

**DROIT DE LA FAMILLE ET CODE CIVIL**  
**Matière à réflexion sur la législation**  
**par référence**

Par

Michel BOUDOT-RICOEUR  
*A.T.E.R. à la Faculté de Droit et de Science politique  
d'Aix-Marseille*

"Malgré la diversité des institutions du droit de la famille, malgré la particularité des situations engendrées par la technique de l'emprunt, une impression positive s'est peu à peu dégagée : l'impression d'une profonde cohérence. Intimement convaincus du bien fondé de cette cohérence ressentie, pressentie, notre quête a consisté à l'établir et à la révéler (1)". Cette réflexion par laquelle Madame Terrasson de Fougères conclut sa thèse a accompagné nos interrogations sur la législation par référence en général et sur le droit matrimonial et patrimonial de la famille en particulier. La technique de la référence sous ses différentes formes, le renvoi, l'emprunt, la dérogation, se présente comme un instrument légistique censé permettre l'adoption d'une législation cohérente et rationnelle. Les difficultés naissent, au-delà même des délicatesses sémantiques dues au vieillissement du vocabulaire et à son renouvellement, de la mauvaise rédaction des textes et plus simplement de la texture ouverte du langage. Elles se nouent autour de la discussion sur l'opportunité théorique de l'utilisation de cette technique rédactionnelle et sur l'appréciation de son efficacité. Elles font émerger des problèmes tenant à l'évolution du droit positif et aux mutations législatives et jurisprudentielles qui affectent les régimes juridiques mis en référence. Il est vrai que l'on s'interroge par là non seulement sur les capacités du législateur à contrôler la production normative par la référence à un nombre limité d'objets distincts mais aussi sur les capacités de la jurisprudence à faire évoluer de manière cohérente des régimes qui sont constitués sur des modèles semblables ; enfin on s'interroge sur les capacités de la science du droit à concevoir des instruments au service de l'autorité législative ou réglementaire, instruments capables de maîtriser l'évolution du droit positif. La recherche systématique des mécanismes de référence dans le Code civil montre que, lorsque ce type de mise en relation des textes est utilisé, le renvoi à un numéro d'article est très largement dominant. La composition historique du Code révèle au demeurant une

(1) A. Terrasson de Fougères, *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction. (Essai de droit comparé interne)*, Thèse Paris II, 1994, n° 643, p. 378.

évolution du type des renvois. Les textes plus anciens opèrent des renvois à l'intérieur du même Code à un degré d'éloignement moindre que les textes récents (2). Mais il est difficile de tirer des enseignements de cette constatation ; tout juste peut-on y voir l'idée que le Code civil constituant le fonds élémentaire du droit français, il était à l'origine conçu et composé à partir d'un nombre défini d'objets et de régimes (3). Cette idée, encore présente, lui donne son impression de cohérence. Peu de renvois sont faits aux autres codes (4) mais inversement de nombreuses dispositions extérieures au Code civil s'y réfèrent (5). Les éditeurs privés des codes participent alors à une meilleure connaissance de la législation en disposant sous les textes du Code civil auxquels il est renvoyé, les textes extérieurs qui y renvoient. Mais faut-il laisser aux éditeurs la maîtrise de la connaissance juridique par la référence éditoriale ? Comme le remarquait le doyen Ripert, "s'il plaisait à un éditeur de falsifier ou d'imaginer un texte, il est probable que ce texte faux serait appliqué (6)". Des éditeurs répondraient sans doute que s'ils ne signifiaient, le cas échéant, que le texte auquel il est toujours renvoyé, n'était abrogé, celui-ci continuerait aussi d'être appliqué (7). Le problème est historique et c'est évidemment le développement de la législation originellement civiliste hors du Code civil qui a provoqué cette réflexion sur la nécessité de rationaliser la législation en droit privé (8). M. le doyen Cornu notait qu'avant les grandes réformes des années soixante, la rénovation du droit civil n'avait jusqu'alors donné lieu qu'à de nombreuses réformettes sans qu'une perception globale des mutations sociologiques n'ait pu être saisie et intégrée à l'ordre juridique (9). Les années soixante et soixante-dix donneront l'occasion au législateur français aidé par la doctrine la plus éminente de mener à bien cette oeuvre de rationalisation dans le droit civil par le Code civil. Mais trente ans après la rénovation profonde du droit de la famille, les mêmes questions resurgissent. Le développement tentaculaire de la législation, la prolifération des régimes spéciaux, la technocratie et l'absence de cohérence font

(2) Voir par exemple les articles 155, 156, 157, 158, 164, 165, 181, 190, 193, 197 du Code civil et comp. les éditions successives in Le Code civil, Paris, GF Flammarion, 1997.

(3) Il reste que les textes du Code napoléon font référence à des concepts connexes à la législation positive. L'ordre public, les bonnes moeurs, le comportement du bon père de famille, l'équité qui aujourd'hui paraissent échapper à la sphère juridique, avaient peut-être, à une époque où les théories jusnaturalistes étaient très présentes, la teneur de ce que nous nommons référence. Le droit positif faisait référence à un ordre naturel transcendant comme guide de l'interprétation des lois et des actes juridiques. Comp. à l'article 1393 al. 2 du Code civil : "À défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit commun de la France". Il faut observer qu'en désignant le régime de communauté des articles 1400 et s. comme le *droit commun* des régimes matrimoniaux en plus du régime primaire impératif des articles 212 et s., le législateur fait une référence aux principes qui guideront l'interprétation des textes des régimes spéciaux par rapport à la cohérence du régime général.

(4) Par exemple, l'article 243 renvoie à l'article 131-1 du Nouveau Code pénal ; l'article 1397 renvoie aux dispositions réglementaires relatives au registre du commerce et des sociétés (voir par exemple l'article 66 du Décret n° 84-406 du 30 mai 1984) ; l'article 251 al. 2 renvoie aux "règles de procédure propres à ce cas de divorce" à savoir aux articles 1108 et suivants du Nouveau code de procédure civile.

(5) Par exemple, l'article L.714-38 du Code de la santé publique "...contre les débiteurs et contre les personnes désignés par les articles 205, 206, 207 et 212 du code civil" ; l'articles 465-1 du Nouveau Code de procédure civile "...prévues aux articles 214, 276, et 342 du Code civil...".

(6) G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, p. 162.

(7) L'article 93 du Code civil renvoie à l'article 77 du même code, disposition abrogée depuis 1960 ; l'article 333-6 renvoie aux dispositions des articles 331-2, 332, et 332-1 al. 1er mais l'article 332 a été abrogé en 1993 ; on y ajoutera tous les exemples qui renvoient à l'ancien Code pénal.

(8) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1964, n° 11, p. 16.

(9) G. Cornu, "La lettre du code à l'épreuve du temps", *Mélanges Savatier*, 1965, p. 157.

sonner les sirènes du déclin et de la parcellisation du droit (10). La maîtrise de ce développement passe par la maîtrise des régimes et des qualifications juridiques. Si elle est une technique utile, la législation par référence ne s'est jamais imposée comme la panacée. Elle ne dispensera jamais les rédacteurs des lois d'une réflexion sur les conséquences théoriques de l'introduction des nouveaux régimes ou sur l'utilisation de régimes empruntés.

## I - LA MAÎTRISE DE LA LÉGISLATION ET L'IDENTITÉ DES RÉGIMES

À la suite de l'annulation du mariage, "le juge statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale *comme en matière de divorce* (11)". "À défaut de pouvoir légal, de mandat ou d'habilitation par justice, les actes faits par un époux en représentation de l'autre ont effet, à l'égard de celui-ci, *suivant les règles de la gestion d'affaires* (12)". Lorsqu'il est prononcé en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, le divorce ne met pas fin "*au devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil* (13)". Ces trois textes montrent des liaisons entre concepts qui dénotent la volonté de constituer une identité de régime entre des situations analogues. Certes, l'annulation du mariage n'est pas le divorce, la situation de l'époux agissant seul n'est pas celle du simple quidam aidant son voisin, et le sort de l'époux "répudié" n'est pas celui de l'époux encore marié mais ces trois couples d'hypothèses sont mis en état d'identité de régime grâce à la référence. Examinons-les successivement (14).

### 1 - Vers le divorce

L'article 202 fait un renvoi implicite à l'article 287 du Code civil. Aucune difficulté ne paraît ternir la qualité de cette identité de régime. Fondée en raison, l'analogie entre la situation des enfants d'un couple divorcé et celle des enfants nés d'un mariage annulé justifie un traitement identique. Ces derniers conservant le statut d'enfant légitime (15), il est cohérent de statuer sur leur sort et en particulier sur l'exercice de l'autorité parentale, comme s'il s'agissait du divorce de leurs parents.

### 2 - Vers la gestion d'affaires

Pour éprouver la solidité de la référence faite par l'article 219 à la gestion d'affaires, nous avons cherché à savoir si l'état d'époux pouvait influencer l'interprétation des règles de ce quasi-contrat. Nous nous sommes demandés si dans le cadre restreint du régime matrimonial primaire, l'un des époux pouvait, sur le

(10) R. Savatier, "L'inflation législative et l'indigestion du corps social", *D* 1977, chr. p. 43 ; Ph. Rémy, "Exploitation agricole et statut civil des époux", *Dr. rural* 1981, p. 239.

(11) Article 202 al. 2 du Code civil.

(12) Article 219 al. 2 du Code civil.

(13) Article 270 du Code civil : "Sauf lorsqu'il est prononcé en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil (...)".

(14) D'autres exemples auraient pu être étudiés : l'article 313-2 al. 1er dispose que "lorsque la présomption de paternité est écartée (...), la filiation de l'enfant est établie à l'égard de la mère *comme s'il y avait eu désaveu admis en justice*" ; selon l'article 339 al. 2, l'action en contestation de reconnaissance est ouverte au ministère public "lorsque la reconnaissance est effectuée *en fraude des règles régissant l'adoption*" ; en vertu de l'article 368 al. 2, "les descendants de l'adopté [simple] ont, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux *prévus au chapitre III du titre Ier du livre III*".

(15) Noter également, Article 21-6 du Code civil, "L'annulation du mariage n'a point d'effet sur la nationalité des enfants qui en sont issus".

fondement de la gestion d'affaires, agir en justice pour le compte de l'autre. L'hypothèse est d'école mais elle appelle une brève observation. Le caractère personnel du droit d'agir en justice exclut par principe l'application des règles de la gestion d'affaires mais selon certains auteurs, le raccourcissement des délais pour agir, leur caractère préfix (16), rendrait aujourd'hui cette règle contestable (17). L'article 219 ne fournirait-il pas la matière textuelle à un argument d'autonomie ? Nous n'avons pu trouver d'illustrations de l'utilisation d'un tel argument. Dans les ouvrages de droit des régimes matrimoniaux, la doctrine, quand elle ne renvoie pas purement et simplement aux manuels de droit des obligations, ne fait mention d'aucune spécificité de la gestion d'affaires entre époux (18). Pareillement, la jurisprudence utilise la référence sans distinguer (19). Nous noterons toutefois que la rédaction précédente de l'article 219 datant de 1942 énonçait "dans la mesure déterminée par l'article 1375 du Code civil". Ne visant pas l'ensemble du régime, cette référence aurait sans doute pu être interprétée comme un emprunt partiel autorisant ainsi une certaine marge dérogatoire. La rédaction de 1965 a, semble-t-il, coupé court à ce type de spéculations et pour l'heure, le régime de la gestion d'affaires à laquelle l'article 219 fait référence est donc bien celui des articles 1372 et suivants.

### 3 - Vers le devoir de secours

Disons-le d'emblée, l'article 270 du Code civil énonce une fausse référence ou plutôt une référence inopérante. Le devoir de secours qui survit après le divorce pour rupture de la vie commune n'a pas le régime juridique de celui prévu par l'article 212. Pendant le mariage, le devoir de secours de l'article 212 se définit comme l'obligation d'assurer la subsistance de l'autre époux, de pourvoir à ses besoins minimaux, ou de remédier à son impécuniosité. Au reste, ce devoir pécuniaire ne prend véritablement son sens que dans les hypothèses très particulières ne donnant pas lieu à exécution de l'obligation de contribution aux charges du mariage de l'article 214. Le régime de devoir de secours impose alors le versement d'une pension alimentaire dont le montant est déterminé selon les besoins de l'époux créancier. Après le divorce pour rupture de la vie commune, l'accomplissement du "devoir de secours prévu par l'article 212" prend la forme d'une pension alimentaire, toujours révisable en fonction des ressources et des besoins de chacun des époux (20). La ressemblance avec la contribution aux charges du mariage est frappante (21) ; la ressemblance avec l'ancienne pension alimentaire issue de la législation antérieure à 1975 l'est aussi (22). Cela permet de souligner que la pension alimentaire allouée en vertu de l'article 281 et 282 a un caractère compensatoire et ne répond pas qu'aux stricts besoins de l'époux délaissé. Au fond, la référence au devoir de secours appuyée par un renvoi à l'article 212 n'est qu'un leurre puisque le véritable régime du "devoir de secours prévu par l'article 212" est

(16) Pensons à l'article 42 al. 2 de la loi du 10 juillet 1965 qui ne laisse que deux mois pour contester une délibération de l'assemblée générale des copropriétaires.

(17) A. Bénabent, *Les obligations*, Paris, Montchrestien, 5ème éd., 1995, n° 456, p. 228.

(18) J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, A. Colin, 1995, n° 101, p. 88.

(19) voir H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, Thèse Paris II, 1993, n° 51 et s. ; comp. M. Douchy, *La notion de quasi-contrat*, Thèse Aix, 1996, Paris, Economica, 1997, n° 35, p. 83-84.

(20) Article 282 du Code civil.

(21) Article 214 du Code civil : [les époux] contribuent [aux charges du mariages] à proportion de leurs facultés respectives.

(22) F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 1996, n° 604, p. 481-482 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *La famille*, Paris, Cujas, 5ème éd., 1995, n° 912, p. 519

disposé aux articles 281 et suivants. Des vocables identiques recouvrent donc des régimes juridiques différents. Cela peut paraître curieux et cela montre les limites de la législation par référence au sein même d'un ensemble de textes pourtant cohérent et peu étendu. La référence faite par l'article 270 au devoir de secours n'a qu'une valeur symbolique, presque rhétorique. Pour satisfaire l'idée que le divorce "répudiation" laissait persister des obligations nées du mariage -et cela ne pouvait pas être l'obligation de contribution aux charges du mariage parce que, précisément, le mariage était dissous- il fallait utiliser un vocable capable de signifier deux régimes juridiques différents tout en absorbant la contradiction. En vérité, l'oeuvre de cohérence est venue des commentaires doctrinaux dont a émergé l'idée que la persistance d'obligations nées du mariage prenait la forme d'un devoir "d'entraide" (23). Ce dernier vocable substitué aux devoirs de secours et obligations de contribution a permis d'éliminer après le divorce les contradictions sémantiques. Envisageons maintenant l'emprunt partiel ou la référence dérogatoire.

## II - LA MAÎTRISE DE LA LÉGISLATION ET LA DÉROGATION

Aux termes de l'article 1578 du Code civil, à la suite de la dissolution du mariage des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts, "les actions ouvertes contre les tiers en vertu de l'article 1167 se prescrivent par deux ans à compter de la clôture de la liquidation (24)". Selon l'article 1476, "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. Toutefois, pour les communautés dissoutes par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit... (25)". Enfin, en vertu de l'article 1571, "De l'actif originaire sont déduites les dettes dont il se trouvait grevé, réévaluées, s'il y a lieu, selon les règles de l'article 1469, troisième alinéa (26)".

### 1 - Vers l'action paulienne

L'article 1578 rend recevable l'action paulienne contre le partage judiciaire de la communauté mais limite le délai d'exercice de l'action à deux ans alors que le délai de droit commun est de trente ans (27). Il est intéressant de remarquer qu'en cette matière la référence est bilatérale, chacun des textes renvoyant à l'autre. L'article 1167 al. 2 rend ainsi la pareille aux textes spéciaux en énonçant que les créanciers "doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre «Des successions» ou au titre «Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux», se conformer aux règles

(23) Vocable lui-même à contenu variable, comp. J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, La dissolution de la famille*, Paris, LGDJ, 1991, n° 471 ; J. Rubellin-Devichi, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, 1996, n° 508, p. 160 ; C. Colombet, *La famille*, Paris, PUF, 3ème éd., 1994, p. 75 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *La famille*, précité, n° 912, p. 520.

(24) Article 1578 al. 3 du Code civil.

(25) Article 1476 du Code civil. Notons que dans le régime de séparation de biens, l'article 1542, décalque la formule de l'article 1476 en utilisant une rédaction adaptée à la situation : "Après le décès de l'un des conjoints, le partage des biens indivis entre époux séparés de bien, 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. Les mêmes règles s'appliquent après divorce ou séparation de corps. Toutefois, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit...".

(26) Article 1571 al. 2 du Code civil.

(27) Cass. com., 14 mai 1996, *JCP (E)* 1996, pan. 807.

qui y sont prescrites". L'utilisation de renvois réciproques permet de moduler clairement les propriétés de chaque régime tout en préservant un raccordement à un tronc commun (28). Nul doute qu'il y avait à l'esprit du législateur de 1965, la volonté de préserver la cohérence du droit positif mais aussi, *de lege ferenda*, l'intention d'aménager les fondations de futures réformes.

## 2 - Vers le partage entre cohéritiers

L'article 1476 comme du reste un certain nombre de textes des régimes matrimoniaux renvoient aux dispositions propres à la matière successorale, à l'indivision ou aux donations et testaments (29). Mais l'analogie entre la liquidation du régime matrimonial et le partage d'une succession ne méritait pas une parfaite identité de régime, l'emprunt n'est ainsi que partiel et l'article 1476 pose une réserve selon laquelle l'attribution préférentielle n'est *jamais* de droit (30). Ce n'est pas tant le fond de la règle qui est intéressant, ni même la sémantique utilisée que la chronologie des textes. L'on peut voir là l'utilité de la législation par référence. Lorsqu'en 1965, le législateur rattache la liquidation du régime de communauté au partage entre cohéritiers, la rénovation du droit de l'indivision n'a pas encore eu lieu. La référence faite à de grands ensembles de textes a ainsi permis d'anticiper les réformes futures sans déstructurer la législation positive (31). L'utilisation des références dérogatoires permettaient de préserver la spécificité de certains régimes par rapport à un fonds commun tout en maintenant une cohérence dynamique liée à la mutation de l'ensemble de la législation du Code civil. Cela supposait des législateurs des années soixante et soixante-dix qu'ils abordent les réformes du droit civil de manière globale en interrogeant toutes les notions connexes aux matières sur lesquelles ils légiféraient. M. le doyen Cornu rappelait d'ailleurs que les codificateurs du Nouveau code de procédure civile avait dû travailler à partir du Code civil (32). Mais ce souci de maintenir l'influence du droit commun comme point de rattachement des droits spéciaux connaît des hauts et des bas. Les régimes matrimoniaux spéciaux relatifs aux agriculteurs (33), artisans et commerçants (34) restent sous l'influence du droit civil au moins pour ce qui concerne leur régime impératif primaire. L'autonomie n'était pas souhaitée mais les dérogations sont importantes (35). Car bien évidemment, la dérogation crée l'absence. Plus on

(28) Pour un autre exemple, voir les articles 238 et 240 du Code civil. Les deux textes se répondent pour justifier que le juge peut d'office rejeter la demande en divorce pour rupture de la vie commune dans le cas où le conjoint serait atteint d'une altération grave des facultés mentales.

(29) Voir par exemple l'article 1392 al. 1er ("Cette mise en demeure ne peut avoir lieu avant l'expiration du délai prévu au titre «Des successions» pour faire inventaire et délibérer"), et l'article 1513 qui répète la même formule. Voir aussi l'article 1527 al. 2 (...au-delà de la portion réglée par l'article 1098, au titre «Des donations entre vifs et des testaments»...). Voir enfin le panachage des régimes de séparation des biens et de communauté d'acquêts que propose le régime de participation aux acquêts. Selon l'article 1569, "...Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final..."

(30) Comp. à l'article 832-1 du Code civil.

(31) La même réflexion peut être faite à propos de la réforme de la tutelle des mineurs et de la puissance paternelle puis de l'autorité parentale.

(32) G. Cornu, "L'élaboration de la procédure civile", in B. Beignier (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 71.

(33) Article L. 321-1 s. du Code rural.

(34) Articles 2 à 9 de la loi du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.

(35) Ph. Rémy, "Exploitation agricole et statut civil des époux", *Dr. rural* 1981, p. 240 : "Le droit morcelé et parcellisé qu'on fabrique ainsi est toujours du mauvais droit; loué soit le législateur qui

déroge, moins on emprunte et au lieu de maîtriser la qualité et le nombre des concepts, on crée des sphères d'autonomie. Tous les sous-ensembles du droit privé issus de l'éviction du droit commun répondent à cette préoccupation et à ce désir de spécialité qui est censé libérer la matière autonome des contraintes interprétatives pesant sur le droit civil. Comme un effet pervers de la législation par référence dérogatoire, il est fréquent de substituer la création de régimes nouveaux à des raisonnements d'analogie fondés en raison (36). Mais si l'on a pu ainsi en d'autres matières regretter l'éclatement du droit civil (37), le droit de la famille en général et le droit patrimonial de la famille en particulier apparaissent généralement comme des oeuvres de rationalisation de la législation plutôt réussies. Depuis les années soixante-dix, des réformes, plus ou moins profondes, ont toutefois continué de retoucher çà et là la législation familiale. L'on peut raisonnablement avoir l'impression que les renvois et les emprunts se superposent parfois de manière peu réfléchie parce que les textes sont d'époques et de styles différents, qu'ils répondent à des finalités différentes, ou parce que les rédacteurs peuvent utiliser la législation par référence, non comme une technique permettant une meilleure accession à la connaissance de la loi mais comme une facilité rédactionnelle.

## 3 - Vers la récompense

Lorsque la loi utilise un concept, c'est parfois un corps de règles qui est visé. Les textes du droit des régimes matrimoniaux qui, pour déterminer la nature des biens ou la consistance des obligations des époux ont recours à la notion de récompense (38), renvoient implicitement aux articles 1468, 1469, 1470, 1473 définissant les modalités de calcul et de règlement des sommes dues en récompense. On le perçoit mieux à partir de l'article 1571 al. 2, texte régissant la participation aux acquêts, qui, ne visant que l'alinéa 3 de l'article 1469 (39), n'emprunte que partiellement au régime de droit commun un mode d'évaluation des actifs et par voie de conséquence, déroge au régime de la récompense. S'il y a bien une difficulté à admettre que les termes "sauf récompense" désignent un ensemble de textes, il reste que la récompense est tout à la fois une notion juridique dont on peut discuter la nature, et un mode de calcul auquel il est fait référence (40). L'on touche là une autre

encore une fois nous a évité le pire (mais le pire seulement) en ne fabricant pas un régime matrimonial d'agriculteurs".

(36) C. Atias, "Hypothèses sur la doctrine en droit commercial", *Mélanges Roblot* 1984, p. 38.

(37) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1964, n° 16 s., p. 21 s.; C. Atias, "Déclarer le droit commun ou un droit à découvrir", *Corps écrits*, n° 27, 1988, p. 71.

(38) Voir les articles 1404, 1407, 1412, 1416, 1433, 1437.

(39) "La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant.

Elle ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire.

Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien".

(40) Dans la même veine, lorsque l'article 1474 énonce que "les prélèvements en biens communs constituent une opération de partage", c'est à la fois une définition du prélèvement et le rattachement au régime du partage. Il est bien clair que les difficultés ne s'estompent pas toujours avec ce genre d'assimilation. Voir pour un état des questions, G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, 7ème éd., 1995, p. 608.

véritable difficulté de la législation, celle de la maîtrise du corpus légal par la définition législative des concepts (41).

### CONCLUSION

Ce ne sont pas tant les contradictions et les controverses qui nous paraissent indésirables que le manque de sens. Quelles que soient les expressions et les techniques utilisées pour renvoyer, emprunter, déroger ou inventer, les questions surgiront d'où on ne les attend pas. La législation par référence comme l'ensemble de la législation paiera son tribut à l'interprétation judiciaire et aux rationalisations doctrinales. Les rattachements à des régimes juridiques connus, formalisés par des renvois ou des répétitions, ponctués ou non de dérogations, elles-même innovantes ou reprises, permettront *grosso modo* à l'interprète de cheminer parmi les notions. L'essentiel ne sera pas alors la forme mais le contenu des règles. Si danger il y a, il viendra de l'utilisation inconséquente de la technique du renvoi (42), car après tout, l'on pourrait très bien trouver au bout d'une cascade de renvois un texte abrogé ou pire, le texte initial.

(41) Voir J.-L. Bergel (dir.), *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, in Cahiers de méthodologie juridique, *RRJ* 1986, n° 27 et *RRJ* 1987, n° 31.

(42) On pense aux renvois en cascade qui prennent leur source dans le régime de la tutelle des mineurs. Voir l'article 389-5 pour un renvoi à l'article 466, pour un renvoi aux articles 815 et suivants à savoir une référence au régime de l'indivision et de l'action en partage, pour un renvoi par l'article 815 al. 3 aux articles 832 à 832-3, pour un renvoi à une panoplie de régimes tirés des dispositions spécifiques aux biens agricoles et au Code rural. Cette cascade de renvois n'a rien d'une hypothèse d'école, elle concerne l'exercice de l'autorité parentale et la gestion des biens de l'enfant qui aurait dans son patrimoine des biens agricoles.