

Article

« "Codes et codification" : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et le bicentenaire du Code Napoléon »

Michel Grimaldi

Les Cahiers de droit, vol. 46, n°1-2, 2005, p. 11-28.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043826ar>

DOI: 10.7202/043826ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

« Codes et codification » : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et le bicentenaire du *Code Napoléon*

Michel GRIMALDI*

Lors du centenaire du Code Napoléon, la grande question qui divisait les juristes était celle de savoir s'il fallait réviser le Code civil. En 2004, elle est de savoir s'il faut travailler à l'édification d'un code civil européen. Alors que l'inflation et la souveraineté des jurisprudences européennes font craindre à plusieurs observateurs une dérive du droit européen vers la tradition de common law, l'élaboration d'un code civil permettrait peut-être d'ancrer le droit privé européen dans la tradition du droit écrit. La formulation d'un code en plusieurs langues est un défi de taille, mais qui n'est pas insurmontable, puisque la Suisse, la Belgique et le Québec y sont déjà parvenus. La principale difficulté évoquée par les juristes qui envisagent une révision du Code civil français ou l'élaboration d'un possible code européen est celle de définir les idéaux qui sous-tendent un tel projet. En effet, les valeurs collectives sont en crise. Depuis la consécration des droits de l'homme dans des textes auxquels a été reconnue une primauté sur les autres lois, la recherche du point d'équilibre entre les intérêts particuliers n'est plus l'affaire du législateur, mais du juge. Enfin, dans le contexte européen, l'impérialisme des valeurs marchandes tend à une instrumentalisation du droit privé.

During the first centennial of the Napoleonic Code, the question foremost in the minds of jurists was whether or not it would be necessary

* Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II) et Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

to revise the Civil Code. Today in 2004, the question now is whether or not it would be necessary to lay the groundwork for a European Civil Code. While the boundless growth in European jurisprudence is making many observers fearful of a drift in European law towards the common law tradition, the drafting of a civil code would make it possible to secure European private law in the tradition of jus scriptum. The formulation of a code in several languages is a daunting challenge, but one which is hardly insurmountable since Switzerland, Belgium and Québec have already proven this point. The main difficulty raised by jurists who envision a review of the French Civil Code or the drafting of a possible European code lies in the defining of ideals that would form the basis of such a project. Indeed, ours is a time of crisis in collective values. Since the enshrinement of human rights in texts giving such rights primacy over other legislation, the search for the median point between individual interests is no longer the legislator's business, but that of judges. Lastly, within the European context, market value imperialism tends towards an instrumentalization of private law.

	<i>Pages</i>
1 Le principe de la codification	15
2 Le style de la codification	20
3 Les idéaux de la codification	24
Conclusion	28

Que je vous dise, d'abord, l'honneur que je ressens à ouvrir ce colloque qui réunit à l'Université Laval, autour du thème « Codes et codification », tant de personnalités venues d'horizons si divers. L'actualité du sujet, en cette année où l'on célèbre à la fois le dixième anniversaire du *Code civil du Québec* et le bicentenaire du Code civil français, éveille immédiatement l'intérêt. Et la profusion comme la richesse des rapports annoncés le stimulent vivement, au point même de donner le vertige.

Que dire en ouverture de pareilles rencontres ?

D'abord, assurément, féliciter et remercier ceux qui en ont conçu et réalisé le projet.

Mais ensuite ?

Il serait superflu d'annoncer et de mettre en perspective la quarantaine de rapports annoncés sur les codes passés, présents ou à venir, sur les codes, non seulement du Québec et de la France, mais aussi de l'Algérie, du Brésil, de l'Argentine, de la Belgique, de la Chine, du Japon, de la Roumanie, du Vietnam, sans oublier l'Afrique francophone et l'Europe, et sur la codification, outre du droit civil, du droit commercial, du droit international privé, du droit du travail ou du droit du commerce international. Tous ces rapports, en effet, ont déjà été deux fois ordonnés par les organisateurs. D'abord dans un document destiné à les susciter et qui appelait à une réflexion sur quatre thèmes aux intitulés parfois nimbés de ce léger halo de mystère qui pique la curiosité : « Codes et dialogues », « Codes et cultures », « Codes et ordres normatifs », « Codes et temps ». Ensuite, dans le programme définitif, d'où tout mystère n'a d'ailleurs pas disparu, ne serait-ce que dans l'usage du singulier et du pluriel, puisqu'au pluriel des codes répond le singulier de la codification : « Codes et codification ».

Aussi, finalement, ai-je résolu, avec l'accord des organisateurs, de m'en tenir, au seuil de ces journées, à une évocation sans rigueur des manifestations commémorant le bicentenaire du Code civil français. De celles de ces manifestations auxquelles il m'a été donné d'assister, je voudrais vous dire les thèmes qui m'ont paru émerger et qui, à la lumière de l'expérience du *Code civil du Québec*, sont de nature à nourrir une réflexion sur les codes et la codification.

Un mot d'abord sur le ton, sur l'ambiance.

Pas plus que ne l'avait été son centenaire en 1904, le bicentenaire du Code civil français n'aura été, en 2004, un moment où l'on aurait simplement célébré dans la communion et dans la paix de ce que l'on appellerait au Japon un « trésor national ». Le bicentenaire aura été, comme l'avait été le centenaire, l'occasion de débats d'une rare intensité, d'échanges d'une extrême vivacité.

Simplement, d'un siècle à l'autre, la question — la grande question — n'est plus tout à fait la même.

En 1904, la question sur laquelle on s'oppose est celle de la révision du Code civil. Le choc est frontal, comme le montre le *Livre du centenaire*¹. À Larnaude, qui intitule sa contribution « Le code civil et la nécessité de sa révision² », Planiol réplique en titrant le sien « Inutilité d'une révision

1. *Le Code civil 1804-1904: livre du centenaire*, Paris, Dalloz, 2004. [éd. originale: 1904].

2. *Id.*, p. 901.

générale du Code civil³». Et, alors que Larnaude débute en ces termes : «Faut-il réviser le Code civil? Je réponds : oui, sans hésiter, et j'ajoute : Faisons cette révision au plus tôt⁴», Eugène Gaudemet, épaulant Planiol, conclut : «Le droit privé en France n'a pas besoin d'un Code nouveau⁵». Et Larnaude, toujours, d'expliquer, non sans outrage, au soutien de son appel à la révision, que, par suite de lois spéciales et de jurisprudences prétoriennes, le Code civil serait devenu un «véritable trompe-l'œil⁶» : «Nous avons — poursuit-il — un droit civil, mais nous n'avons plus de Code civil⁷.» À quoi Planiol oppose un certain scepticisme et même un certain pessimisme législatif : «En bien des cas, une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux, dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue. S'il n'en était pas ainsi, depuis tant de siècles que les gouvernements s'occupent d'améliorer les lois, dans quel Paradis terrestre nous nous sentirions vivre⁸.»

En 2004, la question qui divise est celle d'un code civil européen. Dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne, là même où 100 ans plus tôt l'on avait célébré le centenaire, et dans la grande salle du Palais des congrès de Paris, bâti depuis lors et où les notaires de France tiennent leur 100^e Congrès autour du Code civil⁹, l'affrontement est vif, entre trois voix cette fois. La première clame que le Code civil français n'est plus qu'une chair flétrie sur une ossature défaite, et que le salut pourrait venir d'un code européen à l'élaboration duquel il faut prêter la main¹⁰. La deuxième affirme la double nécessité, d'une part, de poursuivre la révision du Code civil français, qui a le mérite d'exister et qui conserve fière allure en bien des domaines, et, d'autre part, de participer aux travaux engagés dans la perspective d'un éventuel code européen, ne serait-ce que pour y faire entendre la voix du

3. *Id.*, p. 955.

4. *Id.*, p. 901.

5. M. PLANIOL, «Les codifications récentes et la révision du Code civil», dans *op. cit.*, note 1, p. 986.

6. *Id.*, p. 911.

7. *Ibid.*

8. *Id.*, p. 958.

9. Congrès des notaires de France, *Code civil, Les défis d'un nouveau siècle, 100^e Congrès des notaires de France, Paris, 2004*, Paris, Litec, 2004. Voir les travaux de la première commission, *L'avenir d'une révolution*.

10. P. RÉMY, «Regards sur le Code», dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, p. 99 et suiv.

droit français et en défendre les valeurs¹¹. La troisième, enfin, repousse toute participation à une entreprise qui pourrait favoriser l'écllosion d'un code civil européen et exhorte les forces de la doctrine à ne travailler que pour le seul *Code civil des Français* ; elle en appelle à la résistance et fustige la collaboration¹².

S'il est utile de relever la vivacité, parfois même l'outrance, du ton de 1904 comme du verbe de 2004, c'est qu'elles révèlent toute la charge affective, toute la charge symbolique que porte un code civil, lieu d'identification nationale, lieu de mémoire¹³.

Sur le fond, trois thèmes principaux ont émergé, qui déjà étaient au centre des travaux du centenaire : le principe de la codification (1), le style de la codification (2) et les idéaux de la codification (3).

1 Le principe de la codification

De ce principe, nos deux codes civils, le français et le québécois, sont aujourd'hui donnés en exemples.

Longtemps, le Code Napoléon est resté l'emblème de la codification : il fut la source presque exclusive du mouvement de codification qui se propagea dans le monde durant le XIX^e siècle¹⁴. Certes, beaucoup de pays auxquels il fut imposé par la force des armes, ou qui l'adoptèrent spontanément mais avec une précipitation excessive, ensuite le rejetèrent ou le modifièrent profondément. Mais ce fut pour se donner un autre code civil :

-
11. M. GRIMALDI, *Compte rendu des travaux des commissions*, dans Congrès des notaires de France, *op. cit.*, note 9, p. 47 et suiv. Précisons, s'il le faut, qu'il s'agit de faire entendre la voix du droit français, et non de faire, à quiconque, on ne sait quelle «allégeance» : Y. LEQUETTE, «D'une célébration à l'autre», dans P. CATALA, Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *1804-2004. Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 34.
 12. Y. LEQUETTE, «Rapport de synthèse du 100^e Congrès des notaires de France», *Répertoire de notariat Defrénois*, 2004, art. 37991.
 13. Sur cette idée, voir J. CARBONNIER, «Le Code civil», dans P. NORA et autres, t. I : «Les lieux de mémoire», t. II : «La nation», 2^e vol., Paris, Gallimard, 1986, p. 293 et suiv.
 14. Voir notamment : SEMAINE INTERNATIONALE DE DROIT, *L'influence du Code civil dans le monde : travaux de la Semaine internationale de droit*, Paris, 1950, Paris, Pédone, 1954 ; *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIV, Journées franco-italiennes de 1993, Litec, 1994 ; M. GRIMALDI, «L'exportation du Code civil», *Pouvoirs*, n° 107, 2003, p. 80 et suiv. Et pour un état des lieux lucide, de la situation présente, voir X. BLANC-JOUVAN, «L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes», dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, *op. cit.*, note 10, p. 477 et suiv.

si donc, ils repoussèrent tout ou partie du contenu du Code Napoléon, tel ou tel de ses idéaux, comme la laïcité¹⁵, ils conservèrent de lui le principe de la codification.

Aujourd'hui, le nouveau *Code civil du Québec* est, à son tour, l'incarnation de la codification. Montré en exemple dans les pays qui hésitent à entreprendre ou à parfaire le rajeunissement de leur code vieilli, il est aussi une source d'inspiration pour les pays qui se donnent un code où leur droit civil se trouve entièrement reconstruit, par exemple les pays de l'Europe de l'Est¹⁶.

Distants de près de deux siècles, ces deux codes montrent ensemble l'extraordinaire vecteur de diffusion qu'est pour un droit civil le code qui le porte.

Encore faut-il préciser la codification dont on parle.

Ni dans le cas du *Code civil du Québec*, ni dans celui du Code Napoléon, il ne s'agit d'un simple rassemblement, d'une vulgaire compilation de dispositions éparées. Il s'agit d'un exposé rationnel et cohérent du droit civil, d'un corpus qui, selon une heureuse expression, « réunit » et « unit »¹⁷ et qui établit ainsi le droit commun. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* le dit fort bien : « Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. » On dirait, aujourd'hui, qu'il s'agit, non pas d'une codification à droit constant, mais d'une codification normative¹⁸.

Pour autant, il ne faut pas opposer ces deux variétés de codifications. D'un côté, même si elle est d'ambition plus limitée, la codification à droit

15. *Supra*, note 10.

16. P.-G. JOBIN et J.-L. BAUDOIN, « Le Code civil français et les Codes civils québécois », dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire, op. cit.*, note 10, p. 650.

17. A.-F. BISSON, « Effet de codification et interprétation », (1986) 17 *R.G.D.* 359, cité dans P.-A. CRÉPEAU, *La réforme du droit civil canadien : une certaine conception de la recodification, 1965-1977*, Montréal, Thémis, 2003, p. 19. Voir à propos du Code Napoléon : C.E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1819, avertissement, p. IV : « Le Code civil devant être considéré dans son ensemble comme ne formant qu'une seule loi, chaque article doit être entendu dans ses rapports, non seulement avec les autres articles du même titre, mais encore avec les articles des titres antérieurs ou subséquents » ; G. CORNU, « Réflexions en attendant le tricentenaire », dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire, op. cit.*, note 10, p. 713 : « Un corps uni de règles sur l'ensemble des matières civiles. »

18. Sur la codification, en général, voir R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002.

constant ne se borne pas à empiler les textes, mais se propose d'en harmoniser la forme et d'en ordonner la présentation. Elle facilite ainsi la connaissance du droit et concourt à la sécurité juridique¹⁹. Elle prépare aussi la codification normative, car, comme toute mise en ordre, elle révèle les lacunes et les contradictions du droit existant, comme elle en dégage les lignes de force. D'un autre côté, la codification normative est souvent, pour une large part, une codification à droit constant : le Code civil de 1804 le fut, pour l'essentiel, en droit des obligations, d'où, sans doute, le silence assourdissant en cette matière du Discours préliminaire de Portalis ; et le nouveau *Code civil du Québec* ne contiendrait, dans ses 3 168 articles, qu'un cinquième de droit nouveau.

Toujours est-il que le principe de la codification — de la codification normative — est aujourd'hui d'une fringante vitalité. On codifie un peu partout dans le monde : les pays déjà pourvus d'un code civil le rajeunissent ou le refondent²⁰ ; les pays émergents qui en sont dépourvus s'emploient à s'en donner un²¹. En cette année du bicentenaire du Code Napoléon, on ne peut que se réjouir de cet engouement. Et les juristes de droit civil parent la codification de nombreux mérites. Voici les trois principaux, que les travaux exposés dans le présent colloque mettront sans doute à l'épreuve.

Premièrement, le droit codifié est, dit-on, un droit plus démocratique. Œuvre du législateur, il exprime la volonté du peuple, alors que, créé par les tribunaux et les cours, le droit de common law émane de la classe des juristes, de la caste des juges : la volonté générale se dégage du débat parlementaire, mieux que d'un délibéré judiciaire²².

Encore faut-il rappeler que, pour faire adopter son code civil, Napoléon dut épurer le Tribunal, le purger de ceux qu'il appelait « deux douzaines de métaphysiciens bons à jeter à l'eau²³ ». Plus généralement, il est permis

19. P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, n° 123 : « Plus il y aura de codes pour « parquer » les lois existantes, moins il y aura de textes en liberté : ce droit « en captivité » se laissera enfin découvrir ; il sera plus facilement connaissable par les justiciables. » Comparer avec F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 342 : « La tromperie du droit constant ».

20. Ce sont le Québec, les Pays-Bas, l'Allemagne, l'Argentine, le Brésil notamment.

21. Pensons au Vietnam et à la Chine. À ces pays s'ajoutent ceux qui furent naguère dotés de codes, mais de codes engloutis lors du naufrage du système juridique socialiste : la Russie, la Bulgarie, la Pologne, la Roumanie et bien d'autres.

22. Encore que la justice est généralement rendue au nom du peuple ; et que, dans les pays de common law, la révélation des opinions dissidentes évite l'opacité que crée le secret du délibéré.

23. R. BADINTER, *Le plus grand bien*, Paris, Fayard, 2004, p. 62.

de se demander si la codification, œuvre d'autorité, n'est pas souvent une ambition de despote éclairé ou le rêve d'une doctrine en mal d'action. Pensons à la critique opposée à la codification européenne, suspectée d'être le fruit d'une prise de pouvoir doctrinale ; et écoutez comment Larnaude, en 1904, conçoit la révision du Code civil : « Il apparaîtra comme sacrilège de faire composer par des députés et des sénateurs, la plupart sans instruction spéciale, ne vivant et ne pensant qu'en politiciens, l'œuvre juridique de premier ordre qu'est le Code civil ! Concevrait-on qu'on confiât une réparation d'automobile Mors ou Mercedes à un forgeron de village²⁴ ? »

Deuxièmement, la codification est saluée par tous comme un instrument de stabilisation et de clarification du droit, et donc comme le gage d'un droit intelligible et accessible. On ne saurait nier ni la réalité ni l'importance de ces avantages : Portalis y insiste dans son Discours préliminaire ; et, en France, le Conseil constitutionnel a reconnu dans l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi un objectif de valeur constitutionnelle²⁵.

Seulement, on voit bien aujourd'hui les difficultés éprouvées à maintenir la codification à ce niveau de vertu.

D'une part, même codifiée, même élevée au niveau d'un code, une législation nouvelle tombe souvent sous le coup de révisions rapides, parfois même répétitives. La plupart des grandes réformes pour lesquelles Carbonnier a tenu la plume, au cours des années 60 et 70, ont été depuis profondément remaniées, parfois à de multiples reprises. Rythmé par de telles cadences, le temps des lois est-il toujours celui des codes ?

D'autre part, une codification clarificatrice et stabilisatrice se heurte à trois défis qu'il faut avoir la lucidité d'identifier et le courage de relever : l'éclatement du droit civil hors le Code civil, le renouvellement des sources internes et la prolifération des sources internationales²⁶.

Le droit civil se trouve aujourd'hui, pour une large part, hors le Code civil : non seulement dans des lois non codifiées (en France, les lois sur les baux d'habitation ou sur la copropriété ; au Québec, les lois sur la protection du consommateur), mais aussi dans d'autres codes, plus jeunes (en

24. *Op. cit.*, note 1, p. 919.

25. Cons. constit., 16 déc. 1999, décis. n° 99-421 J.O. 22 déc. 1999, p. 19041. ; (2000) 99 *Rev. trim. dr. civ.* 186, obs. N. Molfessis.

26. J.-L. AUBERT, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, *op. cit.*, note 10, p. 123 et suiv. ; L. VOGEL, « Recodification civile et renouvellement des sources internes », dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, *op. cit.*, note 10, p. 159 et suiv. ; Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, *op. cit.*, note 10, p. 171 et suiv.

France, le *Code de la consommation*, le *Code monétaire et financier* ou le *Code de l'action sociale et des familles*, qui accueillent des pans entiers du droit des contrats, du droit des sûretés, du droit des personnes et de la famille).

Quant à ses sources internes, le droit civil est alimenté, non plus seulement par la loi, mais aussi par les décrets, pour ne rien dire des arrêtés et circulaires ; non plus seulement par la jurisprudence judiciaire, au demeurant de plus en plus prétorienne, mais aussi par la jurisprudence constitutionnelle avec des réserves d'interprétation dont la portée reste incertaine²⁷ ; à quoi s'ajoutent les décisions de différentes autorités administratives indépendantes, comme la Commission nationale des clauses abusives ou le Conseil de la concurrence.

Quant à ses sources internationales, et pour s'en tenir à l'Europe, les traités fondateurs de l'Union européenne et leur droit dérivé, d'une part, la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, d'autre part, forment, avec les jurisprudences prétoriennes de Luxembourg et de Strasbourg, un droit abondant et parfois instable, habile de surcroît à dissoudre le droit national²⁸. Cet enchevêtrement des sources est particulièrement déstabilisateur pour le droit civil français, la France étant, de longue date, un État unitaire et un pays où le juge est le serviteur de la loi²⁹. Nul ne s'étonnera que le droit civil québécois s'accommode mieux d'un tel pluralisme, le Québec étant une province où s'exercent en concours les compétences provinciale et fédérale et où, avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, la tradition judiciaire de common law se fait sentir.

Troisièmement, enfin, un code civil est le signe, le symbole de l'appartenance à une culture juridique de droit civil : il n'y a point de code civil dans un authentique pays de common law. Ainsi, au Québec, le Code civil de 1994 a été présenté comme l'expression « d'une volonté irréductible

27. Ces réserves d'interprétation suscitent bien des questions, et sur leur autorité, et surtout sur leur pérennité, qui, si elle était admise, figerait le texte et le priverait ainsi du bénéfice d'une interprétation évolutive.

28. C'est le cas depuis que la Cour de cassation et le Conseil d'État décident que les conventions internationales priment la loi : Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre* : D. 1975.497, concl. Touffait ; Cons. d'État, 20 octobre 1989, *Nicolo* : J.C.P. 1989.II.21371, concl. Frydman. Sur cette question, voir F. TERRÉ, *op. cit.*, note 19, p. 213, n^{os} 219 et suiv.

29. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25^e éd., Paris, P.U.F., 1997, p. 243, n^o 141 (à propos de la Cour de Strasbourg) : « Tandis que, dans notre système de légalité issu de la Révolution, la loi peut casser la jurisprudence, ici c'est la jurisprudence qui casse la loi. »

d'assurer la survie, au Canada, de la tradition juridique française³⁰». Et, partout dans le monde où les codes civils fleurissent, c'est, dit-on, la culture de droit écrit qui s'épanouit.

D'où, d'ailleurs, l'idée qu'un éventuel code civil européen pourrait être un moyen d'ancrer le droit européen dans la tradition juridique civiliste. Aujourd'hui, en effet, où l'inflation des jurisprudences européennes, leurs audaces et surtout leur soustraction à tout véritable contrôle législatif conduisent à se demander si le droit européen, surtout celui qui est secrété à Strasbourg, ne dérive pas vers le système de common law, un code civil européen ne pourrait-il redresser le cap³¹ ?

2 Le style de la codification

Un code civil, c'est un style, une certaine manière d'exprimer la règle de droit³². Maintes fois, en cette année jubilaire, le Code de 1804 a été loué pour sa langue. Il l'a été pour ses règles énoncées en termes simples, et non savants ; en termes généraux, et non particuliers.

À la simplicité de son style, à sa langue « populaire³³ », l'on doit des textes compréhensibles par tous. Celui, par exemple, définissant la propriété 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 par les règlements » (art. 544). Ceux, encore, lus aux époux lors de la célébration du mariage : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance » (art. 212) ; « Le mari doit protection à sa femme, la femme

30. Voir S. LORTIE, « Avant-propos », dans P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 17, p. XIII.

31. C'est le cas, sans préjudice de ce que pourrait être un tel code : un code qui évincerait les codes nationaux ou s'y ajouterait (seule solution aujourd'hui raisonnable) ; un code plénier ou un code limité au patrimoine, voire aux obligations et même aux seuls contrats ; un code limité ou non aux relations transfrontalières ; un code obligatoire ou optionnel, et, dans ce cas, avec une option soit d'entrée, soit de sortie, de sorte qu'il serait applicable soit sur demande, soit par défaut. De cet éventuel code, tout ce qui pouvait être auguré ou imaginé a été dit en ce bicentenaire. Sur cet hypothétique code européen, voir notamment : G. CORNU, *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, D. 2002.351 ; B. FAUVAUQUE-COSSON, « Vers un Code civil européen ? », (2000) 99 *Rev. trim. dr. civ.* 463 ; Y. LEQUETTE, *Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar*, D. 2002.2202 ; P. MALINVAUD, *Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats*, D. 2002.2542 ; C. WITZ, *Plaidoyer pour un Code européen des obligations*, D. 2000.79 ; C. WITZ, « L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain », dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, *op. cit.*, note 10, p. 687 et suiv.

32. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 17, p. 23.

33. E. Huber (qui fut le père du Code civil suisse) est cité par A. MARTIN, « Le Code civil dans le canton de Genève », dans *op. cit.*, note 1, p. 895.

obéissance à son mari » (art. 213, depuis modifié...); « La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état » (art. 214, depuis modifié...). La feuille de route était rude, mais elle était claire...

À la généralité de la formulation, abstraite du détail, l'on doit des règles souples et flexibles, que la jurisprudence pourra aisément adapter aux réalités nouvelles. Dans le premier alinéa de l'article 1384, la Cour de cassation découvrira, à la fin du XIX^e, un principe général de responsabilité du fait des choses, puis, à la fin du XX^e, du fait d'autrui. L'article 1134, par l'analogie qu'il établit entre le contrat et la loi, lui fournira la justification des solutions les plus rigoureuses déduites du principe de l'autonomie de la volonté, avant de lui fournir à présent, par la bonne foi qu'il exige dans l'exécution du contrat, le fondement de solutions novatrices que prône un solidarisme contractuel.

Cette qualité de style se retrouve très généralement, par la grâce de la plume de Carbonnier, dans le Code civil français d'aujourd'hui, là où il a été refondu : principalement, en droit des personnes et de la famille³⁴. Qu'elle se perpétue dans la codification à venir, c'est le vœu qui a été unanimement formulé lors des fêtes du bicentenaire.

La qualité de style a aussi été, au Québec, une préoccupation majeure des rédacteurs du Code civil, comme le révèle le dessein affiché d'énoncer une règle de droit « accessible au « citoyen avisé », pure, autant que possible, de « tout jargon professionnel³⁵. » Et que ce dessein ait été accompli, c'est ce qu'illustre la qualité de nombreux textes, tels les articles 1375 et 2805 sur la bonne foi, 1405 sur la lésion ou 708 sur la capacité testamentaire du mineur.

Pour autant, et si précieuse que soit la simplicité de la langue, il ne faut pas nourrir trop d'illusions sur le nombre de citoyens qui, au cours de leur vie, ont un code civil entre les mains et y consacrent quelque instant

34. On n'en déplorera que davantage la facture médiocre, et parfois même calamiteuse, de certains nouveaux articles. Voyez, issu de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, le très lourd article 515-3 qui régleme la formation du pacte : le fond aurait-il été tant débattu qu'il aurait détourné de la forme ? Faible excuse, mais qui vaut peut-être aussi pour le très indigeste article 758-5, issu de la loi successorale du 3 décembre 2001. Rien, en tout cas, ne saurait pardonner des incorrections comme celle de l'article 265, al. 2, issu de la loi sur le divorce du 26 mai 2004, qui vise les avantages matrimoniaux et dispositions à cause de mort « accordés par un époux *envers* son conjoint ».

35. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 17, p. 28.

de lecture. Certes, de fort beaux articles en sont lus en mairie à ceux qui se marient... mais l'oreille qui leur est prêtée en ce jour de fête est sans doute distraite... En vérité, plus qu'au citoyen, plus qu'au profane, c'est au professionnel du droit, à la communauté des juristes, que le Code s'adresse. Et c'est bien pourquoi il y a quelque confusion, quelque démagogie, à vouloir, sous prétexte de simplicité, éradiquer de la loi tous les termes techniques. Comme toute science, le droit a son vocabulaire, dont la richesse est l'expression de ses distinctions, qui traduisent elles-mêmes la diversité des choses. On s'étonnera donc qu'un avant-projet de loi, en France, propose de désigner du même vocable d'«héritier» tout successeur, qu'il soit institué par la loi, le testament ou le contrat, alors que la terminologie d'aujourd'hui, qui, selon le cas, nomme le successeur «héritier», «légataire» ou «institué contractuel», prévient une confusion entre des successeurs qui, à raison de ce qui sépare leurs titres, relèvent souvent de règles différentes.

Par ailleurs, n'admettre dans le Code civil que des règles générales, c'est en exclure une multitude de dispositions spéciales qu'il ne saurait pour autant être question d'abroger. Il s'ensuit qu'autour du Code civil, qui ne contient pas tout le droit civil, gravitent comme des satellites des lois spéciales ou des codes spéciaux. La difficulté est alors de trouver le critère de répartition. Voyez le sort réservé au droit de la consommation : non codifié au Québec, codifié en France en un code spécial, récemment intégré au Code civil en Allemagne. La difficulté est aussi d'éviter qu'un code civil, où il ne serait parlé ni du commerçant, ni du professionnel, ni du consommateur, ne devienne, en droit civil économique, un code virtuel.

En cette année 2004, la question du style de la codification a aussi été celle du plurilinguisme juridique et de la traduction juridique.

Beaucoup, en Europe, voient dans les nombreuses langues de l'Union européenne un obstacle majeur, décisif même, à l'élaboration d'un code européen. Ils dénoncent par avance un code dont l'expression même se ressentirait de traductions improbables et de compromis incertains ; un code dont la terminologie sacrifierait le vocabulaire juridique propre à chaque système, et qui, par là même, en dénaturerait les concepts. Ils redoutent de ce métissage une sorte d'espéranto juridique porteur d'un droit abâtardi.

Qu'il existe un lien entre le droit et la langue, c'est une évidence : l'un des arts du juriste n'est-il pas celui de la qualification ? Et que toute traduction porte, en droit comme ailleurs, un risque de trahison, c'est aussi une évidence : il en est de nombreux exemples³⁶.

36. Voir la suite du texte.

Et pourtant...

L'histoire montre que des codes ont été exportés dans des pays d'une langue autre que celle de leur pays d'origine. Telle fut, précisément, la destinée du Code Napoléon. Ce fut sa gloire que d'être traduit — et de l'être, non pas dans une perspective savante, d'étude ou de comparaison, mais dans le dessein pratique de son application à des populations non francophones — en italien, en allemand, en espagnol, en polonais, en russe... Certes, parmi ces traductions, il s'en trouve, notamment en Amérique latine et aussi en Serbie, qui furent entachées de très nombreuses erreurs³⁷. Mais c'est que les traducteurs allèrent souvent vite en besogne, car le temps leur était compté par leur lettre de mission³⁸. Et, en tout cas, les Français n'élevèrent point d'objection à cette diffusion de leur code en version indigène : le risque d'infidélité à la version originale ne leur parut pas tel qu'ils dussent, ici, renoncer à imposer la réception de leur code, ou, là, protester contre sa réception volontaire au nom d'un droit moral au respect de l'œuvre.

Et puis le droit comparé montre que des pays bilingues ou plurilingues, comme la Suisse, la Belgique et le Québec, ont su se donner un droit civil exprimé en deux ou plusieurs langues. Le nouveau *Code civil du Québec*, rédigé en français et en anglais, est d'un intérêt tout particulier compte tenu de l'importance du fait linguistique au Canada. Il illustre que la formulation d'une même règle en deux ou plusieurs langues n'est pas une simple affaire de traduction *de mots*, mais la recherche d'expressions qui, respectueuses du génie propre à chaque langue, puissent porter la même *idée* : entreprise difficile, certes, comme le montre la nécessité avérée de reprendre aujourd'hui la version anglaise de certains articles, mais qui n'est pas impossible³⁹. Il suggère aussi que, comme l'écrit M. Kasirer, « il n'y a rien d'inopportun dans un droit civil de tradition française qui s'exprime librement en une autre langue⁴⁰ ».

37. Voir M. GRIMALDI, *loc. cit.*, note 14, 88 et suiv.

38. *Ibid.*

39. Cette recherche pourrait, selon P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 17, p. 24, aider à la formulation et à l'interprétation de la règle : « Le bilinguisme législatif, dans la formulation même, idéalement par voie de corédaction, de la règle de droit, peut largement contribuer à la précision du vocabulaire juridique ; il peut aussi favoriser la compréhension des textes. »

40. Voir la préface de N. KASIRER, « Qu'est-ce que le droit civil canadien ? », dans P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 17, p. XVII.

3 Les idéaux de la codification

À une codification du droit civil, il faut une inspiration, une vision, des idéaux. Il n'est de véritable code civil que porteur des principes fondateurs d'une société.

Les idéaux du Code civil de 1804 ont été soulignés à l'envie, en cette année du bicentenaire. Ceux-là mêmes qui faisaient dire, imprudemment, au ministre représentant l'Angleterre au Congrès de Vienne: «Inutile de détruire la France, le Code civil s'en chargera⁴¹». *Idéal d'égalité*, qu'il illustre, en matière de successions, le coup de balai qui a chassé les privilèges de masculinité, d'aïnesse ou de premières noces. *Idéal de liberté*: liberté du propriétaire, auquel la plénitude de son droit confère la maîtrise souveraine de sa chose; liberté des contractants dont les conventions se nouent sans aucune contrainte de forme, transfèrent par elles-mêmes la propriété et leur tiennent lieu de loi. *Idéal de laïcité*, avec un état civil confisqué à l'Église et confié à la République; avec un mariage coupé de toute référence confessionnelle, dont la célébration est purement civile, obligatoirement civile, et qui est sujet à dissolution par divorce. Héritée de la Révolution, cette laïcité fut en maints endroits une cause majeure de résistance à la réception du Code: en Pologne, où très vite l'Église reprit les choses en main⁴²; au Royaume de Naples, où Murat suggéra de n'appliquer le Code qu'amputé du divorce, mais se vit opposer par Napoléon un impérial refus au motif que ce serait «châtrer» son code.

Et, aujourd'hui, les artisans du nouveau *Code civil du Québec* mettent en exergue les idéaux qu'ils ont poursuivis et qui les ont inspirés: la primauté et la dignité de la personne humaine, d'où procèdent l'égalité des filiations et celle des époux, la protection de la cellule familiale, notamment sur le plan successoral, l'élaboration d'un statut juridique offert aux unions de fait, et le réajustement du droit des contrats en vue de prévenir les abus qu'engendre la liberté contractuelle là où le fort traite avec le faible.

Mais, lors des fêtes du bicentenaire, sont clairement apparues les difficultés éprouvées à définir les idéaux qui pourraient inspirer les codificateurs de nos jours, qu'il s'agisse de la révision du Code civil français ou de l'élaboration d'un possible code européen. Il en est deux qui émergent.

La première difficulté est une *crise des valeurs collectives*, que submergent les droits individuels, exacerbés par l'idéologie — le fondamentalisme,

41. Cité par R. BADINTER, *op. cit.*, note 23, p. 79.

42. K. SOJKA-ZIELINSKA, «Le droit français privé dans le duché de Varsovie», dans *Code Napoléon et son héritage*, Lodz, Acta Univesitatis Lodziensis, 1993, p. 119 et suiv. Voir aussi B. LEWASKIEWICZ-PETRYKOWSKA, «Rapport sur la Pologne», dans *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*, note 14, p. 443-456.

diront certains — des droits de l'homme. Depuis plusieurs décennies, il tombe du ciel de Strasbourg une « pluie de droits de l'homme⁴³ », autour desquels peine à se construire le droit civil, qui, droit du groupe, est le lieu des compromis inhérents aux relations sociales comme des transactions nécessaires au bien commun : à preuve, la difficulté à résoudre la question de l'accouchement sous X, posée en termes de droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et de droit de la mère au secret de son accouchement... Il faut « civiliser⁴⁴ » ces droits fondamentaux.

Le phénomène est d'autant plus notable qu'il n'affecte pas seulement le fond du droit civil, mais aussi l'identité du système juridique. Car, une fois consacrés par une déclaration, une charte, une constitution, un traité international ou une loi, les droits fondamentaux ne trouvent plus leur limite que dans des principes ou des standards qui, tels le principe de proportionnalité (en Europe) ou le standard de la personne raisonnable (au Canada), sont entre les mains des tribunaux. Le point d'équilibre entre les intérêts particuliers, qu'il appartient au droit civil de définir, n'est plus l'affaire du législateur mais du juge. Le droit civil n'est plus dans le code mais dans les recueils de jurisprudence. Ce n'est plus dans les débats parlementaires mais dans la motivation des jugements que, sur une question donnée, se trouvent longuement pesées les données morales, sociales, économiques et juridiques. La dérive est visible vers le système de common law.

La seconde difficulté, qui touche plus précisément la codification du droit européen, est un *impérialisme des valeurs marchandes* : conséquence du primat reconnu au libéralisme, au libre-échange, sous l'influence d'une idéologie de marché, et d'un marché mondialisé. Dès lors que l'ordre juridique devient un ordre marchand, la logique de la concurrence peut faire plier des principes aussi sûrs, au moins en droit français, que celui de la réparation intégrale du préjudice⁴⁵ et conduire à la remise en cause d'institutions aussi traditionnelles que le notariat⁴⁶. Or, l'ordre civil ne peut se réduire à un ordre marchand⁴⁷. Il est d'autres valeurs que l'or et le profit :

43. L'expression est du doyen Carbonnier.

44. P. RÉMY, « Cent ans de chroniques », dans « Un siècle de Revue trimestrielle de droit civil », (2002) 101 *Rev. trim. dr. civ.* 665, *in fine*.

45. C.J.C.E., 25 avril 2002, aff. C-52/00, D. 2002.2462, note C. Larroumet : condamnation de la France qui, dans la loi de transposition de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, avait écarté la franchise de 500 euros pour les dommages causés aux biens.

46. Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 12.

47. *Ibid.* ; Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, note 11. Voir aussi P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », (2005) *Droit social* 123.

la sécurité, la responsabilité, la liberté, la dignité de la personne, la mise hors du commerce du corps humain, par exemple. L'ordre civil est celui de l'être autant que de l'avoir. Selon la belle expression du doyen Cornu, un code civil est *res publica*, et non *lex mercatoria*⁴⁸.

Joint à cela que la crise des valeurs collectives et l'impérialisme des valeurs marchandes provoquent une instrumentalisation du droit et font craindre, à l'échelon européen, son uniformisation, ce qui ne facilite pas l'œuvre de codification, comprise comme une œuvre fondatrice.

L'instrumentalisation touche le *droit civil* lorsque l'érosion des valeurs collectives fait que les individus y cherchent, et y trouvent, non plus une règle de conduite sociale, mais la technique qui leur permettra de satisfaire un intérêt égoïste, une convenance personnelle. Que devient la personnalité morale lorsque, cessant d'être l'expression d'un intérêt supérieur qui transcende les intérêts particuliers d'individus réunis sur un projet commun, elle dégénère en une simple technique de détention des actifs, et souvent de simple optimisation fiscale⁴⁹? Que devient la propriété, lorsque, réduite à une technique d'exclusion, elle dégénère, pour les besoins de créanciers menacés par la loi de la faillite, en une sûreté de premier rang?

L'instrumentalisation touche aussi le *droit communautaire* lorsque la logique de l'ordre marchand en fait un moyen de tenir en échec des règles nationales porteuses de valeurs⁵⁰. Ainsi, lorsqu'un juge anglais, en application du principe de la libre prestation de services, accorde à une femme l'autorisation d'exporter en Belgique, aux fins d'insémination artificielle, le sperme prélevé sur son mari quelques heures avant sa mort, alors que, faute de consentement explicite de celui-ci, cette insémination était interdite en Angleterre: la liberté de recourir aux services offerts dans un autre État membre tient en échec le droit de s'opposer à une paternité *post mortem*⁵¹. Ainsi encore, lorsque la Cour de Luxembourg condamne, au nom du libre accès des compagnies d'assurances étrangères au marché belge, la loi qui,

48. Ce discours a été prononcé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), à l'occasion de la publication de l'ouvrage de P. CATALA, Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *op. cit.*, note 10.

49. Voir notamment: D. PONTON-GRILLET, «L'«instrumentalisation» du droit patrimonial de la famille: l'art de dissimuler le transfert taxable au moyen d'un outil civil», *Dr. fam.* mars 2000, n° 7.

50. C.U. SCHMID, «Le projet d'un code civil européen et la Constitution européenne», dans le présent numéro.

51. Arrêt *Blood*, cité par C.U. SCHMID, *loc. cit.*, note 50.

en Belgique, imposait à l'assureur l'obligation d'informer l'assuré qu'une résiliation anticipée comporte généralement des pertes financières⁵².

Là où le droit n'est que moyen ou technique, où sont les valeurs qu'un code civil puisse consacrer et autour desquelles il puisse s'ordonner ?

L'uniformisation excessive du droit civil est à déplorer là où l'on s'emploie à gommer les différences sans souci des traditions et des sensibilités des peuples.

Des exemples viennent d'en être donnés, dont la cause se trouve dans l'idéologie marchande. D'autres peuvent l'être, qui procèdent de l'idéologie des droits de l'homme. Ainsi, au rebours de ce qu'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans l'arrêt *Mazurek*⁵³, il est permis de penser que la *deminutio capitis* que telle ou telle législation nationale inflige à un enfant adultérin ne devrait pas être considérée comme une violation de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ; parce qu'il n'existe pas de droit à l'héritage, il serait sage de dire, sinon, comme l'avait jugé la Cour de cassation française dans cette affaire, que les droits successoraux n'entrent pas dans le champ de la Convention⁵⁴, du moins que, s'ils y entrent, la mise en balance de la défense du mariage et de l'intérêt de l'enfant relève de la marge d'appréciation des États⁵⁵. Au Japon, où les valeurs collectives ont

52. C.U. SCHMID, *loc. cit.*, note 50 : « Si la Cour de Justice interdit cette règle, elle préfère forcément que le consommateur subisse des pertes considérables plutôt que de diminuer les chances des compagnies étrangères d'accéder au marché belge. Il est évident que, dans ce cas, la justice contractuelle est de nouveau sacrifiée en faveur de l'intégration des marchés. » L'arrêt, précité, note 45, qui condamne la France à propos de transposition de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux appelle de semblables remarques.

53. C.E.D.H., 1^{er} févr. 2000, D. 2000.332, note J. Thierry ; J.C.P. 2000.II.10286, note Goutte-noire-Cornut et Sudre ; Defrénois 2000, art. 37179, obs. J. Massip ; (2000) 99 *Rev. trim. dr. civ.* 311, obs. J. Hauser, 429, obs. J.-P. Marguenaud et J. Raynard, et 601, obs. J. Patarin ; B. VAREILLE, *L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme*, D. 2000.626.

54. Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, *Bull. civ.* I, n° 268, J.C.P. 1997.II.22384, note Ph. Malaurie, I.3996, obs. J. Rubellin-Devichi, et I.4021, obs. R. Le Guidec ; D. 1997, somm. p. 275, obs. F. Dekeuwer-Defossez, et 1998.453, note L. Brunet ; Defrénois 1997, art. 36516, obs. J. Massip ; (1996) 95 *Rev. trim. dr. civ.* 873, note J. Hauser ; *Dr. fam.*, déc. 1996, p. 17, note B. Beignier ; *Petites Affiches*, 29 janvier 1997, p. 25, note S. Piquet-Cabrillac. Il est vrai que la Cour de cassation avait ainsi statué au regard de l'article 8, qui consacre le droit au respect de la vie familiale, alors que la Cour de Strasbourg a retenu une discrimination au regard de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, qui protège le droit de propriété.

55. On voudrait ici être bien compris : le propos n'est pas de défendre l'infériorité successorale des enfants adultérins ; mais de défendre la liberté de chacun des États d'en décider.

une force particulière, mais qui n'en est pas moins un État démocratique, un arrêt de la Cour suprême rendu en 1995 a justifié par la défense du mariage l'infériorité successorale des enfants naturels.

Un code peut et doit être le lieu d'expression des valeurs communes à ceux qu'il régit ; il ne saurait être l'instrument de leur mise au pas ou de leur mise en rang⁵⁶. Le Code civil de 1804 nous donne là-dessus une leçon. Œuvre de transaction entre la tradition juridique des pays de coutume et celle des pays de droit écrit, il a su laisser une marge de liberté à chacun : la communauté y est le régime matrimonial de principe, mais la liberté des conventions matrimoniales permet de l'écarter pour une séparation des biens ; et la réserve héréditaire n'y est pas telle qu'elle étoufferait la liberté testamentaire.

Conclusion

Un double souhait pour conclure.

D'abord, que se poursuive la refonte du *Code civil des Français*, afin qu'il donne une image fidèle et attractive du droit civil français, et que l'on puisse ainsi, confiant, attendre son tricentenaire⁵⁷. Pourquoi la France échouerait-elle là où le Québec a réussi ?

Ensuite, que, par l'effet de rapprochements et de convergences, se développe un droit qui exprime des valeurs européennes, libérales et sociales : celles de l'humanisme. Ce droit-là, que le Québec et la France auraient contribué à forger, aurait une vocation universelle.

56. G. CORNU, « Préface », dans M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille, le droit*, Bruylant, L.G.D.J., 1999 : « Devant la tentation du nivellement, le respect des cultures est un inoubliable impératif (idée précieuse, même pour l'Europe au sein de laquelle des différences culturelles justifient qu'à des questions semblables des réponses différentes soient données). »

57. G. CORNU, *loc. cit.*, note 17.