

## 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-t-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 litère 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.

\* Cahiers de Méthodologie Juridique N° 19, 2004, RRJ 2004-5.

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 le juge, 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<sup>e</sup> 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 éparses, 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 foin 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> siècle qu'un code ouvrant le XX<sup>e</sup> 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 œuvre 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<sup>e</sup> siècle, le droit naturel. L'esprit et les dispositions du code étaient dûs 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 nouvelle donne. 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 Jossierand ; 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<sup>e</sup> 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 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 délaisser 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 délaisser 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> siècle ou du début du XX<sup>e</sup> siècle ?

Le premier code brésilien, qui était 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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.