

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 éprouve 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 renouvellements 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.*
Portalis

..

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.