

COLLECTION COLLOQUES VOLUME 21

**CODIFICATION DU DROIT PRIVÉ
ET ÉVOLUTION DU DROIT DE L'ARBITRAGE**

**Journées franco sudaméricaines
de droit comparé, 3-4 octobre 2013**

Sous la direction de
Bénédicte FAUVARQUE-COSSON,
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO et Joël MONÉGER



SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

contrats du commerce international, parues en mai 2013⁵². Ces clauses permettent aux parties d'indiquer dans leur contrat comment elles souhaitent que les Principes d'Unidroit soient utilisés pendant l'exécution du contrat ou en cas de litige.

⁵² *Les clauses-types sur l'utilisation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Unidroit 2013.

CODIFIER AU XXI^e SIÈCLE : ÉLOGE DE LA MODESTIE

Christophe JAMIN*

On a écrit tant et tant de choses et de choses intéressantes sur les codifications qu'il est difficile de prendre la plume sur un tel sujet. Si je le fais à l'invitation des organisateurs de cette belle journée de réflexion commune, ce ne sera donc que pour vous soumettre quelques réflexions libres et délibérément subjectives, et sans grand appareillage scientifique. En vous livrant en outre d'emblée le fond de ma pensée : je suis depuis longtemps sceptique à l'égard de l'œuvre de codification, dans sa version classique, et ma participation depuis plusieurs années maintenant aux travaux de la Commission supérieure de codification ne m'a guère fait changer d'avis ; je reconnais certes que cette nouvelle mouture de la codification est réalisée par des juristes de grande qualité et que leurs travaux présentent des avantages indéniables, mais ceux-ci n'ont peut-être plus grand chose à voir avec ce qu'on appelle classiquement la codification.

Mais revenons au point de départ de mon propos. Ce qui a aiguisé ma suspicion à l'égard de la codification, c'est la grandiloquence avec laquelle les juristes dits « continentaux » (le mot est à la mode), et spécialement la plupart de mes pairs, les civilistes, en parlent. Il n'y aurait qu'une seule et vraie codification : celle qui se donne à voir dans le Code civil, celle qui emporte novation par rapport aux lois particulières, parce qu'elle fait système en permettant d'embrasser tout un pan du droit de façon harmonieuse, celle qui aurait fait le rayonnement de la France durant les deux siècles passés, celle qui permettrait enfin aujourd'hui de résister aux pays de *common law*, les nouveaux envahisseurs. De tels avantages expliqueraient que les promoteurs du droit continental méprisent la pauvre

* Directeur de l'École de Droit de Sciences Po.

codification à droit constant, cette codification de « technocrates », faite par des individus qui seraient à peine des juristes parce qu'ils auraient été insuffisamment nourris à la mamelle du grand œuvre napoléonien et de l'esprit du droit civil ! En un mot, la codification de la Commission supérieure de codification.

Or je ne suis pas sûr que la codification dans sa version classique mérite autant de louanges et dans sa version contemporaine autant d'opprobre. Aussi je voudrais ici m'attaquer au grand œuvre et louer un peu le travail ingrat et plus modeste que mènent nos nouveaux légistes. Pourquoi critiquer ledit grand œuvre ? Pour cette raison que les traits de la codification classique me paraissent reposer sur un modèle épistémologique daté et qu'on peut donc trouver quelques vertus au travail desdits légistes en soutenant que la codification qu'ils ont entreprise est susceptible de rendre quelques menus services, même si je pense que ceux-ci ne sont pas vraiment liés aux objectifs assignés à cette nouvelle forme de codification.

I. LES TRAITS DE LA CODIFICATION CLASSIQUE

Il y a au moins deux façons d'aborder le sujet. On peut d'abord saisir un manuel de droit et se borner à énumérer les caractères de la codification dans la version qui est issue tout à la fois de l'école du droit naturel moderne et de la philosophie des Lumières, celle qui a fait la gloire du Code civil français au XIX^e siècle. Et l'on retiendra par exemple que « la *codification* à la française cherche à ordonner les différentes règles autour d'un plan systématique et cohérent »¹. On peut aussi aborder la question sous un angle un peu différent en s'attachant moins aux caractères techniques de la codification, voire à ses finalités sociales et politiques², qu'à son *imaginaire*. Car la codification est une affaire d'imaginaire, et peut-être même avant tout : elle ne peut se faire sans une arrière-boutique intellectuelle qui structure de façon tout à la fois profonde et diffuse la pensée de celles et ceux qui se livrent à l'édification de codes ou qui les reçoivent³ ; un fond de

¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 245, p. 201.

² V. sur ce thème, R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, pp. 147-181.

³ Comp. F. ZENATI, « Les notions de code et de codification », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 217, qui relève que, dans les systèmes de droit codifié, « le code n'est pas seulement une manière de pratiquer le droit, il est surtout une manière de le percevoir. Il participe de l'ontologie juridique ».

culture commune qui échappe ou échapperait assez largement à d'autres que nous, les juristes de tradition romano-germanique⁴.

À cet imaginaire, Denys de Béchillon a consacré un fort intéressant article il y a déjà quelques années⁵. Selon lui, ses propriétés seraient au nombre de six. Je me bornerai ici à les résumer en renvoyant pour le surplus à la lecture de son article et aux références qui lui sont attachées.

Ces six propriétés, les voici : 1. *L'unité*. Le code est là pour éviter tout à la fois la prolifération et l'enchevêtrement des règles ; il a pour fonction de clore l'espace du droit, de le contenir, de résister à son éclatement. 2. *La totalité*. Le code contient la totalité du droit applicable qu'il prive de son historicité. Il est donc un instrument majeur au service de la prévisibilité. 3. *La transcendance*. Le tout qu'il représente est plus que la somme de ses parties ; il transforme les règles en système. En ce sens, il constitue tout à la fois un instrument de légalité parfaite et de démocratie parfaite : tout en respectant parfaitement la hiérarchie des normes, il rend le droit clair, accessible et communicable. 4. *La naturalité*. Le code a cet avantage de présenter les textes dans un ordre logique, mais sans en livrer les soubassements ; c'est comme si cette logique ne répondait pas à des choix essentiels, mais à une raison juridique nécessaire, indiscutable, naturelle. 5. *La hiérarchie*. L'ordre qui émane du code relève d'une rationalité axiomatisée qui postule de raisonner de façon déductive. 6. *La corporéité*. Le code constitue un corpus, ce qui permet « d'avancer l'hypothèse que le code est imaginé de fond en comble comme un Corps ».

Or la plupart de ces propriétés ne me paraissent plus tenir, et c'est cela qui rend le modèle du code quelque peu dépassé.

II. UN IMAGINAIRE DATÉ

On peut aborder la question au moins sous deux angles. Le premier est le plus répandu. Il prend comme point d'appui l'évolution même du droit positif et de ses caractéristiques. La codification, celle dont nous venons de présenter l'imaginaire, ne tiendrait plus en raison de l'évolution du droit positif. Exemples : le nombre de textes juridiques a considérablement grossi et leur nature n'est plus uniforme ; ils ont de même perdu de leur généralité et de leur permanence ; ou encore, il devient difficile de percevoir la rationalité qui les anime et même s'ils sont animés par une rationalité

⁴ V. la vaste synthèse de G. A. WEISS sur la codification dans les pays de *common law* : « The Enchantment of Codification in the Common-Law World », 25 *Yale J. Int'l L.* 435 2000.

⁵ D. de BÉCHILLON, « L'imaginaire d'un code », *Droits*, 1998, n° 27, p. 173 et s.

juridique unique. Nombreux sont les auteurs qui ont fort bien perçu le lien entre cette évolution et l'impossibilité de maintenir un imaginaire où les codes tiennent la première place. Citons en exemple Mireille Delmas-Marty qui relevait en 1994 que le paysage avait changé, ce qui rendait obsolète « la conception même des codes, bâtis comme autant de monuments isolés et autonomes [reposant] sur la triple clôture d'un espace étatique, d'un temps stable et d'un ordre fondé sur la loi »⁶.

On peut d'un autre côté s'appuyer sur des considérations qui tiennent plutôt à l'évolution de la pensée juridique. Celle qui sous-tendait le projet de codification au XIX^e siècle, qui en fondait l'imaginaire, pourrait ne plus être la nôtre, au point de rendre proprement impensable l'idée même de codification, du moins dans la version que nous avons décrite. À cet égard, je perçois au moins quatre ruptures majeures dans la pensée juridique depuis le XIX^e siècle, des ruptures qui au surplus se cumulent.

Première rupture : *l'instrumentalisation du droit*. Celle-ci a commencé à émerger à l'extrême fin du XIX^e siècle. Brian Tamanaha, qui lui a consacré un livre fort bien documenté⁷, y voit deux principaux responsables sur chacune des rives de l'Atlantique : côté européen, Rudolf von Ihering qui introduit cette idée hautement corrosive que le droit doit servir à la réalisation d'un but ; côté nord-américain, John Dewey, l'une des grandes figures du pragmatisme, qui retient aussi cette idée que le droit est là pour atteindre certaines fins. Leurs idées ne vont pas seulement influencer les réalistes américains qui en profiteront pour remettre en cause la rationalité juridique classique ; elles se répandront dans l'ensemble du monde occidental. Et la France ne sera nullement épargnée : Geny et Saleilles, deux des principaux rénovateurs de la pensée juridique du début du XX^e siècle, ne cessent de rendre hommage à Ihering.

Avec la prédominance de l'idée du but, le droit se transforme en une boîte à outils dans l'esprit de tous les juristes réformateurs ; il peut donc commencer à proliférer et à varier selon les buts divers et fluctuants qu'il sert, au point de remettre en cause l'idée même de règle de droit⁸. La codification devient alors un carcan qui a bien du mal à contenir les outils du droit, multiples et variables, manipulables à peu près à l'infini. Dans ces conditions, l'unité sera difficile à tenir. On l'a constaté avec l'impossibilité

⁶ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 207.

⁷ B. Z. TAMANAHA, *Law as a Means to an End*, Cambridge UP, 2006.

⁸ B. Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, Cambridge UP, 2004, spéc. pp. 77-80, sur la vision instrumentale du droit par les réalistes américains et ses effets sur l'appréciation de la règle de droit. V. de manière générale, R. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell UP, 1982.

de codifier le droit commercial français durant les dernières années du XX^e siècle, un droit sans cesse mouvant au gré des politiques qu'il sert ; on le voit aussi très bien avec ces codes divers qui doivent être à peu près en permanence modifiés sous l'effet de la prolifération des textes. Le droit déborde de partout, il est devenu instable, évolutif, changeant, souple et mou. Dans ces conditions, il est difficile de faire en sorte que les codes contiennent la totalité du droit. Et l'on peut se demander si la métaphore du corps est encore tenable. Et puis il y a aussi cette idée d'une rationalité axiomatisée et déductive qui ne tient plus. Si le droit est mis au service de la réalisation de certains buts, si le juriste se fait ingénieur du social, les solutions ne se déduisent plus des règles mais des fins qu'elles servent : l'interprétation téléologique l'emporte sur l'exégèse des textes, en même temps que se fait jour une conception fonctionnaliste du droit.

Seconde rupture : *le tournant herméneutique*. Il remonte aux années 1950 et a pour effet de conférer à l'interprète une place qu'il n'avait pas auparavant. Jusqu'à cette date, il s'agissait pour lui de découvrir le sens d'un texte qui lui était extérieur et lui préexistait. Désormais le sens du texte ne lui est plus donné ; il en est au minimum « co-déterminé » par l'interprète. Le centre de gravité du droit peut se déplacer de l'émetteur (le codificateur) vers le récepteur (qui peut être le juge ou le fonctionnaire ou l'employé). Ce thème est bien connu. Il a donné lieu en France à tous les débats autour de la fameuse « théorie réaliste de l'interprétation », qui n'est qu'un petit aspect (et peut-être le plus formaliste) d'un morceau nettement pas gros. N'y insistons pas sauf pour retenir que cette évolution ne pouvait que mettre à mal l'imaginaire du code, au moins sur deux plans. D'une part, la totalité du droit ne peut plus être enfermée dans le code puisqu'elle oublie un acteur désormais central : l'interprète. D'autre part, c'est une nouvelle fois l'idée de hiérarchie qui est remise en cause. Déjà mise à mal durant la période précédente, la logique déductive ne tient plus⁹. Le syllogisme régressif est désormais susceptible de l'emporter sur le syllogisme déductif (quand ce syllogisme n'est pas dévalué) : l'interprète se fait une idée concrète de la solution qu'il entend privilégier puis il remonte à la règle de droit à laquelle il confère un sens conforme à la solution. Ce n'est plus le code qui fixe les axiomes qui s'imposent aux interprètes selon une logique descendante ; ce sont ces derniers qui se prévalent des axiomes à l'issue d'un raisonnement où l'emporte une logique ascendante.

⁹ V. sur le lien entre l'herméneutique juridique contemporaine et la remise en cause de la figure syllogistique classique, P. BOUCHER, *Qu'est-ce que l'interprétation juridique ?*, Vrin, 2013, spéc. pp. 52-58.

Troisième rupture : *la balance des intérêts (droit privé) et le contrôle de proportionnalité (droit public)*. L'histoire de la balance des intérêts et du contrôle de proportionnalité, parfois synthétisée sous l'expression de « considérations conflictuelles » (*conflicting considerations*), est une histoire à la fois longue et complexe où l'on trouve pêle-mêle les noms de Bentham, Ihering, Holmes, Demogue ou Eck. Pour l'époque contemporaine, je pourrais la résumer de la façon suivante : durant les années 1920, l'instrumentalisation du droit fait du juriste quelqu'un qui doit agir en vue de la réalisation de certains objectifs sociaux, ce qui confère une part prédominante à une vision sociologique du droit et à la figure de l'administrateur ; néanmoins après le second conflit mondial et plus certainement à partir des années 1980, les fins sociales du droit, si l'on peut dire, se fracturent ; il n'y a plus d'accord sur les objectifs que doit servir l'ingénieur du social qu'est devenu le juriste-administrateur ; désormais, il va falloir composer avec des aspirations contradictoires entre lesquelles il est impératif de trancher, ce qui place sur le devant de la scène un nouveau personnage : le juge.

Ce nouvel état va se voir de manière particulièrement nette avec la montée en puissance des droits fondamentaux dont les civilistes relèvent à longueur de colonnes qu'elle pulvérise le droit en autant de droits subjectifs tout en créant un droit de cas particuliers et de compromis ad hoc qui mettent à mal la cohérence de l'ordre juridique. D'où le regard pour le moins circonspect qu'ils portent sur les œuvres du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme dont ils n'acceptent guère qu'ils se mêlent de questions de droit privé.

Mais il y a encore un fait plus marquant de l'empreinte désormais exercé par ce contrôle de proportionnalité : la logique nouvelle se fait voir au sein même des codes et indépendamment d'une appréciation en termes de droits fondamentaux. C'est ce que l'on a pu constater lors de la rédaction du fameux « Cadre commun de référence » (*Common Frame of Reference*) en droit des contrats – un code qui ne dit pas son nom. Dans une première version publiée en 2008, ses rédacteurs avaient fait valoir la nécessité de « balancer les objectifs et les valeurs en conflit » (*balancing conflicting aims and values*) au sein même du CFR qui en indiquait de très nombreux. À la suite de remarques extrêmement critiques à l'égard de cette manière de procéder¹⁰, ils ont revu leur copie l'année suivante en réduisant à quatre le

¹⁰ V. en particulier, H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. Ch. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER & R. ZIMMERMANN, « The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems », (2008) 28 *Oxford Journal of Legal Studies* 659, 670-672.

nombre de principes potentiellement en conflit (la liberté, la sécurité, la justice et l'efficacité) et en plaçant au sommet d'entre eux la liberté. Néanmoins cette tentative de restauration d'une logique hiérarchique n'a nullement fait disparaître la référence à l'idée de « considérations conflictuelles » de la structure du CFR, ce qu'un observateur extérieur et averti n'a pas manqué de remarquer avant d'en déduire que cette idée imprégnait désormais la pensée juridique européenne même dans l'un de ses produits les plus classiques¹¹.

L'ennui tient au fait qu'une telle idée – celle des « considérations conflictuelles » – remet en cause les propriétés essentielles de l'imaginaire classique du code. L'unité n'y résiste pas vraiment : elle peut être mise à mal à tout instant par une personne qui se prévaut d'un élément externe au code, telle une quelconque déclaration des droits, pour remettre en cause sa logique interne. Ce qui a pour effet de le faire éclater et de mettre à mal une cohérence tant recherchée par les défenseurs de la pensée juridique classique. La transcendance est dans le même état : le droit ne peut plus constituer un système harmonieux, car les droits fondamentaux et toute prise en compte des aspirations contradictoires sont des machines à faire sauter les systèmes. Quant à la logique hiérarchique, elle est aussi mal en point : on aura beau placer la liberté au sommet du CFR, elle devra tout de même composer avec d'autres objectifs et s'incliner parfois. D'où il suit que la corporéité du code aura quelque chose de désarticulé...

Quatrième rupture : *le tournant global*. C'est la rupture la plus récente même si nous n'en sommes pas à la première globalisation du droit et qu'il en est d'autres qui ont déjà exercé un profond impact sur la pensée juridique¹². Nous en avons déjà connu les effets, en quelque sorte par anticipation, à l'échelon européen quand certains ont commencé à vouloir édifier un code civil ou du moins un code relatif au droit des contrats en essayant de composer avec des *common law lawyers* qui n'avaient guère appris à raisonner de manière déductive à partir des règles contenues dans les codes, mais plutôt de manière inductive à partir des faits¹³, ce qui a posé au moins quelques problèmes méthodologiques et rendu partiellement

¹¹ D. KENNEDY, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA & S. WEATHERILL (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 185 et s.

¹² V. par ex., D. KENNEDY, « Three globalizations of the Law and Legal Thought: 1850-2000 », in D. TRUBEK & A. SANTOS (ed.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge UP, 2006, p. 19 et s.

¹³ Sur cette différence, on peut lire le savoureux article de J. VANDERLINDEN : « À propos des catégories du droit ou propos décousus d'un juriste arboricole contemplant un jardin de roses rampantes », 2 *Revue de Common Law en français* 301 1998-1999.

illusoire l'ensemble du projet¹⁴. Néanmoins, ce qui a eu lieu au niveau européen pourrait désormais voir ses effets décuplés en advenant cette fois à l'échelon global dont certains de mes amis pensent qu'il est caractérisé, non par une extension du centre (occidental) vers la périphérie, mais plutôt par une disparition du traditionnel rapport centre/périphérie au profit de l'apparition de pôles multiples et fort différents qui interagissent entre eux à des niveaux et de façons très divers. Ce qui signifie concrètement que l'idée d'un code qui pourrait « rayonner » n'a plus guère de sens, de même que la volonté d'élaborer un code à vocation universelle. Avec le tournant global, c'est l'idée même d'unité du droit qui s'efface de l'imaginaire collectif. Une telle évolution ne rend peut-être pas obsolète la volonté de faire des codes, mais elle dit simplement que ces codes, si nous les faisons, auront bien du mal à régler des rapports entre des acteurs multiples dont les représentations du droit n'ont pas grand chose de commun, si du moins l'on veut bien ne pas s'en tenir aux apparences – en croyant par exemple, à l'image de certains notaires, que les Chinois vont penser un peu comme les Français parce qu'ils montrent un intérêt pour l'acte authentique ou le système du « notariat latin ». Cela dit, il est peut-être trop tôt pour tirer des conclusions définitives du tournant que nous sommes en train de vivre.

III. LES MENUS SERVICES DE LA CODIFICATION

Si l'imaginaire classique des codes est dépassé, est-il utile ou réaliste ou légitime d'édifier des codes ? Les juristes français semblent encore répondre par l'affirmative à cette interrogation. C'est le cas des universitaires : il y en a qui, après bien des années d'abstention, participent à l'édification des diverses parties d'un code civil européen (mais avec quelques déconvenues tout de même car ce vaste code est encore loin d'être fait) ou plaident inlassablement (et parfois avec quelques arrière-pensées nationalistes) en faveur d'une recodification du droit français des obligations. C'est aussi le cas des hauts fonctionnaires : le projet de codification à droit constant du droit français sous les auspices de la Commission supérieure de codification est là pour en témoigner.

C'est de ce projet dont je voudrais dire quelques mots car j'ai le grand privilège de participer aux travaux de ladite Commission depuis plusieurs années maintenant (2008) et j'ai pu en tirer quelques enseignements – dont je ne nie nullement la subjectivité – non seulement sur le caractère à mon

¹⁴ V. néanmoins pour une position très nuancée, H. COLLINS, *The European Civil Code – The Way Forward*, Cambridge UP, 2008, spéc. pp. 176-181.

sens intenable de l'imaginaire classique des codes, mais aussi sur les avantages du travail qui y est réalisé, dont je me demande néanmoins s'il a encore quelque chose à voir avec ce qu'on appelle la codification.

Cependant n'allons pas trop vite et reprenons successivement ces deux points (imaginaire et avantages) en commençant par nous rappeler qu'au moment de la création de la Commission supérieure de codification, nous étions en plein dans l'imaginaire classique des codes (c'est d'ailleurs la fameuse circulaire Juppé sur la codification du 30 mai 1996, censée magnifier les œuvres de la Commission, qui avait été à l'origine de l'article précité de Denys de Béchillon). Exemple de cette plongée sans guère de recul, du moins à mes yeux : « D'emblée, la nouvelle commission s'est donné de vastes ambitions : l'ensemble des lois et des décrets devait pouvoir être codifié selon une méthode uniforme »¹⁵. Unité et totalité étaient parfaitement au rendez-vous, mais aussi naturalité et hiérarchie, et corporéité (le droit français réduit en un seul « corps » de lois et règlements formé de la totalité des codes). Seule faisait peut-être défaut la transcendance puisqu'on se bornerait désormais à codifier « à droit constant » sans volonté très poussée de systématisation – mais tout de même un peu puisqu'il s'agissait de remettre en ordre un droit désordonné, ce qui signifie que les deux objectifs de clarté et d'accessibilité liés à la transcendance étaient bien présents. Et durant la première décennie suivant la création de la Commission (par décret du 16 septembre 1989), cette ambition n'a pas molli. En 1996, il s'agissait encore d'« achever la codification de l'ensemble des lois et règlements dans un délai de cinq ans »¹⁶ ! Et, en 1999, il fallait encore maintenir le cap en relançant l'œuvre de codification par le recours, de manière novatrice, à des ordonnances pour l'adoption de neuf nouveaux codes dans un avenir immédiat et trente à moyen terme¹⁷.

Depuis lors, il me semble que les esprits se sont un peu calmés. On s'en aperçoit à la lecture des riches et instructifs rapports annuels de la Commission supérieure de codification (en libre accès sur son site Internet). Je me bornerai à deux exemples.

En 2012, le projet est beaucoup moins ambitieux qu'à la fin des années 1990 : la circulaire du Premier ministre du 27 mars 2012 (reproduite en

¹⁵ B. STIRN, Y. ROBINEAU, Ch. VIGOUROUX, B. PÊCHEUR et R. SCHWARTZ, « Codifier, une ambition dans la durée », *15^e rapport annuel de la Commission supérieure de codification*, La documentation française, 2004, p. 3.

¹⁶ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la réglementation des textes législatifs et réglementaires, *JO* du 5 juin 1996, p. 8263, 1^{ère} col. *Adde*, nos observations quelque peu sceptiques à la *RTD civ.* 1996, p. 732 et s.

¹⁷ V. sur ce thème, les observations tout aussi réservées de N. MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 186 et s.

annexe 2 du rapport annuel) ne vise plus que deux nouveaux codes dont l'adoption est programmée et parle de refonte plutôt que de création. La lettre d'envoi de la circulaire le relève : environ 60% des textes législatifs et 30% des textes réglementaires en vigueur ont été codifiés et « le nombre de nouveaux codes à créer apparaît désormais limité ». L'époque où il s'agissait d'achever la codification de l'ensemble du droit français dans les cinq ans est révolue. Le gouvernement en a rabattu à la rubrique « totalité » de l'imaginaire des codes. Pas trop tout de même, car s'il admet que ceux-ci ne contiendront pas la totalité du droit national, il ne revient pas sur cette autre idée que les codes sont censés contenir la totalité de la partie du droit qu'ils régissent. Et cela même si cette idée contient sa (grosse) part de fiction, puisque ni les textes européens, ni le produit des autorités administratives indépendantes (et son droit souple), ni les arrêtés (du moins en principe) n'ont droit à leur intégration dans les codes.

Second exemple : dans la rubrique « le périmètre des codes : privilégier l'homogénéité » (aux pages 4 et 5 du rapport 2012), la Commission constate que l'homogénéité d'un code perd souvent à l'extension de son périmètre. Aussi ne recommande-t-elle pas l'élaboration de codes aux champs trop vastes ou éclatés entre de trop nombreuses matières. Le tout au nom des objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité du droit qui seraient plus facilement atteints par la confection de codes de dimension modeste centrés sur un corpus homogène et « composés des seuls textes véritablement pertinents au regard de la matière codifiée ». Et de prendre pour exemple le code du cinéma et de l'image animée. Cette fois, c'est l'idée d'unité qui vacille tout de même un peu. À l'expérience, les praticiens de la codification se sont aperçu que plus un code est vaste et moins il rend les services qui sont attendus de lui. Le code clôt donc l'espace du droit, mais il a néanmoins bien du mal à le faire au-delà d'un certain volume et ce volume peut ne pas être important. Or le jour où un code se bornera à regrouper deux ou trois lois et quelques décrets, on aura tout de même beaucoup composé avec l'une des rubriques majeures de l'imaginaire des codes.

Avec ces deux exemples, nul doute qu'on s'est éloigné de Geny qui, en grand admirateur de la légistique allemande, soutenait au moment de la célébration du centenaire du code civil en 1904 qu'« on n'hésite plus à reconnaître l'opportunité d'une vaste codification, représentant, avec effet novatoire pour le passé, tout le droit positif du pays »...¹⁸

Mais alors, si le Premier ministre et la Commission supérieure de codification elle-même en rabattent avec l'imaginaire classique, quel est

l'avantage du travail effectué ? Mon expérience m'en fait percevoir deux principaux.

Premier avantage : la codification réalisée par la Commission supérieure de codification tend à améliorer le travail de légistique, autrement dit la qualité formelle des textes. Codifier, c'est reprendre une multitude d'articles législatifs et réglementaires plus ou moins éparpillés et d'époques diverses, les relire attentivement et les organiser ; ce sont des administrations qui se réunissent de manière préalable et travaillent de façon consciencieuse avec l'aide d'un rapporteur issu du Conseil d'État sur un projet de code, puis ce sont souvent plus d'une vingtaine de juristes (les membres de la Commission supérieure de codification et de ces administrations) qui se réunissent, à différentes reprises durant plusieurs mois, autour d'une table pour analyser ensemble le corpus juridique qui a été constitué. Lors de ces réunions, je suis par exemple toujours très admiratif de la manière dont les membres du Conseil d'État, qui l'emportent au sein de la Commission, reprennent les textes en distinguant, avec le scalpel du chirurgien merveilleusement exercé à cet art, ce qui relève des articles 34 (domaine législatif) et 37 (domaine réglementaire) de la Constitution. De même, j'admire la manière dont ils relient les textes étudiés à telle ou telle question qu'ils ont pu aborder dans leur fonction de conseil à propos de sujets connexes où à l'occasion d'un contentieux auquel personne n'aurait songé à moins d'en être imprégné comme ils le sont. Ce qui contribue à peu près toujours à l'amélioration de la rédaction des textes en permettant d'éviter contradictions ou incohérences flagrantes. Et je suis encore admiratif dans l'art qu'ils ont d'améliorer, d'affiner sans cesse la présentation formelle des textes, de les numéroter (en étant bien sûr conscients du manque d'élégance de la numérotation contemporaine), d'imaginer des divisions et des subdivisions, des inclusions et des exclusions, bref tout un ensemble de procédés très concrets dont se font l'écho les riches rubriques « points de doctrine » (selon la dénomination actuelle) des rapports annuels.

Certes, je ne suis pas sûr que ce travail produise toujours ses fruits. En dépit du satisfecit que lui a délivré le Conseil constitutionnel en considérant, dans sa décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, que le nouveau Code du travail avait contribué, par le regroupement de blocs homogènes de textes épars ou la scission de certains articles, à mettre en œuvre les exigences résultant de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, je ne suis pas certain que tous les praticiens du droit du travail partagent cet avis. Quiconque s'est penché un peu sérieusement sur ce code, quiconque le met en œuvre concrètement, peut douter de la qualité intrinsèque de ce très gros volume (fût-il éradiqué de la jurisprudence qui l'accompagne dans ses éditions commerciales). Néanmoins la Commission

¹⁸ Fr. GENY, « La technique législative dans la codification civile moderne », *Le code civil – 1804-1904 – Livre du centenaire*, Société de législation comparée, 1904, t. II, p. 1001.

pouvait-elle faire beaucoup plus que de procéder à ces regroupements et ces scissions, les défauts du Code du travail étant d'une tout autre nature qui tiennent plus au fond (et aux nombreux compromis politiques charriés par ledit code) qu'à la forme – le domaine privilégié d'intervention de la Commission ? En outre, à sa décharge, il m'a été donné d'assister parfois au sauvetage ou à la censure de certains textes par la même Commission, au plus grand profit de tous les usagers du droit – je me souviens avec émotion de ce qu'auraient pu en particulier endurer ceux de la matière pénale si la Commission n'avait porté un implacable regard de censeur sur un projet de code la concernant.

Certes, j'ai aussi lu les remarques de quelques sociologues qui, analysant le droit d'un point de vue externe, voient dans l'accent mis sur la légistique un moyen pour les membres du Conseil d'État de préserver pouvoir et prestige à une époque où ce n'est plus le droit mais l'économie qui l'emporte dans les plus hautes sphères de l'État¹⁹. Pourquoi pas ? Mais tout de même, il ne faudrait pas sacrifier à cette noble critique un regard plus interne sur le travail effectué par la Commission. Or, sans être admiratif de l'œuvre codificatrice pour les raisons que j'ai exposées plus haut, j'ai fini par me convaincre que celui-ci contribuait en particulier, et avec d'autres (tel le réseau des HFQD : les Hauts Fonctionnaires chargés de la Qualité du Droit), à l'amélioration de la qualité formelle des textes. Ce qui n'est peut-être pas beaucoup au regard des ambitions qui avaient été affichées durant la décennie 1989-1999, mais ce qui n'est pas négligeable non plus.

Second avantage : le travail de codification tel qu'il se fait au sein de la Commission permet de répartir les rôles et de déterminer les frontières entre administrations concurrentes. Selon qu'un texte sera ou non inclus dans un code, c'est tout un pan du droit (et tout ce qui va avec) qui basculera ou non d'un Ministère à un autre. Cette remarque n'a rien d'original. Les rapporteurs généraux successifs de la Commission l'ont déjà relevé dans un article rédigé en hommage au président Braibant en 2004 en parlant des « enjeux très "politiques" » de la codification²⁰. Leur exemple était celui du droit des sociétés et de la grande loi du 24 juillet 1966. Incluse dans le Code de commerce, elle revenait au Ministère de la Justice. En migrant dans le code monétaire et financier, elle était gérée par le Ministère des Finances. Avec en arrière-fond deux philosophies distinctes du droit des valeurs mobilières correspondant aux sensibilités propres à ces deux ministères.

¹⁹ E. BILAND & R. VANNEUVILLE, (2012) : « Government lawyers and the training of senior civil servants. Maintaining law at the heart of the French state », *International Journal of Legal Profession*, 19:1, 29-54.

²⁰ B. STIRN, Y. ROBINEAU, Ch. VIGOUROUX, B. PÊCHEUR et R. SCHWARTZ, art. préc., p. 4.

Il s'agit là d'une question de science administrative, mais le Huron que je suis tout de même assez largement à la Commission supérieure de codification s'est amusé de voir, plus souvent qu'il n'aurait pu l'imaginer, les représentants de deux ministères se prendre à partie sous le double regard du membre du secrétariat général du gouvernement (inquiet) et du président de la Commission (amusé). Et j'ai parfois cru comprendre que ces disputes étaient l'occasion de négociations en coulisses, des négociations qui peuvent ne pas être toujours anodines quand elles opposent par exemple le Ministère de la Justice au Ministère de l'Intérieur, ou celui-ci au Ministère de la Défense ou au Ministère de la Santé.

En définitive, cette expérience m'a fait comprendre que le travail effectué par la Commission supérieure de codification avait de réels avantages, bien qu'ils ne soient pas de ceux que les manuels de droit attachent en général à la codification. Un avantage double à mes yeux, je le répète : *contribuer à l'amélioration de la qualité formelle des textes et constituer un espace de négociation entre administrations en charge de tel ou tel pan du droit.*

Néanmoins, les auteurs de manuels pourraient me rétorquer que tout cela n'a plus grand chose à voir avec la codification, qu'on aurait pu aboutir aux mêmes résultats autrement, et je ne pourrai guère leur donner tort. Après tout, il est possible d'améliorer la qualité formelle des textes sans codifier nécessairement, et la Commission supérieure de codification n'est pas le seul espace de négociation entre administrations rivales.

Dans ces conditions, l'idéal d'intelligibilité et d'accessibilité du droit tel qu'il a été affirmé à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel (la décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008 précitée n'étant pas la seule ni la première) constituerait-il l'ultime avantage proprement lié à l'exercice de codification nouvelle manière ? On sait que cet idéal a paru illusoire aux yeux de certains commentateurs, ne serait-ce que parce que les codes ne contiennent pas tous les textes qui devraient en principe relever de leur domaine²¹. Et c'est d'ailleurs ce qui explique certaines orientations prises par la Commission supérieure de codification qui a, par exemple, décidé en 2012 de joindre certains textes aux codes sans les y incorporer²² ou de s'engager sur la voie d'une codification à droit un peu moins constant (pour

²¹ V. en ce sens, N. MOLFESSIS, art. préc., spéc. p. 190. *Adde*, à propos du Code de la consommation, D. BUREAU, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *D.* 1994, Chron., n° 12-14, p. 294.

²² V. sur le « règlement général des aides financières du CNC » qui n'est pas incorporé mais joint en annexe au Code du cinéma et des images animées, le rapport 2012 de la Commission supérieure de la codification, pp. 5-7.

qu'on ne lui oppose plus que la codification d'un mauvais texte n'aura jamais cette vertu de le rendre meilleur)²³.

Néanmoins il faut à mon sens aller plus loin : si le Conseil constitutionnel s'est engagé sur le terrain de l'effectivité en instaurant une jurisprudence qui lie codification à intelligibilité et accessibilité du droit, il faut alors se demander si, *dans les faits*, un code rend le droit plus intelligible et accessible. Or, même sans étude empirique qui serait pourtant utile pour asseoir un tel discours, on peut fortement en douter : même codifiés, je gage que les dispositions relatives au droit de l'outre-mer ne sont à peu près jamais intelligibles (c'est le casse-tête de tout codificateur). De même, il y a de nombreux codes qui ne sont lus et compris que par les seuls initiés : songeons au Code du cinéma et des images animées, mais aussi (ce ne sont que des exemples) aux codes de l'éducation, de la sécurité intérieure, de la défense, de l'énergie, de la recherche, ou encore au Code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Si l'on parle *concrètement* d'accessibilité et d'intelligibilité, il faut savoir qui l'on vise : le plus souvent les membres des administrations elles-mêmes et les professionnels des domaines concernés, quand il ne s'agit pas des seuls professionnels du droit. Cela fait longtemps que les codes ne sont plus des textes dont peuvent s'emparer les citoyens pour comprendre leurs droits et leurs devoirs. À moins de se bercer d'illusion, l'accessibilité et l'intelligibilité dont on parle concernent donc un auditoire à la fois particulier et restreint. Mais s'il s'agit bien de cet auditoire, on peut se demander si les codes et l'œuvre de codification à droit constant sont vraiment avantageux : baignant à peu près chaque jour dans la matière, celles et ceux qui composent cet auditoire ont le plus souvent une connaissance précise des textes qui constituent la base de leur exercice professionnel sans avoir besoin du secours des codes. Le corpus des textes qui les intéresse, c'est eux-mêmes qui le construisent et il a cet avantage d'être en quelque sorte personnalisé. Dit autrement : il est possible – soyons prudent, car seule une analyse empirique pourrait confirmer ou non mon hypothèse – que ce soit assez rarement la réunion des textes en codes qui les aident à connaître (accessibilité) et à mieux comprendre (intelligibilité) ces textes.

Alors, utiles les codes au regard de ce double objectif (intelligibilité et accessibilité) que lui assigne désormais le Conseil constitutionnel pour justifier la codification dans sa version la plus contemporaine ? J'en douterais si je ne me souvenais d'une remarque que m'avait faite il y a quelques années une étudiante américaine à laquelle j'enseignais les

rudiments du droit européen des contrats après qu'elle avait pratiqué le droit plusieurs années aux États-Unis : « j'ai l'habitude de pratiquer (un peu) le droit civil et (beaucoup) le *common law* des États-Unis, me dit-elle en substance, et je trouve quand même que les codes dont vous nous parlez sont des instruments qui permettent de gagner un peu de temps dans nos recherches quand on les compare au maquis touffus du *common law* ». Permettre au professionnel du droit de gagner du temps ou au fonctionnaire de travailler un peu plus vite, voire un peu mieux, voilà peut-être où se situe l'avantage de la codification au XXI^e siècle. Un constat qui incite à l'extrême modestie, tout en laissant entière une ultime question : quid du rapport coût/avantage de cette codification ? N'est-ce pas un peu cher payé, compte tenu de l'importance du travail réalisé, pour un bénéfice somme toute limité ? Néanmoins je veux bien admettre que cette question sente le souffre du *Law & Economics* et qu'elle ne doive pas vraiment être posée dans notre pays où l'on préfère aux petites questions factuelles et ingrates l'affirmation des grands principes et de nobles objectifs.

Novembre 2013

²³ V. une nouvelle fois le riche rapport 2012 et la rubrique « Les Perspectives de la codification contemporaine : vers un nouvel élan », pp. 7-12.