

LES TECHNIQUES DE CODIFICATION : L'EXPERIENCE FRANCAISE

*Par Pierre CATALA
Professeur Emérite, Université de Paris II*

Il y a deux expériences françaises de codification : celle du premier Empire et celle de la cinquième République. La première a laissé une telle signature dans la mémoire des peuples qu'on ne peut s'abstenir de l'évoquer et de s'y référer comme à une sorte de modèle politique et technique.

En 1804, il y avait beaucoup de grain à moudre pour le législateur : l'Ancien Droit écrit et coutumier, le droit intermédiaire qui lui-même portait l'empreinte des différentes Assemblées qui l'avaient voté. Les juristes étaient eux-mêmes divisés en partis : les révolutionnaires, les romanistes, les hommes de coutume. Codifier, c'était réconcilier la France avec son Droit : le Code civil se voulait une sorte de Concordat laïc. Cependant, les modèles en présence étaient trop différents pour que l'on pût soit les compiler, soit en choisir un parmi les autres : il fallait mêler ces héritages pour construire un patrimoine nouveau et commun.

De la Révolution, on garderait l'unité du droit de la nation que la royauté n'avait pas su mener à son terme. On conserverait les idées de 1789, fortement tempérées en droit civil par le respect de la structure familiale traditionnelle. Du droit coutumier, on préserverait l'abord concret et pragmatique des choses, très perceptible dans le droit des biens, des contrats spéciaux et du régime matrimonial de communauté. Du droit romain subsisterait la logique des obligations, la propriété régaliennne et l'ordre des successions.

Cet amalgame subtil ne pouvait ni satisfaire ni contenter tout le monde. Pour l'imposer à la nation, il fallait une volonté politique exceptionnellement forte : celle du premier Consul.

Pour le mener à bien, on recourut à des juristes assez âgés pour avoir appris le droit avant 1789, et assez intelligents pour comprendre que l'on ne pouvait faire table rase de la Révolution. Il y eut, bien sûr, un travail de commission et des passages devant les assemblées du moment, quelque peu malmenées par Bonaparte. Mais l'histoire n'a retenu que quatre noms en plus du sien, en tête desquels celui du sage Portalis venu de Provence et imprégné de la pensée de Montesquieu.

Le plan du Code Napoléon n'est pas exempt de critiques, sauf sans doute celui du Livre premier. Mais sa structure interne découpée selon une arborescence constante – Livre, Titre, Chapitre, Section - et surtout la subdivision ultime en articles, font de lui un modèle qui n'a pas vieilli. Chaque article est un message porteur d'une parcelle de la loi. La plupart sont normatifs, mais il en est de didactiques, car l'esprit de système n'habitait pas les rédacteurs. Quant à leur style,

unanimement loué pour sa clarté et sa précision, il portait le reflet des Lumières qui avaient baigné la jeunesse de ses auteurs.

Ainsi naquit le modèle de la loi française, déjà illustré par Colbert et Daguesseau, mais porté ici à son comble. Les premières pages du Discours préliminaire sont consacrées aux lois en général. Dans ce texte admirable, certains passages ont vieilli, mais celui-ci demeure d'une inaltérable actualité. La loi civile s'adresse à tous les citoyens ; elle est générale dans sa destination et impersonnelle dans sa formulation. C'est une loi nécessaire qui pose des principes dont elle règle les applications essentielles. S'il faut, pour la compléter, descendre dans le détail, le règlement y pourvoira, qui relève du pouvoir exécutif et non du législatif. Et, de toute manière, ses principes sont assez discursifs pour que les juristes y puisent matière à interprétation et que les juges y trouvent réponse à tout, comme le veut l'article 4. Les mailles de la loi, enfin, sont assez larges pour garantir la liberté de contracter reconnue aux citoyens.

Un siècle et demi passe et personne ne parle de codification, hormis quelques velléitaires dont la voix reste sans écho. Ce n'est point que le droit s'arrête ; de grandes lois sont adoptées : les sociétés anonymes sous le second Empire, la presse, les syndicats, les associations, les assurances sous la troisième République. Mais il n'y a pas matière à réécrire les codes existants ou à en fonder de nouveaux, sauf en droit du travail.

Entre les deux guerres, pourtant, la législation s'était enfiévrée en raison des crises économiques, des tensions sociales et des idéologies stimulées par le premier conflit mondial. Des textes avaient proliféré, sous forme de lois et de décrets-lois. Puis revint la guerre, avec la parenthèse de Vichy, et, à partir de 1945, la législation reprit de plus fort, à un rythme qui ne s'est pas démenti depuis 50 ans.

C'est alors qu'apparaît l'utilité, voire la nécessité d'une remise en ordre du droit ; la codification revient à l'ordre du jour, soit par la modernisation des codes existants, soit par la création de codes nouveaux. En 1945 est créée la Commission de réforme du Code civil, avec la mission de rénover dans son entier l'œuvre napoléonienne. Maintenus pendant les douze années de la quatrième République, ses travaux s'enliseront sans aboutir. En 1948 est instituée une autre Commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires. En 1989, enfin, une Commission supérieure de la codification prend la suite de la précédente afin « d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit », par le moyen d'une codification à droit constant. En revanche, aucun organisme officiel ne reçut mandat de reconstruire les codes du premier Empire : cette charge a incombé, sous la cinquième République, à l'action combinée du Parlement et du Gouvernement. Beaucoup de choses ont été accomplies dans ce domaine à partir de 1964.

Il y a donc eu, depuis un demi-siècle, des actions de codification conduites selon deux techniques différentes utilisées en parallèle, parfaitement identifiées et dénommées par Rémy Cabrillac. Dans son ouvrage fondamental sur les

codifications, il a imposé comme *summa divisio* la distinction entre les codifications-compilation et les codifications-modification. Rémy Cabrillac a manifesté pour la codification-modification une préférence argumentée que je partage. C'est donc d'elle que je parlerai principalement.

I/ CODIFICATION - MODIFICATION

Cette méthode s'est réalisée soit en remplaçant *in extenso* l'ancien code par un nouveau, soit en le modifiant par tranches successives, et parfois en usant tour à tour des deux procédés.

Dans la réussite de ce processus, il existe plusieurs facteurs communs favorables. A la base, on trouve deux gardes des Sceaux juristes de premier plan, professeurs agrégés des Facultés de droit, rompus l'un et l'autre à la pratique des procès et des contrats, jouissant tous deux de la confiance du Président de la République : vous avez reconnu Jean Foyer et Robert Badinter. Ceci expliquant cela, la doctrine universitaire a joué un grand rôle dans la mise en œuvre de la recodification ; citons sans être exhaustifs : Jean Léauté et Mireille Delmas en droit pénal ; Gérard Cornu et Henri Motulsky en procédure civile ; Jean Hémard et François Terré en droit des sociétés ; René Rodière en droit maritime ; le doyen Carbonnier en droit civil.

Paradoxalement, cette refonte globale par pans entiers du droit privé est passée quelquefois par une phase de décodification. Les sociétés, les procédures collectives et le droit maritime privé ont quitté tour à tour le code de commerce de 1807 qui en est devenu squelettique. Mais on peut dire de ces différents blocs qu'ils ont formé autant de petits codes autonomes, grâce à la cohérence de chaque ensemble au périmètre bien délimité, et par l'assemblage de lois spéciales et de leurs décrets d'application. Au demeurant, les sociétés et les procédures collectives ont rejoint la matière commerciale dans le nouveau code de commerce (compilateur, celui-ci), promulgué en décembre 2000.

La matière pénale a été mise en chantier à partir de 1981. Cette entreprise a abouti à un Code pénal entièrement nouveau, que ses auteurs ont voulu « en harmonie avec la conscience collective », tant en ce qui concerne les incriminations que les peines. Pour autant, le nouveau code n'est pas considéré comme une œuvre révolutionnaire. Parmi les innovations saillantes, on y relève la responsabilité pénale des personnes morales et le délit de mise en danger d'autrui. Le nouveau code pénal a ajouté à sa nature principalement réformatrice un aspect accessoirement compilateur en incorporant des dispositions pénales égrenées dans des lois particulières (informatique, bioéthique, par exemple). Sa mise en application ne semble pas avoir soulevé de difficultés majeures ; mais la Chancellerie ne connaît toujours pas le nombre exact de nos infractions.

Tel ne fut pas le cas de la procédure pénale, épine irritative par excellence des législateurs successifs, en raison de l'affrontement dont elle est le théâtre entre les idéologies libertaires et sécuritaires. Il en est de cette matière comme des baux

d'habitation : à chaque changement de majorité, les vainqueurs reviennent sur les réformes de leurs adversaires, et l'on ne voit pas comment ce va et vient (cette codification saisonnière) pourrait cesser, sinon par l'avènement d'une majorité durable ou par la pression d'une autorité supranationale.

En regard, la procédure civile apparaît comme un havre de relative stabilité. Elle a bénéficié d'un code-modification entièrement réécrit, tandis que voyait le jour un code-compilation de l'organisation judiciaire. On se plait à louer la qualité formelle du NCPC de 1975, dû à la plume de Gérard Cornu, et singulièrement des 20 premiers articles, textes fondateurs de la matière qui resteront un modèle du genre. Une technique bien particulière a caractérisé son élaboration : à partir d'un plan d'ensemble adopté au seuil de l'entreprise, la construction s'est faite par décrets successifs qui ont été finalement fondus dans un ensemble unique. Que l'on ne s'y trompe pas cependant : il ne s'agit pas, à la fin, d'une codification-compilation, mais du simple assemblage d'une codification-modification élaborée par paliers. Il est certain que la nature réglementaire des textes a favorisé ce mode de réalisation, puisque, jusqu'à son terme, il fut possible au gouvernement de modifier et d'harmoniser les éléments du puzzle.

Depuis 1975, le NCPC devenu CPC a été retouché, principalement pour l'adapter à l'inflation du contentieux. Récemment, encore, un vif débat a opposé ceux qui voulaient rendre exceptionnelle la voie d'appel à ceux qui considéraient le double degré de juridiction comme un facteur essentiel de bonne justice. Mais ces péripéties n'altèrent pas le gros œuvre. Du reste, il ne faut pas qu'un code fige par trop le droit, alors que la société ne cesse d'évoluer. Un bon code doit vivre et accompagner son temps, par la jurisprudence qu'il suscite, par la doctrine qu'il inspire, et, finalement, par les modifications qu'il reçoit.

Cette technique de modification par paliers semble *a priori* plus difficile à pratiquer dans des matières qui relèvent de la loi et non du décret. C'est pourtant le pari gagné dans la reconstruction du Livre premier du Code civil, réalisée durant les 12 glorieuses : 1964-1975. Tour à tour furent votées des lois qui bouleversèrent la protection des incapables mineurs (1964) et majeurs (1968), les régimes matrimoniaux (1965), l'autorité parentale (1970), la filiation (1971) et le divorce (1975).

Chacune de ces lois correspond à un Titre figurant aux Livres premier et troisième du Code civil. Elle en occupe exactement l'espace qui lui était affecté en 1804, commençant et s'achevant par les deux mêmes numéros d'articles. Dans ce périmètre inchangé, il y a eu substitution d'un droit nouveau au droit ancien. Un certain nombre d'articles ont été ajoutés, qui portent des indices, ce qui permet de les dénombrer aisément. En toute matière, cependant, le législateur a évité l'inflation : le divorce, par exemple, qui comporte à présent quatre procédures au lieu d'une seule, occupe 97 articles au lieu des 82 qu'il comptait en 1804, soit un accroissement de l'ordre de 20%.

Ce fut une grande habileté que de reconstruire le code de l'intérieur en respectant sa façade. Ainsi se trouvait adouci l'effet de rupture produit par la réforme. Un même effet d'atténuation résulta du style remarquable des lois nouvelles, qui égala en précision, clarté et élégance celui des premiers rédacteurs, tout en purgeant quelques archaïsmes. La continuité de la forme a, en outre, favorisé celle des méthodes d'interprétation. Ainsi le juriste a-t-il changé de loi, mais pas de système.

La méthode consistant à recodifier le droit de la famille titre par titre et non pas globalement n'était pas sans risque, mais se solda par un succès total. L'excellence du plan du code civil y est pour quelque chose, mais surtout le doyen Jean Carbonnier avait une vision d'ensemble de la matière et une conception précise des fonctions de la loi lorsqu'il prépara les textes présentés à la Chancellerie, puis soumis au vote du Parlement.

Il savait que l'heure de l'égalité était venue pour l'homme et la femme mariés, tant dans l'ordre des rapports personnels que patrimoniaux ; qu'il en allait de même pour les enfants quelle que fût leur filiation. Mais il savait aussi composer avec le temps : l'égalité des époux communs en biens, largement amorcée en 1965, ne fut parachevée qu'en 1985 ; celle des enfants illégitimes, acquise en 1971 pour les naturels simples, ne le fut qu'en 2001 pour les adultérins. Cependant, si le sociologue Jean Carbonnier fit entrer dans les lois une égalité qu'il sentait présente dans les esprits, le philosophe en lui avait d'autres certitudes. Il me semble que, dans sa pensée, la liberté passe l'égalité en tant que valeur fondamentale. C'est pourquoi il a introduit la volonté individuelle, c'est-à-dire le contrat, dans des matières soumises naguère à des statuts impératifs. Divorce par consentement mutuel, pactes entre époux sur l'exercice de l'autorité parentale, assouplissement des tutelles, changement de régime matrimonial : à des modèles uniques et rigides, il a substitué des options, des ajustements qui ouvrent les chemins de la liberté.

Flexible droit, loi sans rigueur, sans doute, mais il faut tout de même un contrôle, car la liberté n'est pas sans péril, ni pour le faible, ni pour l'ordre social. Cette mission va incomber au juge. Un juge qui homologue les actes les plus importants, qui départage des époux quand ils ne parviennent pas à décider et qui sanctionne les abus et les fraudes. Le juge des tutelles s'invite dans les familles en difficulté. La matière gracieuse prend un volume nouveau. Le législateur a fait grande confiance au juge, (trop peut-être).

En l'état actuel, le droit de la famille a connu un véritable bouleversement, une table rase du droit ancien. Sur les six Titres du code civil qui le constituent, ne subsistent que 39 des 343 articles de 1804, soit un peu plus de 11%. Cette proportion tomberait au dessous de 10% si l'on tenait compte des nouveaux textes à indice que les réformes ont ajouté. Observons en outre que 30 des 39 articles survivants figurant dans le Titre du mariage, celui qui a connu le moins de modifications. Quant aux autres matières, il ne subsiste aucun article sur 81 dans le divorce, 3 sur 60 dans la filiation, 3 sur 16 dans l'autorité parentale (ex-puissance paternelle) et encore 3 sur 99 dans la tutelle des mineurs. Il s'agit bien d'une authentique

recodification en douceur que Gérard Cornu a qualifiée « la révolution tranquille du droit civil ».

Le droit patrimonial de la famille n'a pas connu une rénovation d'une pareille ampleur, à l'exception des régimes matrimoniaux entièrement refondus par les lois de 1965 et 1985. En matière de successions, une loi du 2 décembre 2001 a recomposé les données de la vocation *ab intestat*, mais la deuxième moitié de la réponse globale demeure en attente.

Quant aux libéralités, où les articles inchangés depuis 1804 demeurent majoritaires, une « offre de loi » publiée par le Defrénois propose une révision intégrale du Titre à un législateur éventuel. On notera que ces textes en suspension s'inspirent de la méthode suivie pour le droit de la famille dans le respect des espaces et de l'ordre dessinés par le Code civil.

Tel n'est pas le cas des autres parties du Code civil ; les biens, les contrats et obligations et les sûretés sont essentiellement dans leur état initial. Il est vrai que la jurisprudence a accompli là une œuvre d'interprétation considérable, notamment dans le domaine de la responsabilité, et, plus généralement, partout où la loi a été jugée supplétive. Ainsi s'est établie une sorte de « surcodification » prétorienne, que nul juriste ne saurait aujourd'hui ignorer, car elle est partie intégrante du droit positif, n'en déplaise à l'article 5 du Code civil. En outre, des Codes nouveaux venus interfèrent fortement avec le droit des biens (Code des propriétés intellectuelles) et des contrats (Code de la consommation). A quoi s'ajoute la régulation de source européenne dont les ondes atteignent désormais de droit civil (électronique et contrats et droits de la personnalité, etc.).

Tout ceci conduit à penser que le moment est venu de travailler à une véritable reconstruction des Titres du Code civil qui ont échappé à l'emprise du législateur mais non à celle du temps. Tant que ce chantier ne sera pas accompli, il y restera une place de choix pour une codification-modification.

D'autres Codes, d'ailleurs, tels ceux que l'on vient de citer, apparus de plus fraîche date, sont issus de la codification-compilation.

II/ CODIFICATION - COMPILATION

Fondée en 1998, la Commission supérieure de codification, dont Gabriel Ardant fut rapporteur général, avait pour objet d'œuvrer à la simplification des textes législatifs et réglementaires et de les regrouper en des codes qui seraient promulgués par décret en Conseil d'Etat. Son existence dura quarante ans, au cours desquels une douzaine de codes furent promulgués. Leur contenu ne fut pas délimité selon une seule et même logique. Certains correspondaient à un type donné d'opérations, tels que : Assurances, Expropriation, Marchés publics. D'autres rassemblaient des textes autour d'un thème aux contours plus flous : Sécurité sociale, Santé publique, Urbanisme...

Derrière la diversité des matières, il y avait tout de même une unité de méthode : la compilation des lois et des règlements d'application ; également une

homogénéité de structure : subdivisions imitées du Code civil (Livre, Titre, Chapitre, Section, Article) et présentation en deux blocs successifs des articles L et des articles R. Cette codification, en son temps, ne souleva guère de polémique ; on apprécia sans doute la commodité qu'elle offrait dans l'accès au droit. Mais le système avait ses limites, dont une particulièrement redoutable quant à la simplification : s'il était concevable de compiler par décret des textes de loi inchangés, on ne pouvait pas de la sorte éliminer des « épaves législatives ».

En 1989, une nouvelle Commission est instituée, chargée comme la précédente d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit, à laquelle le conseiller d'état Guy Braibant a attaché son nom en qualité de vice-président. Elle reçoit pour tâche de codifier « à droit constant » des textes législatifs et réglementaires qui devront être approuvés par le Parlement.

Tel est le principe, dont il faut dire aussitôt qu'il est susceptible de dérogations importantes. La Commission reçoit en effet l'autorisation d'apporter aux textes existants les modifications qu'elle juge nécessaires pour améliorer leur « cohérence rédactionnelle », assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit.

Armés de cette triple ouverture sur l'innovation, les codificateurs-compileurs ont fait grincer pas mal de dents. Quatre codes furent adoptés de 1992 à 1996, dont le Code de la propriété intellectuelle, le Code de la consommation et une partie du Code rural.

Mais ce rythme ayant paru trop lent au Gouvernement, une seconde exception fut apportée aux principes posés en 1989 : il est devenu possible de codifier par ordonnance, ce qui ramène à un rôle symbolique l'intervention du Parlement. Sur cette lancée nouvelle, sept codes ont vu le jour, dont les Code de commerce, de l'Environnement, de la Route, de l'Action sociale et des Famille. L'alliance des atteintes possibles au droit constant et du recul du pouvoir de la représentation nationale ont nourri le grief d'un déficit de démocratie qui ne manque pas de fondement.

Ce grief se traduit dans un certain nombre de critiques. Certaines, externes au système, dénoncent un double arbitraire de la Commission : arbitraire quant au choix des matériaux compilés, notamment dans le Code de commerce, qui, selon plusieurs auteurs, déborderait tantôt le domaine du droit des affaires et tantôt ne le recouvrirait pas en entier (mais n'est-ce pas point là le risque couru dans toutes les codifications thématiques ?) ; arbitraire dans l'usage des trois exceptions possibles au droit constant, qui aboutit à des adjonctions, modifications ou suppressions de textes réalisés en silence, sans débat public (et ceci est beaucoup plus grave). Enfin, vues du dehors, les codifications-compilations de ces dernières années comporteraient des imperfections techniques : coquilles, rattachements erronés, erreurs sur les textes en vigueur....

En écho à ces défauts avérés répondent des critiques internes au service public. La Commission, qui n'a pas les moyens d'accomplir seule la tâche, dénonce

un accompagnement insuffisant de l'administration, c'est-à-dire l'absence d'une cellule de correspondants dans les ministères concernés. Elle déplore aussi le retard dans la production des textes d'application qui paralyse une compilation à vocation législative et réglementaire. A quoi s'ajoute la lenteur des procédures parlementaires qui expliquent le recours aux ordonnances.

Devant ce bilan pour le moins mitigé de la codification à droit constant, commence à circuler l'idée d'une codification à droit non constant. Ce propos évoque les litotes par lesquelles la langue de bois se complait à présenter les choses à l'envers : de même que des aveugles sont aujourd'hui des malvoyants et les sourds des malentendants, la codification à droit non constant serait-elle autre chose qu'une codification-modification ? La boucle serait ainsi bouclée et la *summa divisio* mise à mal. Espérons que la suite du colloque nous aidera à y voir plus clair et à mieux nous entendre.