, les évolutions sociales, économiques et scientifiques ainsi que la recherche du droit juste sous un légalisme tout puissant. Elle tendrait à la mise en système des normes juridiques et réduirait les juristes à l'analyse de formules impératives et abstraites. Elle aboutirait à figer le droit dans des textes « corsetés » dans leur code et conduirait à une sorte de sclérose du droit. Le seul remède serait alors une inflation de textes extérieurs et parallèles qui désorganiseraient le système par un mouvement pernicieux de « décodification », comme ce fut le cas notamment en droit commercial. En réalité, l'évolution considérable des grands codes, notamment en France, démontre que ces critiques ne sont pas fondées et que les mouvements de décodification que l'on a dénoncés ne sont pas liés à une prétendue sclérose des codes, mais à une inflation législative qui est justement due à une carence d'autres codifications.

Le Code Napoléon est resté applicable en Belgique et au Luxembourg jusqu'à nos jours. Il a, plus ou moins, inspiré, en Europe le Code néerlandais, le Code roumain, le Code italien de 1865, le Code portugais de 1867 et le Code espagnol de 1889. Il a également inspiré les Codes de la Louisiane de 1808, du Québec de 1870 et d'Haïti de 1825, ainsi que de nombreux codes d'Amérique latine et centrale.

En France, son bicentenaire n'est pas que le signe de sa maturité. Il est aussi celui de son actualité. L'hypothèse qu'il faut tenter de vérifier, pour expliquer une telle longévité grâce à sa capacité d'évolution, est celle selon laquelle le Code Napoléon s'est établi dans l'épaisseur historique d'une civilisation parce qu'il en est le reflet permanent, mais aussi parce qu'il a pu constamment se renouveler.

On peut, peut-être, admettre que la « politique législative » de ses auteurs et la « technique législative » de ses rédacteurs ont permis à la fois la stabilité et la flexibilité du code civil, grâce auxquelles il a pu résister à l'épreuve du temps. *Ce serait alors à des méthodes législatives particulières que le Code civil devrait cette sorte de pérennité.*

Dans « le discours préliminaire sur le projet de code civil », Portalis écrivait : « il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ... La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ... Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir ou qu'un prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ». Napoléon, à Sainte Hélène, a déclaré : « ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles. Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil ».

La codification, en effet, constitue un enjeu essentiel de l'organisation juridique d'un État et s'inscrit dans une perspective politique à travers des options philosophiques ou idéologiques. Historiquement, la codification a d'ailleurs été le plus souvent consécutive à des crises de société à l'issue desquelles il a paru nécessaire de « fixer » de nouvelles règles du jeu social et de stabiliser la société sur la base d'un nouveau pacte social. La codification est, à la fois, un facteur d'unité politique et d'intégration sociale et un procédé d'unification et de reconnaissance du droit qui en garantit la cohérence, la clarté et la sécurité. La codification classique n'est pas une simple compilation. C'est une œuvre créatrice et de rénovation de l'ensemble d'une matière, qui réunit, sous une inspiration commune, des règles traditionnelles et des règles nouvelles en une construction cohérente destinée à instaurer ou à renouveler un ordre juridique. Ainsi, la codification classique consiste en de grandes œuvres réformatrices qui rénovent l'ensemble d'une matière et qui mêlent dans un texte unique la reprise de règles traditionnelles et la formulation de règles nouvelles. Selon le doyen Carbonnier, il y a, dans une telle œuvre de codification, « un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire ». Ainsi, les grandes codifications réformatrices sont mal adaptées à des matières trop techniques et spécialisées. Seules, les matières les plus fondamentales dont l'inspiration fonde une société semblent donner lieu à de grands codes de type classique. Or, le droit civil, c'est le droit commun d'un peuple qui exprime sa « façon de vivre » issue de siècles d'histoires, de civilisation, d'habitudes. C'est le ciment de la culture d'un pays que

des textes d'origine technocratique et indifférenciés ne peuvent remplacer sans couper chacun de ses propres racines.

C'est probablement parce qu'il constitue le droit commun de la France que le Code civil a pu survivre à deux siècles d'histoire. Mais c'est aussi parce qu'au delà de la synthèse qu'il a opérée entre le droit des pays de coutumes et des pays de droit écrit, il a pu absorber l'évolution des faits et de profondes réformes. Cette aptitude à survivre et à se rénover tient à la fois, *sur le fond*, au processus normatif (I) sur lequel il repose et, *sur la forme*, aux procédés légistiques (II) auxquels ses rédacteurs ont eu recours.

I - LE PROCESSUS NORMATIF DU CODE CIVIL

La conception profonde du Code Napoléon semble inspirée par une volonté de conciliation entre la tradition et les acquis de la Révolution, entre le droit coutumier et le droit écrit, entre la défense des particuliers et les exigences de l'intérêt général. Cette perspective d'intégration permanente des diverses forces créatrices du droit civil n'a pas cessé depuis 1804, parce que le Code civil a pris un caractère « sacré » et a bénéficié d'une sorte de culte des français. On a, dès lors, toujours cherché à le préserver tout en le faisant évoluer. Le processus normatif sur lequel il repose et qui a permis *sa longévité* (A) n'a pu résister à l'épreuve du temps que parce qu'il en a aussi permis *l'évolutivité* (B).

A - Processus normatif et longévité du Code civil

Un Code civil doit se nourrir des traditions, des aspirations et des consciences de tous ses destinataires. Le succès du Code civil de 1804 tient en grande partie aux influences conjuguées du droit coutumier et du droit romain. Il représentait et représente encore le droit commun de la France. Le doyen Carbonnier a justement écrit que le Code civil est la véritable « Constitution civile de la France ». Il exprime, matériellement et sociologiquement « les idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution et continue de se constituer, de nos jours encore, développant ces idées, les transformant peut-être, sans avoir jamais dit les renier ». Dans « le discours préliminaire », Portalis écrivait : « toutes les lois se rapportent aux personnes et aux biens et aux biens pour l'utilité des personnes ... Pour connaître les divers ordres de lois, il suffit d'observer les diverses espèces de rapports qui existent entre des hommes vivants dans la même société ».

En édifiant le Code civil sur des *concepts* (a), des *principes* (b) et des *mécanismes* (c) fondamentaux et dotés d'une pérennité et d'une universalité suffisantes, ses auteurs en ont garanti la longévité, en réservant des perspectives d'évolution, d'exceptions et de contingences susceptibles d'en affecter les modalités.

a- Des concepts fondamentaux

Les auteurs du Code civil ont manifestement voulu consacrer certains concepts qui, pour eux, devaient constituer les fondations mêmes du système juridique français. Ils en ont alors généralement donné une définition très large, tout en réservant la possibilité d'en adapter les modalités par la loi, le plus souvent d'ailleurs en considération de l'intérêt général. On peut en prendre pour exemple la propriété et les contrats.

Le code civil a défini le *droit de propriété* dans l'article 544 comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on

n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements », réservant ainsi la possibilité de le limiter par la loi, ce qui a permis d'absorber les multiples restrictions qui lui ont été apportées depuis des décennies.

Le Code a également défini *le contrat* dans l'article 1101 du Code civil comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cette définition a pu résister à l'épreuve du temps. Dans « le discours préliminaire », Portalis proclamait : « la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique ». Cette pétition de principe trouve un écho manifeste dans l'article 6 du Code civil.

Les concepts juridiques se prolongent naturellement dans les catégories juridiques au sein desquelles on regroupe des droits, des choses, des personnes, des faits ou des actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et qui obéissent donc à des règles communes. Le Code civil a consacré ce processus rationnel en caractérisant lui-même un grand nombre de catégories et de sous-catégories juridiques. Il a ainsi divisé les biens en meubles et immeubles, les servitudes en servitudes légales, naturelles et du fait de l'homme, en servitudes apparentes et non apparentes, continues et discontinues ..., les contrats en contrats synallagmatiques et unilatéraux, commutatifs et aléatoires, « de bienfaisance » et à titre onéreux ...

Les définitions peuvent sembler nécessaires pour éclairer le sens des textes, préserver la signification des mots qui y sont employés et déterminer les concepts auxquels ils se réfèrent. S'il existe beaucoup de définitions légales ou réglementaires en toute matière, leur nombre est relativement infime dans le Code civil qui n'en comporte qu'une centaine. On ne peut oublier le vieil avertissement du Digeste : « omnis definitio in jure, periculosa ». Les définitions seraient inutiles quand la loi recourt au vocabulaire habituel et dangereuses quand elles paraissent utiles, car ce sont des règles supplémentaires, elles-mêmes sujettes à interprétation et susceptibles de figer l'évolution du droit. A cet égard, on est donc confronté à une alternative méthodologique : des définitions légales avec une souveraineté absolue du législateur entraînant à la fois sécurité juridique et rigidité du droit, ou pas de définitions légales, mais une grande liberté du juge, impliquant une certaine fragilité de l'édifice législatif et une grande flexibilité de la règle de droit. L'usage des définitions peut s'imposer quand il faut préciser un concept nouveau ou édicter une proposition de base qui commande la compréhension et l'application d'un texte déterminé. Il est au contraire à proscrire pour les concepts, les choses ou les personnes qui ont déjà un sens suffisamment clair dans le vocabulaire courant ou juridique. Il faut, en tout cas, éviter des définitions différentes de mêmes termes, d'un texte à l'autre. On ne trouve donc guère de définitions que pour des concepts essentiels. Pour la propriété (C. civ., art. 544), pour les quasi-contrats (C. civ. Art. 1671), pour les servitudes (C. civ. art. 637) ...

b- Des principes généraux

Les principes généraux constituent la charpente même du Code civil, voire de l'ensemble du système juridique français, comme c'est le cas pour le principe de non-rétroactivité de la loi, consacré par l'article 2 du Code civil dont le texte n'a pas varié depuis deux cents ans.

La force créatrice de la volonté, expression fondamentale de la personnalité juridique de l'individu à l'issue de la Révolution française, consécration de la pensée libérale et individualiste du « siècle des lumières », innerve l'ensemble du Code Napoléon. Le libéralisme impliquait, comme le disait encore Portalis, que ce qui

n'est pas contraire aux lois soit licite, et que ce qui leur est conforme soit « honnête » et qu'en principe, « les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse... La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique. Mais c'est précisément lorsqu'il s'agit de fixer ces limites que les difficultés naissent de toutes parts ».

Cela s'est traduit directement dans le droit des contrats et dans les perspectives de son évolution dans la société contemporaine. Dans le Code civil, on trouve d'abord, dans l'article 6 dont le texte d'origine a été maintenu, le principe selon lequel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », autrement dit, a contrario, que l'on peut librement déroger à tous les autres textes par convention. On y trouve aussi, dans les articles 1108 et suivants, les exigences relatives à la liberté du consentement des parties pour assurer la validité des contrats et, dans l'article 1134, le principe de l'effet obligatoire du contrat pour les parties, tous ces textes étant encore conformes à leur texte d'origine.

Les dispositions générales ont l'avantage de la flexibilité, car elles permettent de capter des situations très diverses et indéterminables à l'avance, ce qui leur permet de mieux s'adapter à l'infini variété des faits et à toutes les évolutions, et donc de ne pas vieillir trop vite. La formule de l'article 1382 du Code civil, admettant comme source responsabilité « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage », a résisté à l'épreuve du temps en dépit des bouleversements de la vie et de la technique, depuis 1804. Mais de telles formulations ouvrent la voie à une grande liberté d'appréciation, voire à des erreurs ou des déformations, et peuvent permettre des extensions imprévues ou indésirables.

Un autre exemple, en matière de divorce, s'est perpétué, sous réserve de modifications de 1804 à 2004 (loi n° 2004-438 du 26 mai 2004), dans l'actuel article 242 du Code civil sur le divorce pour faute. Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune. Une formulation aussi générale permet de capter les situations les plus diverses, à toute époque. Le nouvel article 237 du Code civil (loi du 26 mai 2004) est encore plus large et général quand il pose le principe que « le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré ».

La place réservée aux principes généraux, dans une œuvre de codification substantielle, est sujette à controverse. Certains pensent que la codification ne devrait porter que sur des principes généraux qui sont dotés d'une permanence suffisante, incompatible avec les solutions ponctuelles, et dont la flexibilité permet une adaptation plus facile aux changements économiques et sociaux. D'autres contestent l'utilité d'un tel code dont le contenu trop volatile serait livré à ses interprètes et ne permettrait pas d'accéder à la législation positive de la matière considérée qui doit, selon eux, y être rassemblée. Il semble toutefois nécessaire d'établir, dans un code, les principales règles techniques d'une matière fondamentale sous les auspices des principes généraux qui les inspirent et doivent guider leur application. Cela paraît relever à la fois d'un processus inductif et déductif. Il convient de relier entre elles des règles particulières autour des principes communs qu'elles expriment et d'établir les autres règles de la matière considérée qui se déduisent de ces principes et permettent de les mettre en œuvre. Un principe détaché de ses applications concrètes est un principe mort et, inversement, des règles ponctuelles simplement juxtaposées, sans souffle commun, seraient orphelines et d'application incertaine et désordonnée. Selon Monsieur Delnoy, « la force d'un code ... vient justement du passage du principe à la règle et réciproquement ; il y a

un dialogue nécessaire entre ces deux éléments qui donne tout son prix à la codification. A défaut, le risque est grand d'aboutir à une œuvre qui ne serait qu'une version supplémentaire des dix commandements ».

c- Des mécanismes généraux

Le système de preuve, instauré par les articles 1315 à 1369 du Code civil, répond à la nécessité permanente en droit de démontrer l'existence d'un fait ou d'un acte pour justifier d'une prétention. Il importe peu, alors, que la preuve juridique ne permette pas la preuve scientifique. Ce qui est établi légalement est présumé conforme à la réalité que consacre le droit. Il ne suffit pas d'affirmer ou de prétendre, il faut démontrer. La preuve relève donc de la « raison pratique » du droit. L'importance du système probatoire est donc centrale dans tout système juridique. A propos de la preuve des obligations et de celle du paiement, le Code civil, après avoir posé les principes de la charge de la preuve dans l'article 1315, a défini et réglementé les divers modes de preuve. En 2004, le chapitre consacré à la preuve comporte encore, en majeure partie, les textes d'origine du Code Napoléon, puisqu'il en subsiste 47, même si certains d'entre eux ont été complétés et renumérotés.

Il importe peu que certains articles aient été complètement oubliés, comme l'article 1333 sur « les tailles » corrélatives à leurs échantillons, pour les fournitures en détail, que d'autres aient été abrogés (art. 1327 sur la discordance exprimée dans l'acte et de celle exprimée dans le « bon pour ... »), que de nombreux nouveaux textes aient été intégrés dans le chapitre sur la preuve afin de le moderniser (loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, loi du 2000-230 du 13 mars 2000) et que d'autres encore, sur le serment par exemple, semblent maintenant quelque peu désuets.

B - Processus normatif et évolutivité du Code civil

La réglementation du droit de la preuve, dans les articles 1304 et suivants du Code Napoléon, ne l'a pas figé. Une première modernisation du droit de la preuve par la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, traduisant l'évolution conjuguée de l'économie, des comportements et de la technique, a conduit à modifier l'article 1341 du Code civil et le seuil à partir duquel l'écrit est exigé (150 francs de l'époque en 1804) en ouvrant, par la référence à une fixation par décret, la possibilité de variations ultérieures (800 Euros depuis le 1er janvier 2002 au lieu de 5.000 francs). On y a aussi supprimé le « bon pour » de l'article 1326 du Code civil. La loi du 12 juillet 1980 a également consacré, dans l'article 1348, une force probante à certaines copies. La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 a surtout pris acte, en matière de preuve littérale, de l'existence d'autres supports que le papier, à la suite des progrès technologiques qui ont permis d'admettre la preuve électronique et la dématérialisation corrélatrice des preuves des actes juridiques (articles 1316 à 1316-4 et 1317 al. 2).

Le droit des contrats, dans le Code civil, est manifestement susceptible d'absorber les transformations les plus diverses, au cours du temps. Tout récemment encore, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, sur « la confiance dans l'économie numérique » a ajouté au titre III livre III du Code civil un chapitre 7 sur les « contrats sous forme électronique » constitué par les nouveaux articles 1369-1 à 1369-3 du Code civil. Il s'agit d'y réglementer les contrats de fourniture de biens ou de prestations de services proposés à titre professionnel, par voie électronique, en assortissant l'offre de qualités suffisantes d'information et en garantissant à la commande une sécurité acceptable. Les textes modulent même les exigences légales

selon qu'il s'agit ou non de contrats de fourniture de biens ou de prestations de services conclus « exclusivement » par échange de courrier électronique (C. civ., art. 1369-3).

Portalis soutenait dans « le discours préliminaire » : « il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là, cette formule de contrats connue dans les lois romaines, sous le titre de contrats innommés. En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent. Leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins... » Une telle conception, cristallisée en particulier dans l'article 6 du Code civil, ouvre la porte à toutes les innovations futures, mais aussi à toutes les limitations possibles à la liberté contractuelle. *C'est le Code civil qui a lui-même préparé sa propre évolution...*

On constate également, dans la plupart des systèmes juridiques, une prolifération de « standards », tels que la bonne foi, les bonnes mœurs, l'urgence, la diligence raisonnable, les intérêts en présence, l'intérêt de l'enfant ou celui de la famille, le comportement du bon père de famille... Il s'agit de normes souples et délibérément à déterminer, de notions cadre qui laissent au juge un large pouvoir d'appréciation et ont l'avantage d'une grande plasticité, mais correspondent à une forme de déréglementation. Autrement dit, il ne s'agit pas de normes juridiques immédiatement opérationnelles, mais de simples directives. Les « standards » permettent à la règle de droit de capter les réalités les plus diverses, l'évolution des comportements et des mentalités, les transformations des mœurs et des habitudes... Ils sont un facteur essentiel de la flexibilité du droit. Leur utilisation dans la conception et la rédaction des lois est, toutefois, non seulement un procédé technique de fond, mais aussi un procédé purement formel de rédaction qui relève de la légistique.

II - LES PROCÉDÉS LÉGISTIQUES DU CODE CIVIL

Par sa cohérence et par sa composition d'ensemble, le Code civil constitue un système fait d'éléments interdépendants, non seulement sur le fond mais aussi sur la forme. Il constitue un système qui s'exprime tant par sa structure globale que par les éléments formels particuliers qui le composent, grâce à tout un éventail de procédés légistiques. Certains d'entre eux permettent de souder et de conserver la structure du Code civil : ils sont le gage de sa *stabilité* (A). D'autres en garantissent la *capacité d'ouverture* aux réformes (B), sans en rompre l'unité, ni l'harmonie : ils sont le gage de sa *flexibilité*.

A - Les procédés légistiques et la structure du Code civil

La structure du Code civil peut se caractériser par sa composition d'ensemble et par des procédés légistiques de liaison normative.

a) La composition d'ensemble

La composition d'ensemble d'un code doit représenter à la fois sa logique interne, son contenu matériel et la hiérarchie de ses dispositions pour chacune des matières qu'il régit. La division d'un code en parties s'impose en raison du nombre d'articles qu'il comporte et de la possibilité de les grouper en ensembles présentant une réelle unité conceptuelle. Ainsi, un bon plan est indispensable à sa cohérence et

à sa compréhension. Or, en matière législative, les plans doivent être apparents pour faciliter la lecture de la loi.

La division hiérarchique d'un code s'impose pour sa compréhension. Comme le disait Portalis, la codification n'est pas autre chose que « l'esprit de méthode appliqué à la législation ». Au sens le plus général, un code est un regroupement de textes de droit écrit dans un ensemble cohérent. C'est un corps cohérent de textes, englobant dans un plan systématique, l'ensemble des règles relatives à une matière et issues de travaux législatifs ou d'une création réglementaire. La codification consiste donc à réunir des règles éparses en un même document.

Or, cet ensemble ne doit être ni anarchique, ni désordonné. Au contraire, il doit être parfaitement structuré grâce à un plan qui en épouse et en encadre le contenu et qui en révèle formellement la logique par des divisions claires. Selon Ihéring, « plus la construction est simple et plus elle est parfaite ... L'extrême simplicité est ici la manifestation suprême de l'art ... ». La division hiérarchique classique du Code civil en livres, eux-mêmes subdivisés en titres, eux-mêmes divisés en chapitres composés de sections divisées en paragraphes, paraît naturelle dès que l'ampleur des textes considérés le permet. Cela traduit un enchaînement logique de leur dispositions générales qui encadrent des dispositions plus spécifiques dont l'ordre progresse du général au particulier et des principes à leurs applications, voire à leurs exceptions.

Le plan du Code en constitue l'architecture. Ainsi, le caractère fondamental, essentiel et permanent du plan du Code civil permettait d'en garantir, à la fois, la cohérence initiale et toutes les formes possibles d'évolution.

Le Code civil comporte trois livres qui sont respectivement relatifs aux personnes, aux biens et aux différentes modifications de la propriété, et aux différentes manières dont on acquiert la propriété. Bien que l'on puisse concevoir d'autres divisions pour un Code civil, celle-ci a le mérite de la simplicité. Elle couvre les grands sujets permanents, intemporels et universels du droit civil, quelles que soient l'évolution et la diversité de leurs formes, de leurs principes directeurs et de leurs modalités. On y retrouve les personnes, la famille, les biens, les contrats et les autres obligations, ce qui reflète l'ensemble des relations de droit civil susceptibles de s'établir entre particuliers. Il importe peu que le livre deuxième, intitulé « Des biens et des différentes modifications de la propriété », ait regroupé, à l'origine, plus de 1.550 articles sur 2.280 et qu'il traite à la fois des successions, des libéralités, des contrats et obligations conventionnelles, des engagements extracontractuels, des contrats de mariage et des régimes matrimoniaux, de divers contrats spéciaux, des privilèges et hypothèques, de l'expropriation forcée et de l'ordre entre les créanciers, de la prescription et de la possession, ce qui lui donne un contenu quelque peu hétérogène. Les divisions internes du livre II suffisent à éclairer cette hétérogénéité.

b- Les procédés légistiques de liaison normative

Les procédés légistiques de liaison normative utilisés dans le Code civil sont très divers. Ils ne lui sont pas propres, mais ils y revêtent une importance particulière du fait de l'ampleur d'un tel monument législatif. On n'en évoquera ici que deux illustrations particulièrement significatives.

« *La législation par référence et renvois* » est à la fois un facteur et un indicateur de la cohérence des textes entre eux et, au-delà, du système juridique lui-même. On y a recours lorsqu'une norme se réfère à une autre norme, généralement

préexistante, de force obligatoire égale ou supérieure, voire même inférieure, afin de la rendre applicable à une situation quelque peu similaire que l'on souhaite donc régir de manière analogue. Le renvoi paraît inhérent à la rédaction de textes juridiques afin d'y éviter de fastidieuses répétitions. Cela correspond à l'ordonnement méthodique des règles et à l'analyse du droit en un système structuré, composé d'éléments interdépendants les uns des autres.

La législation par référence consiste en un renvoi à des règles existantes pour les appliquer, en tout ou en partie, à une autre situation. Ainsi, selon l'article 1476 du Code civil, « le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre « des successions » pour les partages entre cohéritiers ». De même, selon l'article 1707 du Code civil « toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange ».

Un tel emprunt matériel consiste souvent à reproduire dans des situations différentes un « modèle législatif » dont le législateur fait des applications diverses en diverses matières. C'est ainsi que la technique des présomptions légales de pouvoirs s'est propagée, à partir du régime matrimonial primaire (C. civ., art. 221, 222), dans l'autorité parentale (C. civ., art. 372-2, 389-4) et dans l'indivision (C. civ., art. 815-2, alinéa 2, et 815-3, alinéa 2). Ces modèles de règles, souvent dénommés « canons législatifs » sont, en réalité, plus des types de règles érigés en modèles que des règles proprement dites. Par son utilisation dans des circonstances diverses, « le canon législatif » unifie, normalise et simplifie le droit. Il réalise « une économie de droit ». Au-delà d'énoncés divers dans leurs diverses applications, les canons s'identifient par des éléments constants. Les présomptions légales de pouvoirs comportent toutes de mêmes expressions : « est réputé », « pouvoir », « faire seul », « acte » ...

Quant au fond, la technique du renvoi implique des effets réflexes d'une matière sur l'autre. Cela n'est pas sans danger. En effet, quand un texte se réfère à un autre, il renvoie aux règles de référence en vigueur lors de son édicton. Mais, si ces règles viennent à être modifiées, le renvoi auxquelles elles ont donné lieu subsiste et ces modifications se répercutent dans toutes les situations pour lesquelles on a procédé à ce renvoi. D'un point de vue matériel, cela est satisfaisant car le droit doit être un système cohérent dans lequel des situations analogues doivent être traitées de la même manière. En tant que « technique de coordination » des règles de droit, les renvois jouent à la fois un rôle « d'instruments de liaison » entre les règles de droit applicables à des domaines différents et de modes d'information des juristes et des usagers des textes.

Quant aux articles d'annonce, aux articles de commande (définitions) et aux articles de synthèse, ils constituent des expressions de l'unité d'ensemble et de la généralité de principe que représente un code.

Le Code civil comporte des « articles d'annonce » comme, par exemple, l'article 1603 qui énumère les obligations principales du vendeur qui sont précisées par la suite. Il comporte également des « articles de synthèse » qui figurent en tête d'une division ou en transition avec la suivante : tel est le cas des articles 543 ou 1384 du Code civil. Il donne ainsi une vue d'ensemble de tout un pan du droit, comme le fait l'article 1370 du Code civil pour les obligations extra-contractuelles. Il suffit de rappeler ici que le Code civil comporte également un certain nombre « d'articles de définition » des principaux concepts.

L'utilité de tels articles d'annonce, de commande ou de synthèse dépend cependant de leur fonction et de leur objet propre. Leur formulation ne répond donc pas nécessairement à de mêmes critères. Mais leur rédaction mérite un soin tout

particulier : Bentham écrivait que « les paroles de la loi doivent se peser comme des diamants ».

B – Les procédés légistiques et l'ouverture du Code civil

A la charnière du XVIIIème et du XIXème siècle, Jeremy Bentham préconisait que toute codification fasse l'objet d'un processus continu pour, à la fois, rendre compte du jugement social et le conduire afin que la codification ne fige pas le droit. Les possibilités d'évolution du droit codifié, par la transformation progressive des codes existants et par de nouvelles codifications parallèles, techniquement spécialisées, susceptibles d'accueillir, dans l'avenir, de nouvelles étapes de l'évolution du droit, sont manifestement préférables à un droit statique et déconnecté de la réalité et à une multitude de législations éparses. On ne saurait traiter ici, de manière exhaustive, les divers procédés légistiques qui permettent d'incorporer à des textes des réformes futures. On n'en abordera que quelques uns, à titre d'exemples. Il faut d'ailleurs préciser que ces procédés fréquemment utilisés dans le Code civil ne lui sont pas spécifiques. Mais ce qui importe, c'est d'observer que leur utilisation dans le Code civil a facilité son évolution et, pour certaines matières, des réformes profondes. Tous ces procédés se rapportent, en quelque sorte, à l'idée « neutralité formelle de la règle de droit » qui se présente comme un contenant susceptible de comporter des contenus très divers. On constate ainsi que, grâce aux procédés formels d'ouverture qui ont été utilisés dans le Code civil (a), il lui a été possible d'absorber d'importantes réformes (b), sans que son unité en soit menacée.

a- Les procédés formels d'ouverture du Code

Les procédés formels d'ouverture du Code consistent notamment en intitulés, en énoncés par articles et en énumérations.

Les intitulés des textes répondent généralement à un souci d'exactitude, de clarté et de simplification. Ils ont pour fonctions d'informer les lecteurs sur le contenu général des textes et, accessoirement, d'en permettre le repérage. Ils revêtent, à la fois, une fonction informative, une fonction interprétative et une fonction symbolique. En droit français, les textes législatifs comportent systématiquement un titre en exergue, juste après leur date, et les titres de leurs divisions internes, chapitres, sections, paragraphes ...

Souvent purement indicatifs et neutres, ces titres sont parfois plus politiques, afin d'afficher leur inspiration et non pas seulement leur objet. Les rédacteurs du Code civil ont su veiller à des titres simples, concis et aisément compréhensibles par leurs destinataires et même, si possible, par tous.

Les intitulés des livres, titres, chapitres, sections et paragraphes du Code civil sont toujours des intitulés purement indicatifs et neutres, limités à leur objet matériel. On en donnera pour exemples « les personnes », « le mariage », « le divorce », « la filiation », « les biens », « la propriété », « l'usufruit », « les servitudes », « les successions », « les donations », « les testaments », « les contrats », « les délits et les quasi délits », « les régimes matrimoniaux », « la vente », « le louage », « le prêt », « les privilèges et hypothèques », « la prescription », « la possession » ... Ce ne sont jamais des titres politiques ou idéologiques qui ne souffriraient pas l'évolution des idées ou l'insertion de dispositions contraires ou dérogoratoires à l'idéologie affichée à une époque déterminée. Ainsi, le Code civil a pu digérer l'évolution sociale, économique et

technologique produite pendant ces deux cents ans. Certes, il a consacré la propriété individuelle, la liberté contractuelle, la transmissibilité des biens par succession ..., ce qui représente déjà des choix politiques. Mais il a pu néanmoins absorber, en son sein ou à l'extérieur, au gré de multiples lois spéciales ou de l'émergence d'autres codes, toutes les métamorphoses du droit. Il a pu résister aux profondes mutations de la famille (mariage, PACS, divorce, filiation, relations personnelles et patrimoniales entre époux, entre parents et enfants, droit des contrats. Il a également pu résister aux constantes limitations de la propriété individuelle au nom des exigences de l'intérêt général, au dirigisme contractuel impliquant une constante érosion de la liberté contractuelle et du consensualisme, à l'émergence des nouvelles sources de responsabilité civile, à l'éclosion de multiples nouveaux contrats, au développement du consumérisme, aux exigences de la bioéthique ...

L'énoncé par articles constitue aussi « une marque essentielle de l'émission du discours législatif ». L'article de loi constitue l'unité de division fondamentale des textes, car il correspond à une disposition légale condensée en une ou plusieurs phrases, le cas échéant répartie en plusieurs alinéas, représentant le développement d'une même idée. L'article est ainsi l'élément de base de la communication normative et caractérise le style législatif et réglementaire. Il constitue une entité distincte des autres éléments du texte qui devrait se caractériser par sa concision et son unité intellectuelle. Pour la clarté du message législatif et sa compréhension par ses destinataires, un article devrait correspondre à une idée et un principe, quitte à le limiter par des exceptions ou à l'illustrer par des applications principales dans des alinéas successifs ou dans les articles suivants. L'essentiel est de conserver à chaque article de loi son identité et sa cohérence et de l'énoncer dans une formule claire et aussi brève que possible. L'article 359 du Code civil est à cet égard un modèle : « l'adoption est irrévocable ». La succession des articles selon une numérotation ininterrompue, éventuellement au sein de regroupements plus vastes dans les divisions plus générales de certaines lois en titres, chapitres, sections ..., permet de les repérer, de les identifier et de les citer en toute sécurité.

Les énumérations présentent l'avantage d'être précises et concrètes et d'éviter des aléas d'interprétation. Mais elles comportent forcément des lacunes, encore que l'on puisse ne procéder qu'à des énumérations limitatives ou seulement énonciatives, à condition de l'indiquer clairement pour éviter toute difficulté d'interprétation. Les énumérations ne clarifient donc pas toujours les règles générales qu'elles illustrent et leur opportunité doit s'apprécier au cas par cas. Quant aux énumérations limitatives, elles stabilisent le droit, mais risquent de le figer. Dans le Code civil, il existe des énumérations limitatives comme, par exemple, celle de l'article 1708 selon laquelle « il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses et celui d'ouvrage ». En revanche, des énumérations simplement exemplatives ou énonciatives ne limitent en rien l'application et l'interprétation des textes. Elles sont toujours susceptibles d'être complétées et diversifiées, notamment en fonction de l'évolution des faits et de leur contexte. Il y en a dans le Code civil, par exemple pour les servitudes continues ou discontinues (art. 688) ou pour les servitudes apparentes et non apparentes (art. 689). Il en est de même pour les immeubles par destination dans l'article 524 du code civil qui donne pour exemple « les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences données aux fermiers ou colons partiaires, les pigeons des colombiers, les lapins de garenne, les ruches à miel ... » Mais on voit là combien cela peut, à la longue, devenir désuet ...

La capacité d'absorption du Code.

Les divisions formelles du code civil et son aptitude à absorber des innovations et des réformes ont manifestement contribué à sa longévité. Ce sont ces

divisions formelles qui ont permis d'y intégrer de nouvelles divisions. C'est ainsi que l'on a pu intégrer, dans le titre 1er du livre 1er, un chapitre 2 par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain (art. 16 à 16-9) et un chapitre 3 sur « l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques » (art. 16-10 à 16-13). De même, dans le titre III du livre III, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 a introduit un chapitre VII sur « les contrats sous forme électronique » (art. 1369-1 à 1369-3). On peut encore citer le chapitre VI sur la protection possessoire, introduit par la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 dans le titre XX du livre III (art. 2282 et 2283) ou le chapitre III-1 relatif à la vente d'immeuble à construire qui est issu, dans le titre VI du livre III, des lois n° 67-3 du 3 janvier 1967 et n° 67-547 du 7 juillet 1967 sur la vente d'immeuble à construire.

De même, la division par articles numérotés, indépendamment de leur propre modification, de compléments ou d'abrogations ..., a permis d'intégrer d'importantes réformes dans la structure permanente du Code civil, qu'il s'agisse du droit des incapacités, du divorce ou de la famille ou encore de la réforme complète, par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, du titre consacré en 1804 au contrat de société. La réforme du droit des sociétés incluse dans le Code civil par la loi du 4 janvier 1978, elle-même modifiée depuis sur certains points, a substitué aux 42 articles divisés en 4 chapitres du Code civil de 1804, 72 articles nouveaux, répartis maintenant en trois chapitres, mais toujours numérotés de 1832 à 1873. La multiplication des articles avec des numéros indexés (ex., art. 1843 à 1843-5 ou 1844 à 1844-17) permet de multiplier les textes sans bouleverser la structure du Code et sans établir de réglementation parallèle en dehors de ce Code : cela permet de recodifier sans décodifier. Dans le même ordre d'idée, on peut également citer la réforme de la responsabilité des constructeurs par la loi Spinetta du 4 janvier 1978 dont les textes ont été indexés des articles 1792 à 1792-6.

A l'heure du bi-centenaire du Code civil, nombreux sont ceux qui s'étonnent encore de sa longévité. Certains s'en émerveillent et d'autres la déplorent, appelant de leurs vœux un nouveau Code civil que plus de cinquante ans de travaux de la Commission de Réforme n'ont pu réaliser. Or, cet incontestable monument législatif que constitue le Code Napoléon domine encore le système juridique français, solide sur ses bases, mais constamment rajeuni et ouvert à toutes les innovations. Il n'est pas interdit de penser que le processus normatif du Code civil et les procédés légistiques dont il s'est nourri, bien que souvent méconnus, ont largement contribué à cette longévité. D'autres nécessaires renouveaux peuvent encore l'animer. Les beaux monuments s'entretiennent et se restaurent. Il ne sert à rien de les abattre...

LE CODE CIVIL ET L'ÉVOLUTION DU DROIT DES PERSONNES

Préservation du principe généalogique ?

Par

Raphaël DRAÏ

Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille III

*La loi est la mère commune des citoyens,
elle leur accorde une égale protection.*
Portalès

..*

Les commémorations présentent une double utilité. D'abord, elles permettent d'éclairer un sujet pour son intérêt propre. Dans le cadre du présent colloque l'on traitera surtout de l'évolution du de la famille et du droit des personnes depuis deux siècles de Code civil. Cependant, l'intérêt de l'actuelle commémoration est aussi, et plus largement, de lutter contre cette forme d'oubli dont la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen avertit qu'elle est la cause du malheur des peuples et de la ruine des gouvernements. Évaluer, sous ces deux points de vue, deux centaines ininterrompues de « civilisme » y incite fortement. Une telle évaluation permettra de prendre une saine distance au regard d'opinions anecdotiques, ou impulsives, ou de jugements à l'emporte pièce sur ce sujet. Faut-il une fois de plus invoquer Braudel et sa fameuse échelle des durées courtes, longues et ... trop longues ? Tocqueville déjà avait souligné la fécondité de l'exercice (1) ? Réfléchir sur deux siècles de « civilisme » laisserait alors discerner des évolutions - ou involutions - non apparentes au premier regard, des configurations latentes, des potentialités à peine esquissées. Car ces deux siècles là contrastent avec deux siècles homologues de droit constitutionnel. D'un côté se présente un Code dont les principales assises n'ont presque pas vacillé en dépit des changements qui leur ont été apportés - ou peut être grâce à eux - ; de l'autre se donne à voir une frénésie de bouleversements aboutissant au total à toutes les formes possibles et imaginables de constitutions ainsi qu'à toutes sortes de régimes politiques, et cela dans une succession moins erratique qu'il ne le semble puisque au fond chacun de ces régimes fut conçu en réaction au

(1) Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, 1961.

précédent, et parfois comme son systématique contre-pied, en attendant que le suivant lui inflige un sort analogue, parricide pour tout dire. Pourtant, à y regarder de près, l'on pourrait penser que les changements bi-centennaires intervenus dans l'ordre civil, surtout en ce qu'ils affectent la famille et l'état des personnes, si ce n'est la notion de personne elle-même, s'avèrent bien plus perturbants que les bouleversements de l'ordre constitutionnel. Pour rappeler une expression de Georges Vedel, la France a toujours été régie par deux sortes de constitutions, les unes visibles, sans doute variables et inconstantes, et l'autre, immuable, reliant au-delà des apparences et des logomachies juridiques l'Ancien régime et la Révolution, l'Empire et la République. La portée de ces changements – dont nous aurons à prendre la mesure – se juge au projet global qu'avaient mis en œuvre les promoteurs du Code Civil, et par suite aux différents plans de l'être, individuel et collectif, qu'ils se proposaient d'atteindre et de lier entre eux. Portalis l'exprime à merveille : « Notre objet a été de lier les mœurs aux lois et de propager l'esprit de famille (...) Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques et c'est par la petite patrie qui est la famille, que l'on s'attache la grande. Ce sont les bons pères, les bons maris et les bons fils qui font les bons citoyens » (2). Dont acte mais relevons au passage le caractère exclusivement masculin de cette énumération programmatique. En outre, et sans postuler de hiérarchie entre normes civiles et normes constitutionnelles, ne faut-il pas être particulièrement attentifs à l'article 7 du Code bicentenaire : « L'exercice des droits civils est indépendant des droits politiques lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales ». L'article 7 ne donne-t-il pas à comprendre qu'en vérité l'ordre civil – ordre est à entendre au sens de Santi Romano (3) – est supérieur à l'ordre constitutionnel et politique puisqu'il n'est pas soumis à ses fluctuations ni à ses déboires, qu'il touche à une réalité plus structurelle, à un degré de l'être encore plus essentiel (4) ? Le relever c'est éviter de mettre le doigt dans la querelle de préséance qui oppose dans la prestigieuse Cité du droit pur publicistes et privatistes. Notre approche incite au contraire à juger de la prééminence réelle d'un ordre, quel qu'il soit, relativement aux troubles que provoquent ses perturbations ou ses dislocations. A cet égard il serait difficile de soutenir en 2004, telles quelles, les paroles précitées de Portalis. Au bout de deux siècles consommés le droit civil de la famille et des personnes est tellement transformé que l'on peut se demander s'il conserve le moindre sens à l'idée de famille entendue comme cette petite patrie où se déroule la propédeutique de la Grande. Quant à la notion de personne, elle s'est tant détachée de l'image « traditionnelle » du corps et de la bipolarité des sexes que l'on ne saurait dire à quel élément de la réalité elle se rapporte encore. Quoi qu'il en coûte, ne faut-il pas lucidement constater qu'en deux siècles le droit civil de la famille « décomposée – recomposée » et des personnes dés sexuées n'a cessé d'étendre le domaine de ... l'incivilité au point que le principe de généalogie s'y soit dissout ? Néanmoins, et sans rien en rabattre, un tel alarmisme ne procède-t-il pas d'une conception trop étroite et amblyope de la civilité ? Les incivilités du Code civil ne sont-elles pas de surface ? Ne contribuent-elles pas plutôt à élargir le domaine de la société qualifiée elle aussi de civile en ce qu'elle privilégie l'intégration sur l'exclusion ou sur la méconnaissance (5) ? Faudra-t-il conclure à une sorte de « ruse » de la juridicité, comme si les concessions consenties sur le

(2) Cf. Jean-Luc A. Chartier, *Portalis père du Code civil*, Fayard, 2004., p. 176.

(3) Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

(4) Cf. La loi du 3 novembre 1940 portant statut des Juifs (modifiée par les lois du 3 et 11 avril 1941).

(5) Cf. Raphaël Draï, *Science administrative, éthique et gouvernance*, Librairie de l'Université - PUAM, 2002.

principe de généalogie personnelle permettaient de renforcer le principe de généalogie sociale et politique ?

I - INCIVILITÉS DU CODE CIVIL

Pour juger de l'importance réelle d'une question il est bon d'en prendre quelques mesures chiffrées. Selon Pierre Catala, par comparaison avec les autres titres du Code civil, c'est le titre concernant les droits de la famille qui comporte le plus grand nombre de modifications (89 %). Au regard du Code de 1804, 3 articles sur 60 ont survécu en matière de filiation. Aucun en matière de divorce (6). Le Code de 2004 présenterait-il les aspects d'un champ de décombres tandis que les dégâts continuent. Par exemple, la réforme du divorce introduite en 2004 rendrait-elle encore plus précaire l'engagement conjugal déjà réduit à une simple formalité ? Plus grave : le Code civil ne ferme plus à double tour la porte au mariage homosexuel après avoir reconnu avec la loi sur le PACS de 1999 les « simples » unions entre personnes du même sexe. Kelsen nous a rendus suffisamment attentifs à la dynamique du droit (7) pour s'attendre maintenant à une plus ferme revendication en vue de l'adoption homoparentale. Au point que l'on doute si le Code civil soit en état de préserver l'un des principes vitaux de l'identité humaine : le principe généalogique. En quoi ce principe consiste-t-il ?

A - Principe de juridicité et principe généalogique

Jean Carbonnier a rappelé l'influence parfois méconnue de la philosophie kantienne sur Portalis (8). Pourtant il n'est pas sûr que Portalis et Kant se fussent profondément entendus à propos du principe juridique de généalogie, lequel comporte au moins deux éléments. Certes, le droit civil détermine dans l'ordre familial les positions respectives des parents, géniteurs ou non, et celle des enfants, légitimes ou pas. L'interdit de l'inceste s'y discerne comme un fil rouge, ayant pour but de préserver ces positions non – confusionnelles et de maintenir l'écart qui les sépare. Encore faut-il que le Droit de la généalogie puisse exciper de sa généalogie propre. Autrement dit, il est indispensable que le citoyen incité à l'appliquer sache en percevoir l'origine afin de soutenir la légitimité du commandement par la clarté du commencement. Telle était l'intention que Portalis avait faufilée dans le projet de Code commandé par Bonaparte : établir l'acte de naissance du nouvel ordre civil, bref *donner au droit civil un état civil* : « La disposition la plus essentielle du Projet est qu'à compter du jour où les nouvelles lois civiles sont exécutoires les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le code civil » (9). La nouvelle généalogie du droit civil, avérée et proclamée en 1804, veut renforcer le droit de la généalogie quelque peu malmené durant la Révolution. Dans son *Histoire du Consulat et de l'Empire* Louis Madelin rappelle l'importance attachée par Bonaparte à la stabilité du mariage et de la famille après les excès de la Révolution et du Directoire avec la promotion d'un « droit » hyper-individualiste privilégiant la rupture sur l'union et la déliaison sur le lien social. Reconstituer un dispositif de repères fixes devenait

(6) Pierre Catala, in : *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341.

(7) Kelsen, *Théorie pure du Droit*, Dalloz, 1962, p. 255.

(8) Jean Carbonnier, *Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique*, Revue de la Recherche juridique, Droit Prospectif, 1984-3.

(9) Jean-Luc A. Chartier, *op cit.* p.203.

une nécessité à la fois individuelle et politique. Malleville le confirmera : « Les pères sont la providence des familles comme le gouvernement actuel est la providence de l'État » (10). En somme la famille providentielle restaurée et l'État providence naissant se servent l'un à l'autre d'arc-boutant.

Reprenant les métaphores précitées de Portalis l'on ira jusqu'à soutenir que la sûreté - pour ne pas dire la pureté - généalogique familiale permet de pallier les incertitudes de la généalogie ... de l'État et de l'ordre juridique qui s'en réclame directement. Puisque Portalis n'ignorait pas les écrits de Emmanuel Kant, ce dernier tenait sur l'origine de l'État des propos qu'il convient de se remettre en mémoire tant ils semblent s'évader du sens commun : « L'origine du pouvoir suprême est, pour le peuple qui y est soumis, insondable du point de vue pratique, c'est-à-dire que le sujet ne doit pas discuter activement de cette origine comme d'un droit contestable (*jus controversum*) relativement à l'obéissance qu'il lui doit. « Toute autorité vient de Dieu » n'exprime pas un fondement historique de la Constitution civile mais une idée comme principe de raison pratique : on doit obéir au pouvoir législatif actuellement existant, quelle qu'en puisse être l'origine » (11). Le contenu et la facture assertoriques d'une pareille pétition de principes suffisent à montrer à quel point le principe généalogique du droit public est simultanément irremplaçable et précaire. Prenant la raison à rebours, Kant lui interdit de mettre en œuvre son propre principe, celui qui la porte à s'interroger sur l'origine de l'Institution, laquelle par ailleurs ne cesse de s'en réclamer pour assurer ses assises. De si flagrantes incohérences révèlent à quel point le principe généalogique peut être méconnu par ceux là-mêmes qui prétendent lui conférer une force législative. Qui d'autre que Bonaparte était le mieux placé pour le comprendre, lui que ses ennemis ne cesseront de traiter d'*usurpateur*, surtout après l'assassinat du Duc d'Enghien, forfait par lequel il prétendait assurer une totale subrogation de la dynastie des Bourbons et des Capétiens au profit de la sienne que le Ciel lui refusera longtemps ? De telles constatations mettent en évidence l'incidence du parricide et de l'infanticide dans le conflit des généalogies car cette incidence se constaterait aussi dans l'histoire de la famille royale d'Orléans. Elles ne pourraient s'éclairer que par des vues propres à l'anthropologie psychanalytique. Un tel jugement trouvera néanmoins ses circonstances atténuantes chez Victor Hugo qui faisait remarquer à propos de l'Empereur : « Les dégâts qu'il a fait dans le principe d'autorité sont irréparables (...) Il a frappé de désuétudes les axiomes royalistes, fondement des sociétés (...) L'Histoire lui en tiendra compte, il lui sera beaucoup pardonné parce qu'il a beaucoup cassé » (12). L'existence de la société n'est plus assurée lorsque les deux principes généalogiques en cause, loin de se renforcer l'un l'autre, se minent réciproquement ; lorsqu'un droit aux origines obscures ou inavouables sert d'alibi au démariage et à la déparentalité, si l'on peut ainsi nommer l'incapacité à s'engager dans d'autres liens que précaires, qu'ils soient conjugaux ou parentaux. Car la mise en cause du principe généalogique finit par altérer jusqu'à l'idée même de nature. Comme l'écrit Emmanuel Putman, le droit civil serait-il entré dans l'âge de l'anxiété (13) ? Serait-il devenu à son tour source d'incertitude au point de renier sa raison d'être telle que Portalis la définissait ?

(10) In Jean François, Niort, *Homo Civilis*, PUAM, 2004, Tome 1, p. 143.

(11) Kant, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*, Vrin, 1979, p. 201.

(12) Victor Hugo, *William Shakespeare*, Garnier - Flammarion, 2003, p. 474.

(13) Emmanuel Putman, Qualité humaine et droit des personnes et de la famille, Revue de la Recherche juridique, Droit Prospectif, 2003-2.

B - Que reste-t-il de la nature ?

Dans ce domaine aussi l'évolution bicentenaire du droit de la famille et des personnes entérinée par le Code civil suscite de multiples craintes provenant de nombreuses disciplines constitutives des sciences humaines et sociales. La force de leur expression et leur convergence ne sauraient être sous-estimées sous prétexte qu'elles seraient rétrogrades ou même réactionnaires. En France, les désillusions du progrès se paient toujours d'un progrès corrélatif de la désillusion, laquelle signale le décrochage du réel et l'intensification du non-sens affectant toute entreprise humaine et toute symbolisation sociale. Comme le note une fois encore le Doyen Carbonnier, désormais une pulsion intensément ressentie déclare sa vocation à devenir droit positif (14). La pulsion est simultanément désymbolisée et juridicisée ! Quand le droit non seulement ne sait plus identifier ce qu'est la nature mais qu'il la saccage à l'aveuglette, il se dénature lui-même, ruine le principe généalogique et aggrave la confusion ambiante. Car c'est peu de dire que le droit soit devenu anxiogène. Il apparaît à présent comme l'un des facteurs les plus puissants et les plus constants du confusionnisme des repères qui aboutit à rien de moins qu'à la dissolution du concept de nature et des images de corps. Qui en douterait n'aurait qu'à prendre connaissance du jugement rendu par le tribunal de Neufchâteau le 14 janvier 1987 : « Attendu que le sexe évolue et se modifie, que le critère morphologique externe est incomplet, faux et artificiel, qu'on ne peut prêter aux auteurs du Code civil la volonté de figer le concept de sexe qui n'est pas spécifiquement juridique en lui assignant à jamais la compréhension que lui reconnaît la science de l'époque ... » (15). Ce jugement n'est pas le seul du genre (16). Tout se passe comme si l'élargissement du champ d'application du droit des personnes pour des motifs humanistes non dépourvus de démagogie se payait par l'abrasement de l'image du corps qui est censée en structurer les pulsions et par l'abrogation de la notion « nucléaire » de sexe ainsi relativisée sans doute pour la première fois depuis que le droit existe et qu'il se nomme de ce nom. Le sacro-saint principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est allègrement violé. Le droit civil est devenu un droit « à la carte » et la sexualité considérée comme strictement subjective. Le doyen Carbonnier est donc fondé à conclure que désormais le droit ne régule plus les pulsions, qu'il est investi par elles, qu'il est pour ainsi dire « pulsionné ». Sexe variable, famille évanescence, généalogie douteuse : ne dirait-on pas que l'ambiance post-moderne réédite l'ambiance post-thermidorienne, qu'elle en reconstitue avec les outrances l'irresponsabilité ?

Au-delà de la situation des personnes, la définition de l'*institution* se trouve minée à son tour avec la destructuration de l'institution proprement familiale dès lors que le Sujet hyperbolisé, faisant de son désir sa loi puis la Loi, s'autorise de lui-même à décider de la tradition dans laquelle il s'insère (17). Xavier Dijon rappelle les avertissements du Doyen Gény : « Admettre les enfants naturels dans la famille, les placer au rang des enfants légitimes serait ruiner l'institution fondamentale du mariage. A quoi bon s'astreindre à des règles et à des formalités gênantes si le même résultat peut être obtenu en s'en passant ? » Les familles nouvelles dites recomposées, hétéro-parentales ou homo-parentales au gré des

(14) Cf. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2000, Tome 1, p. 131.

(15) Cf. Xavier Dijon, *Droit naturel*, PUF, 1999, p. 224.

(16) *Les grands arrêts, op cit.* p. 120 et sq. Cf. également Vincent Berger, *Jurisprudence de de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2004, p. 424 et sq.

(17) Sur la « détraditionalisation », cf. *Detraditionalization*, Edited by Paul Heelas, Scott Lash and Paul Morris, Blackwell, 1996.

recompositions, légitimant le concubinage et rabaisant le mariage, que toutes les religions sanctifient, à une convention de gré à gré, ne connaissent plus de différence entre enfants légitimes et enfants naturels, seraient-ils adultérins. La transgression érigée en exemple est venue de haut. Lors des obsèques de François Mitterrand en 1996 ses deux familles, légitime et adultérine, avaient été conviées à se réunir l'on dirait presque : solennellement. De la sorte la théorie des « deux corps du Roi », illustrée par l'organisation de deux cérémonies - l'une intime à Jarnac, l'autre solennelle à Notre Dame de Paris - avait en somme officialisé ce type de famille(s) par un véritable coup de force médiatique. N'en résulte-t-il pas que les concepts essentiels de la parenté en soient troublés, démonétisés et que, là encore, sous prétexte d'humanisme et de largeur de vue l'on porte atteinte aux « fondamentaux » de l'identité humaine, tels qu'ils s'inscrivent dans les langues les plus immémoriales ? Emile Benveniste relève dans son *Vocabulaire des institutions indo-européennes* qu'en langue assyrienne les désignations du père et de la mère (le singulier est notable) sont les seuls qui soient transcrits *en clair* et non sous la forme décalée d'idéogrammes (18).

Lorsque l'anthropologue rejoint le linguiste qui conforte le juriste, se contentera-t-on de hausser les épaules ? Qu'affirme l'anthropologue : « De l'ancrage dans le corps humain et de l'observance fondamentale de la différence des sexes et de leur nécessaire réunion pour procréer sont issues toutes les catégories conceptuelles essentielles, base de tout discours, qu'il s'agisse de la représentation ou du savoir scientifique » (19). Ces considérations ne sont pas subsidiaires ! Et F. Héritier-Augier d'ajouter : « Le masculin doit toujours construire sa légitimité face au fait massif de la procréation et de l'engendrement féminins » (20). Confronté à des constats aussi catégoriques le jugement précité du tribunal de Neufchâteau n'apparaît-il pas dévastateur dans sa teneur immédiate et irresponsable quant à sa portée ? Ne projette-t-il pas le droit civil des personnes hors du champ que structurent toutes les lois de l'identité humaine, objectivement reconnues, au point que l'on se demande si un tel « jugement » se situe vraiment dans le domaine de la juridicité ? De quel droit un juge se met-il à légiférer sur l'identité humaine et à se faire « juge esthétique » comme l'on se fait chirurgien esthétique ? Ce ne sera pas la première fois que droit et loi se contredisent. Ce qui passe ici pour droit ne désigne en réalité qu'un arbitraire passe-droit, une forme prédatrice de passage à l'acte (21). Une lucide évaluation de cette sorte est vitale. Une fois le sexe relativisé, la filiation le sera ensuite, au point que l'on finira par confondre naissance humaine et reproduction biologique (22). La psychanalyse fait chorus avec les disciplines précitées : « Les nouveaux traitements de la reproduction pulvérisent le droit de la filiation, détraquent la parenté, font éclater la maternité en fonctions morcelées, décomposent le juridique et procèdent d'une visée inconscient de dissociation » (23). La gravité du jugement précédent tient dans sa dernière appréciation. En langage psychanalytique, ce qu'il est convenu d'appeler une visée inconscient de dissociation

(18) Emile Benveniste, *Le vocabulaire des Institutions indo - européennes*, Editions de Minuit, 1975, Tome 1, p. 255 et sq.

(19) Cf. Elisabeth Coupé-Rougier, *Les logiques de la parenté en anthropologie sociale*, Césure, *Les Logiques du discours*, 1993 - 3.

(20) *id.* p. 249.

(21) Jacques Lacan, *L'acte psychanalytique*, Séminaire 1967- 1968, H.C Association freudienne internationale, HC, 2001.

(22) Francis Fukuyama, *La fin de l'homme, Les conséquences de la révolution biotechnique*, Gallimard, Folio, 2004.

(23) Monique Vacquin, cité par Xavier Dijon, *op. cit.*, p. 204.

signale le travail destructeur de la pulsion de mort (24). Désormais, cette pulsion gîte au chaud dans notre bicentenaire Code civil.

Au terme de cette première analyse, le résultat semble on ne peut plus accablant puisque la défense du transexualisme aboutit à la déssexualisation et celle de l'homosexualité au retour à la phase protoplasmique de l'identité humaine. La mise sur un même plan des enfants issus du mariage et de ceux conçus hors mariage reconstituent rien de moins que des formes de hordes et d'engeances dont on se demande bien pourquoi l'interdit de l'inceste y soit encore plus ou moins tabou (25). Quant à la reproduction « laborantine » de l'être humain, elle efface toute différence sérieuse entre le règne humain et le règne animal. Comment en est-on arrivés là ? Du Panthéon où se trouvent ses cendres Portalis doit se couvrir le visage, à l'instar de Virgile pénétrant dans la Rome désertée des Dieux. La désespérance des uns joue aux vases communicants avec le triomphalisme des autres. Ne dirait-on pas que le sujet *inassouvi* - l'épithète est de Balzac (26) - se retourne contre l'espèce dont il est issu ?

Pourtant ces cris d'alarme et ces mises en garde laissent une question, une seule question, mais de taille, sans réponse : que faire des individus que la société ne reconnaît pas comme des sujets de droit à part entière ni comme des personnes intégrales et intégrables (27) ?

II - « RUSE » DE LA RAISON JURIDIQUE ET SOCIÉTÉ CIVILE RÉELLE

A - L'aimantation des extrêmes

Quel sort, en effet, réserver au transsexuel, à l'homosexuel, à l'enfant né hors mariage ? Faut-il les condamner à la mort civile, équivalent de la mort physique ? Dans ce cas que devient la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui fonde les différences sociales sur la seule considération des mérites et des talents ? Que devient la loi immémoriale qui n'enjoint : *nulla poena sine lege* que parce qu'elle enjoint aussi : *nulla poena sine crimine* ? Dans ces cas précités où est le crime dont l'État de droit interdit qu'il soit qualifié si n'y sont pas réunis un élément matériel, certes, mais aussi un élément intentionnel ? Comment qualifier de crime non pas un acte mais un état et, qui plus est, un état qui ne résulte pas d'un choix personnel, même s'il peut être « assumé », comme l'on dit, par la suite, et souvent avec excès et par défi comme le fait Gide dans son *Corydon* ? Une loi conduisant à une autre loi, il faut rappeler la « loi » bergsonienne de double frénésie, conçue à propos de l'interaction entre mystique et politique (28). La méconnaissance de l'une de ces deux propensions de l'esprit et, corrélativement, l'hyperbolisation de l'autre ne se bornent à pas à leur expression verbale. Elles conduisent au refoulement de la propension méconnue et condamnent l'autre à en contenir les retours obsessifs. Jusqu'au moment où ce retour se produit, avec une violence diluvienne, emportant sur son passage censures inflexibles, interdits mutiques et jusqu'au sens de la limite. Qui incriminer, sachant qu'une limite n'est pas un but ultime, qu'elle doit ouvrir à une alternative porteuse de sens, bref qu'elle

(24) Peter Gay, *Le suicide d'une république* : Weimar, Gallimard, 1995.

(25) Cf. Raphaël Draï, *Grands problèmes politiques contemporains, Les nouvelles échelles de la responsabilité politique*, Librairie de l'Université - PUAM, 2001.

(26) Dans *Le médecin de campagne*.

(27) Alain Ehrenberg, *L'individu incertain*, Livre de poche, Essais, 1986.

(28) Henri Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, PUF, *Œuvres*, Edition du centenaire, 1959.

aussi doit être limitée ? L'histoire de l'*homo civilis* en France et les avatars de la censure le démontrent amplement (29). Quiconque a lu quelques lignes de Freud n'ignore pas que l'amour est l'envers de la haine, que l'orgie est soeur de l'ascèse, qu'aucune pulsion n'est libidinalement « pure », sans être reliée – sinon « alliée » – à celle qui la tend comme un ressort. Se plaint-on que le divorce soit devenu plus égalitaire ? Que la femme ne soit plus traitée comme une perpétuelle mineure ? Sous l'échafaudage des normes juridiques il faut savoir identifier la somme de fantasmes qui résistent à leur propre élaboration. Quoi oserait aujourd'hui faire siennes les vues du Tribun Lahary tentant de justifier à propos de la condition de la femme en droit civil la véritable mise aux fers juridique d'une moitié de l'espèce humaine par l'autre : « Ni son âge, ni son instruction ni ses vertus ne lui suffisent pour se diriger au milieu des pièges qui environnent sa frêle existence. Quelles que soient ses qualités morales, sa faiblesse, sa bonté, sa dangereuse sensibilité sont inhérents à sa nature (...) il est indispensable de la défendre à son insu et même contre sa volonté » (30). Rapportés au jugement précité du tribunal de Neufchâteau, ces vues ne constituent-elles pas une parfaite illustration de la loi bergsonienne de double frénésie ? Sous couvert de défendre des valeurs suréminentes par le moyen de la loi et du droit elles contribuent à les plonger dans une confusion générale. C'est une bien étrange conception du droit naturel que celle qui excepte de ses bontés et de ses largesses un être doté d'une sensibilité unilatéralement qualifiée de « dangereuse ». Dangereuse pour qui ? Et pourquoi « dangereuse » ? L'on préconisera une méthode quasi infallible pour mesurer le sérieux d'un argument : il suffit de se demander à son propos ce qu'en dit Molière. Voici ce que Lahary eût entendu déclarer par Lisette s'il avait assisté à une représentation de *L'École des Maris* :

« Notre honneur est, Monsieur, bien sujet à faiblesse

S'il faut qu'il ait besoin qu'on le garde sans cesse.

Pensez-vous, après tout, que ces précautions

Servent de quelque obstacle à nos intentions,

Et quand nous nous mettons quelque chose dans la tête

Que l'homme le plus fin ne soit pas une bête ?

Toutes ces gardes là sont visions de fou :

Le plus sûr, ma foi, est de se fier à nous » (31).

Quant au fait de défendre la femme à son insu et contre sa volonté, l'argument *ad hoc* rappelle crûment l'une des formules les plus malheureuses de Rousseau à propos de la Volonté générale, laquelle selon ses sophismes pseudo-mathématiques ne pourrait rencontrer d'opposant qui ne soit, en tant que tel, faiblement éclairé, fortement déraisonnable et qu'ainsi il faudrait « forcer d'être libre » (32). Le sens littéraire d'une pareille formule ne saurait en masquer la caractère pernicieux puisqu'elle vicia en les associant les notions peu affines de contrainte et de liberté, comme les étrusques attachaient ensemble un vivant et un mort. Il importe donc de retrouver le sens véritable des catégories juridiques que déforment des acceptions qui ne traduisent en fait que l'abus temporaire de situation dominante.

B - Droit civil, justice et compassion

Plutôt que de déplorer une évolution cataclysmique, quitte à ne la regarder que d'un œil, ne faut-il pas se demander si depuis deux cent ans le Code civil n'a

(29) Cf Raphaël Draï, *Science administrative op. cit.*

(30) Jean - François Niort, *op. cit.* p. 157.

(31) Acte premier, scène II.

(32) Rousseau, *Le Contrat social*, Éditions de la Pléiade.

pas entériné les progrès de la société qualifiée, elle aussi, de civile, autrement dit d'une société qui ne s'accommode d'aucune forme d'exclusion a priori et qui se préoccupe plutôt d'inclusion et d'intégration ? Quoi que l'on pense du concept de parité, seule sa mise en œuvre permet l'engagement d'un dialogue réellement démocratique – au sens de l'article Premier de la Constitution – lorsque sévit une inégalité tellement patente qu'elle ne peut se justifier qu'au titre d'une conception discriminatoire de la nature si ce n'est de la parole divine. C'est pourquoi après avoir écouté les signaux d'alarme tirés dans toutes les sciences humaines et sociales, il faut se demander si d'autres signaux, de tonalité quelque peu différente, n'en proviennent pas également. Et d'abord tant qu'à citer de prestigieux juristes, il faut si possible ne pas privilégier celle de leurs vues qui confortent nos propres opinions et qui endiablent nos passions.

Le Doyen Carbonnier n'a pas exclusivement déploré que le droit actuel fut investi par des désirs pulsionnels qui arraisonnent jusqu'à l'image des corps et jusqu'à l'identité humaine. Il a tout aussi sévèrement déploré l'apparition dans les sociétés contemporaines de *non-sujets* de droit dont l'existence offense le triptyque républicain, la morale biblique et ce qui y résonne dans le droit naturel (33). Prendre en compte, et simultanément, ces deux jugements interdit le simplisme et un militantisme paré des vertus de la scientificité qui dissimule mal les contractions de l'identité confessionnelle. Il ne suffit pas de déplorer les atteintes portées à la structure familiale ou à l'image traditionnelle du corps sexué puis de condamner les méfaits de la dé-traditionalisation. Du même mouvement il faut se demander si ces condamnations n'ont pas pour conséquence directe de maintenir dans leur non-état civil présent des non-sujets de droit, au risque d'offenser, cette fois, la démocratie véritable. Sans qu'il y paraisse trop et sans que le juriste s'en inquiète beaucoup, n'en résulte-t-il pas une oblique *pénalisation* du droit civil qui s'autoriserait à infliger rien de moins que des peines d'inexistence ? En ce sens les voix qui proviennent des sciences humaines et sociales ne sont pas unanimes. L'on a déjà cité Emile Benveniste, à la fois linguiste et anthropologue. Comme pour Jean Carbonnier, après lui avoir fait dire ce qu'il a vraiment dit, il importe de ne pas lui faire dire ce qu'il n'a jamais dit, ayant même dit le contraire. Reprenons *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*. Celui-ci présente une particularité vraiment remarquable. S'il désigne une forme de parenté initiale que l'on pourrait qualifier de parenté étroite : la parenté biologique, celle-ci débouche sur une parenté que l'on pourrait qualifier de ample, sur une parenté sociale ou spirituelle procédant d'une communauté de pensée ou d'idéal. Les faits de langage ne souffrent aucune contestation superficielle et polémique. Ainsi les termes de *genitor* et de *genitrix* correspondent bien à la première de ces formes. Le niveau de leur signification est inclus dans leur dénomination : il s'agit bien d'une parenté biologique provenant d'une naissance sexuée, biparentale, forcément binaire. *Pater* et *mater*, que l'on utilise trop souvent à tort au premier niveau, désignent au contraire des formes de parenté qui outrepassent la première. Elles impliquent une volonté d'intégration de l'externe vers l'interne, du marginal vers le cordial, de sorte que l'externe ne désigne plus le domaine de l'aliénation et de manière que l'interne ne soit plus homologue au renfermement sur soi. Il n'en va pas autrement du mot *frater* placé d'emblée au second niveau, au point que pour désigner la fraternité familiale biologique, la *fraternité*, le mot *adelphos* se soit progressivement forgé (34).

(33) Cf. *Sujet de droit*, Archives de Philosophie du droit, 1989.

(34) Emile Benveniste, *op.cit.* p. 255 et sq.

L'on constate ainsi la place de plus en plus grande faite à l'altérité afin qu'elle ne devienne pas l'antinomie de l'identité ni de l'intimité, régressant elles-mêmes au degré de l'entropie. N'est ce pas ces significations du second niveau (35) qui sont postulées par le triptyque républicain : liberté, égalité, fraternité ?

L'examen du vocabulaire indo-européen de la parenté conduit à deux autres observations. L'une éclaire brutalement le statut de la femme. Benveniste le souligne : dans cette contrée linguistique le mot désignant le mariage est à sens unique et postule la passivité de la future épouse. La femme n'est pas une partenaire véritable dans le *connubium*. Elle n'épouse pas : elle est épousée. Cette passivité la relègue au rang clair-obscur d'une quasi-personne, ou d'un quasi objet. Ce statut est-il compatible avec le principe d'égalité proclamée en 1789 puis en 1945 et que vient de confirmer la Charte européenne des droits fondamentaux ? Autrement, à quel titre récuser et combattre les droits confessionnels qui prorogent cette infériorité, quitte à la parer de vertus théologiques ? L'autre remarque concerne la conception de l'ordre juridique que révèle ce vocabulaire : l'interdit y apparaît invariablement relié à l'alternative, la sévérité à la compassion. Selon telle ou telle aire culturelle, lorsque le père se doit d'être sévère, l'oncle fait preuve de bienveillance. A l'inverse lorsqu'il appartient à l'oncle d'incarner la sévérité, le père doit se faire bienveillant. Un tel équilibre n'est pas respecté lorsqu'en invoquant son auto-défense un ordre juridique exclut ce qui ne lui semble pas auto-compatible et auto-immune. Dans ce cas la question précédente se répète : que faire des exclus, qu'ils soient envisagés à l'échelle individuelle ou à l'échelle de groupes et de plus vastes collectivités ? Doit-on les reléguer au rang non pas mêmes d'agrégats pseudo-subjectifs mais de *ségrégats* ? Si tel était le cas il faudrait admettre que la notion de civilité en ressource fort restreinte pour ne pas dire discriminatoire, au risque de perdre son sens premier. Ce sens originel et normatif ne fait pas opposer *civil* à *public* mais *civil* à *hostile*. Plus la notion de civilité s'élargit et devient non pas ségrégative mais intégrative, plus la part « d'ennemicité » qu'elle comporte se réduit à son tour. Et point n'est besoin de mettre cette approche en contradiction antagoniste avec la psychanalyse ou avec la théologie.

L'anthropologie comme la clinique psychanalytiques ne fondent pas l'identité du sujet humain (si ces deux termes ne sont pas redondants) exclusivement sur la différence des imagos du père et de la mère, une différence propice à la triangulation oedipienne et à l'apprentissage de la Loi qui s'engramme dans le Surmoi. Encore faut-il qu'entre le père et la mère existe une relation digne de ce nom. L'hétéro-parentalité n'a de sens que si elle s'étaye sur un amour véritable, lequel porte à l'attache consentie et au lien perdurable. Est-il sûr que la famille paternelle et masculinoïde y réponde lorsqu'elle dote le père du droit de vie et de mort sur sa progéniture, sous prétexte de lui inculquer le respect des vertus viriles (36) ? Là encore qu'en penserait Molière dont tout le théâtre dénonce le pouvoir abusif qui place les enfants dans le despotisme du père et la femme dans la tyrannie de l'époux !

Le droit qui sollicite le désir de mort du père, le droit potentiellement parricide, est-il encore du droit ? Par ailleurs, si l'on tient tellement à se prémunir contre l'homophilie c'est toute la conception de l'Institution qu'il faut reconsidérer. Freud a montré et démontré que dans leur composition actuelle où la représentation féminine est des plus réduite la plupart des institutions ne mettant en relation que des hommes avec des hommes prédisposent mécaniquement à cette homosexualité

(35) Cf. Karl Popper, *Objective Knowledge*, Oxford University Press, 1972.

(36) Cf. la controverse entre Robert Filmer et John Locke à propos du *Patriarcha*.

qui n'est jamais aussi phobique et auto-répulsive que lorsqu'elle devient tentante (37).

Quant à la théologie, elle ne saurait être maniée non plus comme un objet contondant. Et puisque l'on se plaît à rappeler que l'inspirateur du Code civil se disait fort impressionné par le Décalogue et par la législation qui en est issue on se bornera à deux observations. Le droit sinaïtique lie organiquement droit, vérité et altruisme. Ces trois valeurs ne demeurent des valeurs (*arakhin*) qu'à la condition de constituer ensemble ce trinôme. Lorsque l'un d'elles s'en disjoint elle perd aussitôt ce caractère quand bien même s'emphatiserait-elle ou s'hypertrophierait-elle en s'arrogeant une Majuscule. Dans ce trinôme, la vérité est plus affine non pas au droit mais à l'altruisme puisque le droit ne peut réguler que ce qui existe et que seul l'altruisme est créateur. S'agissant à présent d'appliquer ces valeurs essentielles, elles ne sauraient être mises en œuvre qu'en respectant les règles de *procédure* qui garantissent l'engagement d'un véritable dialogue à leur sujet (38). Lorsque au chapitre 18 du *Lévitique* Dieu prescrit à Moïse les règles concernant les relations sexuelles prohibées, et notamment l'interdit de l'inceste et de l'homosexualité, le texte biblique énonce : « Dieu parla à Moïse pour lui dire : « Parle aux enfants d'Israël et tu leur diras ... ». Dans l'exégèse juridique du texte biblique abordé en langue hébraïque avec ses commentaires en langue araméenne, ces deux verbes : parler et dire ne sont pas redondants. Le premier énonce la règle, en mettant l'accent sur son contenu, Le second souligne le mode d'expression et d'explication de la dite règle afin qu'elle soit socialement acceptée puis appliquée en connaissance de cause et en bonne volonté. Par ailleurs dans la structure du droit hébraïque chaque énoncé de droit positif est corrélé à un principe génératif d'ordre supérieur (*clal*), lui-même corrélé à un grand principe (*clal gadol*). Le principe des principes postule que l'Humain a été créé et façonné en corrélation avec Dieu, ce qui peut s'entendre ainsi - qui nous ramène aux vues précédentes sur le vocabulaire indo-européen de la parenté : l'homme n'est spontanément porté à éprouver de la fraternité qu'à l'égard des membres de sa propre famille, ceux qui sont reliés à lui de manière tangible à de communes et présentes références. Au-delà, sur quoi le sentiment d'une commune mais plus large appartenance s'étayera-t-il ? Précisément sur le sentiment d'appartenir à la même espèce, à l'espèce humaine, à l'Humain dont la corrélation divine devient de la sorte la plus intégrale et la plus intégrative qui soit (Gn ; 1,26). Le Prochain qu'il est enjoint d'aimer n'est pas une duplication du Sujet réceptacle de cette injonction. Il est *qui* il est. L'identité première devient identité primaire lorsqu'elle se refuse à l'interlocution. Quant au sort de l'enfant né hors mariage, pourquoi contreviendrait-il à cette autre injonction du droit sinaïtique : les enfants ne seront pas châtiés pour la faute des parents ?

C - La place de l'instance judiciaire

Nous voici donc placés devant l'ensemble des données contradictoires du débat. A quoi conduisent ces deux siècles d'évolution du droit de la famille et de la personne entérinées par le Code civil ? Pour les uns à une situation de quasi-anarchie à cause de la prévalence du contrat sur le statut, à cause de l'absolutisation des volontés individuelles, mais aussi à cause de la relativisation des valeurs et de l'effacement des catégories génériques de l'identité humaine (39). Soutenir cette seule position - qui ne manque pas d'arguments puissants - n'est-ce pas méconnaître

(37) Freud, *Contribution à l'histoire du mouvement psychanalytique*, Payot, 1973.

(38) Raphaël Draï, *La Thora, La législation de Dieu*, Michalon, 2000.

(39) Selon l'idée générale de l'ouvrage de Xavier Dijon,

enfin l'importance de l'instance judiciaire dans cette évolution ? Le droit de la famille a été profondément transformé depuis quelques décennies. Le modèle de 1804 n'a plus cours, tel qu'il était conçu : essentiellement fondé sur le pouvoir personnel du mari, empereur en sa famille, régent saturnien de sa progéniture légitime ou moins légitime. Aujourd'hui, qu'il s'agisse de l'engagement conjugal, du choix du domicile, de la contribution aux ressources de la famille et de l'autorité qui doit s'exercer vis-à-vis des enfants, puis, en cas de mésentente, qu'il soit débattu des modalités de la séparation pour que celle-ci ne dégénère pas en guerre ouverte, le mari et la femme se trouvent de plus en plus en position non-égalitaire pour ne pas dire *égalitaire*. Faut-il le regretter ? Depuis quand la force fonde-t-elle le droit ? Rousseau n'a-t-il pas délivré sur le sujet une inoubliable leçon ? D'autant que dans cette évolution, et l'accompagnant, les époux se placent sous le regard du juge (ou de *la* juge) « qui homologue, départage ou sanctionne » (40). Encore faut-il que l'institution judiciaire dispose des moyens et que les juges civils reçoivent la formation permettant de remplir au mieux les missions consistant *in fine* à ne pas faire du triptyque républicain une enseigne fallacieuse. Certes, il est loisible de s'inquiéter de la « juridiciarisation » croissante du droit de la famille et du grand nombre de magistrats appelés à s'en mêler : juge aux affaires familiales, juge des tutelles, juge des enfants, tribunal de grande instance, avant d'autres grandes bifurcations, au point qu'il faudrait envisager la création d'un juge des juges familiaux. Ce processus est-il évitable des lors qu'il s'agit, on l'a dit, de mettre la République et la Démocratie en conformité avec leurs propres normes ? Nulle institution ne peut longtemps survivre si sa capacité de médiation n'est pas assumée. Passer de la tutelle à la médiation caractérise précisément l'évolution d'une immense partie du droit public français et notamment du droit administratif afférent à la « troisième génération des droits de l'Homme ». Pourquoi en irait-il autrement pour le droit de la famille et des personnes si l'on s'agit bien toujours d'un *droit civil* (41) ?

CONCLUSION

Portalis, Pirandello et Husserl

Deux siècles ... Au bout de deux cents ans est-on enfin autorisé à parler de longue durée ? Certainement si l'on compare l'âge du Code civil à celui de la Vème République qui n'est pourtant pas l'une des plus brèves qu'ait connu l'histoire constitutionnelle de la France. La réserve s'impose à nouveau si l'on compare le Code Civil à la Loi des Douze Tables ou au *Codex* ou au *Digeste* dont il a recueilli quelques fragments et fragrances. Ne parlons même pas du Décalogue, du Code d'Hammourabi ou des lois de Manou ! Où conduira l'évolution actuelle ? Vers un effondrement encore plus grave de la société civile ou vers son renforcement ? L'évolution est en cours. Surdoué serait le navigateur capable de sonder le creux des vagues en scrutant les étoiles. L'essentiel est de garder présent à l'esprit ce que la civilité signifie avant de chercher à l'encoder plus profondément, si l'on peut ainsi s'exprimer. Portalis l'avait clairement exprimé : un code ne fait pas loi de soi et les lois ne durent qu'à condition d'être interprétées. Pourtant comme en musique l'interprétation du Code civil ne se réduit pas à l'application de règles techniques,

(40) Selon la formule de Pierre Catala. *op. cit.*

(41) Cf Raphaël Draï, *Science administrative ... op. cit.*

serait-elle accomplie avec une grande virtuosité. Il n'y doit pas manquer ce que, faute de mieux l'on nommera un certain esprit. Que serait l'esprit de civilité à venir ? Il consisterait d'abord à rappeler que celle-ci reste l'alternative de la ... prédation. Souvenons-nous de ce qu'avoue le personnage de Pirandello : « Il faut tous que vous sachiez que nous avons dans la tête comme trois ressorts de montre, le ressort du sérieux, celui de la civilité et celui de la folie. Vu que nous devons vivre en société c'est celui de la civilité qui nous sert et c'est pourquoi ce ressort se trouve ici au milieu du front, sinon l'on se dévorerait volontiers l'un l'autre, comme autant de chiens enragés » (42). Est-il possible de se forger de la civilité une représentation moins traumatique ? Husserl nous y convie dans un texte qui tomberait dans la littérature édifiante s'il n'avait été écrit pendant la conquête du pouvoir par Hitler : « Ici aussi nous voyons surgir aussitôt un *a priori*, celui de l'inséparabilité de la conscience de soi et de l'autre ; car il est simplement impensable, et non pas de l'ordre du simple fait, que je sois homme dans le monde sans être l'un des hommes. Il se peut très bien qu'il n'y ait personne dans mon champ de perception mais des compagnons d'humanité sont nécessaires en tant que réels et connus et formant l'horizon ouvert d'une rencontre possible » (43). Pour Husserl l'être humain n'est pas « jeté là » comme l'enseignait Heidegger. Il se trouve déjà là. La civilité ne consiste pas à s'en accommoder, à s'y résigner, jusqu'au moment fatal où décidément, et à nouveau, c'en sera décidément trop. Le sujet juridique civil n'a jamais son assise en soi. La civilité l'assure et le réassure contre lui-même avant de garantir qu'autrui ne lui nuira pas. Un Code civil est d'abord un texte vivant où s'énoncent à cette fin des lois qui disent des droits et prescrivent des devoirs appelés à être constamment débattus pour savoir si, au bout du compte, ils augmentent vraiment le nombre de compagnons d'humanité, comme les nomme Husserl, ou s'ils en raréfient la présence, au point que le Sujet, réduit à lui-même, commence à se fêler, puis à se fissurer, puis à se cliver. Comme les Tables de Moïse, un code ne survit que d'être sans cesse *re-écrit*, sans jamais oublier ce que fut sa toute première version.

(42) *Le bonnet de fou*, Acte 1, scène 4. La Pléiade, tome 1.

(43) *La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale*, Gallimard, 1976, p. 284 et sq.

THÈME N° 2 –
PROBLÉMATIQUES DE L'ÉVOLUTION
DES CODES

UN « SECRET » DE LA PÉRENNITÉ DU CODE CIVIL : L'AMBIGUÏTÉ DES INTERPRÉTATIONS DANS LES DÉBATS PRÉPARATOIRES

Par

Laurent REVERSO

Maître de Conférences à l'Université François Rabelais de Tours

La doctrine civiliste du XIXe siècle a volontiers considéré le Code civil comme l'aboutissement le plus achevé du droit civil français (1). Napoléon, à l'instar d'un Justinien qui n'hésitait pas à affirmer dans la Constitution *Deo auctore* que le Digeste serait une œuvre au-delà de laquelle il n'y aurait rien à chercher (2), devenait ainsi le demiurge du droit, le fondateur d'une œuvre indépassable. Cette vision, relayée par les enseignants et les théoriciens du droit, résulte en partie de l'encadrement étatique de l'enseignement juridique tout au long du XIXe siècle. Étroitement dépendants du pouvoir politique et légalement obligés de suivre le plan du Code pour l'enseignement, les professeurs de droit en vantent d'autant plus facilement les mérites (3).

(1) Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé-381, 2002, pp. 43-59.

(2) *Constitution Deo Auctore*, § 5, "Vous diviserez tout le droit en cinquante livres et en un certain nombre de titres, en observant, selon que vous le jugerez plus convenable, l'ordre que nous avons suivi dans notre code, ou celui de l'édit perpétuel ; en sorte qu'on ne puisse rien désirer après cette collection, et que ces cinquante livres contiennent tout le droit ancien observé depuis près de quatorze cents ans. Ce droit, qui était auparavant plein de confusion, se trouvera réformé par notre autorité, et le recueil que vous en ferez, formera comme un mur de clôture au-delà duquel il n'y aura rien à chercher". Il s'agit de la constitution du 15 décembre 530, destinée à Tribonien, auquel l'Empereur Justinien s'adresse, et qui prescrit la compilation du Digeste. Le Code auquel il est fait référence est le Code de Justinien (1e édition 529, 2e édition 534), qui compile les constitutions impériales dont la plus ancienne remonte à Hadrien. L'édit perpétuel résulte de la codification des édits des magistrats (notamment le préteur urbain) à partir du IIe siècle, lorsque le droit d'origine impériale prend définitivement le pas sur le droit prétorien, qui n'évolue pratiquement plus et se fixe en un *edictum perpetuum* : Antonio Guarino, « La formazione dell'editto perpetuo », in *ANRW*, II, 13, 1980, p. 76-102 ; sur la « propagande » napoléonienne en faveur du Code, notamment l'argument de son originalité à l'égard à la fois du droit révolutionnaire et du droit ancien : Jean-Louis Halpérin, « L'histoire de la fabrication du Code. Le code : Napoléon ? », in *Pouvoirs*, N°107-Le Code civil, 2003, p. 13 et s., qui souligne que les rédacteurs du Code, notamment Portalis, insistent davantage sur leur dû à l'égard du droit romain et de l'ancien droit français que du droit révolutionnaire, dont ils prétendent s'affranchir, en particulier sur la question du divorce, les successions, etc. Cette présentation, purement politique, n'est plus soutenable selon l'auteur, ne serait-ce que parce que le Code reproduit environ 200 articles du projet révolutionnaire de Cambacérés de 1796.

(3) Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, op. cit., p. 168 et ss. L'obligation pour les professeurs d'enseigner le droit civil en respectant l'ordre du code résulte de la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804). Elle est réitérée ensuite, notamment par l'arrêté du Conseil

Mais cette position n'est pas uniquement le fruit d'une soumission à l'égard des pouvoirs en place. Un siècle après sa promulgation encore, rares sont les juristes qui remettent en cause le Code dans son ensemble (4). Marcel Planiol, en 1904, proclamait encore l'« inutilité d'une révision générale du Code civil ». Pour lui, réviser les Codes régulièrement était nuisible au respect de la qualité essentielle du droit, sa stabilité (5). La révision régulière revenait selon Marcel Planiol à « vouloir entretenir à plaisir, dans la pratique et la jurisprudence, un état de fièvre permanent » (6). Même pour les partisans de la révision, le Code n'était susceptible d'améliorations que sur des points particuliers. Pour la grande majorité des juristes, le Code civil demeure tout au long du XIXe siècle et peut-être au-delà, « la véritable Constitution politique de la France » (7), « la constitution civile de la France » (8).

L'examen des débats préparatoires ayant précédé l'adoption définitive du Code révèle toutefois ce que comporte de superficiel, de reconstruit, cet unanimisme de façade (9). Si tous encensent (sincèrement ou par opportunisme) l'œuvre de la commission de rédaction et du premier consul, il s'élève des voix, parmi ceux mêmes qui vantent l'œuvre accomplie, pour en critiquer la nouveauté excessive. En effet, indéniablement, et en dépit des efforts développés par les rédacteurs eux-

royal de l'instruction publique du 22 septembre 1843. Cette obligation prend fin par l'arrêté ministériel du 24 juillet 1895 ; sur l'encadrement de l'enseignement au XIXe siècle : Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, Droit fondamental, 1996, p. 49-51 & 78-79.

(4) Jean-François Niort, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français. Tome II*, Aix-en-Provence, PUAM, Collection d'Histoire des Institutions et des Idées Politiques, 2004, p. 455-467, met en évidence les différences séparant les partisans d'une révision d'ensemble du Code, et les partisans de révisions ponctuelles et partielles, et souligne que les partisans d'une refonte systématique du Code sont minoritaires. Même Pellegrino Rossi, qui critiquait certains aspects du Code d'un point de vue libéral dès 1837, ne le remettait pas en cause dans son ensemble ; il en est de même pour Batbie : Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 75-76 ; Ferdinand Larnaude, « Le Code civil et la nécessité de sa révision », in *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, réed. Dalloz, 2004, p. 901-902 note 2. Emile Accollas, qui entreprend une critique du Code du point de vue démocratique, est bien plus sévère à l'égard d'une œuvre qu'il considère comme « un mélange de liberté et d'autocratie » et surtout « une compilation inférieure à la science du XVIIIe siècle, sans méthode, sans unité, sans idéal, où se rencontrent les systèmes philosophiques et politiques les plus contradictoires, et où n'apparaît aucune doctrine économique ». Ferdinand Larnaude, op. cit., p. 903, considère que « l'outrance même de l'attaque en démontre la faiblesse » ; voir aussi Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 76-78.

(5) Marcel Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, op. cit., p. 961 : « je comprends autrement l'œuvre du législateur : la stabilité est sa plus essentielle qualité ».

(6) Marcel Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », op. cit., p. 961.

(7) Il s'agit d'une formule de Charles Giraud, dont l'importance dans le contrôle de l'enseignement du Code entre 1844 et 1870 est fondamentale : Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, op. cit., p. 172-173 notes 173-174. Jacques Bouineau, « Charles Giraud (1802-1881) », in *RHFD*, n°20, 1999, p. 121-145. La formule se trouve dans : Charles Giraud, *Précis de l'ancien droit coutumier français*, Paris, Cotillon, 2e édition, 1875, p. v.

(8) L'idée est attribuable à Charles Demolombe, *Cours de Code Civil*, Tome Premier, Paris, Auguste Durand, 1845, p. 140 : « ainsi peut-on dire qu'il est véritablement la loi constitutive de la société civile française » ; Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 45 & 68. Elle n'est que reprise par le doyen Jean Carbonnier, « Le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 33-34 ; cf. Yves Gaudemet, « Le Code civil « constitution civile de la France » », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297.

(9) Cet examen est donc particulièrement indispensable à quiconque veut essayer de saisir les « secrets » du Code, et notamment ceux de sa pérennité jusqu'à nos jours, conformément à ce que montre Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003, p. 460-461. Jean Carbonnier, « Le Code civil », op. cit., p. 18 note 3, est plus dubitatif sur l'importance des travaux préparatoires.

mêmes pour occulter cet aspect (10), le Code est par de nombreux aspects l'héritier objectif de la législation révolutionnaire (11). Mais il n'était pas forcément souhaitable, du point de vue des rédacteurs du Code civil, et de Bonaparte en premier lieu, que le Code apparaisse comme la mise en forme juridique de conceptions politiques, d'une philosophie, d'une anthropologie trop précises. C'est pourquoi sans doute le livre préliminaire du Code, qui aurait dû énoncer les grands principes guidant son interprétation future, ne fut pas adopté. Les débats auraient sans doute révélé de trop grands écarts entre les conceptions de chacun, et auraient paralysé l'adoption du Code dans son ensemble (12).

C'est pourquoi également, les travaux préparatoires du Code ne comprennent que peu de développements théoriques sur les fondements idéologiques de l'entreprise de codification (13). Les rédacteurs ont à l'évidence préféré avoir l'image de techniciens que celle d'idéologues, ce qui était une condition du succès à long terme de leur entreprise. Ils n'ont pas voulu découvrir trop ouvertement les ressorts de leur pensée,

« mais le fait est qu'en quelque sorte ils les trahissent ou les avouent par de multiples notations dont chacune, prise isolément, peut ne pas sembler significative, et se fait presque inaperçue, mais dont la masse est structurable en un ensemble cohérent, très suggestif, et accordé notablement aux circonstances » (14).

Une question, toutefois, doit être posée : peut-on rassembler au sein d'« un ensemble cohérent », tous les intervenants qui prennent part aux travaux préparatoires du Code civil ? On note en effet à la lecture de ces travaux, que les différents orateurs qui se succèdent font parfois reposer leurs argumentations sur des fondements idéologiques apparemment divergents. Ne peut-on donc tenir compte de la réalité de ces divergences, tout en admettant que le dépassement de celles-ci résulte d'une ambiguïté idéologique, voulue ou non, qui a fini par emporter l'adhésion du plus grand nombre ? Cette ambiguïté fondatrice se retrouve dans les opinions des différents tribunaux d'appel sollicités par la commission de législation

(10) Jean-Louis Halpérin, « L'histoire de la fabrication du Code. Le code : Napoléon ? », op. cit., p. 14-15.

(11) *Ibid.*, p. 18 : « cependant, dans le contenu du Code civil, il y a aussi une partie du message révolutionnaire [...] : la sécularisation du mariage et de l'état civil, la liberté des cultes et l'on pourrait même dire l'absence de Dieu, l'égalité de principe des citoyens (au moins mâles et majeurs, avec la seule exception de la défaveur marquée aux ouvriers par l'article 1781), la consécration de l'abolition de la féodalité par l'interdiction des servitudes personnelles ou des rentes irrachetables, l'égalité dans les successions *ab intestat* » ; *Idem*, « Le regard de l'historien », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, op. cit., p. 49-53.

(12) Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, p. 273 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, op. cit., p. 459. Le livre préliminaire, avait été rédigé par Portalis, sous l'influence du *Traité des lois* de Domat, et comportait des règles de droit naturel et de morale.

(13) Il y en a cependant, notamment en 1801 par la voix du tribun Mallia-Garat qui certes combat l'adoption du titre préliminaire du code « de la publication des effets et de l'application des lois en général », mais le fait d'un point de vue républicain et argumenté sur le plan idéologique, comme on le verra. Mallia-Garat était un tribun jacobin, neveu de Garat et proche de Daunou et Cabanis ; il fut éliminé avec 60 députés du Corps législatif et 20 Tribuns par le sénatus-consulte des 13 et 18 mars 1802. Cette élimination n'était pas sans rapport avec le rejet du titre préliminaire par les tribuns, et le refus de le voter par les membres du Corps législatif : Jean-François Niort, « Sujet, citoyen et politique dans l'esprit du Code Napoléon », in *Sujet et citoyen*, Actes du colloque A.F.H.I.P. de Lyon (septembre 2003), Aix-en-Provence, PUAM, Collection d'Histoire des Idées Politiques XVI, 2004, p. 283-285 ; Jean-Louis Sourieux, « Le rôle du premier consul dans les travaux préparatoires du Code civil », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, op. cit., p. 110-111.

(14) Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, op. cit., p. 460.

du gouvernement (15). Les discussions devant le Conseil d'État, le Corps législatif et le Tribunal, reflètent également cette diversité des appréciations du projet de Code (16).

Il ne s'agit donc pas ici d'examiner si le Code civil est plutôt révolutionnaire ou conservateur, héritier de la tradition juridique d'Ancien Régime, des Lumières ou de la législation révolutionnaire (17). Il s'agit plutôt de mettre en évidence, du point de vue de l'histoire des idées politiques davantage que de celui de l'histoire du droit (18), quels sont les arguments échangés dans les débats précédant l'adoption du Code ; quels sont notamment les arguments en faveur d'une interprétation plutôt révolutionnaire ou plutôt traditionaliste du Code encore en gestation. Il ne saurait donc être question de porter un jugement sur la qualité des appréciations juridiques des différents intervenants pendant les débats préparatoires, mais plutôt d'examiner si la diversité de ces interprétations n'est pas une des raisons expliquant la pérennité du Code civil. Autrement dit, on peut se demander si le succès du Code ne résulte pas, au-delà de ses incontestables qualités techniques (ce qui n'exclut pas des défauts tout aussi incontestables), du fait qu'il n'est pas susceptible d'une interprétation univoque. Or, il se trouve que l'on constate, dès les débats préparatoires, une grande diversité d'interprétations.

D'un certain point de vue, le Code civil constituait à la fois l'aboutissement et le dépassement de la tradition juridique d'Ancien Régime (I). D'un point de vue peut-être plus progressiste, le Code consacrait essentiellement l'avènement de la modernité juridique (II).

(15) Comme le rappelle Jean-Louis Sourieux, « Le rôle du premier consul dans les travaux préparatoires du Code civil », *op. cit.*, p. 107, la Constitution de l'an VIII répartissait le pouvoir législatif entre le Gouvernement (les trois consuls, avec prééminence du premier), le Tribunal et le Corps législatif. Le Conseil d'État, était chargé de rédiger les projets de loi sous la direction des consuls, auxquels était réservée l'initiative législative. Le Tribunal discutait les projets de loi et formulait uniquement un « vœu » d'adoption ou de rejet, mais ne votait pas. Le vote était réservé au Corps législatif, sans possibilité de discussion, sur les projets de loi débattus devant lui par les orateurs du Tribunal et du Gouvernement. C'est ce qui explique les navettes entre ces organes, et la richesse des débats préparatoires.

(16) On examinera principalement dans le cadre de cette contribution les opinions des différents Tribunaux d'appel, ainsi que des opinions développées par les différents intervenants lors de la discussion concernant le Titre préliminaire *De la publication des effets et de l'application des lois en général*. Ces deux « blocs » sont en effet riches en appréciations générales sur le Code civil, notamment sur sa modernité ou son traditionalisme. Nous reviendrons sur les débats concernant la famille, la propriété ou les obligations dans une prochaine étude. Les observations des Tribunaux d'appel ne furent pas délaissées par les rédacteurs : sur une question aussi importante que celle de la non-rétroactivité de la loi, Portalis lui-même s'appuya, pour nourrir le débat au Conseil d'État, sur les opinions, d'ailleurs contradictoires, des tribunaux d'Agen, de Lyon, Toulouse et Douai : Pierre Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VI, Paris, Vidécoq, 1836, p. 14 (ci-après : Fenet, VI, etc.).

(17) Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 276-286, explique de façon très convaincante que le Code comporte à la fois une part révolutionnaire (sur les biens, les contrats, la laïcité), une part réactionnaire (sur la famille) et une part transactionnelle (sur les régimes matrimoniaux et les successions).

(18) Même s'il est bien évident que les deux disciplines ne sont pas séparables, et que les interprétations politiques du Code que l'on veut ici mettre en évidence auront des répercussions sur le plan juridique.

I - L'ABOUTISSEMENT ET LE DÉPASSEMENT DE LA TRADITION JURIDIQUE D'ANCIEN RÉGIME

Pour certains intervenants, le Code civil n'entre pas en contradiction avec l'essentiel des dispositions de l'ancien droit ; pour d'autres, le Code a le mérite de dépasser ce droit d'Ancien Régime, par la réalisation de ses propres tendances modernistes.

A - L'absence de contradiction entre le Code civil et l'ancien droit

Pour certains des magistrats incités à donner leur avis sur le projet de Code civil, ce dernier s'inscrivait dans la droite ligne du droit d'Ancien Régime. Cette opinion est ainsi repérable dans les observations du Tribunal d'appel d'Ajaccio : ses magistrats considéraient que le Code civil

« [...] renferme ce que l'expérience des siècles et les profondes méditations de ses auteurs ont suggéré d'utile et d'intéressant pour le perfectionnement de la législation civile » (19).

A l'évidence ici, la vertu première du Code est son traditionalisme ; au point même que sa nouveauté est comme atténuée : si le Code est le « perfectionnement de la législation civile », c'est bien que les magistrats ajacciens le considèrent comme l'aboutissement d'une tradition juridique, plutôt que comme une œuvre fondamentalement novatrice.

Pour le Tribun Dêmeunier, qui intervenait pour soutenir le projet de la commission de rédaction, et notamment l'obligation faite au juge de prononcer même dans l'absence ou l'obscurité de la loi, le projet de Code civil avait même pour vertu de revenir au droit ancien, bouleversé abusivement par le droit révolutionnaire ; pour lui, le Code était une salutaire réaction :

« c'est un nouveau système qui supprime tous les *référés*, qui fixe un point contesté, qui, à mon avis, réforme un abus que les événements de la révolution ont fort augmenté, qui rend aux tribunaux le caractère qui leur est propre, et qu'ils n'auraient jamais dû perdre » (20).

Une autre façon de souligner l'absence de contradiction entre le Code et l'ancien droit consiste à inciter le législateur à s'inspirer davantage encore de ce dernier. Selon le Tribunal d'appel de Grenoble, la rédaction du Code civil était depuis longtemps un besoin du peuple français. Mais en dépit de ses qualités, le projet présente des lacunes (21). Pour y remédier, les magistrats du Tribunal d'appel de Grenoble incitent donc les rédacteurs du projet de Code à s'inspirer davantage du droit d'Ancien Régime :

« si les rédacteurs du Code n'eussent été pressés par le temps, combien il leur eût été facile de puiser dans les lois romaines, dans les Coutumes, des maximes sages, des principes féconds, dont la privation occasionnera un grand nombre de procès ! Qu'on n'espère pas d'y suppléer entièrement par la décision des juges : il n'y a que des lois prévoyantes qui puissent garantir les propriétés ; et si elles ne peuvent embrasser les cas rares, du moins doivent-elles restreindre l'empire de l'arbitraire, pour les cas qui se présentent fréquemment » (22).

Sur une question particulière, celle du droit d'arrosage, ce même Tribunal reproche d'ailleurs au projet de Code civil son imprécision. En particulier, il reproche au futur article 645 le défaut de « prêter beaucoup à l'arbitraire », en s'en

(19) Fenet, III, p. 118.

(20) Fenet, VI, p. 86. Sur ce point, voir infra note 44.

(21) Fenet, III, p. 528.

(22) *Ibid.*, p. 529.

remettant exclusivement à l'appréciation du juge (23). Il faisait ainsi référence, au moins en partie à la latitude laissée au juge par l'article 645 du Code civil qui dispose à propos des eaux courantes n'appartenant pas au domaine public, que :

"s'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés" (24).

D'une certaine manière donc, les observations du Tribunal de Grenoble étaient assez contradictoires : d'une part, elles étaient très influencées par le légicentrisme des Lumières, par la méfiance à l'égard du pouvoir du juge, pouvoir même qualifié d'« arbitraire », à la suite de Voltaire ou de Beccaria. Mais d'autre part, elles imaginaient comme remède à cette possibilité d'arbitraire, une loi fondée sur la tradition juridique d'Ancien Régime. A y regarder de près cependant, cette contradiction n'en était pas une aux yeux de nombreux intervenants aux travaux préparatoires.

B - Le dépassement du droit d'Ancien Régime et l'aboutissement de ses tendances modernistes

Pour certains juristes en effet, le Code civil n'était pas contradictoire avec l'ancien droit. Au contraire. Ainsi, le Tribunal d'appel d'Amiens, dans ses *Observations*, ne craignait pas de faire référence aux « sources fécondes des lois anciennes et de la jurisprudence » qui avaient irrigué la pensée des rédacteurs du Code (25). Dans cette optique, le Code était donc perçu comme l'aboutissement logique d'une tradition juridique, dépassée certes par la codification, mais procédant de celle-ci.

Les magistrats du Tribunal de Nîmes paraissent également être réticents à l'égard de l'abolition générale de l'ancien droit. Pour eux, l'ancien droit aura une valeur supplétoire, lorsque le Code civil n'aura pas prévu telle ou telle éventualité :

"ces textes ne laisseront pas que de servir de guide aux citoyens et de règle aux juges, comme raison écrite, et monument de la jurisprudence française dans les cas non prévus, et lorsque d'ailleurs ils ne seront ni contraires à la lettre ni répugnant à l'esprit du Code" (26).

Cette dernière précision n'était pas inutile et pouvait être lue à l'envers : elle signifiait que dans l'esprit des magistrats nîmois, le Code civil ne contredisait pas, pour l'essentiel, l'ancien droit français. De plus, cette position apparaît comme une position de précurseur ; lorsque le pouvoir napoléonien ne fera plus peser de craintes sur les carrières des magistrats, ceux-ci ne tardèrent pas à faire de nouveau appel à l'ancien droit français et au droit romain (27).

(23) *Ibid.*, p. 545.

(24) Ce texte est inchangé depuis 1804. Il est contenu dans le Chapitre premier, *Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux* du Titre IV, *Des servitudes ou services fonciers* du Code civil. Sur cet article, ses origines et son application au XIX^e siècle : Laurent Reverso, « Un contentieux de l'eau en Provence au XIX^e siècle : genèse et interprétation de l'article 645 du code civil », Actes du colloque de l'Ecole doctorale d'Aix-en-Provence du 6 mai 2004, *Le bicentenaire de la promulgation du Code civil*, à paraître.

(25) Fenet, III, p. 124.

(26) Fenet, V, p. 28-29.

(27) C'est en particulier le cas sous la Restauration : Philippe Rémy, « La part faite au juge », in *Pouvoirs*, N°107-Le Code civil, 2003, p. 28 ; Jean Carbonnier, « Le Code civil des Français dans la mémoire collective », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, op. cit., p. 1045-1046 ; Idem, « En l'année 1817 », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 86 et ss.

Portalis lui-même, lorsqu'il présenta devant le Corps législatif le projet de titre préliminaire, en novembre 1801, expliqua que les rédacteurs avaient voulu se prémunir

"[...] et contre l'esprit de système qui tend à tout détruire, et contre l'esprit de superstition, de servitude et de paresse, qui tend à tout respecter" (28).

Contre ceux qui reprochaient aux rédacteurs d'avoir seulement opéré une refonte du droit romain et du droit coutumier, Portalis rappelait que les plus grands législateurs de l'histoire, Solon, Lycurgue, Justinien, Louis XIV ou Frédéric II, avaient surtout rassemblé des éléments de législation préexistants, mais épars (29). Surtout, Portalis énonçait l'idée selon laquelle le génie individuel ne pouvait pas tout en matière législative, et qu'au contraire le législateur devait prudemment s'appuyer sur « l'esprit des siècles » :

"sans doute le génie peut, en communiquant par la pensée avec le bonheur des hommes, découvrir des rapports inconnus jusqu'à lui ; mais le temps seul peut assurer aux productions du génie des hommages et des partisans, parce que le temps seul habitue les hommes à la conception des vérités qui étendent ou multiplient nos rapports. Le législateur, qui ne peut sans danger franchir subitement d'aussi grands intervalles, doit demeurer dans les limites que la tradition des lumières a déterminées, jusqu'à ce que les événements et les choses l'avertissent qu'il peut, sans commotion et sans secousse, marcher dans la carrière qui lui avait été ouverte par le génie" (30).

Certains rédacteurs du Code civil ont insisté sur l'absence de contradiction entre leur œuvre et l'histoire juridique française d'Ancien Régime. Mais d'autres ont également soutenu que le Code était plutôt l'aboutissement des tendances modernistes, présentes d'ailleurs au XVIII^e siècle, mais non abouties. Les *Observations* du Tribunal d'appel d'Aix sur le projet de Code civil, remises au Gouvernement en Prairial an IX, toutes pénétrées du rationalisme juridique du XVIII^e siècle, illustrent à merveille l'idée d'un Code réalisant les aspirations juridiques modernistes. De ce point de vue, le Code et ses rédacteurs sont bien les héritiers du siècle précédent :

"en parcourant le projet du Code civil, ils [les magistrats aixois] se sont convaincus de la beauté du plan sur lequel il est formé, de la justesse des divisions qu'il renferme, et de la réunion des lumières et de la connaissance dont il est le résultat. [...] Nous sommes bien persuadés de la nécessité d'établir des règles uniformes dans toute l'étendue de la république. Il est réservé au Gouvernement actuel d'atteindre à ce but, auquel les plus grands magistrats du dernier siècle osaient à peine aspirer" (31).

Ces considérations, il faut donc le noter, ne sont donc pas contradictoires avec la vision d'un Code représentant l'aboutissement de la tradition juridique. En effet, les aspirations à l'unification du droit et à la sécurité juridique en résultant étaient déjà bien présentes dans la pensée juridique du XVIII^e (32).

(28) Fenet, VI, p. 37. Opinion qui trouvait un écho dans le discours du Tribun Ludot, qui soutenait que le mérite des rédacteurs était d'avoir à la fois utilisé le droit romain et le droit coutumier, tout en n'étant pas resté prisonnier du droit traditionnel : "tout législateur appelé à réformer les lois de son pays consultera avec soin les changements opérés dans l'esprit, les mœurs, les usages de ses habitants ; il n'oubliera pas les circonstances dans lesquelles il se trouve placé, et la nature du gouvernement établi ; enfin, également en garde contre les innovations dangereuses et les abus consacrés par les préjugés ou de longues habitudes, il ne voudra de résultats que ceux avoués par l'expérience ou la raison" : Fenet, VI, p. 94-95. Même idée dans la présentation de la seconde mouture du projet de Titre préliminaire devant le Corps législatif par le Tribun Faure : *Ibid.*, p. 379.

(29) *Ibid.*, p. 38-39.

(30) *Ibid.*, p. 40-41.

(31) Fenet, III, 1836, p. 27.

(32) Sur les tendances unificatrices présentes sous l'Ancien Régime en France : Anne Lefebvre-Teillard, « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », in *1804-2004. Le Code civil. Un*

Toutefois, le Code civil ne pouvait uniquement apparaître comme l'aboutissement et le dépassement de la tradition juridique française. D'autres interprétations ont donc également considéré le Code comme le point de départ de la modernité juridique.

II - L'AVÈNEMENT DE LA MODERNITÉ JURIDIQUE

Pour certains, le Code civil réalisait un compromis entre droit ancien et droit révolutionnaire ; d'autres se réclamaient davantage de l'héritage révolutionnaire, au point même d'en revendiquer une application plus conséquente.

A - Un compromis entre droit d'Ancien Régime et droit révolutionnaire

L'admiration à l'égard de l'œuvre des rédacteurs du Code – en faisant la part de la révérence à l'égard du pouvoir – se situe dans la lignée du légicentrisme du siècle des Lumières. Il en est ainsi par exemple pour les magistrats de la Cour d'appel de Bordeaux :

“le projet de Code civil soumis à l'examen des tribunaux d'appel répond aux espérances qu'en avaient conçues le Gouvernement, et va faire jouir la France d'un avantage qu'appelaient depuis si longtemps les vœux de tous les hommes éclairés, celui d'être régie par une législation simple et uniforme” (33).

Pour ces juges, il ne faisait aucun doute que :

“[...] le nouveau Code civil ne devienne un des plus grands bienfaits de la révolution, ne paraisse le plus beau présent que le génie de la liberté pût offrir au peuple français” (34).

Un pas était donc franchi : le Code civil n'était pas seulement ressenti comme l'aboutissement d'une tradition juridique, y compris dans ses aspects les plus modernistes. Il était désormais également considéré comme l'héritier de la Révolution. Toutefois, cela n'empêchait pas les magistrats bordelais de considérer tout autant le Code comme un sage compromis entre la législation révolutionnaire et l'ancien droit. Selon les auteurs bordelais de ces *Observations*, donc,

“en respectant les usages dont une longue expérience a démontré la sagesse, les auteurs du projet ont su les améliorer par des innovations heureuses qui en généralisent l'application et tarissent dans leur source un grand nombre de procès” (35).

Ils allaient même jusqu'à affirmer, pour s'opposer à l'abolition générales de toutes les lois anciennes, coutumes, statuts, etc., que :

“le discours préliminaire indique, comme devant servir de supplément au Code, l'usage établi, la jurisprudence, les règles de l'équité. Mais l'usage, la jurisprudence, ne sont que le développement ou l'explication des lois positives qui nous ont gouvernés jusqu'à présent. Abroger tout d'un coup et d'un seul trait toutes ces lois antérieures, non pas uniquement sur les points décidés par le nouveau Code, mais sur des matières qui s'y trouvent traitées, c'est ôter à l'usage, à la jurisprudence, leur plus solide appui ; c'est épaissir les ténèbres dont notre

passé, un présent, un avenir, *op. cit.*, p. 77-85 ; pour une vue européenne du phénomène : Jean-Louis Halpérin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004, p. 60-63 ; Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, * Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Società editrice il Mulino, Le vie della civiltà, 1976, p. 191 et ss., 223 et ss. & 485 et ss.

(33) Fenet, III, p. 176.

(34) *Ibid.*, p. 177. Même idée dans les *Observations* du Tribunal d'appel de Bourges, *Ibid.*, p. 206-207 ; et de Caen, *Ibid.*, p. 395-396.

(35) *Ibid.*, p. 176.

législation civile était enveloppée, en livrant les cas extrêmement multipliés que le nouveau Code n'a pas prévus, au hasard des conjectures et au vague de l'arbitraire. Les Codes des peuples, a-t-on dit, avec beaucoup de raison, dans le discours préliminaire, se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas (36). Il faut donc attendre que le temps et l'expérience aient indiqué les changements dont celui-ci est susceptible, les améliorations qui peuvent le perfectionner, pour l'élever seul au milieu des ruines de la législation ancienne. Jusque là il est imprudent d'étendre exclusivement son empire au-delà des dispositions qu'il renferme, et des conséquences que la raison et l'équité peuvent en déduire” (37).

Il est évident que le Code civil présente effectivement, par rapport au droit d'Ancien Régime, les avantages de l'uniformité et de la sécurité juridique ; cela ne paraît toutefois pas contradictoire aux magistrats bordelais avec le maintien d'une partie du droit ancien, ce qui n'est compréhensible que si l'on considère que ces magistrats furent formés au droit d'Ancien Régime, qui fonctionnait selon une logique largement empirique, contrairement aux revendications du rationalisme juridique dont ils acceptaient cependant certains des présupposés.

Le Tribun Costé, pour sa part, tout en refusant de voter pour le projet de Titre préliminaire, développait une dure critique de la « compilation bizarrement contradictoire » que formait l'ancien droit, tout en critiquant également le « chaos » législatif, formé par l'adjonction à cette législation déjà passablement embrouillée, de la législation révolutionnaire (38). Son intervention, toutefois, n'était pas foncièrement hostile à la législation révolutionnaire : son tort principal au yeux du Tribun était ne n'avoir pas aboli le droit ancien dans son ensemble. Son opinion se situait donc entre celle qui concevait le projet de Code comme un compromis, et celle qui tendait à assumer l'héritage juridique de la Révolution.

B - Acceptation et revendication de l'héritage juridique révolutionnaire

Le Code civil, par certains aspects, opérait une véritable rupture avec le droit d'Ancien Régime. C'est le cas notamment sur le point essentiel de la propriété (39). Il est clair, à la lecture des travaux préparatoires du Code civil, que c'était la conception féodale de la propriété qui était particulièrement rejetée. Ainsi, dans la présentation du texte de loi sur la propriété au Corps législatif, Berlier, pour expliquer la nécessité des servitudes, précisait bien qu' :

“il ne s'agit point ici de ces prééminences d'un fonds sur l'autre, qui prirent naissance dans le régime à jamais aboli des fiefs. Il ne s'agit pas non plus de services imposés à la personne et en faveur d'une personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds” (40).

Son collègue, le tribun Gillet parlait du progrès constitué par le Code civil par :

“[...] la suppression de cette masse monstrueuse de la féodalité dont autrefois elle était surchargée. Qu'était-ce, en effet, que le régime féodal, sinon l'art de faire de la propriété foncière un instrument d'asservissement ?” (41).

(36) Il s'agit évidemment d'une référence à Portalis.

(37) Fenet, III, p. 204-205.

(38) Fenet, VI, p. 177.

(39) Jean Carbonnier, « Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique », in *RRJ*, 1981/3, p. 330-331.

(40) Fenet, XI, p. 304.

(41) *Ibid.*, p. 332. Pour une mise au point sur la question de la « lutte contre la féodalité » implicite des rédacteurs du Code civil (à propos de l'article 686) : Christian Atias, *Droit civil-Les biens*, Paris, Litec, 6e édition, 2002, p. 218-219.

De ce point de vue, donc, les travaux préparatoires révèlent une idéologie résolument opposée à celle de l'Ancien Régime, et qui se revendique comme telle. Cette idéologie est développée également par les opposants jacobins à Bonaparte, notamment le Tribun Mallia-Garat (42). Celui-ci, dans une intervention contre le projet de titre préliminaire du Code, considérait le Code civil comme « un des premiers besoins de la nation française » (43). Mais l'intérêt de l'intervention de Mallia-Garat, et son habileté politique, consistait surtout à souligner les contradictions entre le principe légicentriste sensé inspirer le Code, auquel il adhérait, et la disposition de l'article 4 visant à empêcher le déni de justice, qui faisait obligation au juge de prononcer sans pouvoir se prévaloir du silence, de l'obscurité ou du silence de loi (44). Pour Mallia-Garat il y a là une contradiction « qui efface, en quelque sorte, le Code civil avant qu'il soit présenté » (45). Pour lui au contraire,

« [...] un juge ne peut être, comme le dit Montesquieu, que la bouche qui prononce les paroles de la loi » (46).

L'utilisation de Montesquieu était également un moyen d'oser une critique des dérives monarchiques du régime consulaire. Le discours du Tribun jacobin était assez prophétique puisqu'il anticipait d'une année la proclamation du consulat à vie en faveur de Bonaparte. Encore une fois, c'est la pensée de Montesquieu qui servait de fondement théorique à son argumentation. Après avoir rappelé que, selon Montesquieu, les États despotiques ne connaissent pas de loi, et que le juge y est

(42) Un autre Tribun, Thiessé, se prononcera également contre le projet, au nom d'idées révolutionnaires, mais celles-ci sont moins clairement exprimées que chez Mallia-Garat. En particulier, Thiessé se fondera principalement sur le motif que la question de la promulgation des lois n'était pas bien traitée par le Titre préliminaire, pour en repousser l'adoption. Au passage, il critiquait « le dogme de la non-rétroactivité », au nom de principes révolutionnaires, puisque selon lui, ce dogme cachait la volonté de revenir sur certains acquis de la Révolution, l'abolition des droits féodaux, du servage, et le démantèlement des pouvoirs des Parlements : Fenet, VI, p. 123-126.

(43) *Ibid.*, p. 143. Cette idée est un lieu commun, aussi bien chez les défenseurs que chez les opposants au projet de Code.

(44) Au Conseil d'État, lors des séances des 4 et 14 thermidor an IX (23 juillet-2 août 1801) l'adoption de cet article avait donné lieu à un véritable débat, Roederer regrettant les pouvoirs ainsi conférés aux juges, Portalis, Tronchet et Bigot-Préameneu les justifiant par la nécessité de la continuité de la justice. C'est Cambacérès qui apparaîtra comme l'élément modérateur, en faisant remplacer l'impératif de la rédaction primitive (« le juge qui refusera de juger [...] se rendra coupable de déni de justice ») par le conditionnel (« le juge qui refusera de juger [...] pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ») : Fenet, VI, p. 15 & 20-24. Le débat avait été lancé par le Tribunal d'appel de Rouen, qui proposait la reprise de la technique du « référé législatif » révolutionnaire pour unifier la jurisprudence : Fenet, V, p. 456. La loi des 16-24 août 1790 dans son article 12, et la Constitution de 1791 dans son article 21, faisaient en effet obligation au juge de demander au législateur de trancher lorsque, après deux cassations, le jugement du troisième tribunal était attaqué avec les mêmes moyens. Portalis y était pour sa part tout à fait hostile et cette hostilité trouve sa réalisation dans la rédaction de l'article 4. En 1807, il fut toutefois rétabli, non pas dans le souci de rétablir le rôle du législateur dans une optique de séparation des pouvoirs, mais dans une optique autoritaire. En effet, en cas de résistance des juges du fond à une deuxième cassation, l'interprétation authentique de la loi était désormais donnée par un règlement d'administration publique : Philippe Rémy, « La part faite au juge », *op. cit.*, p. 24-28 ; Paolo Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, p. 153-161 ; Yves-Louis Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris n°2, 1965, p. 92-115.

(45) Fenet, VI, p. 150.

(46) *Ibid.*, p. 151. L'argument est décisif pour le tribun, au point qu'il l'utilise à nouveau quelques pages plus loin ; *Ibid.*, p. 158-159. Montesquieu énonçait cette idée, constamment reprise par les partisans du légicentrisme, dans le cadre de son étude de la constitution anglaise : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6, in *Œuvres complètes*, Paris, Editions du Seuil, 1964, p. 589 : « mais les juges de la nation ne sont, comme nous l'avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

lui-même sa règle, Mallia-Garat opposait le régime monarchique, dans lequel le juge applique la loi lorsque elle est précise, et en interprète l'esprit lorsqu'elle est imprécise, et le gouvernement républicain, dans lequel « il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi » (47). Perfidement, en tout cas à l'égard de Bonaparte, Mallia-Garat ajoutait :

« remarquez, tribuns que les paroles de Montesquieu accordent beaucoup moins à l'arbitraire du juge monarchique, que n'en donnent au juges, dans notre république, les motifs et le texte du projet de loi que je combats » (48).

C'est donc que le projet de Code était rejeté au nom des principes républicains. Mallia-Garat affirmait en effet en conclusion de son intervention, que le fait de laisser au juge un certain pouvoir de création en matière juridique revenait à substituer « à la simplicité des lois de la République la confusion des jurisprudences monarchiques ». Cela revenait également à saper purement et simplement le principe d'égalité devant la loi (49).

Implicitement, donc, le régime consulaire sous la houlette de Bonaparte, était critiqué, au nom des idéaux républicains dont il était sensé être l'émanation. Plus encore, le régime de Bonaparte était indirectement accusé d'être encore plus oppressif que le régime monarchique. On comprend pourquoi, en 1802, Bonaparte désormais consul à vie, n'hésitera pas à exclure Mallia-Garat et ses amis du Corps législatif et du Tribunat, par un sénatus-consulte.

Selon Karl Marx,

« [...] la société n'a pas pour fondement la loi. C'est là une illusion juridique. Bien au contraire, la loi doit être fondée sur la société, elle doit être fondée sur la société, elle doit être l'expression de ses intérêts et de ses besoins, issu du mode matériel de production de l'époque, et elle doit les protéger contre l'arbitraire de tel ou tel individu. [...] Le Code Napoléon [...] n'a nullement produit la société bourgeoise moderne, c'est plutôt la société bourgeoise, née au XVIIIe siècle et développée au XIXe siècle, qui trouve simplement dans le Code une expression légale » (50).

Mais le Code est-il si « simplement » la superstructure juridique correspondant à une infrastructure économique et sociale préexistante ? N'est-il pas, effectivement, pour une part, la mise en forme juridique des rapports de forces au sein de la société – résultat de la liquidation de l'héritage juridique féodal, ou supposé féodal (51) – et, pour une autre part, la fondation d'un nouveau type de société ? Le Code civil, en d'autres termes devrait plutôt être considéré à la fois comme un aboutissement et un point de départ, et non simplement comme un aboutissement, car il n'est pas simplement déclaratif, mais également

(47) Fenet, VI, p. 155.

(48) *Ibid.*, p. 155.

(49) *Ibid.*, p. 170.

(50) Karl Marx, « Le procès contre le comité départemental des démocrates rhénans », *Neue Rheinische Zeitung* du 25 février 1849, in *Œuvres IV, Politique I*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1994, p. 171 ; Jean-Louis Halpérin, « L'histoire de la fabrication du Code. Le code : Napoléon ? », *op. cit.*, p. 13. Jean Carbonnier, « Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique », *op. cit.*, p. 329, précise d'ailleurs que pour Marx, la bourgeoisie et son instrument qu'était le Code civil ont joué un rôle historique important, dans la mesure où ils ont anéanti les vestiges de la féodalité, condition nécessaire à l'évolution ultérieure de la société.

(51) Supposé féodal dans le sens où des institutions juridiques qualifiées de « féodales » dans un but polémique de délégitimation ne l'étaient pas historiquement.

prospectif (52). C'est d'ailleurs cela qui explique sa pérennité, et son application par-delà les changements de régimes politiques.

Sur le plan politique, Bonaparte était passé maître, selon l'heureuse formule d'Albert Vandal, dans l'art de créer sur ses intentions « un immense malentendu » (53). Un général jacobin, héritier de la Révolution dans ses aspects même les plus extrêmes, ayant par exemple réprimé impitoyablement des insurrections royalistes, pouvait donc devenir un monarque au moins aussi absolu que les monarques de la fin de l'Ancien Régime (54). Peut-être cet art du malentendu s'était-il également appliqué à la rédaction du Code civil, malentendu qui se mit en place dès les débats ayant préparé l'adoption de ce Code le 30 ventôse an XII. Le Code civil, en paraissant satisfaire autant les partisans du maintien d'une certaine tradition juridique, que ceux d'une législation plus authentiquement héritière de la Révolution, profitait donc de l'ambiguïté de la nature même du pouvoir napoléonien. Cette ambivalence, loin d'être une tâche sur les origines du Code, est au contraire – le destin de celui-ci aux XIXe et XXe siècles le montre – le signe d'une œuvre dont les qualités essentielles résident dans une certaine intemporalité, et donc une adaptabilité aux circonstances, qui sont les signes des œuvres les plus marquantes de l'histoire juridique.

Il est donc raisonnable de se dégager des interprétations monolithiques d'un Code civil représentant sur le plan juridique le triomphe de l'individualisme libéral, ou d'un Code civil aboutissement juridique d'une doctrine à la fois utilitariste, pessimiste et autoritaire (55). Le Code civil, et cela explique sans doute sa pérennité, est le résultat d'influences contradictoires sur le plan strictement logique, mais qui reflétaient les contradictions de son temps, et les reflète encore. Le Code est donc objectivement l'héritier de certains aspects de la Révolution, tout en étant non moins objectivement l'héritier de conceptions bien plus autoritaires. De ce point de vue, le Code est bien l'héritier des ambiguïtés de la pensée des Lumières, dans laquelle les revendications libérales, égalitaires et même libertaires, côtoient, parfois chez le même auteur, des considérations mécanistes et sensualistes fondamentalement contradictoires avec les idées de liberté et d'égalité (56). Ainsi,

“le « verrouillage » politique et social du droit civil – au profit de l'État et de ses auxiliaires, la famille et les propriétaires – n'est pas total : à travers quelques fenêtres, ouvertes vers des horizons où la volonté humaine peut prendre son essor, on aperçoit toute la richesse d'un code assez flexible pour changer de sens dans d'autres contextes” (57).

(52) Selon Andre-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit-IX, 1969, p. 1, le Code civil est à la fois un témoin éclatant et un des fondements du régime capitaliste.

(53) Cité par Jean-Jacques Chevallier, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, Armand Colin-Dalloz, 9e édition, 2001, p. 112, qui emprunte l'expression à l'ouvrage d'Albert Vandal, *L'avènement de Bonaparte*, 2 vol., 1e édition 1902-1907.

(54) Jean-Jacques Chevallier, *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot, 1993, p. 637-638.

(55) Il est vrai que ce fond autoritaire, dont les racines sont repérables dans certaines idées des Lumières, le sensualisme et l'utilitarisme en premier lieu, constitue l'idéologie dominante des rédacteurs du Code. Mais comme le précise Xavier Martin, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère, Dominique Martin Morin, 1994, p. 253, “il va de soi aussi que les conceptions dont nous faisons état ne sauraient être le credo monolithique et intégralement réfléchi de tous ceux qui, membres de la commission de rédaction, conseillers d'État, orateurs du Tribunat, magistrats des Tribunaux d'Appel, ont exprimé des vues consignées par écrit au sujet des articles du code imminent”.

(56) Sur ce point, on ne peut que renvoyer aux ouvrages de Xavier Martin précités, ainsi que *L'homme des droits de l'homme et sa compagne (1750-1850). Sur le quotient intellectuel et affectif du « bon sauvage »*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2001.

(57) Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 41.

Napoléon, on l'a suggéré, était fasciné par l'exemple de Justinien. Son ambition était que « son » Code durerait autant que le *Corpus iuris civilis* de l'empereur romain. Mais comme l'a souligné le Doyen Carbonnier, il avait échappé à Napoléon que dans l'œuvre juridique de Justinien, ce n'étaient pas des Nouvelles dont on se souvenait, mais du Digeste, compilation hétéroclite d'opinions parfois contradictoires des jurisconsultes romains de différentes époques.

“C'est peut-être cette indécision apparente qui fait la force principale d'un code” (58).

Il est donc tentant de voir dans les interprétations contradictoires, qui se sont succédées pendant deux siècles, et qui s'opposent parfois encore, le reflet de l'ambiguïté des interprétations énoncées avant même la promulgation du Code civil, dans les travaux préparatoires.

(58) Jean Carbonnier, « Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique », op. cit., p. 334.

MÉTHODE D'INTERPRÉTATION ET LONGÉVITÉ DU CODE CIVIL

Par

Pierre-André CÔTÉ
Université de Montréal

Au moment où la France célèbre le 200^e anniversaire du Code Napoléon, le Québec fête, lui, le dixième anniversaire de son nouveau Code civil. Le *Code civil du Québec* a remplacé, en 1994, le *Code civil du Bas Canada*, un code modelé sur le *Code civil des Français* et qui était entré en vigueur en 1866.

L'ancien Code civil québécois s'est donc appliqué (sans changements majeurs, sauf en droit de la famille) pendant 128 ans. On peut dire qu'il a fait preuve d'une stabilité remarquable. Quel est donc le secret de cette longévité ? En partie, elle s'explique par la position particulière de cet texte dans l'ordre juridique, ainsi que par les caractéristiques de sa rédaction, facteurs qui, à leur tour, ont déterminé des méthodes d'interprétation particulières et une conception spécifique de la fonction de l'interprète du code.

Longévité, stabilité des codes civils : mais de quoi parle-t-on exactement ? De la stabilité des textes, du fait que le législateur n'a pas eu à intervenir fréquemment pour les modifier. Cette stabilité des textes, c'est la thèse que j'entends défendre, est en lien direct avec la mobilité des normes construites à partir des textes. La stabilité des textes dépend en grande partie de la mesure selon laquelle l'interprète peut et entend exercer l'une de ses fonctions essentielles, sa fonction d'adaptation du droit aux situations concrètes.

Après quelques observations sur cette fonction, j'examinerai ce qui, à mon avis, fait qu'elle a vocation à s'exercer avec une intensité particulière dans l'interprétation d'un code civil.

La fonction d'adaptation du droit de l'interprète

D'abord, il y a lieu de rappeler une évidence : un code civil, ce n'est pas un ensemble de normes ou de règles : c'est d'abord un ensemble de textes. Les normes, qui n'ont d'existence que dans notre univers mental, sont construites par les lecteurs du code grâce à un processus qu'on appelle l'interprétation. Le terme *interprétation* est donc ici entendu au sens large : il désigne le processus intellectuel de construction de normes à partir de textes.

On reconnaît généralement que le processus de construction des normes sur le fondement des textes légaux, lorsqu'il s'agit d'interprétation opérative, c'est-à-dire liée à l'application de la norme (celle qui est l'œuvre du juge, du praticien), est marquée par deux préoccupations principales : la recherche de ce que l'on est

convenu d'appeler l'intention législative et la recherche tout aussi importante d'une réponse adéquate à ce que François Gény appelait les « besoins de la vie ».

Le professeur Jacques Chevalier, au sujet de cette fonction d'adaptation de la norme aux faits, écrit :

« L'interprétation apparaît comme une médiation nécessaire pour qu'une norme juridique nouvelle parvienne à s'acclimater, le lubrifiant indispensable pour qu'elle puisse produire son plein effet. L'interprétation permet de passer de l'abstraction de la règle à la réalité des situations concrètes; c'est le moyen d'opérer les ajustements indispensables pour rendre la règle opératoire et garantir son effectivité » (1).

Les juristes belges François Ost et Michel Van de Kerchove ont eux aussi, parmi bien d'autres, souligné ce qu'ils ont appelé la rétroaction de l'application de la loi sur son interprétation : le contenu des normes est construit par l'interprète en tenant compte des conséquences concrètes de l'interprétation (2).

L'interprète est ainsi à la fois tourné vers le passé, pour y déceler le contenu de pensée dont le texte se veut l'expression et vers le présent et le futur, afin de modeler une norme qui sera adaptée aux situations que la loi est destinée à régir. Portalis, qui avait une longue expérience de la pratique de la profession d'avocat, a merveilleusement exprimé cette double préoccupation lorsqu'il a rédigé la disposition suivante du projet de *Livre préliminaire* du Code civil : « Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité (3) ».

La fonction d'adaptation risque d'être sollicitée dès la mise en vigueur des textes, mais le passage du temps et l'évolution des faits et des valeurs qui l'accompagne est de nature à en accentuer l'importance. L'exercice de la fonction d'adaptation peut revêtir diverses formes. La plus habituelle consiste simplement pour l'interprète à spécifier ce qui est imprécis ou simplement général. On peut parler d'une adaptation *intra legem*. Elle peut aussi conduire l'interprète à compléter le texte, notamment en faisant appel à des principes ou grâce à l'extension analogique. Il s'agira alors d'une adaptation *para legem*. Elle peut enfin impliquer la mise à l'écart du texte : il s'agit alors d'une adaptation correctrice, une adaptation *contra legem*.

La fonction d'adaptation du droit n'est cependant pas l'apanage de l'interprète : c'est également une responsabilité du législateur. Dans tous les systèmes de droit, on peut observer un partage implicite des compétences entre le législateur et le juge en matière d'ajustement du droit aux faits. Ce partage varie selon la nature des lois et, pour une même loi, selon la nature des dispositions ainsi que selon la nature des adaptations qui apparaissent opportunes ou nécessaires.

Ainsi, le droit canadien reconnaît-il au juge un large pouvoir d'adaptation des textes de nature constitutionnelle. Le caractère fondamental de ces textes, leur rédaction souvent générale ou imprécise et la difficulté de les modifier sont autant de facteurs qui concourent à expliquer cette situation (4). Toutes ces raisons sont absentes lorsqu'il s'agit d'interpréter les lois fiscales, par exemple : elles n'ont rien

(1) Jacques Chevalier, « Les interprètes du droit », dans Paul Amselk, dir., *Interprétation et droit*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 117, à la p. 126.

(2) François Ost et Michel Van De Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 218.

(3) *Projet de Code civil de l'an VIII*, Livre préliminaire, Titre V, art. 1, Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.2., Paris, Vidocq, 1836, p. 6.

(4) L'exigence d'une interprétation évolutive des textes constitutionnels vient tout juste d'être réaffirmée par la Cour suprême du Canada en rapport avec le sens qu'il convient de donner aujourd'hui au mot « mariage » inscrit dans la *Loi constitutionnelle* de 1867, dans le contexte des revendications en faveur du mariage gay : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 22-23.

de fondamental, elles sont rédigées de façon détaillée et modifiées chaque année, si bien que les juges ne se sentent pas, dans la même mesure, la responsabilité de voir à leur adaptation et à leur mise à jour.

Qu'en est-il, à cet égard, du Code civil ?

L'adaptation du Code civil par l'interprétation

On peut poser l'hypothèse que le Code civil appartient à une catégorie de textes dont l'adaptation aux situations concrètes appartient autant aux interprètes, et notamment aux juges, qu'au législateur. Cela constitue une partie du secret de la longévité du Code civil, puisque l'intervention du législateur pour modifier le texte risque d'être moins sollicitée que pour d'autres lois.

Trois caractéristiques de l'interprétation du Code civil contribuent, me semble-t-il, à favoriser l'interprétation évolutive de ses dispositions : le style de sa rédaction, la méthode d'interprétation qui lui est appliquée et l'idéologie de l'interprétation qui y prédomine.

1 - Le style de rédaction

Méthode de rédaction et méthode d'interprétation sont en relation d'influence réciproque (5). Les techniques de rédaction commandent dans une certaine mesure le mode d'interprétation.

L'expression de règles à un haut niveau de généralité a tendance à atténuer l'importance du sens littéral des textes, et à libérer ainsi l'interprète de l'un des principales contraintes susceptible de gêner l'exercice de sa fonction d'adaptation. Ce mode d'expression contribue aussi à accentuer l'influence d'autres facteurs, comme celle de la doctrine, par exemple. Ainsi, si la doctrine exerce pleinement sa fonction critique, son action pourra encourager les évolutions jurisprudentielles qui permettront aux normes de rester actuelles.

2 - La méthode d'interprétation

Pour des raisons liées à l'histoire, l'autonomie de l'interprétation du Code civil par rapport à celle des autres lois a constitué une préoccupation constante des juristes du Québec (6).

L'histoire du Québec, c'est l'histoire de la lutte d'une communauté pour rester fidèle à son passé. Cette lutte s'est articulée autour de trois enjeux : la langue, la foi et le droit. La codification de 1866 avait notamment pour but de protéger le droit civil contre l'envahissement de la common law. L'influence de la common law s'est néanmoins fait sentir dans l'interprétation du code, qui a longtemps relevé de cours suprêmes où les civilistes étaient soit absents, soit en minorité.

On a pu déplorer à diverses époques l'application au code des méthodes d'interprétations anglaises, développées pour l'interprétation des *statutes*. Or, le Code civil québécois se distingue radicalement des *statutes*. Le Code civil exprime le droit commun, alors que les *statutes*, le plus souvent, dérogent au droit commun, à la common law. Le Code civil énonce les règles à un haut niveau de généralité alors que les *statutes* entrent volontiers dans les détails. Le Code civil, enfin, ne constitue d'aucune façon une *lex odia*, une loi odieuse, portant atteinte à la liberté

(5) Alain-François Bisson, « L'interaction des techniques de rédaction et des techniques d'interprétation des lois », (1980) 21 *C. de D.* 511.

(6) Sylvie Parent, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, Montréal, Thémis, 1997.

ou à la propriété et dont il faudrait en conséquence limiter le plus possible la portée (7).

La méthode qui convient à l'interprétation du Code civil au Québec a ainsi, le plus souvent, été exprimée par référence à la nécessité de suivre une démarche radicalement différente de celle qui a caractérisé l'interprétation des *statutes*. L'interprétation du code ne doit être ni formaliste, ni étroite (8).

L'interprétation du Code civil ne doit pas être formaliste, c'est-à-dire que parmi les facteurs que doit prendre en compte l'interprète, le texte, le sens littéral ne doit pas occuper une place prépondérante, au détriment d'autres facteurs tels les principes dont le code s'inspire, le système dont chaque disposition fait partie, les objectifs que ses dispositions poursuivent, leur histoire, les œuvres de la doctrine et le droit comparé, pour ne nommer que les principaux éléments.

L'interprétation du Code civil ne doit pas non plus être étroite : elle ne doit être ni stricte (c'est-à-dire non extensive), ni systématiquement restrictive. On doit pouvoir notamment dépasser le cadre tracé par le texte pour répondre de façon adéquate aux situations nouvelles qui peuvent se présenter.

Le législateur québécois a tenu, au début du *Code civil* de 1994, à marquer les traits caractéristiques de ce texte et à donner des pistes pour son interprétation. Le *Code civil du Québec* comporte une disposition préliminaire ainsi conçue :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles mêmes ajouter au code ou y déroger (9).

Lorsque, en 1997, la Cour suprême du Canada a dû, pour la première fois, interpréter une disposition du nouveau code, elle a tenu à citer cette disposition préliminaire, puis, à ajouter le commentaire suivant :

[La Disposition préliminaire] édicte en termes explicites que le Code civil constitue le droit commun du Québec. Ainsi, contrairement au droit d'origine législative des ressorts de common law, le Code civil n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet (10).

Il n'est pas besoin, je crois, de démontrer qu'une méthode d'interprétation qui préconise « une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permet aux dispositions d'atteindre leur objet » autorise l'interprète à exercer avec un minimum de contraintes sa fonction d'adaptation du droit aux situations concrètes.

(7) Aussi bien en Angleterre qu'en France, les méthodes d'interprétation ont pour source principale le droit canon. Le principe de l'interprétation restrictive des lois « odieuses », exprimé par la maxime *odia restringi, et favores convenit ampliari*, avait toujours cours en France au moment de l'élaboration du Code Napoléon, comme en fait foi la disposition suivante du *Projet de Livre préliminaire* (titre V, art. 10) : « La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive ».

(8) Sur l'interprétation du Code civil au Québec, on consultera : John E.C. Brierley et Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, p. 135 et suiv.

(9) Pour une analyse de la genèse de cette disposition et de son impact : Alain-François Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 *R. D. McGill*, 539.

(10) *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15. À l'appui, la Cour suprême a cité l'article de Jean-Louis Bergel, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans Pierre-André Côté, dir., *Le nouveau Code civil - Interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, p.3.

Je soulignerai simplement ce qui me paraît constituer l'une des caractéristiques fondamentales des méthodes d'interprétation du Code civil au Québec : le rôle qu'y joue la doctrine. En tant que spécialiste de droit public, je suis toujours frappé, à la lecture des arrêts en droit civil, de constater l'importance que nos juges accordent à l'opinion des auteurs. Alain-François Bisson a eu bien raison d'affirmer qu'« en droit civil, la doctrine est en quelque sorte une compagne naturelle du système » (11). Ainsi, lorsque le juge est confronté à un cas où la solution qui découle des textes semble inadéquate, il pourra chercher appui sur la doctrine pour justifier une interprétation correctrice de la loi (12).

Sous cet aspect, comme sous bien d'autres, la méthode d'interprétation du Code civil au Québec se rapproche de celle suivie dans l'interprétation des textes constitutionnels. Dans les deux cas, on a affaire à des lois fondamentales, dont les normes sont exprimées à un niveau de généralité élevé et où l'interprète peut puiser à une doctrine abondante.

La méthode d'interprétation du Code civil est donc de nature à favoriser l'ajustement des normes aux situations concrètes. Il n'en demeure pas moins que les méthodes d'interprétation appartiennent à l'ordre des moyens. L'ajustement du droit aux faits exige aussi que les fins de l'interprétation, les valeurs qu'elle doit promouvoir, soient telles qu'elles privilégient une attitude dynamique plutôt que statique. Cela relève de l'idéologie de l'interprétation

3 - L'idéologie juridique de l'interprétation du Code civil

L'interprétation de la loi suppose un système de valeurs qui oriente le processus de construction des normes (13). Selon le regretté juriste polonais Jerzy Wroblewski, en amont de tout méthode d'interprétation et en lien étroit avec elle, on peut cerner une idéologie juridique de l'interprétation, une idéologie qui a pour but de diriger l'activité interprétative suivant les valeurs ou idéaux à réaliser (14).

Wroblewski a regroupé ces valeurs autour de deux pôles : les valeurs qu'il appelle statiques et celles qu'il qualifie de dynamiques. L'idéologie statique est liée à la conception de la loi comme expression de la volonté du législateur historique et elle aurait pour valeurs de base la stabilité et la sécurité juridique. L'idéologie dynamique, de son côté, a pour préoccupation principale la satisfaction des besoins de la vie, ce terme étant entendu au sens large (15).

La première met l'accent sur la pensée de l'auteur, la seconde sur l'activité interprétative du lecteur. On voit que cette opposition correspond assez bien à la tension évoquée tout l'heure entre l'obligation de fidélité au texte et à la volonté législative, d'une part, et le devoir de discernement qui peut justifier l'adaptation de la norme en fonction des situations concrètes, d'autre part.

Wroblewski ajoute que les idéologies réelles de l'interprétation se situent quelque part entre les extrêmes que constituent les idéologies statique et

(11) Alain-François Bisson, « Caractéristiques et méthodes du droit civil », dans Louise Bélanger-Hardy et Alice Grenon, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 153, à la p. 162.

(12) À titre d'exemple : *Banque nationale du Canada c. S.*, [2000] R.J.Q. 667 (C.A.).

(13) Pour une étude, dans une perspective de droit comparé, des valeurs qui sous-tendent les principes auxquels on a recours dans l'interprétation des lois, on verra : D. McNeil McCormick et Robert D. Summers, « Interpretation and justification », dans D. McNeil McCormick et Robert D. Summers, *Interpreting Statutes- a Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1991, p. 532 et suiv.

(14) Jerzy Wroblewski, « L'interprétation en droit ; théorie et idéologie », (1972) *Arch.philo. dr.*, 51, 63.

(15) Jerzy Wroblewski, « Interprétation juridique », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 315.

dynamiques. Les idéologies réelles de l'interprétation seraient des compromis pratiques, qui varient notamment selon les caractéristiques des normes interprétées (16).

Je crois que l'on peut affirmer que l'idéologie juridique qui sous-tend l'interprétation d'un code civil se situe plus près du pôle dynamique que du pôle statique et cela, en raison des caractéristiques du texte et du statut des normes qu'il exprime. Certes, la recherche de l'intention du législateur et les préoccupations de sécurité et de stabilité juridiques ont-elles leur place dans l'interprétation du Code civil, surtout dans les années qui suivent immédiatement son adoption. Mais le code n'est pas « la chose » du législateur, comme le serait la loi fiscale, par exemple (17). Son style de rédaction invite plutôt à la collaboration de la doctrine et de la jurisprudence à l'édification de normes adaptées aux situations concrètes.

CONCLUSION

En conclusion, je ferai brièvement état d'une étude que j'ai menée portant sur les huit premières années d'interprétation du *Code civil du Québec* par la Cour d'appel du Québec et par la Cour suprême du Canada (18). L'analyse a porté sur 92 arrêts rendus entre 1994 et 2001. Dans 13 de ces arrêts, soit près de 15% du total (ce qui représente une proportion significative), une partie demandait au juge de rectifier le texte du nouveau code en vue d'assurer une interprétation plus satisfaisante au plan des résultats. Dans la majorité des cas où son intervention correctrice était réclamée, soit dans sept cas sur 13, le tribunal a accueilli la demande d'adaptation du droit à la situation de faits et il l'a fait en s'écartant clairement du sens suggéré par le texte.

Le nouveau code québécois était, à cette époque, et est encore, en période de rodage et l'on sait, pour reprendre l'image suggérée par le professeur Chevallier, qu'en période de rodage, la qualité du lubrifiant est particulièrement importante. Dans les premières années d'application du Code civil du Québec, les tribunaux québécois n'ont donc pas manqué d'exercer, de façon certes sélective, mais d'exercer tout de même résolument leur fonction d'adaptation du droit, ce qui est un gage, parmi d'autres, de la longévité du Code civil.

(16) *Id.*

(17) Dans un des grands arrêts du droit civil québécois, où la Cour suprême du Canada a favorisé une interprétation évolutive du Code civil, le juge Pratte déclare qu'« une interprétation littérale et rigoriste des textes [...], si elle a sa place en droit fiscal, n'a certes pas sa place en matière de droit civil » : *General Motors Products of Canada Limited c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 813.

(18) « Discernement et fidélité dans l'application du nouveau droit civil », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 68.

L'ÉVOLUTION DU BGB EN ALLEMAGNE. LES ACTEURS ET LEUR MÉTHODOLOGIE

Par

Hans-Jürgen SONNENBERGER

Professeur émérite à l'Université de Munich

Docteur honoris causa de l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

INTRODUCTION

Quand on pose la question du rôle du Code Civil ou du BGB dans nos deux sociétés civiles on peut choisir entre plusieurs perspectives. Il est particulièrement intéressant de mettre en lumière les forces capables de développer et transformer un Code, dont l'élaboration et la promulgation sont des événements historiques du passé, en instrument actuel, propre à régler et à façonner la vie sociale d'aujourd'hui et à répondre aux nouveaux défis. C'est d'autant plus intéressant quand on envisage une Européanisation du droit civil pour laquelle manque toujours cruellement un compte rendu comparé des bases nationales de la doctrine de codification. Il est vraiment surprenant que les discussions des différents projets au niveau européen ou international passent cette question sous silence avec une légèreté étonnante.

Un rapport sur les caractéristiques de la codification allemande du droit civil et sur son évolution exige en première ligne de définir le rôle du BGB en tant qu'expression du droit civil moderne. A ce sujet sera consacrée la *première partie*, qui ne vise pas à mettre en exergue l'histoire complète de l'évolution des quatre livres du BGB par une énumération des lois modificatives dont le nombre dépasse les 150. Une telle entreprise ne serait pas seulement trop volumineuse mais aussi sans grande valeur pour comprendre le rôle du BGB dans le système global du droit civil. Dans la *deuxième partie*, il me semble intéressant de parler de la mise en œuvre et du développement du BGB par les différents acteurs, de leurs fonctions et de la répartition de leurs rôles : notamment de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine et de la pratique de ceux qui utilisent le BGB.

I - LE BGB COMME SYSTÈME CODIFIÉ DU DROIT CIVIL

Selon l'opinion générale, le refus de la création d'un Code civil des Allemands à l'instar de celui des Français, au début du 19^{ème} siècle ne fut pas exclusivement dû à la situation politique en Allemagne après la fin de l'Empire, mais provint également des approches formulées par Savigny à propos de l'impossibilité de formuler des textes de lois civiles sans un système scientifiquement fondé. Dans cet esprit, des Facultés de droit allemandes refusèrent d'enseigner les Codes princiers ou

royaux et choisirent le système des pandectes en plein développement comme noyau de l'enseignement du droit civil, déjà mentionné dans le rapport de Camille Jauffret-Spinosi. A la fin du 19ème siècle, l'enseignement du BGB a pris cette place, mais fut lui-même fortement influencé sinon imprégné par la tradition de la science des pandectes. La portée de ce fait suffirait à constituer le sujet d'un exposé particulier. De toute façon? on retrouve jusqu'à nos jours les effets de cette influence dans la systématique, dans la technique abstraite de la formulation des dispositions de la loi, dans la méthode d'interprétation et dans l'influence de la dogmatique scientifique sur l'interprétation et le développement du BGB.

La science des pandectes considéra le droit civil comme un système de règles et de valeurs, et les auteurs du BGB ont adopté la même optique. Même si on n'avait pas considéré les dispositions du BGB comme une réglementation exhaustive, on était persuadé de pouvoir déduire les règles manquantes directement du système légal, donc du BGB. Cette tâche était considérée comme le champ d'action propre de la jurisprudence et de la dogmatique, elles aussi liées au cadre du système global et clos. Dans cet esprit, le BGB était composé d'une partie générale consacrée aux sujets de droit (aux personnes), aux objets de droit (aux choses) et aux actes juridiques en général, et de quatre parties particulières : au droit des obligations, des biens, de la famille et des successions.

En réalité, confrontée à la vie sociale et économique, l'idée du BGB comme un système clos se heurta très tôt à de premières difficultés. En témoignage, je ne citerai que quatre catégories d'exemples :

- **la première catégorie** : Le BGB même ne tient pas compte de la prétention d'être l'expression d'un système clos du droit civil. C'est ainsi que dans le premier livre, dans la partie consacrée aux personnes, on ne trouve les personnes morales que partiellement, c'est à dire l'association et la fondation.

- **la deuxième catégorie** : Le BGB, en tant que système clos, se révèle peu approprié pour régler des faits pour lesquels le législateur n'avait pas reconnu la nécessité d'une réglementation. Cela s'est manifesté à l'occasion des premières affaires concernant un préjudice occasionné à un partenaire dans la phase précontractuelle de pourparlers. Presqu'en même temps, fut découvert le caractère incomplet de la réglementation des troubles à l'exécution, des *Leistungsstörungen* dans la terminologie allemande. Dans le BGB ne furent réglés que le retard de l'exécution et l'inexécution de l'obligation principale. Mais l'exécution défectueuse et l'inexécution des obligations secondaires auraient également nécessité une réglementation.

- **la troisième catégorie** : Le BGB, considéré comme système clos du droit civil, ne fut pas en état de maîtriser des phénomènes sociaux nés après son entrée en vigueur. Par exemple, les paragraphes 145 et suivants du BGB se limitent à une réglementation de la conclusion d'un contrat comme la rencontre de deux actes individuels de volonté. Un phénomène de masse qui s'est généralisé depuis le début du 20ème siècle, l'introduction des conditions générales de contrat par la partie la plus forte, n'a pas été réglé.

- **la quatrième catégorie** : Elle concerne l'opposition de nouvelles valeurs. Lors de la rédaction du BGB la protection de la personnalité humaine ne fut pas le sujet d'une attention particulière. La seule disposition concernant un droit subjectif de la personnalité fut le paragraphe 12 sur le droit au nom. Une extension de cette disposition par analogie à d'autres aspects de la personnalité de l'Homme se heurtait à des obstacles insurmontables. Il est vrai que le paragraphe 823, 1er alinéa sur la responsabilité délictuelle sanctionne des préjudices occasionnés au corps et à la santé de l'Homme et aux droits patrimoniaux énumérés ainsi qu'aux "autres droits subjectifs" (*sonstige Rechte*). Mais la formule "*sonstige Rechte*" sousentendait

d'autres droits subjectifs patrimoniaux". On n'a pas voulu y inclure les droits de la personnalité. Or, il était hors de l'horizon des auteurs du BGB, que la constitution de la République Fédérale d'Allemagne de 1949 dans son art. 1, 3ème al. imposait à l'État, de façon particulièrement solennelle, la protection de la dignité de l'Homme. Dans ces conditions, il était devenu inacceptable de laisser sans réparation les dommages causés par le non-respect du droit de la personnalité, notamment par les reportages en paroles et en images, publiés ou diffusés dans les masses-médias.

Avec tout ce qui précède, on en arrive au résultat que la codification du droit civil allemand dans le BGB, dont les dispositions, nonobstant leur caractère de droit positif, se justifient par leur appartenance à un système scientifique, est exposée en permanence à l'épreuve de la correction et du développement de celui-ci. Dans une certaine mesure, ce procédé se déroule à l'intérieur du système. Il arrive parfois que l'esprit même d'une réglementation soit modifié sans la moindre intervention du législateur. Un bon exemple se trouve dans la doctrine de l'acte juridique et du contrat, qui se réalisent par des déclarations de volonté, *Willens-erklärungen*, selon les paragraphes 116 et suivants et 145 et suivants du BGB. Or, depuis l'entrée en vigueur du BGB la dogmatique a profondément modifié la conception de la notion de "*Willenserklärung*". Aujourd'hui on ne comprend plus la "*Willenserklärung*" comme une expression de la volonté de celui qui déclare, mais comme une "*Geltungserklärung*", c'est à dire comme une expression adressée à une autre personne, qui formule les règles du rapport juridique à créer. Comme cette déclaration est destinée à un autre, elle est destinée par nature à créer un état de légitime attente ou de confiance. Cela a des conséquences importantes pour l'interprétation. De plus, on a même poussé cette nouvelle conception jusqu'au point où l'acte volontaire cède la place à l'état de confiance légitime créé par une déclaration qui n'a pas été faite dans le but de créer un lien juridique, pourvu que le destinataire ait pu légitimement la regarder comme telle.

Une évolution parallèle a marqué la conception du lien d'obligation contractuelle, le *vertragliche Schuldverhältnis*, au sens du paragraphe 305 du BGB, dans sa version d'origine. Les parties furent considérées comme libres de fixer leurs relations par leur consentement sous la seule réserve des paragraphes 134 et 138 du BGB concernant les lois d'ordre public interne et les bonnes mœurs. Elles ne furent pas liées par des principes objectifs de justice contractuelle. Le contenu du contrat était juste par nature, parce que librement convenu. Mais la compréhension du lien contractuel devait changer avec la naissance de l'idée de l'autonomie privée comme instrument commun des parties pour organiser leurs relations. Une telle compréhension nécessite une garantie juridique de l'autodétermination non seulement de l'une, mais des deux parties, si celle-ci est en danger. Dans cet esprit, la doctrine et la jurisprudence ont formulé plusieurs règles, plus tard adoptées par le législateur. J'y reviendrai à propos de l'exemple de l'utilisation des conditions générales de contrat.

Après tout, on peut dresser un premier bilan. L'étroite relation entre le BGB et la dogmatique scientifique, notamment dans les domaines de la doctrine de l'acte juridique et des obligations contractuelles mais sans se limiter à ceux-ci, témoigne du fait que l'idée de la codification comme un système clos était fautive depuis son origine. Elle fut le résultat d'une compréhension dogmatique peu consciente de la nature du droit et particulièrement du droit civil comme phénomène historique.

L'abandon de l'idée du BGB comme système clos fut encore conforté par l'entrée en vigueur de la loi fondamentale comme constitution de la RFA en 1949 et accéléré par la compétence de la Cour Constitutionnelle Fédérale qui a vocation à mettre les dispositions de la loi ordinaire, donc également du BGB, en harmonie avec les nouvelles valeurs constitutionnelles et d'annuler celles qui sont

incompatibles avec la Constitution, soit sur demande de chaque citoyen qui se sent violé dans ses droits fondamentaux, soit sur demande d'un organe constitutionnel.

Dans un célèbre arrêt du 14 février 1973 (1), la Cour Constitutionnelle Fédérale nie de façon très claire et univoque le caractère clos du système du droit civil et par conséquent du BGB et définit le rôle du juge. Je cite : "L'interprétation d'une disposition légale ne peut pas s'arrêter pour toujours à la signification qu'on lui a attribuée au moment de sa naissance. On doit considérer quelle est sa fonction raisonnable au moment de l'application. Une disposition se trouve toujours dans le contexte de la situation qu'elle a vocation à régler et des conceptions politico-sociales. Par conséquent, son contenu peut et doit changer avec celles-ci. Cela est d'autant plus vrai si, entre le moment de la création et celui de l'application de la loi, la vie sociale et les conceptions de droit ont changé si profondément, comme au 20ème siècle. Un éventuel conflit entre la disposition juridique et les conceptions de la justice matérielle ne peut se dénouer par un simple renvoi au texte non modifié... Une application plus libre de la disposition de loi s'impose, ... si on ne veut pas rater la mission de réaliser le droit".

Le raisonnement de la Cour Constitutionnelle Fédérale permet de formuler un deuxième *bilan intérimaire* : la Cour confirme la relativité historique de la loi. Dans l'arrêt cité, il s'agit du BGB, rappelant la distinction de la loi et du droit selon l'article 20, 3ème alinéa de la loi fondamentale. Elle souligne la nécessité de modifier la loi non seulement en raison du développement de la vie sociale, mais également des valeurs matérielles du droit. Là-dessus la Cour a même dit ceci : "Si on applique la loi comme elle a été formulée par un législateur historique, on peut violer le droit actuel, parce que la loi et le droit ne sont pas identiques".

En résumé de la première partie, on peut conclure : nonobstant le fait que le législateur du 19ème siècle ait considéré le BGB comme l'expression d'un système clos du droit civil, cette idée a été abandonnée : d'abord, de facto, à partir de la fin de la première guerre mondiale en raison des changements sociaux et dogmatiques ; puis, de jure, quand la Cour Constitutionnelle Fédérale, après l'entrée en vigueur de la loi fondamentale en 1949, a confirmé cela non seulement par rapport aux changements sociaux, mais également par rapport aux nouvelles valeurs. Aujourd'hui, le BGB est considéré comme l'expression d'un système de droit civil ouvert.

Il est évident que cela expose le BGB aux évolutions sociales et économiques et aux nouvelles valeurs. En même temps, cela augmente le risque de relativiser arbitrairement le contenu de ses dispositions. C'est pourquoi la deuxième partie du rapport consacrée aux acteurs du développement du BGB et de leurs rôles, est d'une importance particulière.

II - LES ACTEURS DE LA MISE EN ŒUVRE ET DU DÉVELOPPEMENT DU BGB

Dans les traités allemands du droit civil, on trouve souvent des parties sur le rôle du législateur et du peuple comme les seuls acteurs du développement du droit, le peuple agissant par les coutumes. Selon cette opinion, la jurisprudence ne crée pas des règles de droit et la doctrine non plus. Toutes les deux ne contribuent qu'à la connaissance du droit. Cette répartition des fonctions remonte essentiellement au 19ème siècle. Elle est l'expression de la séparation de pouvoirs et du romantisme juridique aujourd'hui dépassés. La conception suivie dans ce rapport est celle d'une

(1) V. CCF BVerfGE 34,269. Documentation exhaustive dans Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Tome I, 4. Aufl. 2001, Einl. (Säcker) N°139 suiv., note 358.

phénoménologie juridique sur le fond du droit constitutionnel. Dans cette perspective, le législateur et la jurisprudence occupent une place centrale. En dehors du cadre constitutionnel, la doctrine et la pratique des utilisateurs du BGB jouent un rôle non négligeable qui mérite quelques remarques supplémentaires.

1 - Le développement du BGB par le législateur

Si je parle en premier lieu du législateur, c'est parce que son rôle de fait, grâce à la Constitution, est particulièrement important. Les plus de 150 modifications du BGB déjà mentionnées en témoignent. Je n'ai pas l'intention de parler de la diversité des problèmes matériels et méthodiques qui furent provoqués par les quatre grands bouleversements politiques qui ont secoué l'Allemagne au cours du 20ème siècle. Je me limite à quelques remarques générales et à la situation depuis l'entrée en vigueur de la loi fondamentale en 1949.

Le législateur allemand décide librement de sa politique de droit et des méthodes à adopter. Cela est en principe vrai. Mais il faut souligner la prédominance de la loi fondamentale qui domine tout acte de législation, notamment en raison des contrôles de la Cour Constitutionnelle Fédérale, aussi après la promulgation de la loi. Cela impose également le respect de la Constitution par le juge ordinaire qui applique une disposition du BGB. Jusqu'à la réforme du droit des obligations entrée en vigueur le 1er janvier 2002, on a distingué les dispositions pré- et post-constitutionnelles. A l'occasion de la réforme, le BGB entier a été de nouveau promulgué et est devenu une loi post-constitutionnelle. Cela est très important parce que depuis cette date, la Cour Constitutionnelle Fédérale est exclusivement compétente pour exercer le contrôle de la conformité de toutes les dispositions du BGB à la Constitution et à ses valeurs. En cas de doute, le juge ordinaire doit soumettre la question de la conformité à la Cour Constitutionnelle Fédérale.

Il est évident que l'efficacité des contrôles constitutionnels a une influence particulièrement forte sur le législateur. Tout récemment, on a pu constater cette influence à l'occasion de la loi sur le partenariat homosexuel (2).

Le législateur doit non seulement prendre en compte les contrôles constitutionnels, mais il arrive aussi qu'il soit obligé d'agir par la Constitution. L'exemple le plus éloquent est l'article 117, 1er alinéa de la loi fondamentale. Selon cet article, toutes les dispositions pré-constitutionnelles du droit de la famille incompatibles avec le principe de l'égalité des sexes, furent abolies le 1er avril 1953. Par conséquent, le législateur a été contraint d'agir et de combler le vide juridique (3). Aujourd'hui, s'ajoutent à cela les obligations toujours plus importantes imposées par les directives européennes qui concernent souvent des matières qui, en droit allemand, appartiennent au droit civil. C'est ainsi que les directives sur les clauses abusives, sur la protection du consommateur dans les contrats à distance, sur le commerce électronique sur la vente des biens de consommation et les garanties du vendeur et même sur les virements bancaires etc. furent incorporées dans le BGB, particulièrement dans le cadre de la réforme du droit des obligations dont ces matières font parties intégrantes.

(2) Déjà au cours des débats parlementaires, la Cour Constitutionnelle Fédérale fut saisie. Elle a définitivement tranché sur la conformité constitutionnelle de la loi par un arrêt important du 17 juillet 2002, qui s'exprime aussi sur le rapport entre le mariage et les autres formes de la vie en communauté. V. CCF NJW 2001, 2457 ; NJW 2002, 2543.

(3) Ce qui a été fait avec retard par l'adoption du Gleichberechtigungsgesetz, loi sur l'égalité des sexes, en 1957.

Indépendamment des contraintes constitutionnelles et européennes et de leurs effets sur les méthodes législatives, on peut mettre un accent supplémentaire notamment sur trois aspects méthodologiques. En premier lieu, la pratique répandue de faire intervenir des commissions composées d'experts, souvent scientifiques et praticiens, dans les réformes les plus importantes (4). Il arrive également que le ministère compétent, en droit civil il s'agit en premier lieu du ministère fédéral de la justice, suive les suggestions des institutions sectorielles (5) ou s'adresse à un institut scientifique (6) pour préparer un projet de réforme. L'intervention des scientifiques et des praticiens ne se limite pas à des questions de droit. A maintes reprises, les réformes du droit de la famille, par exemple, furent accompagnées par leur intervention sur des questions de politique sociale de la famille. En résumé, on reconnaît un effort du législateur pour tenir compte des aspects téléologiques de la matière en question scientifiquement et pratiquement approfondis, même si cela n'est pas automatiquement le cas. Aussi ne doit-on pas perdre de vue le danger, que les suggestions de la pratique ne sont pas toujours désintéressées et exemptes d'idéologie.

2 - Le développement du BGB par le juge

Sur le rôle de la jurisprudence dont je veux parler en deuxième lieu, en particulier de la Cour Impériale et, depuis 1949, de la Cour Fédérale, on peut dire, qu'elles ont toujours réclamé la compétence de développer le BGB et que l'opinion publique ne l'a jamais mis en question. Une confirmation officielle et en même temps une précision ont été formulées par la Cour Constitutionnelle Fédérale dans son arrêt du 14 février 1973 déjà cité. Je veux encore ajouter la citation suivante : "la liaison traditionnelle du juge à la loi, qui est un élément essentiel du principe de la séparation des pouvoirs et par conséquent de l'état de droit, a été modelée dans la loi fondamentale..., dans le sens que la jurisprudence est liée à la loi et au droit" (art. 20, 3ème al.). Cela signifie le refus d'un positivisme étroit de la loi... Selon les circonstances et en dehors des lois positives, peut exister un plus de droit qui trouve sa source dans l'ordre juridique conforme à la Constitution..., qui peut agir comme correcteur de la loi... Selon la loi fondamentale, le juge ne se limite pas à appliquer la loi... La fonction de la jurisprudence peut notamment exiger de réaliser dans les arrêts des valeurs inhérentes à l'ordre juridique conforme à la Constitution, mais qui ne se trouvent pas dans la loi écrite. La Cour ajoute qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir arbitraire du juge parce que, je cite, "sa décision doit se fonder sur une argumentation raisonnée".

Dans ses considérations, la Cour Constitutionnelle Fédérale précise également les méthodes à respecter par le juge. On peut les résumer en quatre points :

- **en premier lieu**, il doit vérifier, si la solution juridique d'un problème résulte de la loi. A cette fin, il doit interpréter celle-ci. De cette manière, le juge est renvoyé à la méthodologie de l'interprétation élaborée avec le concours de la science des pandectes depuis le 19ème siècle. Il s'agit d'une méthodologie scientifique, qui

(4) Ce fut le cas p.ex, des réformes du droit de famille (Eherechtskommission) et du droit des obligations (1. und 2. Schuldrechtskommission). Il y a aussi des commissions permanentes, p.ex, pour le d.i.p, le Conseil allemand pour le d.i.p.

(5) Deux institutions d'une grande réputation sont le Deutsche Juristentag et le Deutsche Verkehrsgerichtstag.

(6) P.ex, aux Instituts Max Planck. C'est ainsi que le Max Planck Institut de droit comparé de Hamburg a été mandaté à plusieurs reprises pour élaborer des rapports de droit comparé dans la phase d'élaboration d'un projet de loi.

attribue leur rôle respectif aux interprétations logico-grammaticale, historique, systématique et téléologique, dans le respect de la Constitution. A cela s'ajoute l'interprétation conforme au droit européen primaire et secondaire.

- **en deuxième lieu**, le juge est obligé d'exposer dans sa décision les raisons de son interprétation. Cette obligation trouve également sa base dans le fondement scientifique du BGB. Elle explique le fait que les arrêts allemands, pas seulement ceux de la Cour suprême, contiennent souvent des rapports approfondis de l'état de la doctrine et de la jurisprudence. Le style des arrêts de la Cour Fédérale se distingue de façon considérable de celui des Cours suprêmes d'autres états-membre de la Communauté Européenne.

- **troisièmement** l'interprétation n'est pas limitée au texte de la loi. Elle peut et doit aller au delà de celle-ci, en complétant du texte et même au delà d'une loi entière, eu égard à l'ordre juridique en général.

- **en quatrième lieu**, si l'évolution du droit l'exige en raison de nouvelles valeurs qui résultent par exemple de la Constitution, le juge doit corriger la loi dans la mesure du nécessaire (7).

On pourrait ajouter encore d'autres aspects méthodiques sur le développement du BGB, mais je m'arrête ici, ajoutant seulement deux remarques de conclusion : Primo, les récentes réformes du droit des obligations et de la loi sur la modification du droit des indemnités témoignent que le législateur approuve souvent a posteriori les développements jurisprudentiels. Secundo, en vue de l'importance du développement jurisprudentiel du droit civil et du rôle attribué au juge par la Cour Constitutionnelle, il ne me semble plus correct de nier le caractère de normes juridiques des règles jurisprudentielles.

3 - Le développement du BGB et la doctrine

Même si le rôle de la doctrine est différent de celui du législateur et de la jurisprudence, il est nécessaire de lui consacrer en troisième lieu quelques remarques. La liberté de la doctrine scientifique est incompatible avec un pouvoir direct d'imposer des règles de droit. La doctrine en Allemagne joue toutefois un rôle plus important que dans beaucoup d'autres pays. Il est vrai que ce rôle ne peut être qualifié par la phrase formulée par Hobbes : auctoritas non veritas facit legem. Mais dans un système de droit privé qui est considéré comme fondé scientifiquement, la phrase inverse explique bien la fonction de la doctrine : veritas non auctoritas facit legem. Dans cet esprit, la doctrine utilise les mêmes méthodes que la jurisprudence, ce qui explique le fait déjà mentionné que les arrêts de la jurisprudence ressemblent souvent à des discussions écrites avec les différents auteurs. Dans l'histoire de l'évolution du BGB, on trouve des exemples célèbres de la contribution de la doctrine, par exemple dans le domaine du droit des contrats, notamment de la réglementation de l'inexécution et des notions comme la positive Vertragsverletzung, la culpa in contrahendo et la Störung der Geschäftsgrundlage, élaborée par trois grands savants au début du 20ème siècle Staub, Jhering et Oertmann. Ces notions de droit ont été adoptées par la jurisprudence. Avec la réglementation légale du BGB sur l'impossibilité objective et subjective de l'exécution et la démission, elles étaient jusqu'en 2002 les piliers principaux du droit de l'inexécution. Avec la réforme du droit des obligations, leur place a changé, mais elles n'ont pas disparu.

(7) Dans son arrêt de 1973, la Cour Constitutionnelle Fédérale a approuvé une telle correction concernant l'indemnisation du dommage moral en cas de violation du droit général de la personnalité humaine, celui-ci étant également le résultat d'une correction jurisprudentielle du BGB.

Au centre de la nouvelle réglementation, se trouve désormais dans le paragraphe 311 du BGB la notion de la violation des obligations qui résultent d'un rapport contractuel ou pré-contractuel basé sur la légitime confiance réciproque des parties en raison des contacts établis en vue de la conclusion d'un contrat. Selon le paragraphe 241 BGB il peut s'agir des obligations principales ou secondaires. Les vieilles notions ont survécu dans le cadre des conséquences juridiques de la violation d'une obligation : lorsqu'en cas d'inexécution, il s'agit de savoir si le débiteur reste lié par ses obligations, le cas échéant après une adaptation de celles-ci, ou s'il en est libéré et s'il doit des dommages et intérêts au lieu de l'exécution ou en complément de celle-ci et si le créancier peut résilier le lien contractuel. C'est ici qu'on retrouve des concepts formulés par la doctrine avec les méthodes mentionnées auparavant, élaborées au 19^{ème} siècle, complétées au 20^{ème} siècle et mises dans une nouvelle forme légale, enrichies par les connaissances du droit comparé et du droit uniforme. Notamment, la convention de Vienne a servi de parrain et témoigne de l'importance du droit comparé et uniforme pour la méthode scientifique d'aujourd'hui afin de préparer une réforme aussi importante que celle du droit des obligations.

4 - Le développement du BGB et ses utilisateurs

Dans un État de droit constitutionnel, le peuple n'a pas d'autre fonction de création des règles de droit que celles prévues dans la Constitution, par exemple par referendum. Dans cette mesure, l'opinio iuris du peuple peut jouer un rôle. Cela n'est pas le cas en Allemagne. C'est pourquoi le BGB ne peut être développé par le peuple. Mais cela n'exclut pas une influence considérable de tous ceux qui réalisent des actes concernant les rapports juridiques relatifs au droit civil. Cette influence se concrétise par la manière de faire usage du BGB et par la réaction de la jurisprudence et du législateur. On peut parler d'un développement non systématique et méthodique du droit qui se transforme en un vrai développement organisé à partir du moment où il est intégré au système du droit privé par des instruments de la méthodologie juridique par la doctrine et confirmé par la jurisprudence ou le législateur. Je ne citerai que trois exemples. La réserve de propriété, la propriété à titre de sûreté, qui se limitent tous les deux aux biens meubles et les conditions générales des contrats, déjà brièvement mentionnées dans la première partie. A propos de la réserve de propriété et de la propriété à titre de sûreté, la pratique des affaires eut un caractère stimulant. Le fameux traité en 6 volumes, consacré à la réserve de propriété et à la propriété à titre de sûreté par Serick, publié entre 1963 et 1986, et le commentaire des paragraphes 305 à 310 du BgB ont les clauses générales dans la 4^{ème} éd. Du Münchner Kommentar du BgB, publié en 2003, témoignent du caractère complexe et en même temps pratique de la matière.

Lors de la rédaction du BGB, on ne parla de la réserve de propriété que dans le paragraphe 455 (devenu paragraphe 449) concernant une définition et deux aspects des relations obligatoires entre le vendeur et l'acheteur. Il n'y avait pas de disposition particulière dans le 3^{ème} livre sur le droit des biens, qui en droit allemand contient les dispositions sur le transfert de la propriété, dans les paragraphes 929 et suivants. Comme sûreté mobilière, le droit des biens du BGB connaît exclusivement le gage qui est réglé dans les paragraphes 1204 et suivants. Mais le gage ne correspondait pas aux exigences du public, notamment pour les ventes à crédit des biens de consommation et d'investissement. Pour cette raison, le commerce avait de plus en plus recours à la vente avec réserve de propriété. Du fait de la vente, le vendeur transfère la propriété sous la condition suspensive du paiement du prix. Par conséquent, la propriété reste provisoirement entre les mains

du vendeur. La jurisprudence confirma cette pratique comme sûreté, tout en reconnaissant à l'acheteur un droit réel qui est plus qu'une simple créance parce que le vendeur a déjà transféré la propriété au sens du paragraphe 929 BGB, même si le transfert s'est opéré sous condition suspensive. La particularité de cette situation fut exprimée par la notion de Anwartschaftsrecht, droit d'expectative, une espèce de ius ad rem du droit romain, opposable aux tiers comme tout autre droit réel, qui n'est pas réglé dans le BGB. De cette manière, non seulement le vendeur mais aussi l'acheteur et leurs créanciers furent protégés de façon adéquate. Le caractère de cette situation juridique une fois reconnu, la pratique a inventé de nombreuses variantes de la réserve de propriété qui a pratiquement supplanté le gage. Parallèlement, la jurisprudence était obligée de préciser son contenu juridique, après avoir entériné le droit d'expectative comme droit réel. Aujourd'hui, il existe toute une réglementation jurisprudentielle en partie empruntée aux dispositions sur le gage. De plus, elle a donné lieu à l'élaboration des dispositions particulières du droit de la faillite.

Le transfert de la propriété à titre de sûreté était, au début, une pratique comparable à la réserve de propriété inventée par les instituts de crédit, par exemple dans le cadre du financement d'un véhicule ou d'un bien d'équipement, c'est-à-dire de biens meubles d'une certaine valeur. A l'égal de la réserve de propriété, la jurisprudence fut appelée à reconnaître cette modalité de transfert de propriété souvent (mais pas nécessairement) convenu sous condition résolutoire, et de préciser les droits respectifs du donneur, du preneur de la sûreté et de leurs créanciers jusqu'au remboursement de l'emprunt. Jusqu'à présent, il s'agit d'un domaine du droit jurisprudentiel ; le législateur s'est limité à reprendre quelques unes de ces règles dans la nouvelle loi sur la faillite.

Concernant les conditions générales du contrat, le rôle joué par la pratique des affaires se présente de façon différente. Il ne s'agit pas ici d'un rôle stimulant comme dans le cas de la réserve de propriété et du transfert de la propriété à titre de propriété. On doit parler plutôt des pratiques qui ont provoqué des corrections par la jurisprudence et de leur justification théorique par la doctrine, qui furent qualifiées de vraies modifications du principe légal de l'autonomie privée devenues inévitables. Cela explique du reste la décision du législateur de remplacer la loi spéciale de 1976 qui avait consacré une longue évolution jurisprudentielle, par une nouvelle réglementation dans le deuxième livre du BGB. Celle-ci a trouvé sa place dans la 2^{ème} partie intitulée "la formation des rapports contractuels obligatoires par des conditions générales".

En général, le législateur du BGB, en 1900, avait admis par la reconnaissance du principe de l'autonomie des parties en droit des obligations contractuelles la justesse du consentement, sa Richtigkeit selon le terme utilisé par le professeur Schmidt-Rimpler (8), devenu d'usage (9). Cela signifie que le BGB n'avait imposé aucune justice objective à respecter par les parties. Cela explique, du moins en partie, le fait que les conditions générales du contrat, dont la propagation a commencé vers la fin du 19^{ème} siècle, n'ont pas attiré l'attention du législateur. Mais des changements d'optique sont intervenus dès les années vingt et trente du 20^{ème} siècle avec la généralisation de leur utilisation et avec la découverte du fait que les professionnels profitaient des faiblesses sociales et économiques de leurs clients pour privilégier unilatéralement leurs intérêts. Après la deuxième guerre mondiale, la pratique des clauses générales était devenue prédominante. Elle a provoqué non seulement la naissance des associations de protection des intérêts des clients, notamment des consommateurs, mais aussi des actions en justice pour

(8) ACP 147 (1941) 130 et suiv. 153 et suiv.

(9) v. la documentation exhaustive dans le Münchner Kommentar (note 1) n° 30 note 79.

obtenir des arrêts de corrections. La jurisprudence fut très vite abondante. Mais sa base légale n'était pas satisfaisante. Le raisonnement était basé sur les bonnes mœurs, paragraphe 138 BGB, la bonne foi, Treu und Glauben dans la terminologie allemande, paragraphe 242 BGB, et l'équité, paragraphe 315 BGB. Ces trois dispositions étaient inappropriées pour développer un système d'interdictions de ces clauses. Les tribunaux décidèrent au cas par cas, et leurs arrêts livrèrent ainsi un beau matériel éducatif. Il apparaissait que le contrôle des clauses n'était pas considéré comme une condition pour pouvoir sanctionner des abus, mais comme une garantie de l'équilibre contractuel. Dans cet esprit, cela fait partie organique du droit des contrats. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une réglementation d'exception. L'évolution ultérieure par la loi sur les conditions générales de 1976, par la directive européenne sur les clauses abusives de 1993 et finalement par son intégration dans le BGB à l'occasion de la réforme du droit des obligations ne sont qu'une expression de cette conception. On n'a pas affaire à une réglementation d'exception, mais à un corps de règles qui trouve à juste titre sa place au cœur du droit des contrats en général.

REMARQUE FINALE

La dogmatique du droit civil en Allemagne a abandonné depuis longtemps l'idée du BGB comme expression d'un système clos. Mais elle a maintenu le caractère scientifique du droit civil. Ces deux facteurs ont influencé de manière essentielle la fonction et les méthodes de la jurisprudence. D'une part, il résulte de l'ancrage de la jurisprudence dans la structure de l'État de droit sa soumission à la loi dont elle est l'interprète et dispose d'un riche arsenal méthodique. D'autre part, la compréhension du BGB comme expression d'un système ouvert du droit positif dont le développement doit tenir compte non seulement de l'évolution de la société et de l'économie, mais aussi de l'apparition de nouvelles valeurs, notamment constitutionnelles, nécessite de ne pas considérer le juge uniquement comme un exécutant aveugle de la loi. Par mandat constitutionnel il exerce la fonction de réaliser la loi et le droit. Par conséquent, il lui appartient de formuler, si nécessaire, de nouvelles règles, le cas échéant même contre la loi. Il est obligé, dans l'exécution de cette tâche, de respecter la méthode scientifique sur la base de l'ordre juridique tout entier, conforme à la Constitution. Cela explique également le rôle de la doctrine comme gardienne de la science du droit civil dont la liberté est garantie par la Constitution. Elle est appelée à saisir et à analyser les problèmes que l'évolution de la vie sociale fait surgir, de proposer des solutions et de les intégrer dans le système scientifique du droit positif. Cela explique le fait que les tribunaux prennent constamment la doctrine en considération dans leurs arrêts et discutent les différentes opinions. En même temps, le caractère ouvert du BGB vis-à-vis des évolutions et des besoins sociaux et économiques explique l'importance du rôle des acteurs de la société civile, c'est à dire des usagers du BGB. La compréhension romantique d'un droit coutumier du peuple comme expression de la communis opinio iuris est aujourd'hui fanée. En Allemagne, le peuple n'a aucune compétence pour modifier le BGB par referendum. Mais ceux qui utilisent ce code contribuent considérablement à son évolution, de manière indirecte. Comme on l'a constaté, les juges sont obligés de tenir compte de l'évolution sociale et économique. Or, l'expérience prouve que la jurisprudence a confirmé, mais également corrigé, certaines évolutions à maintes reprises. Je ne pense pas que l'on puisse trouver aujourd'hui en Allemagne des voix qui qualifient le BGB de "suranné" ou "à bout de souffle". Cela n'exclut ni l'existence de questions controversées, ni celle de solutions légales dépassées. Mais, dans son ensemble et en considération des fonctions des

différents acteurs du développement et de l'évolution du droit civil ainsi que des méthodes et des valeurs à respecter, le système du droit civil allemand, représenté par la BGB, ne se présente pas si mal.

L'ÉVOLUTION DU CODE PÉNAL FRANÇAIS

Par

Gaëtan DI MARINO

*Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III (France)
Centre de recherches en matière pénale Fernand Boulan*

Le record de longévité du Code civil, et la vitalité dont il fait preuve après 200 années d'existence, comble d'aise le civiliste. Il n'y a pas si longtemps encore le pénaliste pouvait s'inscrire dans la lignée de ce record. Il possédait, lui aussi, avec le Code pénal de 1810, un code Napoléonien, fruit des travaux d'une commission composée de juristes éminents : Vieillard, Target, Oudart, Treillard et Blondel. Mais aussi et surtout, ce code avait la particularité d'être le plus vieux Code pénal d'Europe et d'avoir servi de modèle à la plupart des codes européens (code belge, code espagnol, code allemand, code hongrois, code hollandais, code Italien, code norvégien) mais aussi à des codes de pays plus lointains (Égypte, Japon). La France, écrivait pompeusement Laborde, « marchait à la tête de tous les peuples par sa législation pénale » (1).

L'engouement fut en réalité de courte durée, car, au fur et à mesure de la promulgation de ces codes étrangers, il est apparu, triste réalité, que ces codes étaient d'une qualité bien supérieure au texte qui leur avait servi de base. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dès 1886, une commission ait été chargée de le réformer. Elle rédigea la partie générale contenant 112 articles, mais la résistance de la doctrine française au positivisme qui avait inspiré ce travail fit capoter le projet (2).

En 1910, on fêta le centenaire du Code pénal lors d'une séance de la Société des prisons, mais de manière très discrète. Aucun membre du gouvernement n'y participait, et à l'ordre du jour de cette séance figuraient également d'autres questions (3).

Par décret du 23 décembre 1930, une nouvelle commission de révision fut nommée. La présidence en était confiée au Procureur général près la Cour de cassation Paul Matter. Y siégeaient notamment Hugueney et Donnedieu de Vabres. Cette commission élaborait un avant-projet de la partie générale du code soumis par la suite à la discussion des juridictions et des Facultés. Ce projet, déposé sur le bureau de la chambre des députés le 15 mai 1934, puis redéposé à la législature suivante le 17 juin 1938, ne vit pas le jour, la guerre ayant mis un terme à son examen (4).

(1) A. Laborde, Précis de droit pénal français, 3e éd p. 31 n° 50.

(2) Revue pénitentiaire 1893, p. 151.

(3) Revue pénitentiaire 1910, p. 905.

(4) Hugueney et Donnedieu de Vabres, RSC 1936, p. 2 – Travaux de la commission de révision de législation pénale (Melun 1934), texte des travaux in Revue internationale de droit pénal 1932 p. 251 – Rapport Donnedieu de Vabres GP 5 janvier 1933 – Garraud : Rapport sur L'avant-projet de code pénal, Annales universitaires de Lyon Fasc. 44, 1933, p. 52 – Magne : L'avant projet de révision du code pénal français, Paris 1934 – Matter : L'évolution du droit criminel en France pendant le siècle

La question de la réforme demeurait cependant à l'ordre du jour, une fois la guerre passée, comme devait le rappeler en 1960 le Procureur général Besson à l'occasion du cent cinquantième du code (5). Une nouvelle tentative de réforme eut lieu le 28 novembre 1968 avec la création au Ministère de la justice d'un conseil de législation pénale qui entama l'étude de l'élément légal, mais dont les travaux ne virent jamais le jour.

C'est finalement un décret du 8 novembre 1974 du Président Valéry Giscard d'Estaing, instituant auprès du Ministre de la justice une commission de révision du code pénal, qui marqua le point de départ de la réforme du Code pénal de 1810. Cette commission alors présidée par Maurice Aydalot, Premier président honoraire de la Cour de cassation, devait déposer l'avant projet de révision de la partie générale du Code pénal le 6 juillet 1976 sur le bureau du Garde des sceaux. Ce dernier organisa alors une consultation très large, à la suite de laquelle fut établi un avant projet définitif qui lui fut remis le 2 juin 1978.

Suite au changement politique intervenu en mai 1981, la composition de la commission fut remaniée et Monsieur Robert Badinter en prit la présidence. Fin 1985, un projet composé de 3 livres (livre I : dispositions générales, livre II : crimes et délits contre les personnes, livre III : crimes et délits contre les biens) fut publié et soumis à la Cour de cassation. Le 20 février 1986, le projet était déposé au Sénat. C'est ce projet qui devait aboutir au Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994.

Il est donc clair que l'abandon du Code pénal de 1810 n'est pas le fruit du hasard, mais l'aboutissement d'un long processus de maturation. Alors que le Code civil semblait échapper aux rides des années, le Code pénal apparaissait comme « un vieil homme buriné par le temps » (6). Lorsque la page fut tournée en 1994, il n'y eut personne pour s'en étonner ou s'en émouvoir. Ce n'était que le dernier épisode de la chronique d'une mort annoncée depuis longtemps. De nombreuses raisons militaient il est vrai, ainsi qu'on va le voir, en faveur de l'adoption d'un nouveau texte (I). Il reste cependant à savoir si ce nouveau texte a su tirer les leçons du passé et opérer des choix susceptibles d'assurer à la nouvelle législation une qualité telle qu'elle assure au texte une certaine longévité ou à tout le moins une certaine pérennité (II).

I – LES CAUSES DE LA RÉFORME PÉNALE

On ne peut s'empêcher en présence de 2 codes contemporains, le Code civil de 1804, et le Code pénal de 1810, l'un qui, bon pied, bon œil se maintient fermement, l'autre qui, usé, quitte la scène juridique, de s'interroger sur le secret de jouvence de l'un, et sur les causes de la fin de l'autre. Certes, le droit comparé nous enseigne que la législation civile a toujours bénéficié d'une plus longue durée de vie que la législation pénale, mais cette réponse stéréotypée n'est pas pleinement satisfaisante. Il y a, au delà d'un certain fatalisme, des raisons plus profondes à ce phénomène.

À y regarder de plus près, on constate au sein de la doctrine qu'un certain consensus se dégage pour expliquer le caractère inéluctable de l'abandon du Code pénal de 1810. C'est tout d'abord dans le texte lui-même du code que l'on situe généralement le nœud du problème. La qualité d'un texte n'est pas étrangère à son

dernier et le nouveau projet de code pénal, RDP 1937 p. 172 et stes – Cours de doctorat par Huguency, Faculté de droit de Paris 1934-1937.

(5) RSC 1960 p. 412.

(6) Jean Pradel « L'avant-projet de Code pénal » (partie générale) D 1977, I, 116.

avenir, le Code civil est là pour le démontrer. Mais c'est aussi de sa capacité d'adaptation au temps que cet avenir se joue.

A – Le texte du Code pénal de 1810

Point n'est besoin de chercher bien loin pour mettre en évidence les faiblesses du Code pénal de 1810. Elles sautent aux yeux dès la première lecture. Ce code n'était satisfaisant ni sur le plan technique, ni sur le plan conceptuel.

a- Les faiblesses techniques

Dès l'instant où l'on se réfère au plan général du code, on constate un défaut majeur d'architecture d'ensemble. L'ouvrage est divisé en 4 livres :

- Livre I : des peines en matière criminelle et correctionnelle et de leurs effets

- Livre II : des personnes punissables, excusables, ou responsables pour crimes ou pour délits

- Livre III : des crimes, des délits et de leur punition

- Livre IV : contraventions de police et peines

Comment peut-on envisager la sanction (Livre I) avant même d'avoir défini la personne punissable (Livre II). L'ordre dans lequel les matières sont traitées est un défi à la logique la plus élémentaire.

Plus grave encore, comment peut-on traiter d'un côté des crimes, et délits dans les Livres I, II et III, et des contraventions dans le Livre IV en concentrant dans le premier bloc toutes les règles relevant de la partie générale et en éludant ces règles dans le second bloc : ainsi, à titre d'exemple, le juriste qui voulait connaître le régime des contraventions commises sous l'emprise de la démence devait se reporter au texte relatif aux crimes et délits !

Au delà de la structure d'ensemble, c'est la répartition traditionnelle et logique entre les différentes branches du droit pénal qui est remise en cause. Tout d'abord, la répartition entre lois pénales de fond et lois pénales de forme : ainsi les dispositions de fond relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace, au cumul des peines et à la prescription des peines ne se trouvent pas dans le Code pénal, mais dans le code d'instruction criminelle. En second lieu, la répartition entre le droit pénal spécial et le droit pénal général n'est pas respectée : ainsi les faits justificatifs (légitime défense, ordre de la loi) et l'excuse de provocation ne sont pas traités dans les dispositions générales mais, incidemment, dans la partie réservée au droit pénal spécial, à propos des seuls homicides et des coups et blessures.

Ces faiblesses de structure sont d'autant plus graves que certaines d'entre elles constituaient un obstacle à une évolution satisfaisante du texte. Il était à l'évidence impossible, sans reprendre l'intégralité du texte, de remettre bon ordre au plan d'ensemble, et au plan interne.

À ces erreurs de construction, s'ajoutent des faiblesses rédactionnelles tout aussi patentes. Certaines sont sans conséquence : c'est le cas par exemple de l'absence de symétrie entre les titres des 3 premiers livres, et le titre du quatrième livre. D'autres au contraire nuisent à la compréhension, ce qui est le cas des formulations incomplètes ou incorrectes. Pour n'en citer qu'une : l'expression « il n'y a ni crime, ni délit... » est employée indistinctement pour l'article 64 consacré à l'irresponsabilité pénale et pour les articles 327 et 328 consacrés aux faits justificatifs, alors qu'à l'évidence cette expression ne convient pas aux deux cas qui diffèrent quant à leur régime et leurs effets. La mauvaise rédaction affaiblit les concepts eux-mêmes.

b- Les faiblesses conceptuelles

Manifestement, le législateur de 1810 a fait l'économie d'un grand nombre de concepts fondamentaux dont certains étaient pourtant déjà bien connus à l'époque. Tantôt ces concepts sont purement et simplement absents du code, tantôt ils sont à peine esquissés. On pense par exemple à la théorie générale de la faute, de l'erreur ou de l'état de nécessité.

Mais, ce qui est plus grave, l'ensemble du code repose sur une conception de la responsabilité pénale, et plus généralement de la philosophie pénale qui ne pouvait avoir qu'un temps. Les rédacteurs du Code pénal de 1810 étaient persuadés que le délinquant est libre, « toujours libre, et toujours également libre sauf au cas de démence ». C'est « l'homo delinquens » calqué sur « l'homo juridicus » du Code civil de 1804 (7). Autant cette référence à un homme raisonnable pouvait servir de base et de modèle, en droit civil, autant cette conception désincarnée était incompatible avec le droit pénal. Comme l'ont fait observer les rédacteurs de l'avant projet de 1976 : dans le Code pénal de 1810 « le criminel est considéré comme un être abstrait imaginé par la raison et non pas comme un être réel obéissant à des mobiles variables ; l'infraction n'est pas l'œuvre d'un délinquant manifestant son tempérament criminel, mais une entité abstraite ; la responsabilité pénale est donc forcément objective et résulte beaucoup plus de la nature de l'infraction que de la personnalité du délinquant : tous les hommes étant censés disposer d'un égal potentiel de liberté, la responsabilité des délinquants paraissait indivisible puisqu'ils étaient les violateurs lucides de la loi » (8).

C'est ce qu'exprimait en d'autres termes J. Leauté : « le Code pénal juge le crime plus que le criminel. Dans le plateau de la balance, le lieu du crime, l'heure, les moyens employés, le nombre de participants, la qualité de la victime, l'étendue du tort causé, sont placés. Mais ni le repentir postérieur à l'action, ni à l'inverse la résolution criminelle tardive n'entrent en ligne de compte. Le temps s'arrête à l'instant où s'accomplit l'infraction » (9).

La faiblesse de l'analyse des rédacteurs du Code pénal de 1810 fut mise en évidence dès la fin du 19^e siècle. L'individualisation de la peine prônée par Saleilles allait donner le coup de grâce à ce qui constituait le fondement même du texte, son support.

B – Le devenir du texte de base

Il va de soi qu'un code qui perdure pendant près de 2 siècles ne peut rester immuable à peine de devenir archaïque. Cette observation est d'autant plus vraie que le code de 1810 s'est trouvé confronté à un flot de mutations : mutations techniques, mutations économiques, mutations sociales et mutations des valeurs morales – ainsi qu'à un flot d'événements historique-politiques loin d'être neutres sur le plan pénal : anarchisme, première guerre mondiale, deuxième guerre mondiale, guerre d'Indochine, guerre d'Algérie, événements de mai 1968 pour ne citer que les plus récents.

(7) J. Pradel, « L'avant projet de Code pénal » (partie générale), D 1977, I, 116.

(8) Commission de révision du Code pénal : avant projet de Code pénal livre I, dispositions générales, juillet 1976, Ministère de la justice, p. 4.

(9) J. Leauté, introduction à « La responsabilité pénale », Colloque de philosophie pénale, Strasbourg 1959.

Le Code civil est passé sans dommage à travers ces mutations et événements. Le Code pénal n'a pas eu ce même bonheur en raison d'une part d'une inflation pénale, et d'autre part de l'éclectisme des choix de politique criminelle.

a- L'inflation pénale

Le Code pénal de 1810 va être miné du fait de l'inflation pénale tant de l'intérieur que de l'extérieur :

- miné de l'intérieur : il ne faudra pas attendre longtemps pour voir le Code pénal de 1810 perdre son visage originare. Passé le cap de la restauration qui n'apporta que peu de modifications au code, la grande loi de révision du 28 avril 1832 allait donner le ton. Ne modifiait-elle pas 162 articles sur les 477 que comptait le code ? Il s'agissait alors d'adoucir la particulière rigueur du Code pénal de 1810 qui portait les stigmates de la période troublée de la révolution et du directoire. On assistait à la suppression de la peine de mort dans un grand nombre de cas, ainsi qu'à la suppression de la marque, de l'amputation du poing du parricide, et du carcan. L'exposition publique était rendue facultative dans la plupart des cas. La théorie des circonstances atténuantes était étendue aux 3 classes d'infractions.

En 1863, allait intervenir une nouvelle révision presque aussi importante que celle de 1832 et conçue dans le même esprit avec notamment la correctionnalisation d'un certain nombre de crimes.

Le pli était pris. Le rythme des correctifs ne se démentira jamais. Dès le début du 19^e siècle, les auteurs ne parviennent plus à énumérer, et encore moins à classer de manière satisfaisante les textes qui se succèdent. En 1965, on livre un premier bilan : sur les 477 articles du Code pénal de 1810, au moins 44 (presque 10%) sont abrogés, et 290 (soit plus de 60%) modifiés dont certains à plusieurs reprises (10).

Au moment de l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, près des trois quarts des articles du Code pénal de 1810 avaient été modifiés. Autant dire qu'il ne restait plus grand chose du Code pénal de 1810. J.A.Roux disait déjà en 1927 qu'il était devenu comme « ces vieux arbres qui résistent à la tempête et à l'action des ans, mais dont il ne subsiste plus que l'écorce et la majesté » (11).

- miné de l'extérieur : car au delà des correctifs et ajouts à répétition, le Code pénal de 1810 a été dépassé par la multiplication brutale à la fin du 20^e siècle de réglementations techniques extérieures au code pénal et groupées ou non dans d'autres codes (code général des impôts, de l'urbanisme, du travail, de la sécurité sociale, et de la route) comportant eux-même chacun de très nombreux articles, et dont la transgression expose le citoyen à des peines correctionnelles ou contraventionnelles.

La première caractéristique de cette législation technique pénale est qu'elle est pléthorique et numériquement bien plus importante que celle contenue dans le code pénal.

La deuxième caractéristique de cette législation, c'est qu'à certains égards, elle cherche à s'affranchir des règles du code pénal, écornant au passage le principe de légalité et remettant en cause les principes traditionnels de la peine.

Enfin et surtout cette multiplication, ce développement anarchique aboutit in fine à décredibiliser le code pénal qui n'était plus le référent principal, fondamental en matière pénale.

(10) M. Lopez-Rey « Aspects et problèmes de la codification pénale à l'heure actuelle » RSC 1965-1.

(11) J.-A. Roux, Cours de droit criminel français, 2^e éd, 1927, T1 p. 30.

b- L'éclectisme pénal

L'inflation pénale aurait eu des conséquences limitées si l'axe de la politique criminelle menée en France avait été cohérent et bien déterminé sur une période de référence suffisamment longue. Or lorsqu'on analyse les correctifs apportés au Code pénal de 1810, on a le sentiment d'un attelage qui va à hue et à dia. Prenons l'exemple de la politique criminelle menée à travers les dispositions législatives adoptées depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. On constate que l'évolution s'est concentrée principalement autour de trois axes bien distincts et contradictoires :

- il y a, tout d'abord, les réformes inspirées par le mouvement de défense sociale nouvelle, prônant une politique criminelle humaniste avec par exemple les lois du 17 juillet 1970, du 11 juillet 1975, du 6 août 1975, et du 9 octobre 1981 supprimant la peine de mort.

- il y a, en second lieu, les modifications provoquées par un courant répressif lié au fait qu'à partir de 1956, la criminalité était en hausse, avec par exemple la loi du 8 juin 1970 tendant à réprimer de nouvelles formes de délinquance (loi anti-casseur), la loi du 15 juillet 1970 sur le détournement d'aéronefs, la loi du 31 décembre 1970 renforçant la répression en matière de stupéfiants.

- il y a en troisième lieu la tendance à la décriminalisation et à la déjudiciarisation avec par exemple la loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances, la loi du 17 juin 1975 relative à l'avortement, la loi du 11 juillet 1975 relative à l'adultère et à l'entretien de concubine.

Cet éclectisme était déjà difficile à comprendre en lui-même. Mais que dire quand dans une même loi exprimait à la fois les deux tendances : ainsi la loi du 11 juillet 1975 comportait à la fois des dispositions inspirées par la défense sociale nouvelle, et des dispositions manifestant une volonté évidente de répression.

On a le sentiment que la législation qui est venue se surajouter au Code pénal de 1810 manque d'idée directrice. Il s'agit plus tôt d'un empilement de réformes le plus souvent étrangères les unes aux autres, voire même en contradiction les unes avec les autres.

Le paroxysme sera atteint dans les années 1981-1986 avec la loi du 2 février 1981, sécurité et liberté, du 10 juin 1983 et du 9 septembre 1986, où la politique s'y mêlant on assista à un yo-yo législatif montrant l'inconstance parlementaire, et contribuant au discrédit législatif.

Les ingrédients étaient réunis pour achever un code moribond. Car, s'il est vrai que la vie et la longévité d'un code est pour une bonne part conjoncturelle, cette longévité est très largement compromise lorsque ni la qualité du texte, ni l'environnement politique-doctrinal ne militent en faveur de son sauvetage.

II - L'ANALYSE DE LA RÉFORME PÉNALE

Après une pose, pour cause de cohabitation, sous l'impulsion du Président de la République, et peut-être plus encore de Monsieur Robert Badinter, le projet de 1986 fut soumis au Parlement, tandis que la commission de révision reprenait son travail, afin de préparer le futur Livre IV. Les travaux parlementaires ont duré trois années. Ils furent animés par une volonté de concessions réciproques plus que par un véritable consensus, mais cela permit de faire l'économie de la saisine du Conseil constitutionnel.

Entré en vigueur depuis 10 ans, on ne peut pas dire que ce texte ait soulevé un enthousiasme particulier que ce soit en France ou à l'étranger. Il s'est en quelque sorte fondu dans le paysage pénal français, au point que la transition du Code pénal

de 1810 au Code pénal de 1994 s'est à peine fait sentir dans le monde judiciaire. La forme et le fond de ce texte ne sont pas étrangers à la neutralité des effets constatés.

A - L'analyse de la forme

Le législateur a manifestement, pour l'essentiel, tenu compte des critiques unanimes et concordantes formulées à l'encontre de l'ancien Code pénal. Une attention particulière a été apportée à la construction et à la rédaction du code.

a- La construction du Code pénal

- La structure d'ensemble est d'une logique à toute épreuve. Composé d'une partie législative et d'une partie réglementaire, le code a divisé chacune des 2 parties en 7 Livres : le Livre I consacré aux dispositions générales, le Livre II aux crimes et délits contre les personnes, le Livre III aux crimes et délits contre les biens, le Livre IV aux crimes et délits contre la Nation, l'État, et la paix publique, le Livre V aux autres crimes et délits, le Livre VI aux contraventions, et enfin le Livre VII aux dispositions applicables dans les territoires d'Outre-mer et dans la collectivité départementale de Mayotte.

La structure interne est également empreinte de logique : ainsi le Livre 1er de la première partie traite dans le bon ordre sous 3 titres successifs : « de la loi pénale », « de la responsabilité pénale » et « des peines ».

- Tout au plus, retrouve-t-on dans le texte des dispositions qui relèvent à l'évidence du Code de procédure pénale. Ainsi les articles 112-2 et 112-3 traitent du problème de l'application des lois de procédure dans le temps que l'on eut préféré voir traiter dans le Code de procédure pénale.

De la même manière, on trouve dans l'article 113-8 à propos de l'application de la loi pénale dans l'espace des dispositions concernant l'exercice de l'action publique par le ministère public, par la victime ou ses ayants droits, ou par l'autorité du pays où le fait a été commis, qui relèvent à l'évidence du Code de procédure pénale.

De la même manière encore, on trouve des exceptions à ces dispositions concernant l'action publique dans les articles 222-22 à propos des agressions sexuelles sur un mineur, et 227-26 à propos des atteintes sexuelles sur un mineur.

Enfin, dans la partie spéciale du code sont traitées des questions relatives à l'action publique, et plus précisément à la plainte préalable de la victime, de son représentant légal, ou de ses ayants droits à propos des atteintes à la vie privée (226-6) et des fichiers informatiques (226-22).

Sans doute, ces incursions procédurales ont-elles été tolérées par un souci de meilleure lisibilité de la loi.

b- La rédaction du Code pénal

- Dans l'ensemble, le texte n'encourt pas de critiques majeures sur le plan rédactionnel. Manifestement, et les travaux parlementaires le démontrent, une attention particulière a été apportée à la rédaction des textes. Ainsi les concepts essentiels se trouvent définis par loi de manière simple et claire : état de nécessité, erreur, concours d'infraction, arme, vol d'énergie, recel, intérêts fondamentaux de la Nation, secret de défense nationale.

Tout d'abord on notera deux innovations rédactionnelles. Dans la partie spéciale, les incriminations n'y sont plus énoncées avec la formule de l'ancien Code pénal : « quiconque aura ... sera puni de ... », mais par des tournures plus

abstraites : « le fait de ... est puni de ... » ou « telle infraction est le fait de ... », par exemple à l'article 312-10 « le chantage est le fait de ... ». Certains, tout en reconnaissant que cette formulation est grammaticalement lourde, ont émis une réserve : « les juges se sentiront plus de liberté que naguère pour désigner, comme auteurs d'infraction, d'autres personnes que celles qui, de manière étroitement matérielle, ont contribué à la réalisation de situation infractionnelle » (12).

En second lieu, il a été choisi une numérotation du texte décimale à 4 chiffres : le premier correspondant au titre, le second au titre au sein du Livre, le troisième au chapitre au sein de ce titre, et les chiffres après le tiret correspondant à l'emplacement de l'article au sein du chapitre. Les praticiens, dans leur ensemble, souhaitaient conserver la numérotation traditionnelle se référant à l'exemple du Code civil, mais aussi à des exemples plus récents, à savoir le Code de procédure pénale et le Nouveau code de procédure civile. Mais « le Conseil d'État n'a pas voulu les entendre, craignant peut-être que l'on ne fasse deux catégories parmi les codes, les nobles, numérotés à l'ancienne et réservés aux débats judiciaires, et les roturiers, abandonnés aux besognes de l'exécutif » (13). En réalité, cette présentation a l'avantage de permettre d'intégrer plus aisément de nouveaux textes, sans que l'on soit contraint de reprendre la numérotation des dispositions qui suivent, mais à l'inconvénient d'être d'une lecture et d'un maniement moins facile.

- Un examen plus approfondi met cependant en exergue un certain nombre d'imperfections. Ainsi, l'article 132-71 du code pénal définit la bande organisée comme « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels d'une ou plusieurs infractions », mais le texte ne précise pas à partir de combien de personnes le juge peut considérer qu'il est en présence d'une bande. Cette question a soulevé des difficultés et a même conduit le Conseil constitutionnel à apporter des précisions à propos de certaines dispositions de la loi Perben II visant la notion de bande organisée. Dans le même ordre d'idée, l'article 121-2 sur la responsabilité pénale des personnes morales fait référence dans son alinéa 2 aux infractions commises « dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public », que le législateur (14) et la jurisprudence (15) se sont efforcés de définir ultérieurement.

Par ailleurs, comme on l'a fait observer à juste titre, « sur de trop nombreuses questions ... il n'a pas été procédé à des simplifications qui auraient pourtant été les bienvenues » : ainsi on se perd dans les distinctions subtiles relatives au travail d'intérêt général : TIG peine alternative, sursis TIG, conversion TIG, et TIG peine complémentaire. On se perd également dans les dispositions relatives aux menaces contre les personnes ou contre les biens, de nature délictuelle ou contraventionnelle (16).

L'impression d'ensemble qui se dégage cependant tant sur le plan de la construction que sur le plan rédactionnel demeure positive. C'est en fait lorsqu'on aborde le fond de la réforme que les réserves sur le Code pénal actuel sont les plus vives.

(12) Jacques-Henri Robert, Avant propos in « Le nouveau Code pénal », Droit pénal, octobre 1992

(13) J.-H. Robert précité

(14) Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite Loi MURCEF

(15) Crim. 3 avril 2002, Bull. n° 77/D 2002 IR 2100/ JCP 2002, I, 155, obs. Véron, D pén 2002. Com 95 obs. Véron, RSC 2002-810 obs. Bouloc

(16) F.Desportes et F.Le Guehec « Droit pénal général », 11e éd. p. 56-57 n° 96

B - L'analyse du fond

Il est difficile en quelques lignes de balayer les 781 articles du Code pénal dans sa version du 1er mars 1994 et les quelques 1000 articles du Code pénal dans sa version 2004 pour livrer un bilan exhaustif de la réforme opérée. On ne peut que livrer par touches impressionnistes et nécessairement réductrices le sentiment retiré de la lecture et des premières années d'application du texte.

Dans la mesure où, pour l'essentiel, les choix opérés par le législateur relèvent plus du pragmatisme, que du dogme ou de l'idéologie, la manière la plus simple d'aborder la question consiste à distinguer les dispositions générales et les dispositions spéciales.

a- Les dispositions générales

Dans l'ensemble, le Livre I consacré aux dispositions générales ne bouleverse pas les règles traditionnelles retenues par le Code pénal de 1810. On retrouve dans le Code pénal de 1994 le noyau dur qui a fait l'originalité du Code pénal de 1810 comme, par exemple, le principe de légalité, ou la classification tripartite des infractions. On trouve certes des éclaircissements sur certains points qui faisaient difficulté comme celui de l'interprétation des actes administratifs, de l'application de la loi dans le temps ou de l'intention. On constate également que des problèmes qui avaient été éludés dans l'ancien texte comme celui de l'erreur, de l'état de nécessité ou de l'altération partielle du discernement sont désormais traités dans le nouveau texte. On observe dans plusieurs domaines des dépoussiérages, ou des rénovations comme c'est le cas en matière d'échelle des peines. Mais, à une exception près, on ne retire pas un sentiment de rupture, ou de reniement dans la lecture des dispositions générales du Code pénal de 1994.

La seule véritable innovation concerne la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, ce qui a conduit un auteur à parler à son sujet « du culot d'un volcan érodé ... au milieu d'une plaine » (17). En effet, s'il n'y avait pas eu l'entrée sur la scène juridique de ce nouveau sujet de droit pénal, on aurait eu du mal à éviter le terme « continuité » pour définir la philosophie d'ensemble du nouveau texte au regard du Code pénal de 1810 tel qu'il avait été remodelé à partir des textes et de la jurisprudence ultérieurs.

On aurait pu incontestablement aller plus loin, mais manifestement le souci « d'aboutir » tout court, et le souci d'aboutir à un consensus, si ce n'est à un compromis, incitait à la prudence. C'est d'ailleurs tout cela qui explique que l'on ait éludé des problèmes aussi fondamentaux que le sort des malades mentaux acquittés (même si les dispositions à cet égard doivent figurer hors du code pénal), ou celui des mineurs délinquants. Des préoccupations du même ordre expliquent les graves carences existant en matière de dispositions spéciales.

(17) J.-H. Robert Avant propos précité

Adde J.-H. Robert « L'avant-projet de Code pénal » JCP 1976 I 2813 et J.-H. Robert « Projet de nouveau code pénal : dernières nouvelles relatives à la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d'entreprise, personnes physiques ». Droit pénal juillet 1990 p. 1 où l'auteur mentionne « Le projet en discussion est pauvre en nouveautés »

b- Les dispositions spéciales

- Les dispositions spéciales retenues par le législateur de 1994 procèdent d'une double volonté, celle d'innover pour répondre aux nouvelles exigences de notre société, et celle d'assurer une continuité des valeurs protégées jusque là par la loi.

L'innovation majeure consiste à avoir incriminé en tête du Livre II les crimes contre l'humanité, expression des droits de l'homme que se doit de consacrer toute société démocratique. Mais de manière plus générale, le Code pénal de 1994 retient toute une série d'infractions nouvelles telles la mise en danger délibérée d'autrui, le harcèlement sexuel, les conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité de la personne humaine, les persécutions téléphoniques, la provocation des mineurs à commettre des actes immoraux, dangereux ou illicites, l'abus de vulnérabilité, les atteintes à l'environnement, les entraves à certaines libertés ... Le terrorisme devient une infraction autonome et enfin certaines infractions voient leur champ d'application élargi, comme l'abus de confiance et les discriminations.

Ces innovations ne doivent cependant pas faire perdre de vue que, pour l'essentiel, les parties spéciales du code ne sont qu'une reprise de certaines incriminations contenues dans l'ancien code pénal, ou dans des lois non insérées dans ce dernier, le tout mis à jour à partir de la jurisprudence que ces incriminations avaient suscité au fil des ans, et accompagné le cas échéant d'une modulation de la peine.

Autant dire que le législateur, tout en mettant l'accent sur les valeurs humanistes qui transparaisaient déjà dans les textes les plus récents, n'a pas cherché de rupture avec le passé.

- La véritable difficulté, majeure s'il en est, c'est que dans le même temps, le législateur a éludé un problème essentiel, celui des réglementations techniques déjà évoqué. Théoriquement ces réglementations auraient dû rejoindre le Livre V consacré aux autres crimes et délits. Or, au moment de la promulgation du code, ce Livre ne contenait que deux articles consacrés aux sévices ou aux actes de cruauté envers les animaux. Même complété, comme il l'est aujourd'hui par un titre I intitulé « des infractions en matière de société publique » composé d'un seul chapitre consacré aux infractions en matière d'éthique biomédicale, ce livre est manifestement « en panne ». Il pose l'un des problèmes clefs de la législation pénale : celui de l'intégration après regroupement de toutes les incriminations techniques disséminées dans des divers textes ou codes. Comme l'ont souligné à juste titre Messieurs F. Desportes et F. Le Guehec (18) : « la chancellerie elle-même est toujours dans l'incapacité de donner la liste exhaustive de ces dispositions... Seules sont actuellement répertoriées les infractions qui sont le plus fréquemment poursuivies par les juridictions pénales ou qui ont été récemment créées. Au nombre de 13 000 environ, dont 11 000 actuellement en vigueur, ces infractions sont réunies dans la Table Natinf (nature d'infractions) mise à la disposition exclusive des juridictions et utilisée par elles pour le traitement informatisé des procédures ». Ces chiffres se passent de tout commentaire. Comment peut-on raisonnablement imaginer que notre code pénal passe brutalement le cap des 10 000 articles pour atteindre 14 000 articles !!!

Et encore serait-ce envisagé un instant, comment ferait-on pour extraire de leur contexte ces réglementations techniques, vides de toute signification sans leur « dispositions d'avant », et sans leur « dispositions d'après » ? Comment

(18) F. Desportes et F. Le Guehec, *op. cit.* p. 36 n° 73.

organiserait-on la liaison entre le Livre V et les codes spécialisés : quel serait le « code pilote », quel serait le « code suiveur » ? Quid en cas de modification du texte d'incrimination (19) ?

Le problème de la réglementation technique reste donc bien entier ; il s'aggrave même d'années en années avec la prolifération des nouveaux textes.

D'une manière plus générale et, c'est là, une incontestable marque d'échec du Code pénal de 1994, le flot législatif n'a pas décré depuis sa promulgation. Bien au contraire, les textes pénaux se multiplient et, si l'on additionne les textes parus entre 2000 et 2004 touchant au droit pénal de fond, il est à craindre que la moisson des textes de 1994, comparativement au moins, fasse piètre figure.

À l'origine de cet échec, il y a en premier lieu un problème de méthodologie : tôt ou tard, le législateur sera contraint de réfléchir sur le problème de la recherche des « valeurs essentielles » de la société qui méritent une sanction pénale. Il y a par ailleurs, étroitement lié au précédent, un problème de choix de philosophie pénale. On ne peut faire une œuvre pénale durable sans une idée directrice ou quelques directives cohérentes. On ne peut manier la carpe et le lapin. Finalement le défaut majeur de notre législation n'est-il pas, comme on le soulignait déjà à propos du premier avant-projet, de manquer d'âme ?

(19) Desportes et Le Guehec *op. cit.* p. 57 n° 97.

CONCLUSION

CODE CIVIL ET CONSTITUTION

Par

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III
Laboratoire de théorie du droit (EA 892)*

Jean-Louis Bergel a heureusement placé en « conclusions » du colloque une intervention sur le thème « Code civil et Constitution ». Les conclusions doivent être comprises dans notre cas comme bien différentes des conclusions qui seraient celles contenues dans un rapport de synthèse. Il n'a été aujourd'hui que peu question de la Constitution. Raphaël Draï a mentionné le terme dans son rapport. Seul Hans-Jürgen Sonnenberger a montré l'importance que la loi fondamentale allemande avait pu avoir depuis 1949 sur l'interprétation du Code civil et sur les réformes législatives du code. Il faut donc comprendre ces conclusions comme un rapport complémentaire aux autres rapports.

Le thème « code civil et constitution » n'est pas sans rapports avec le thème du colloque - pérennité et évolutivité – car la Constitution peut se trouver être tour à tour conservatrice du Code et facteur de son évolution par incitation à réformer pour le législateur et comme facteur d'évolution interprétative pour la Cour de cassation. Sans doute, le Code civil confronté à des sources extérieures et formellement supérieures à lui-même, a-t-il plus à espérer ou à craindre de sa confrontation aux sources européennes que de sa confrontation aux sources constitutionnelles, mais, pour partie, la Constitution peut aussi être vue comme un des relais possible de l'influence du droit européen, du droit européen du Conseil de l'Europe, sur le droit civil.

Il n'existe pas de confrontation globale entre le Code civil et la Constitution. Le colloque a bien rappelé que dès l'origine (rapport de Laurent Reverso) on s'est demandé si le Code s'inscrivait dans la continuité avec l'ancien régime ou dans la rupture avec l'ancien régime ouverte par la Déclaration des droits de 1789 et que, encore de nos jours, la question pouvait rester controversée (comme l'a montré la discussion de ce matin entre Camille Jauffret-Spinosi et Christian Atias). Il me semble que la continuité certaine entre la doctrine juridique de l'ancien régime et le Code de 1804, continuité qui se marque formellement dans l'utilisation par les rédacteurs du Code de formules doctrinales bien connues, n'est pas nécessairement une continuité avec le droit de l'ancien régime, le Code consacre les grands principes reconnus en 1789, le principe de liberté, celui de la laïcité et celui également de l'égalité. Les principes de la DDHC et les principes du Code de 1804 sont proches sinon identiques. Ces rapprochements entre le Code civil et la Constitution se sont consolidés avec le temps. Si le Préambule de la Constitution de 1946 est venu, un temps, prendre de l'avance (principe d'égalité entre les hommes et les femmes) sur le Code civil qui ne sera réformé en ce qui concerne les droits de la femme qu'avec retard sur les exigences de la Constitution, la réforme a été faite et le Code est à nouveau en pleine concordance avec la Constitution. La déclaration « des droits

civils » qui ouvre le livre premier du Code témoigne du maintien du Code comme texte de nature constitutionnelle matériellement et de la nécessité d'une concordance entre ce Code et la Constitution. Parmi les dispositions du titre 1er du livre 1er du Code figurent d'ailleurs des droits, comme le droit au respect de la vie privée qui ne figurent pas expressément dans les textes constitutionnels français et qui n'ont été protégés comme des libertés constitutionnelles par le Conseil constitutionnel qu'après l'insertion de ces libertés dans le Code civil.

La Constitution peut jouer un rôle de programme politique à réaliser par le législateur, comme c'est le cas pour la mise en œuvre du principe d'égalité homme femme avec les réformes qui ont jalonné depuis 1965 la marche du Code vers l'égalité de la femme mariée ou comme cela a été également le cas pour l'égalité des enfants au titre du droit à une vie familiale normale, quelle que soit la forme de la famille (ici l'influence est surtout une influence européenne). Mais la plupart des questions concernant les rapports du Code civil et de la Constitution impliquent de faire intervenir un tiers, le Conseil constitutionnel, à travers son œuvre d'interprétation de la Constitution et particulièrement dans cette œuvre d'interprétation la saisine par lui des règles et des principes du Code civil.

Les questions qui se posent sont les suivantes :

Depuis que le Code a mis en œuvre les principes d'égalité homme femme et d'égalité entre les enfants, sans privilégier un type de famille sur un autre, la question principale n'est pas de savoir s'il existe des principes constitutionnels qui ne se trouvent pas consacrés, ou qui sont méconnus par le Code civil, elle est de savoir quelle est l'étendue des principes communs au Code civil et à la Constitution.

À travers cette question se dessine la question de savoir quelle est l'interprétation de ces principes communs par le Conseil constitutionnel et quelle peut être l'influence de cette interprétation, qui peut être vue comme une immixtion du droit constitutionnel dans le droit privé, sur le Code civil.

Bien évidemment la question conduit nécessairement à chercher une réponse dans l'œuvre de la Cour de cassation. Comment reçoit-elle l'interprétation du Conseil constitutionnel ? Le Conseil constitutionnel lui-même n'est-il pas sensible aux interprétations des mêmes principes telles qu'elles ont été données par la Cour de cassation ?

Au total comment caractériser l'impact sur le Code civil de l'insertion du droit civil dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? On tentera d'éviter les formules qui risquent elles-mêmes de construire un écran peu utile à l'observation de ce qui se passe qu'il s'agisse de l'expression souvent utilisée de « constitutionnalisation du droit civil » (1) magnifiquement décortiquée par Nicolas Molfessis (2) ou par Elisabeth Zoller (3) ou de la lumineuse et spirituelle formule de « civilisation du droit constitutionnel » proposée par Christian Atias (4) ou encore de l'expression de « droit constitutionnel civil » auquel Bertrand Mathieu propose de se rallier (5).

(1) Voy. Louis Favreau, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique, Grille d'analyse proposée pour le 15^e Congrès international de droit constitutionnel », in Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, dir., *La constitutionnalisation des branches du droit*, PUAM, Economica, 1998, p. 197

(2) *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1997, 602 pages

(3) « Le Code civil et la Constitution », in Bicentenaire du Code civil, 2004

(4) « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 7, 1991

(5) C'est le titre de son fascicule au Jurisclasseur *droit administratif*.

1 - Le développement de l'emprise du Conseil constitutionnel sur les règles du Code civil et sa portée. Perspectives en droit de la famille, droit des biens, droit de la responsabilité

Il faut garder en mémoire avant toute chose que, dans une perspective positiviste, le Conseil constitutionnel s'en tient soit au texte de la Constitution, soit aux textes de la DDHC et du Préambule de la Constitution de 1946. Il ne reconnaît pas de principes généraux du droit constitutionnel sans texte. Il ne fait usage, selon les possibilités qui lui sont offertes par le Préambule de 1946, que d'une seule catégorie de principes non écrits, les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Et selon une doctrine, fermement défendue par Georges Vedel et dont le Conseil ne s'est jamais départi, ces principes ne peuvent être trouvés d'une part que dans les lois antérieures à la quatrième République et d'autre part que dans des lois provenant d'un régime républicain. Le Code civil de 1804 ne peut donc pas être la source des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Les lois qui ont modifié le Code sous la troisième République pourraient être sources de tels principes fondamentaux, mais les conditions complémentaires mises par la doctrine Vedel pour découvrir les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République interdisent en général qu'il puisse en être ainsi. En tout état de cause, la relative stabilité législative du Code entre 1804 et les années '60, qui a été rappelée par Christian Atias, n'a pas conduit à créer les conditions de reconnaissance dans le Code de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

La saisine par le Conseil constitutionnel du droit civil se réalise donc principalement de trois façons. On peut avoir la situation d'un droit, tel le droit de propriété, consacré à la fois directement et explicitement dans le texte de la Constitution ou de la DDHC et dans le Code.

On peut constater la situation où c'est à travers l'interprétation du texte de la DDHC, notamment de l'article 4 de la DDHC (« la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ») que le Conseil finit par découvrir comme constitutionnel un des principes du Code, comme cela a été le cas après une longue évolution et maturation pour la reconnaissance de la liberté contractuelle dans toutes ses dimensions puisqu'après avoir consacré le principe de la protection des conventions légalement conclues, le Conseil a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de la liberté de s'engager dans le contrat et d'en sortir si le contrat est à durée indéterminée (décision 99-419 DC, Loi relative au PaCS). Ou encore plus récemment la découverte que « l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer » (CC 99-419 DC, loi relative au PaCS) (6). C'est également dans l'article 4 de la DDHC que le Conseil a trouvé la protection de la liberté de la vie privée.

Par une troisième méthode, le Conseil intègre un principe du Code indirectement, comme principe sentinelle, ou comme un principe dont la défense intervient à travers la garantie du principe d'égalité. C'est de cette façon que le

(6) On peut hésiter à trouver le raisonnement logique qui conduit à passer de l'article 4 de la DDHC au principe contenu dans l'article 1382 du Code civil. J.-P. Costa avait mis en évidence le fait que « les deux textes se répondent en écho ». « Si l'homme est libre de faire tout ce qu'il veut, sauf à ne pas nuire à autrui, à ne pas lui causer un dommage, alors il doit répondre de cette éventuelle nuisance, de ce dommage. La loi, qui lui fixe les bornes de sa liberté, l'oblige à réparer le dommage causé » (in G. Conac, dir. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Economica, 1993, p. 101).

Conseil a d'abord protégé le principe de l'article 1382 du Code dans sa décision du 22 juillet 1982 (voir l'analyse de N. Molfessis dans *Travaux Capitant*, 1996).

Dans toutes ces hypothèses, le même mot peut ne pas désigner tout à fait le même droit. La propriété des articles 2 et 17 de la DDHC n'est pas tout à fait la propriété de l'article 544 du Code. La propriété du droit constitutionnel a un champ d'application plus large que celle du Code marquée par la dogmatique traditionnelle où règne la distinction des biens et des créances. De même ce qui est constitutionnalisé dans l'article 1382 c'est moins l'obligation pour le fautif de réparer que le droit pour la victime de recevoir réparation, la « faculté d'agir en responsabilité » telle qu'elle découle de l'article 4 DDHC étant par ailleurs conçue par le Conseil comme une faculté reconnue aussi bien en cas de faute délictuelle qu'en cas de faute dans l'exécution d'un contrat (décision 99-419 DC). Enfin, si le Conseil constitutionnalise la liberté contractuelle, il n'a pas constitutionnalisé le principe de l'autonomie de la volonté.

Mais la saisie par le Conseil constitutionnel de ces normes du droit civil n'a pas vocation à avoir des effets sur les règles du droit civil et sur les concepts ou méthodes par lesquels la Cour de cassation et la doctrine de droit civil mettent en œuvre les dispositions du Code civil sur la propriété, les contrats ou la responsabilité.

C'est une idée que j'ai défendue il y a quelques années et à laquelle je me tiens encore (voy. Jean-Yves Chérot, *RFDC* n° 7, 1991, p. 439). La « constitutionnalisation du droit civil » ne va pas empêcher le civiliste de faire son travail avec ses concepts traditionnels. La constitutionnalisation permettra de vérifier si la solution à laquelle aboutit le civiliste par les chemins qu'il voudra bien prendre est bien conforme au droit constitutionnel dans son ordre propre. Les principes du droit constitutionnel n'ont donc vocation à s'appliquer que ponctuellement.

Il faut souligner la prudence ou encore le calme de la Cour de cassation face aux sollicitations d'avoir à remettre en cause les règles ou les principes du droit civil ou de la procédure civile au prétexte des exigences constitutionnelles. On en prendra que deux exemples, mais on en trouverait beaucoup d'autres sans doute. La Cour de cassation casse un arrêt d'une cour d'appel qui avait estimé que l'article 11 de la DDHC consacrant la liberté d'expression obligeait à limiter les interventions du juge des référés en matière de presse à « un trouble d'une exceptionnelle gravité » alors que l'article 809 du NCPP confie au juge des référés le pouvoir d'intervenir d'urgence pour faire cesser « un trouble manifestement illicite ». La Cour de cassation relève que la Cour d'appel a ajouté au sens de l'article 809 (Cass., civ., 21 juillet 1987, *Bull. civ.*, n° 964).

On veut mentionner également l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 5 mai 1993 (*bull. Civ. 2*, n° 167) dans une affaire où la cour d'appel de Paris (19 novembre 1990, SA éditions des Savanes, *D.* 1991, IR p. 9), avait jugé que l'article 11 de la DDHC « impose que l'application en matière de presse des dispositions de l'article 1382 du Code civil soit restreinte aux cas où la publication litigieuse (...) porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne » (7). Cet arrêt est cassé aux motifs « qu'en limitant en matière de presse la portée

(7) Certes, la Cour de cassation et les juridictions de fond jugent que dès lors qu'une action civile fondée sur l'article 1382 du Code civil tend à la réparation d'un préjudice consécutif à des agissements constitutifs d'infractions prévues par la loi sur la presse, la prescription de trois mois établie par ce texte se trouve applicable. Il ne faut pas que le droit commun permette de contourner la protection de la liberté de la presse que comporte la législation sur la presse. De là à en déduire qu'il n'y a de responsabilité civile contre les agissements de la presse que dans les cas prévus par la loi de 1881, il n'y a qu'un pas qui est franchi par de nombreux spécialistes de la matière qui conçoivent la loi de 1881

générale de l'article 1382 du Code civil à une atteinte aux droits fondamentaux des personnes, tout en constatant que les photographies représentaient des jeunes gens revêtus de l'uniforme scout (...), ce qui caractérisait une faute, la cour d'appel a, par refus d'application, violé le texte susvisé » (8). L'interprétation de l'article 1382 du Code civil par la Cour d'appel était en fait elle-même contraire à la Constitution, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, qui interdit de mettre en cause la faculté constitutionnelle d'agir en responsabilité.

C'est un fait que la constitutionnalisation du droit civil aura pour effet principal de protéger le champ d'application du Code ou plutôt le champ d'application des principes qu'il contient, voire de venir à l'appui de l'idée que le Code civil contient bien le droit commun et que l'on ne peut s'en écarter que pour des motifs légitimes et dans des conditions qui doivent être soumises à un contrôle de la part du juge constitutionnel.

Il n'est ainsi pas possible de supprimer le droit pour les personnes lésées d'obtenir de la personne fautive la réparation de leur préjudice. Notre système économique ne pourrait pas fonctionner sur la base de règles qui méconnaîtraient gravement les libertés fondamentales associées à la propriété, notamment la liberté de disposer de ses biens et qui renverserait le principe selon lequel le propriétaire d'un bien a tous les droits sur ce bien sauf les droits qui lui ont été expressément retirés par la loi ou par contrat.

J'aime assez la façon dont N. Molfessis formule ce type de constat. « Que le Conseil constitutionnel s'intéresse à des problèmes de droit civil permet-il d'en conclure que le droit civil se constitutionnalise ? Cette interrogation conduit non pas à nier l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel mais à lui prêter un intérêt différent : puisque le Conseil constitutionnel se trouve conduit à statuer sur des questions qui, habituellement, relèvent du droit privé, puisqu'il doit délimiter le domaine de principes dont les frontières sont usuellement fixées dans les relations entre particuliers, puisqu'il attribue ou dénie une importance à des principes de droit privé, il faut en déduire que, dans ses décisions, le droit privé est saisi et représenté. Il existe une configuration du droit privé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ».

Pour le reste, cette configuration du droit privé, dont on a dit déjà quelle pouvait être sensiblement différente de celle prônée par la dogmatique juridique

comme un "système clos" (pour reprendre l'expression de Carbonnier). Sans aller jusque là la Cour d'appel de Paris se rapproche de ce raisonnement.

(8) Cass., civ. 2ème, 5 mai 1993, *Bull. civ.*, 2, n° 167 ; Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi, CA Versailles, chambres civiles réunies, 17 mai 1995, *Cogedipresse / Association des scouts de France et autres (Légipresse*, n° 127 III, p. 170 et *Rev. sc. crim* 1996, p. 120-122, note Yves Mayaud, *D.* IR 1995, p. 213) "Considérant que tant l'article 11 de la DDHC que l'article 19 du Pacte international des droits civils et politiques et encore l'article 10 de la CEDH s'ils garantissent la liberté d'expression comme une liberté fondamentale n'en réservent pas moins respectivement les abus, les droits et la réputation d'autrui et les restrictions nécessaires dans une société démocratique à la protection de la réputation et des droits d'autrui ; Que la Cour européenne (...) a du reste jugé que la presse ne doit pas franchir les bornes fixées, notamment, de la protection de la réputation d'autrui et a admis la validité de sanctions prononcées pour publications obscènes ; que contrairement à la thèse de la société Cogedipresse, le principe général de responsabilité posé par l'article 1382 du Code civil est en conformité avec les normes internationales précitées, propre à sanctionner les abus commis en matière de presse ; qu'aucune raison ne conduit, comme le soutient à tort la société appelante, à limiter alors son application et à la subordonner à l'exigence de conditions particulières, telles une atteinte portée aux droits fondamentaux de la personne, la déformation des faits révélant une intention malveillante ou encore une négligence manifeste dans la vérification de l'information". Voir encore Cour d'appel de Paris, 18 février 1992, ed. Le Canard Enchaîné, *D.* 1992, IR, p. 441 ; voir aussi Jacques Ravanans, *D.* 1997, J. p. 268 ; Dupeux et Lacabarats, *Liberté de la presse et droit de la personne*, Dalloz 1997, coll. thèmes et commentaires.

traditionnelle (distinction des biens et des créances, de la responsabilité délictuelle et contractuelle, etc.) n'a pas vocation à bouleverser l'interprétation du Code. Tout au plus offre-t-elle, comme le ferait une œuvre doctrinale, par exemple une œuvre doctrinale de type réaliste mettant en cause l'intérêt pour le juge des constructions classiques, des représentations différentes du droit privé dans lesquelles le législateur ou le juge judiciaire pourront puiser ou non (9).

On a dit que cette influence ou cet impact limité de la jurisprudence civiliste du Conseil constitutionnel sur le droit civil tient à la différence des rôles entre le Conseil et la Cour de cassation. Elle tient aussi, elle est renforcée par la grande distanciation institutionnelle du Conseil et de la Cour de cassation.

2 – La faible emprise du Conseil constitutionnel sur la Cour de cassation

Il existe dans le système institutionnel français une grande distanciation entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation et une rencontre limitée de ces deux juges dans leurs rôles respectifs.

Le Conseil constitutionnel ne peut être saisi ni par la voie d'une saisine directe des personnes bénéficiaires des droits fondamentaux contre les décisions de justice dont ils penseraient qu'elles les privent de la protection à laquelle ils ont droit, ni par la voie de questions préjudicielles par les juges à l'occasion d'un litige et pour demander l'interprétation des dispositions ou des normes constitutionnelles dont les justiciables demanderaient l'application.

Le Conseil intervient dans le contrôle de la loi avant sa promulgation et il ne peut donc connaître directement des questions de constitutionnalité que de façon abstraite et en tous cas avant que le juge judiciaire ait pu rencontrer des problèmes et des difficultés. C'est quand le Conseil cesse d'exercer son rôle que la Cour de cassation peut commencer à exercer le sien.

Une communicabilité partielle

La Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ont cependant des points de contact, plus nombreux et plus denses que la description purement institutionnelle que l'on vient de faire sommairement peut le laisser penser.

Le Conseil constitutionnel est nécessairement conduit, sans pouvoir l'éviter, dans son rôle de contrôle de la conformité de la loi à la Constitution, à interpréter la loi dont il est saisi. Comment pourrait-il faire autrement puisqu'il doit se prononcer sur une norme et que la norme ne peut être déduite des textes que par un processus interprétatif, plus ou moins explicite.

Le Conseil constitutionnel est d'ailleurs conduit à chercher et à révéler le sens de la norme contenue dans les textes qui lui sont déférés, car il a posé le principe que la loi doit être claire et précise, sauf à violer le principe même de sa compétence et violer ainsi l'article 34 de la Constitution. Il ne faut pas notamment que la loi soit susceptible de plusieurs interprétations (le législateur méconnaît sa compétence s'il adopte des dispositions fiscales insuffisamment claires, susceptibles de faire l'objet d'au moins deux interprétations différentes, C.C. 85-191 DC du 10 juillet 1985, loi portant diverses dispositions s'ordre économique et social). L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi (auquel le Conseil a fait référence d'abord dans la décision 99-421 DC, codification par ordonnances,

(9) La référence au réalisme n'est pas complètement sans signification, puisque les catégories proposées par le Conseil seraient sans doute acceptées par les tenants de l'analyse économique du droit qui ne cessent de dire que les catégories classiques ne permettent pas de saisir les réalités du droit.

puis dans la décision 2000-437 DC sur la loi de financement de la sécurité sociale) pourrait lui-même inviter le Conseil à vérifier le sens des dispositions législatives qui lui sont soumises.

Le Conseil peut également être amené à établir dans certains cas que la loi est conforme à la Constitution que si elle est comprise avec telle ou telle interprétation ou que si elle peut être comprise sans telle autre interprétation (technique des réserves d'interprétation).

Il convient de noter encore que le Conseil n'est pas seulement conduit à interpréter le texte qui lui est déféré mais aussi souvent les textes déjà existants dans lesquels la loi va s'immiscer, la loi nouvelle non encore promulguée ne pouvant être comprise et sa conformité à la Constitution évaluée qu'en combinaison avec les textes dans lesquelles elle s'insère. Cela joue particulièrement dans le cas d'une loi venant insérer de nouvelles dispositions dans un code, notamment une loi révisant le Code civil, comme l'a montré l'exemple de la loi relative au PaCS qui a été déférée au Conseil et où le Conseil a été conduit à interpréter non seulement la loi déférée mais aussi d'autres dispositions du Code civil qui avaient vocation à s'appliquer au PaCS.

Bien évidemment cette interprétation est nécessaire pour évaluer la conformité du texte nouveau à la Constitution et pas celle des textes existants puisque le contrôle de constitutionnalité purement préventif, ne s'exerce qu'avant la promulgation de la loi. Mais cela n'est pas tout à fait exact non plus, car le Conseil a admis que la régularité au regard de la Constitution d'une loi promulguée « peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » (CC, 85-187 DC du 25 janvier 1985, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie).

Dans cet important travail d'interprétation, le Conseil risque d'interférer avec le rôle et le travail qui revient à la Cour de cassation en tant que cour régulatrice ; en tout cas, le Conseil risque de devenir, à la place de la Cour de cassation, une cour régulatrice en donnant à la Cour de cassation et aux juges de l'ordre judiciaire des directives d'interprétation.

Dans la réalité, les choses se passent de façon plus cohérente, grâce à ce que l'on peut appeler avec les constitutionnalistes italiens la « théorie du droit vivant » (10) qui consiste pour la Cour constitutionnelle à interpréter la loi examinée dans l'interprétation qui lui donnée par la Cour de cassation. En Italie, où le problème de l'incidence du droit constitutionnel sur le droit civil s'est posée avec beaucoup plus d'acuité qu'en France (voy. Th. Di Manno, « Code civil et Constitution en Italie », *Constitution et Code civil*, colloque de l'AFC Assemblée nationale, 25 mars 2004, à paraître *Economica*, 2005), lorsque la Cour constitutionnelle apprécie la constitutionnalité d'une loi, elle prend la loi telle qu'interprétée par la Cour de cassation et ce n'est que lorsque cette interprétation est contraire à la Constitution qu'elle la sanctionne. Selon une formule, qui résume la situation, « aux juges la loi, à la Cour la Constitution ». Gustavo Zagrebelsky (11) écrit que « le dicere jus est une tâche attribuée en général à la Cour de cassation, et son respect s'impose donc aussi à la Cour constitutionnelle qui, normalement se soumet à celle-ci. Quand le

(10) Voy. en dernier lieu la présentation fidèle de « la doctrine du droit vivant » à l'intention d'un public français par Caterina Severino, *La doctrine du droit vivant*, *Economica*, coll. Droit public positif, 2003, 282 pages. L'auteur tente de montrer en quoi malgré les profondes différences entre le contentieux constitutionnel en Italie et en France, cette doctrine du droit vivant, en principe inapplicable en contentieux constitutionnel français trouve un prolongement dans la démarche du Conseil constitutionnel.

(11) *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, P.U.A.M., *Economica*, 1986, p. 66.

droit dit par la Cour de cassation va contre la Constitution se manifeste alors le pouvoir éminent et distinct de la Cour constitutionnelle ».

Dans le contexte français où les interférences entre le Conseil et la Cour de cassation sont plus faibles, le Conseil constitutionnel pratique également cette méthode du droit vivant lorsqu'il doit dégager, par la voie de l'interprétation, le sens des normes pour en apprécier la constitutionnalité ; il retient naturellement quand elle existe l'interprétation « vivante », c'est-à-dire celle donnée par les juges ordinaires et notamment celle proposée par la Cour de cassation. Cela est vrai lorsque le Conseil se prononce sur une loi existante qui doit être combinée avec la loi nouvelle ou qui doit être étendue ou modifiée par la loi nouvelle, mais cela peut également jouer pour l'interprétation de la loi nouvelle dont les dispositions peuvent se comprendre aussi à la lumière des lois qu'elle remplace et qui ont fait l'objet d'une interprétation vivante de la Cour de cassation. Le Conseil constitutionnel est naturellement amené à se servir de ces interprétations et de la vie jurisprudentielle des textes législatifs. Les réserves d'interprétation qui conditionnent la déclaration de conformité s'appuient souvent sur une interprétation donnée par la Cour de cassation (voir l'intervention de Bernard Poullain lors de la table ronde sur l'autorité de chose jugée des décisions des juridictions constitutionnelles et publiée avec le colloque sur « La Cour de cassation et la Constitution de la République », et publiée avec les actes du colloque aux PUAM, 1995, p. 278).

La décision sur la loi relative au PaCS témoigne de la richesse des réserves d'interprétations pour combler notamment les lacunes et les imprécisions de la loi qui menaçaient de la faire déclarer contraire aux exigences de l'article 34 de la Constitution. On a pu l'observer avec l'importante décision 99-419 DC relative au Pacte civil de solidarité où, sans s'écarter des interprétations du Code civil de la Cour de cassation (notion de vie commune, théorie de l'indivision, etc.), le Conseil a tellement interprété le texte qui lui était soumis et les dispositions du Code dans lesquelles il allait devoir s'insérer, qu'il a largement conditionné les conditions d'application du texte. Pour la première fois d'ailleurs, le Conseil relève que sa décision de conformité de la loi doit se comprendre compte tenu tant des réserves d'interprétation que des « précisions » qu'il a apportées au texte de la loi, sans que l'on sache précisément quelle différence il y a entre les « réserves d'interprétation » et les « précisions » dont il parle.

L'incommunicabilité reste cependant une marque majeure du système français

On en veut pour preuve deux observations.

a) Dans un système où il n'existe pas de mécanisme de recours direct contre les décisions de la Cour de cassation devant le Conseil constitutionnel, ni de mécanisme de questions préjudicielles entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, comment la Cour de cassation applique-t-elle les décisions du Conseil constitutionnel et comment comprend-elle sa jurisprudence ?

Un bilan devrait être fait sur le respect par la Cour de cassation des réserves d'interprétation énoncées par le Conseil. Selon les auteurs, les points de vue sont assez contrastés. N. Molfessis a souligné les résistances et même les manifestations d'indépendance de la part de la Cour de cassation (« Les sources constitutionnelles du droit des obligations », Travaux Capitants, *Économica* 1997, p. 65) tandis que Th. Di Manno (Thierry Di Manno, « L'influence des réserves d'interprétation », G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, actes du colloque de Rennes, 20 et 21 septembre, *Économica*, 1999) prend des exemples qui mettent en évidence le respect en fait par la Cour des réserves d'interprétation. Selon lui, la Cour de cassation respecte

scrupuleusement les interprétations des lois qu'elle avait à appliquer et qui avaient été présentées par le Conseil constitutionnel comme conditionnant la déclaration de conformité à la Constitution. Th. Di Manno explique que la Cour de cassation semble réticente à mentionner dans ses visas une décision de justice, parce que cela serait contraire à la conception qu'elle se fait des sources du droit. Il souligne également que dans la plupart des cas où la Cour de cassation a eu à se prononcer sur une loi dont la conformité à la Constitution avait été conditionnée par le Conseil constitutionnel à une réserve d'interprétation, cette réserve a été d'autant plus aisément respectée par la Cour de cassation que le Conseil constitutionnel l'avait puisé dans les exigences déjà posées par la Cour de cassation elle-même.

b) L'incommunicabilité entre Cour de cassation et Conseil constitutionnel révèle le « retard » de la réflexion doctrinale et de la jurisprudence constitutionnelle françaises en ce qui concerne une question centrale dans la constitutionnalisation du droit privé, celle de l'application directe des dispositions constitutionnelles aux relations contractuelles et notamment aux clauses qui résultent de la liberté contractuelle. Il nous manque en France les arrêts Luth (RFA, 15 janvier 1958 BVerfGE, 7, 198 (205), Dolphin, (Canada, 3 DLR 4th 174 (S. Ct), Du Plessis (Afrique du Sud, Cour constitutionnelle, 16 mai 1996, Du Plessis v. De Klerk) ou Shelley (États-Unis, 334 US 1, 68 S. Ct (1948). Dans des espèces de plus en plus nombreuses les particuliers invoquent les droits fondamentaux non reconnus par une loi, sur le seul fondement de la Constitution (ou de la CEDH), pour contester une clause contractuelle. Le Conseil constitutionnel n'a jamais été en mesure de donner une doctrine claire sur la façon dont la Constitution, selon son interprétation, pourrait être utilement invoquée dans de tels cas. Le droit comparé montre les difficultés considérables que cette question de l'application directe horizontale de la Constitution conduit à poser (sur une étude de droit comparé sur cette question, voy. Mark Tushnet, « The issue of state action/Horizontal effect in comparative constitutional Law », I.CON, volume 1, n° 1, 2003, p. 79) et dont la doctrine française n'a souvent aucune idée.

On peut citer quelques décisions où le Conseil s'adresse au juge du contrat, mais elles sont bien décevantes au regard des questions soulevées dans d'autres systèmes constitutionnels. Dans la décision 77-87 DC du 23 novembre 1977, sur la loi sur la loi relative à la liberté de l'enseignement, le Conseil juge que l'obligation de respecter le « caractère propre » de l'établissement d'enseignement privé sous contrat imposée par la loi aux maîtres auxquels est confiée la mission d'enseigner dans un établissement privé lié à l'État par un contrat d'association, « si elle leur fait devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience » (article 10 de la DDHC et alinéa 5 du préambule de 1946). On peut en déduire que les clauses par lesquelles l'établissement interdit aux enseignants de violer les prescriptions religieuses sont contraires à la Constitution. Mais cette décision a été rendue en ce qui concerne les établissements d'enseignement participant au service public pour lesquels il ne fait pas de difficultés de les soumettre au respect des droits constitutionnels. Le Conseil imposerait-il la même solution aux établissements d'enseignements libres de tout contrat avec l'État ? En tous cas, on sait que la Cour de cassation ne l'a pas pensé dans sa célèbre décision Dame Roy.

Dans la décision 83-162 DC des 19-20 juillet 1983 (démocratisation du secteur public), saisi d'un texte qui prévoit que l'employeur engage avec les organisations syndicales une négociation sur les conditions dans lesquelles pourra être facilitée la collecte des cotisations syndicales, le Conseil précise que « la disposition critiquée ne saurait permettre que soit imposé en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés

d'une entreprise à une organisation syndicale » et qu'« *il appartiendra* à la direction des entreprises intéressées de refuser de souscrire à toute clause tendant à un tel résultat et, le cas échéant, aux juridictions compétentes, d'en prononcer la nullité ou d'en interdire l'application ». C'est compter sur l'application des dispositions de la Constitution relatives à la liberté syndicale, par le juge judiciaire. Mais cette décision concerne une situation particulière, les conventions collectives de travail auxquelles la loi délègue le soin de mettre en œuvre les dispositions législatives et une liberté, la liberté syndicale, qu'il n'est pas malaisée de concevoir comme une liberté d'application horizontale. Le Conseil ne dit par ailleurs rien des méthodes par lesquelles le juge judiciaire doit faire prévaloir la Constitution. Doit-il le faire par une interprétation des clauses générales de l'article 1143 du Code civil (l'ordre public) ou par une application directe du texte de la Constitution ? On voit bien que l'on ne peut rien tirer des décisions du Conseil de tant soit peu général sur ce que devrait faire le juge judiciaire confronté à une discussion sur la conformité à la Constitution d'une clause contractuelle (sur une méthodologie proposée au juge judiciaire dans ces cas et qui s'inspire de la théorie des droits fondamentaux, voy. les recommandations doctrinales de Julien Raynaud, « Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés », PUAM, 2003).

La Cour de cassation a d'ailleurs peu développé sa jurisprudence sur ces points et si l'on met à part le cas de l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile (6 mars 1996, OPAC de Paris c/ Mme Yedel) où la Cour fait application de l'article 8 CEDH à un contrat de bail d'habitation, sa jurisprudence concerne presque exclusivement les contrats de travail et le plus souvent d'ailleurs comme dans l'affaire OPAC de Paris, l'application non de la Constitution mais de la CEDH. Par ailleurs, faute de doctrine sur ce point, elle l'a fait sans méthode et parfois donc dans des conditions critiquables.

En principe, la Cour de cassation manifeste sa liberté dans l'utilisation des textes constitutionnels et conventionnels en pesant les droits protégés d'un côté et les intérêts légitimes des entreprises de l'autre. La référence aux droits fondamentaux s'inscrit dans une construction jurisprudentielle du droit des contrats ; elle n'est pas l'application mécanique de ces textes aux litiges privés. Mais il en va différemment dans l'arrêt OPAC de Paris. Christophe Jamin (12) se demande s'il est de bonne méthode de faire application de l'article 8 de la CEDH pour déclarer nulle une clause d'un bail d'habitation qui réserve l'usage de l'appartement loué à la famille proche du preneur. Selon lui, la philosophie du droit des contrats « combine dans un équilibre à la fois savant et fragile fondé sur une histoire expérimentale subtile, le souci de chacune des parties de préserver son propre intérêt et la nécessité d'un esprit de coopération en vue de la réalisation de l'objet du contrat : instiller un nouvel instrument qui s'ordonne autour de l'individu, et non des relations qu'il entretient, risque de faire pencher sans plus de nuance la balance d'un seul côté ». L'auteur précise qu'« il n'est pas sûr que la terminologie des droits fondamentaux se prête aisément à un raisonnement juridique qui doit être apte à résoudre les conflits tels qu'ils se posent ». Et il est vrai, pour garder l'exemple de l'arrêt du 6 mars 1996, qu'il n'est pas sûr que la référence à l'article 8 de la Convention EDH permette de tenir compte de tous les éléments de la situation qui devait être jugée. Le bailleur reste en droit responsable envers les tiers de l'usage de l'appartement donné à bail ; est-il possible de prendre en compte dans l'application de l'article 8 de la Convention ce type d'équilibre ?

(12) Un droit européen des contrats ?, *Le droit privé européen* (sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières, Economica, coll. Études juridiques 1998, pp. 40-60.

Il a été question de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de celle de la Cour de cassation. Je voudrais terminer en évoquant le rôle et l'attitude de la doctrine. Le Code civil a fait l'objet de vastes mouvements d'interprétation doctrinale, interprétations de type jusnaturaliste, de type économique, de type historiciste ou sociologique. Ces méthodes ont permis l'évolutivité du Code en permettant par la voie de son interprétation d'en assurer la pérennité. On pourrait être tenté, un instant, par l'avènement d'une école d'interprétation du Code qui accorderait une place éminente dans son interprétation aux valeurs de la Constitution. La Constitution est porteuse de valeurs, son interprétation est en prise directe avec les évolutions sociales et idéologiques du pays et également de celles qui se manifestent dans d'autres pays, les droits fondamentaux étant construits assez largement dans une perspective comparative. Ne peut-elle donc pas servir aux civilistes pour adapter leur Code aux temps présents ? On n'écartera pas complètement la possibilité et l'intérêt d'une telle attitude. Mais en l'état du droit constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil comme de la doctrine constitutionnelle, elle n'est pas en mesure de peser sur l'avenir de la doctrine de droit civil, sauf par des chemins indirects que l'on peut peut-être essayer de deviner. En l'état en effet de la jurisprudence du Conseil, elle a peu de chance d'être une attitude utile, tant en regard du conservatisme du Conseil dans l'acceptation « polie » selon le mot de Vedel de la jurisprudence de la Cour de cassation que du caractère très abstrait et peut-être peu utile aux juristes de droit privé des conceptions originales du droit privé que le Conseil offre parfois à la contemplation des civilistes et qui se bornent à faire bouger les grandes catégories, les très grandes catégories de la dogmatique.