



HAL
open science

Les résultats de la codification

Philippe Stoffel-Munck

► **To cite this version:**

Philippe Stoffel-Munck. Les résultats de la codification. Revue juridique de l'Océan Indien, 2004, 04, pp.121-134. hal-02541658

HAL Id: hal-02541658

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541658>

Submitted on 14 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES RESULTATS DE LA CODIFICATION

*Par Philippe STOFFEL-MUNCK
Professeur à l'Université de Paris XII*

C'est à ses fruits qu'on juge l'arbre. Quels sont donc les fruits de la codification française ?

Cette question est en réalité double car le terme de codification recouvre, chacun le sait, deux objets fort différents. Il y a tout d'abord « La » Codification : l'œuvre intellectuelle qui évoque immédiatement la personne de Portalis. Cette œuvre fondatrice et confondante qui a pour objet de *fondre* un corpus juridique ancien et hétérogène en un matériau nouveau, durable, inoxydable comme l'acier qui en est, me semble-t-il, une métaphore expressive. Cette codification réelle constitue une fonte de métaux juridiques anciens : une fonte de coutumes, de pratiques, de règles, de controverses qui vise à donner au corps social une armature juridique d'un alliage nouveau. Et, dans cette perspective la recodification n'est qu'une « refonte » de la matière. Il y a ici, diraient les alchimistes du droit, une transmutation de la substance juridique ancienne en une substance juridique nouvelle. Cette codification modifie la substance du droit, c'est la codification substantielle.

A l'inverse, il y a la codification purement formelle. Elle ne touche pas à la substance du droit ancien. Si elle lui donne un contenant nouveau, le contenu reste pour l'essentiel inchangé. C'est un travail d'éditeur plus que de législateur, qui évoque la personne de Dalloz plus que celle de Portalis. Cette codification n'est qu'une compilation. Cela n'est pas péjoratif : le code Justinien n'était lui-même qu'une compilation. C'est pourtant bien différent de la codification substantielle et... bien moins exaltant. Le terme de « codification » lui est cependant accolé pour lui imprimer un peu de la noblesse de l'œuvre de Portalis et donner, ainsi, un peu de cœur à l'ouvrage aux compilateurs. Ce n'est pas manquer de respect aux membres de la Commission de codification que de supposer qu'ils auraient eu moins d'entrain à animer une « Commission de compilation ». C'est plus dans ces considérations que dans le prétexte historique qu'il faut, me semble-t-il, comprendre l'usage, au risque de la polysémie, du terme de codification pour désigner ces compilations.

La compilation, la codification formelle, ne répondant pas aux mêmes attentes ni au même esprit que la codification substantielle, il va sans dire que l'appréciation des résultats de la « *codification* » nécessite d'aborder séparément les deux questions.

Les résultats de la codification substantielle doivent donc être abordés indépendamment des résultats de la codification formelle.

I/ LES RESULTATS DE LA CODIFICATION SUBSTANTIELLE

Il a été remarqué que les codifications substantielles les plus célèbres avaient un objet politique : fonder un pacte social. Inspirées par une attente politique, elles ont donc non seulement un effet technique (B), mais recherchent aussi un effet politique (A).

A/ L'effet politique d'un Code

L'effet politique d'un code se résume d'abord dans cette formule de Portalis : « Avec le Code civil, nous ne sommes plus Provençaux, Bretons, Alsaciens, mais Français »¹.

La Codification fournit ainsi un lien² et ce résultat fédérateur a été atteint en France. Les juristes des anciennes Provinces se sont attachés à étudier cette constitution civile de la Nation, à en faire l'exégèse. Chacun se souvient à cet égard du mot fameux prêté à Bugnet : « Je ne connais pas le Droit civil, je n'enseigne que le Code civil »³. Mais en ramenant l'étude du droit civil à l'étude du Code civil, les juristes exprimaient plus un message politique qu'une bêtise étroitesse de vue : l'acceptation de l'idée non pas tant d'un nouvel ordre juridique que d'une nouvelle identité française, plus intégrée puisque liée par le même droit commun et par les mêmes valeurs.

L'intégration juridique que réalise la codification vise ainsi à enraceriner une intégration politique⁴. Sur ce plan, le résultat attendu a été obtenu. Pour le dire en manière de boutade, même les indépendantistes corses n'incluent pas dans leurs revendications un changement de code, mais il est vrai qu'il s'agit du Code Napoléon, ceci expliquant peut-être cela.

De manière plus sérieuse, et prospective, cet effet d'enracinement d'une entité politique est particulièrement utile pour celles qui sont en formation ou en crise. La question de la codification européenne prend, me semble-t-il, sa vraie couleur au regard de cette ambition. Si l'on veut que les européens se trouvent chez eux dans chaque coin du territoire de l'Union, l'idée d'un Code civil européen (bien plus qu'un simple code des contrats) vient naturellement à l'esprit. Mais elle correspond au modèle d'une intégration politique forte, qui suppose la disparition des codes nationaux et du lien particulier qu'ils instituent.

Pour revenir dans l'Océan indien, la question de la codification aux Comores prend aussi une gravité et un intérêt nouveau au regard de cet effet d'enracinement.

¹ Discours préliminaire sur le projet de Code civil, rapporté in « Jean-Etienne Marie Portalis : écrits et discours juridiques et politiques », PUAM 1988, présentation A. Sériaux, p. 180.

² Sur tout cela, v. Rémy Cabrillac, « Les codifications », PUF, 2002, p. 154 s.

³ Rapporté, par exemple, in Ph. Rémy, « Eloge de l'exégèse », RRJ 1982, p. 254 s., p. 261. M. Rémy montre qu'il s'agissait probablement là seulement d'une boutade, dont le sens a été forcé par les adversaires de l'exégèse qui se sont ainsi fabriqué, à bon compte, un emblème de l'archaïsme de la génération les précédent.

⁴ V. R. Cabrillac, op. cit., p. 147 s.

L'adoption d'un code commun aux différentes îles rendrait plus naturelle l'idée de son unité politique. Il rendrait, symétriquement, moins évidente la légitimité d'un séparatisme insulaire véritable, c'est-à-dire d'un séparatisme qui ne serait pas seulement une réponse à une conjoncture politique mais prétendrait correspondre au destin du peuple des îles.

Cependant, pour qu'elle atteigne ce résultat, la codification doit exprimer les valeurs communes à la communauté à laquelle il entend s'appliquer, ce qui suppose que sociologiquement cette unité existe déjà. Le code enracine une unité, il ne suffit pas à la créer de toutes pièces. Mais, même s'il se borne à recueillir les valeurs communes, il les manifeste et les cristallise. C'est son deuxième résultat : le code est un manifeste de principes fondamentaux, il les déclare.

Que le Code soit déclaratif des valeurs essentielles à son objet, cela peut se constater dans les principales codifications substantielles françaises.

Le Code civil en exprime plusieurs :

- art. 6 (*supériorité de la chose publique*)
- art. 1134 (*pacta sunt servanda*)
- art. 1382 (*principe de la responsabilité personnelle*)

Le Code pénal fait de même :

- Article 112-1 : *Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis.*
- Article 121-1 : *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.*

Mais ce sont seulement les valeurs propres à son objet que le code exprime. Quand le code est « civil » ou « pénal », les valeurs de la vie sociale s'y trouvent naturellement, mais il est difficile d'en dire autant, par exemple, d'un code de procédure. En revanche, un tel code, qui a pour objet le procès, exprime effectivement les éléments essentiels de notre conception du procès et du rôle du juge dans les litiges. Les principes directeurs du NCPC sont précisément là pour ce faire.

Toutefois, une conception sur ce qui fait l'essence de telle ou telle matière n'existe pas toujours. Et quand bien même, il est encore moins fréquent qu'un relatif consensus existe quant aux valeurs et aux principes qui le manifestent. Tel est seulement le cas pour les questions qui ont été éprouvées par le temps et pour les principes qui ont été sélectionnés par la tradition.

Cette observation veut-elle dire qu'il est exclu que l'effet politique d'une codification substantielle s'accroche à une innovation ?

En sens contraire, l'on pourrait objecter que, par exemple, les fragments des lois bioéthiques de 1994 qui ont été introduits dans le Code civil y constituent une innovation où l'effet politique de la codification substantielle joue à plein. Il est, certes, clair que les articles 16 et suivants du Code civil se posent en déclaration de

principes et qu'ils paraissent fédérateur. Mais ces innovations en sont-elles ? N'est-ce pas simplement le vieux principe « Noli me tangere » qui est venu au Code ?

Ainsi, bien que l'effet politique d'une codification puisse s'appliquer à certaines nouveautés formelles, ces innovations paraissent encore y consister en une reprise de vieilles choses qu'un long processus coutumier a placées dans le fonds commun où le codificateur va puiser sa substance.

Si cette observation s'avérait exacte, elle marquerait une limite assez considérable à l'effet politique à attendre d'une codification. Une législation événementielle ou une législation partisane aurait ainsi beau être introduite dans un code, elle manquerait pourtant à sortir les effets politiques que l'on attend d'un tel instrument. En revanche, les effets techniques propres aux codifications substantielles pourraient peut-être leur profiter.

B/ L'effet technique d'un Code

Deux qualités techniques, notamment, distinguent la codification substantielle : la présence de concepts abstraits, profonds et souples, d'une part, et, d'autre part, la cohérence de la construction

Plusieurs résultats peuvent être, à ce titre, espérés.

Tout d'abord, le code paraît constituer une table d'orientation pour l'interprétation des dispositions qui, quoique rattachables à la matière dont traite le code, lui demeurent extérieures. Le code substantiel paraît avoir vocation à constituer un droit commun par rapport auquel se comprennent les droits spéciaux¹. Cela contribue à la rationalisation du droit dans son ensemble et à sa cohérence globale. Ainsi, même si le droit de la consommation s'est développé en marge du Code civil, son application est *mutatis mutandis* gouvernée par les principes qui y figurent. C'est au regard du Code civil que l'originalité du droit de la consommation se marque, et c'est par attraction du Code civil qu'elle se restreint puisque, en l'absence de dérogation nette, le juge tend à trancher les questions irrésolues par un retour au droit du Code.

Ensuite, la stabilité semble devoir parer les règles ayant fait l'objet d'une codification substantielle. En effet, la règle peut formellement demeurer grâce à sa souplesse et sa hauteur. Ces qualités font, en effet, que l'adaptation de l'application de la règle à la diversité des situations et à l'évolution sociale peut être prise en charge par la jurisprudence. En outre, toute réforme du code est entravée par les multiples liens qui attachent chacune de ses parties aux autres, de sorte que la maladie de la « réformite » en est découragée.

Mais la codification substantielle révèle alors les défauts de ses qualités. La force symbolique du code et sa cohérence technique peuvent conduire à l'intangibilité plus qu'à la stabilité. La question de la transposition de la directive du

¹ Sur la dialectique du droit commun et du droit spécial, v. l'article classique de R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », D. 1961, chr., p. 91.

25 mai 1999 relative à la garantie dans la vente au consommateur en offre un exemple. Là où la commission chargée de préparer cette transposition entendait en profiter pour réviser la question de la garantie du vendeur en droit commun, l'argument d'un risque d'introduire un germe d'incohérence dans le Code civil lui a été vivement opposé. L'on prétendait qu'il ne faudrait toucher à la vente que dans le cadre d'une réforme d'ensemble¹, ce qui conduisait à repousser toute modification des articles 1641 et suivants du Code civil à des lendemains incertains. La codification flatterait-elle l'esprit conservateur ?

La gravité du mal ne doit pas être surestimée. Comme nous l'avons dit, nombre des règles qui signalent une codification substantielle ont une épaisseur conceptuelle qui autorise la souplesse et l'innovation jurisprudentielle. Quel meilleur exemple en donner que le destin inattendu de l'article 1384 al. 1 C. civ. ?

Mais la souplesse a toutefois ses limites. Toutes les dispositions d'un code ne peuvent être marquées du sceau de l'abstraction. Quand l'article 2262 C. civ. dispose que la prescription de droit commun est trentenaire, les ressources de l'interprétation se tarissent : trente, c'est trente.

De même, un code peut avoir du mal à intégrer des valeurs ou des faits sociaux nouveaux. L'égalité des sexes aurait bien du mal à se loger dans les régimes matrimoniaux du code de 1804, et la preuve électronique n'était tout de même pas bien à son aise dans les textes antérieurs à la réforme du 13 mars 2000.

Ainsi, il n'est pas possible de se reposer entièrement sur les capacités imaginatives de la jurisprudence pour adapter les dispositions d'un code substantiel. En outre, il n'est pas heureux que les constructions jurisprudentielles s'éloignent par trop de la lettre des textes. L'incrédulité du justiciable est au bout de l'acrobatie prétorienne et, au final, c'est la légitimité de la loi comme celle du juge qui peut en sortir amoindrie.

Le problème est réel, et le besoin de révision des codes substantiels finit un jour ou l'autre par se faire sentir tout autant que ceux-ci ne se limitent pas à une pétition de grands principes éternels.

L'effet technique de glacis ou de lacis que produit la cohérence d'ensemble d'un code substantiel n'est pourtant pas insurmontable. Une recodification partielle est possible si le Code a été construit par blocs bien délimités.

Le meilleur exemple de cette possibilité ne réside-t-elle pas justement dans l'ensemble des réformes du droit de la famille mené par Jean Carbonnier au cours des années soixante et soixante-dix ?² Evidemment, cela soulève des problèmes techniques car les blocs d'un code ne sont jamais complètement homogènes, ce qui peut donner lieu à des oublis. Par exemple, l'art. 2254 C. civ. dispose toujours aujourd'hui que « *La prescription court contre la femme mariée, encore qu'elle ne*

¹ v. O. Tournafond, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil », D. 2002, p. 2883.

² V. J. Carbonnier, « Essai sur les lois », 2^{ème} éd., Defrénois, 1995.

soit point séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre le mari ». Or ces dispositions ne renvoient à plus rien de concret puisque l'administration des biens par le seul mari a disparu du titre des régimes matrimoniaux. La réforme opérée par la loi du 23 décembre 1985 (qui n'est pas imputable à Jean Carbonnier) aura, sur ce point, commis un impair en laissant subsister, tel un navire fantôme, ce texte sans vie, qui avait le malheur d'être situé à 800 articles de son port d'attache.

Si ce risque d'erreurs existe lors des réformes des codes substantiels, il est encore plus fréquent dans les codes compilations qui ne brillent pas par la cohérence et l'étanchéité de leurs divisions générales.

II/ LES RESULTATS DE LA CODIFICATION FORMELLE

La codification formelle visait à une meilleure accessibilité d'un droit touffu et dispersé. Elle visait à être une incitation à la réforme et à la codification substantielle des matières qu'elle embrassait, mais prétendait être à droit constant. Sur ces deux plans, le bilan est mitigé.

A/ Une accessibilité ambiguë

Si l'intelligibilité des textes n'est, par hypothèse, pas améliorée par leur compilation ordonnée, celle-ci a cependant permis d'améliorer leur accessibilité formelle. En effet, en rassemblant dans un *corpus* unique les textes relatifs à la consommation, au commerce, à la propriété intellectuelle, à l'éducation etc., la codification formelle facilite l'accès des praticiens au droit, sinon celle des citoyens.

Il faut voir d'où l'on partait : non seulement les textes étaient épars, mais leurs modifications successives et incessantes n'étaient pas aisément repérables. Le Journal Officiel permet, en effet, de retrouver assez facilement un texte dans sa version initiale ; mais quel parcours du combattant pour retrouver sa dernière version ! Désormais, la version révisée de chaque code pourra périodiquement rendre compte de ces évolutions. En outre, l'outil internet et le site Legifrance permettent une mise à jour en temps réel. De la sorte, le praticien n'a qu'à aller consulter le code en ligne pour savoir quelle est la dernière version du texte qui l'intéresse.

En outre, les nouvelles numérotations permettent de mieux mémoriser les divisions de la matière et de savoir s'y repérer assez aisément. En effet, le premier chiffre du numéro d'article renvoie au livre dans lequel la question s'insère, le second renvoie au titre particulièrement concerné et le troisième au chapitre traitant spécialement la question. Par exemple, dans le code de la consommation, le livre 3 traite de l'endettement et le titre 1 du crédit. On y trouve alors trois chapitres : le premier est consacré au crédit *mobilier* (L. 311-1 et s.), le second concerne le crédit *immobilier* (articles L. 312-1 et s.) et le troisième les dispositions communes aux deux précédents (art. L. 313-1 et s.). L'ensemble est simple à retenir : 311 / 312 / 313. De même, en matière commerciale la division 621 / 622 renvoie à la division entre le redressement (art. L. 621-1 s.) et la liquidation (L. 622-1 s.).

Pour les juristes qui ont été formés à l'ancienne numérotation, les choses sont moins simples, mais une bonne renumérotation, respectant le quantième des articles de l'ancienne loi permet parfois de minorer l'inconvénient. Le Code de commerce peut à cet égard être cité en exemple. Ainsi, l'art. L. 621-107 correspond à l'ancien article 107 de la loi de 85 relatif aux nullités de plein droit de la période suspecte, et l'article L. 621-108 est l'ancien article 108 relatif aux nullités facultatives... Ce degré de coïncidence est, il est vrai, l'exception, mais les tables de concordance et l'habitude aidant, chacun devrait bientôt pouvoir s'y retrouver sans trop de peine.

Enfin, la technique des codes pilotes et codes suiveurs a pour ambition de renforcer l'accessibilité formelle des textes. De ce point de vue là, il est douteux que le résultat soit très bon. Rappelons un instant de quoi il retourne. Il s'agit de lutter contre l'inconfort de la législation par référence qui consiste, dans un texte, à renvoyer à un autre texte. Ainsi en va-t-il, pour prendre un exemple simple, quand l'article L. 313-2 C. consom. prévoit que « le taux effectif global déterminé *comme il est dit à l'article L. 313-1* doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt ». Ici, il n'y a qu'une page à tourner pour lire le texte auquel il est renvoyé. Mais la difficulté s'accroît quand le renvoi est fait à un texte d'un autre code. C'est alors que la technique du code pilote et du code suiveur intervient. Elle consiste à reproduire l'article du code A auquel il est renvoyé sous le texte même de l'article du Code B qui y renvoie. On dira, en l'occurrence, que le Code A est pilote et le Code B, suiveur.

Par exemple, l'article L. 211-1 C. consom. dispose que « les règles relatives à la garantie des vices cachés dans les contrats de consommation sont fixées par les articles 1641 à 1648 al. 1 du Code civil reproduits ci-après ». Ici, le Code de la consommation suit le Code civil. Celui-là est suiveur, celui-ci est pilote. Et sous l'article L. 211-1 C. cons. figure effectivement la reproduction des textes du Code civil auxquels il est renvoyé.

Ce système souffre d'un double inconvénient. Tout d'abord, il part du postulat irréaliste que tout le droit est dans la loi. Suffit-il de connaître la version textuelle des articles 1641 s. C. civ. pour avoir une idée de ce qu'est la garantie des vices dans la vente ? N'importe quel étudiant en droit en serait fort heureux mais n'envisage pas de prendre ce rêve pour une réalité. L'œuvre que la jurisprudence a brodé sur ces lignes vénérables constitue l'essentiel du droit positif en la matière. Or, cette œuvre n'est pas mise à la disposition du lecteur, de sorte que la reproduction sèche des textes n'apporte à ce dernier qu'une information incomplète.

Elle pourrait même se révéler parfois déceptive, tant il est vrai que la jurisprudence a pu, de temps à autre, tordre si bien le sens des textes que leur signification se trouve très différente de ce que leur lettre suggère. Reproduire, dans le Code de la consommation, l'article 1646 C. civ. dans sa version littérale¹ peut conduire le profane à croire qu'à défaut de démontrer la connaissance qu'avait le

¹ « si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser les frais occasionnés par la vente »

vendeur des vices, il ne peut jamais obtenir de dommages et intérêts complémentaires. C'est la jurisprudence, en effet, qui a précisé que le vendeur professionnel était toujours censé connaître les vices ; mais comme cette règle prétorienne n'est pas mentionnée dans le Code vendeur, le consommateur ne peut s'en douter. Pour un Code dédié à sa protection, le paradoxe est piquant.

Ensuite, le caractère déceptif de la technique des codes vendeurs résulte de la foi excessive du Législateur dans l'aptitude de la bureaucratie à suivre les fluctuations incessantes des textes. Il peut arriver, en effet, que la disposition à laquelle il est renvoyé soit réformée, sans que le « réformateur » ne songe à répercuter cette modification dans la disposition du Code vendeur correspondant. Le Code vendeur reproduira alors une version tout simplement obsolète du texte auquel il renvoie. Rapporté à l'objectif d'amélioration de l'information de l'usager qui est celui de cette technique, cela laisse rêveur. En outre, ce genre d'incident n'est pas lié à une période de « rodage » dont auraient eu besoin les ouvriers affectés à l'entretien de la machinerie des codes modernes. A preuve, un exemple a pu en être trouvé encore très récemment.

Ainsi, la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique¹ contient un article 32 I qui, modifiant l'art. L. 313-3 C. consom., supprime le délit d'usure dans les prêts accordés aux personnes morales. Mais cette même loi a oublié de répercuter cette modification dans le Code monétaire et financier qui renvoie pourtant à l'art. L. 313-3 C. consom. et reproduit, à cet effet, ses dispositions. Ainsi, se trouve reproduit sous l'article L. 313-5 C. mon et fin., consacré au « taux de l'usure », une version anachronique de l'article L. 313-3 C. consom. qui laisse croire que l'usure continue à être absolument prohibée... L'oubli est fâcheux, et d'autant plus surprenant que la loi pour l'initiative économique a modifié l'article L. 313-4 C. mon. et fin.. Le législateur aura simplement oublié de tourner la page... Il s'est depuis corrigé²...

La codification se voulait simplification, elle se révèle complication et source de doutes sur la positivité des textes qu'elle contient, ce qui jette un discrédit sur l'ensemble...

Au vrai, le reproche n'est pas tant à imputer à la codification qu'à la technique de législation par référence. Pour prendre un exemple caricatural des limites de cette technique, il faut citer ici le cas extraordinaire de l'art. L. 311-13 c. cons. qui prescrit que l'offre de crédit à la consommation émise par une banque doit respecter un modèle type établi par un organe de nature administrative. Pour ce faire, il renvoie à l'article R. 311-6 du même code. Ce dernier, qui se recommande d'ailleurs de l'article L. 311-8 C. cons. et non de l'art. L. 311-13, car la

¹ D. 2003, p. 2055.

² Les constats précédents découlent de la consultation des textes tels qu'ils apparaissaient sur le site Legifrance au 28 septembre 2003. Au jour où nous écrivons ces lignes, c'est-à-dire en mars 2004, la correction a été faite, mais l'article 32 I de la loi de sécurité financière, qui s'occupait pourtant de fixer notamment des dispositions « vendeuses », ne le prescrivait pas.

numérotation des articles législatifs a évolué entre temps sans être répercutée dans la partie réglementaire, renvoie lui-même à des annexes types. Or celles-ci n'ont pas été modifiées depuis 1978, ce qui fait qu'elles contiennent des mentions types désormais illégales. Le banquier se voit donc dans l'obligation de reproduire des textes qui, pour certains, n'existent plus et, pour d'autres, prévoient des modalités contractuelles dont la stipulation a depuis été interdite¹... Obliger le prêteur à reproduire, sous peine de sanctions pénales², des dispositions illégales, voilà qui, à nouveau, est piquant. Face à la situation ubuesque résultant de l'inertie (surprenante) de la bureaucratie du chef des textes dont elle a censément la garde, la jurisprudence a trouvé une solution de bon sens. La Cour de cassation pose qu'il appartient au banquier de procéder d'office aux modifications des modèles réglementaires que l'administration a omis de faire³. Même s'il convient de saluer comme il se doit cet hommage rendu aux ressources de la société civile, tout ceci ne fait tout de même pas très sérieux.

Dans une perspective de codification dans la zone de l'Océan indien, voilà, nous semble-t-il, l'exemple à ne pas suivre. Mais, une fois encore, le reproche est plus à faire à l'idée détestable de confier l'entretien de la législation à la bureaucratie qu'à l'idée même des codifications formelles. Censées remédier à une législation exécrationnelle, les codifications formelles ne peuvent donner plus qu'elles promettent : elles rassemblent les défauts des textes qu'elles codifient en les rendant plus apparentes. C'est un progrès en une certaine manière, mais pas un progrès substantiel.

Le bilan est donc mitigé, et le constat est identique quand à l'ambition que mûrissait cette codification d'être à droit constant.

B/ Une constance ambiguë

On a trop, et trop bien, écrit sur l'inconstance de la codification à droit constant pour qu'il soit utile de beaucoup y revenir⁴... Trois formes d'incidents à même de contrarier cet objectif de constance, se rencontrent et, pour marginaux et temporaires qu'ils puissent paraître, ils sont néanmoins réels. Il s'agit de l'abrogation par inadvertance (1), de la résurrection par inadvertance (2) et, si l'on

¹ V. le modèle n° 1, reproduit en annexe du Code. Ce modèle, que le banquier doit en principe reproduire, indique à son paragraphe V qu'en cas de remboursement anticipé du prêt, le prêteur pourra exiger une indemnité ne pouvant dépasser 4 % du montant remboursé par anticipation. Or, l'article L. 311-29 C. consom. est, depuis, venu préciser que le remboursement anticipé ne pouvait donner lieu à réclamation d'une quelconque indemnité.

² L'irrespect de la reproduction du modèle type est érigé en infraction pénale par l'art. L. 311-34, al. 1, C. consom..

³ V., par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 2001, Bull. civ. I, n° 233, qui pose que l'obligation d'établir l'offre préalable selon l'un des modèles types établis par l'autorité compétente « ne peut dispenser le prêteur de satisfaire aux exigences légales lorsque, comme en l'espèce, le modèle type n'avait pas été adapté à une modification législative ultérieure ».

⁴ Gautier (P. Y.), « De l'art d'être furtif : le droit constant des codes de la propriété intellectuelle et de la consommation », in *La codification*, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 107.

ose dire, de la mise en coma artificiel d'un texte (3). Nous prendrons un exemple de chaque.

1°/ L'abrogation par inadvertance

La codification formelle du droit commercial offre quelques exemples de ce genre de « bogue » de codification. Parmi ceux-ci, il est possible de citer le sort funeste de l'article 33 du décret du 30 sept. 1953 relatif aux baux commerciaux, tel qu'il avait été modifié par la loi n° 70-10, du 2 janv. 1970. En l'occurrence, le texte comprenait les deux alinéas suivants.

alinéa 1 : *Toutes les actions exercées en vertu du présent décret se prescrivent par deux ans.*

alinéa 2 : *La notification du mémoire institué par l'article 29 ci-dessus, interrompt la prescription. Il en est de même de la demande de désignation d'expert formée en application de l'alinéa 2 de l'article 32.*

Sans que l'on voit bien pourquoi ni, surtout, à quel titre au regard de l'impératif d'une codification à droit constant, l'article L. 145-60 C. Com. a bien repris le premier alinéa de ce texte, mais pas le second. Le résultant en est que deux causes d'interruption spéciales de la prescription biennale propre à la matière, dérogoires au droit commun (art. 2244 c. civ.), s'en sont allées.

Cela étonne.

2°/ La résurrection par inadvertance

Un exemple connu de ce genre particulier d'incidents est offert par le sort réservé à l'article 93 de la loi du 24 juillet 1966. Ce texte prévoyait qu'une même personne pouvait cumuler un mandat social à un contrat de travail au sein de la même société à condition que ce dernier ait au moins deux ans d'ancienneté.

Cet article 93 fut modifié par la Loi Madelin n° 94-126 du 11 février 1994, qui supprima la condition des deux ans préalables. Mais la codification de l'article 93 par L. 225-22 C. com. se fit en contemplation de son ancienne version. Ce fut donc celle-ci qu'on recopia et la condition des deux ans fut ainsi ressuscitée. Devant l'étonnement de la doctrine, le gouvernement fut rapidement interrogé sur le sens de cette codification à « ancien droit » constant, si l'on peut dire. Il concéda qu'il s'agissait là d'une erreur matérielle¹. Le législateur s'amenda par la suite et la loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 corrigea cette bévue, comme de nombreuses autres². Cela fait quand même désordre.

3°/ La mise en coma par inadvertance

La codification suppose de mettre dans un *corpus*, pourvu d'un intitulé déterminé, des textes qui pour se rapporter à la matière qu'évoque le nom du Code où ils sont versés, visaient parfois, plus large. La loi codifiée épousera-t-elle les

¹ Rép. Min. n° 30569, JO Sénat Q, 1^{er} mars 2001, p. 757.

² Sur celles-ci, v. A. Lienhard, « Loi MURCEF du 11 décembre 2001 : quoi de neuf pour les sociétés ? », D. 2002, p. 59.

contours du Code qui la recueille comme un fleuve sauvage se coule dans le canal pour lui creusé, ou conservera-t-elle, comme par rémanence, la portée plus générale qui était sienne en son état ancien ?

Poser cette question revient à s'interroger sur la force qu'imprime le contenant au contenu et sur l'autonomie des dispositions d'un texte au regard de ce qu'évoque son intitulé. La normativité des intitulés est, on le sait, incertaine. D'après la circulaire relative à la codification, elle serait nulle, mais il est concédé, avec bon sens, qu'ils constituent tout de même un paramètre d'interprétation des textes qu'ils recouvrent¹. Dès lors, la question reste entière : à quelle aune apprécier le champ d'application de la loi qui se verse dans un code trop étroit pour son envergure naturelle ? Tant que la jurisprudence n'a pas levé l'incertitude, sa virtualité d'application se trouve comme dans les limbes. Voilà en quoi, la loi codifiée peut se trouver comme mise en coma par sa codification, état dont le juge la sortira peut-être.

Le sort de la loi de 1966 sur l'usure en constitue un exemple fameux. Cette loi prévoyait l'obligation pour tous les prêts de faire apparaître un taux effectif global, à peine de sanction pénale. Sa codification dans l'article L. 313-2 C. cons. rognait-elle les ailes à cette prescription ?

La question résultait non seulement de l'intitulé du Code récepteur, mais, plus précisément, de ce que les dispositions des articles L. 313-1 s. constituent un Chapitre troisième intitulé « dispositions communes ». Communes à quoi ? communes aux crédits visés aux deux chapitres précédents, à savoir le crédit à la consommation (art. L. 311-1 s.) et le crédit immobilier (art. L. 312-1 s.). En outre, l'article L. 313-2 ne pouvait plus, comme sa version ancienne le faisait, déterminer son champ d'application par référence aux subdivisions de la loi de 1966, puisque celle-ci n'existait plus. Dès lors, la codification modifia par nécessité le contenu du texte, qui énonça désormais s'appliquer à tout « contrat de prêt régi par la présente section ».

Si l'on y ajoutait que les textes pénalement sanctionnés sont normalement d'interprétation stricte, cela faisait trois arguments de textes et un argument de principe pour conclure que, par l'effet de sa codification, l'obligation de mentionner le TEG ne concernait plus que les crédits à la consommation et les crédits immobiliers. Désormais, les prêts consentis pour des besoins professionnels s'en trouvaient donc peut-être dispensés.

En sens contraire, se trouvait simplement l'argument du caractère normalement constant de la codification.

Interrogé sur ce point, le Gouvernement rendit une réponse ministérielle qui répondait à côté de la question posée², ce qui pouvait être compris comme la

¹ V. Jamin (C.), « Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatif et réglementaire », RTDC 1996, 732.

² Rép. Min. n° 75060, JOAN Q, 20 juin 1994, p. 3171.

manifestation d'un embarras. De l'incertitude, l'on passait à la perplexité, au point que la Cour de cassation elle-même avoua son trouble dans le cadre de son rapport annuel¹. Comme le lui avait suggéré la Haute Juridiction, le législateur crut bon de réagir en introduisant dans le Code monétaire et financier un article L. 313-4 qui prétendait régler le problème. Il le réglait fort mal puisque, reprenant la technique des codes pilotes, il se bornait à énoncer que les règles relatives au TEG s'établissaient comme le disait le Code de la consommation... or le problème était justement que ce code ne disait pas les choses clairement !

Dès lors, la jurisprudence, une fois encore, régla *proprio motu* le problème, avec bon sens, en indiquant que le TEG continuait à être exigé même dans les crédits consentis dans un cadre professionnel².

L'exemple est pittoresque, mais de doit pas être exagéré. La codification formelle à droit constant est ponctuée de manifestations d'inconstances mais celles-ci sont généralement assez vite et assez bien réduites par la jurisprudence ou par le législateur. Hélas, la réalité de ces failles peut créer un sentiment de défiance à l'égard de la stabilité que présentent ces codifications.

Ce sentiment est d'autant plus grand que loin d'écrire la loi dans le marbre, ces codes ne l'inscrivent que dans le sable. Le droit qu'ils compilent est, en effet, souvent de facture réglementaire, de sorte qu'il se trouve inconstant par nature, fluctuant au fil des arabesques de l'interventionnisme économique dont il est le bras armé. Finalement, la codification formelle ne modifie pas le rythme de réforme de ce droit, elle en change simplement le lieu. Elle est un remède très partiel à une maladie très profonde du droit légiféré.

Mais n'est-ce pas déjà mieux que rien ? Et n'est-ce pas surtout le signe d'un commencement d'évolution heureuse ? La codification formelle est un instant de la décrépitude de certaines matières, mais elle pourrait en être une charnière. Elle marque, je le crois, le début d'une réaction du corps des juristes à la malfaçon des textes. Elle manifeste la médiocrité qui affecte une matière, elle la révèle, elle la concentre. Mais, ce faisant, elle invite la communauté des juristes à s'en saisir pour préparer une véritable codification : une refonte...

Pour reprendre l'exemple du TEG, s'il s'applique à tous les contrats de crédits, sa place n'est-elle pas dans le Code civil ? Et si son inscription dans le Code de la consommation a soulevé des problèmes, n'est-ce pas parce que la justification profonde des textes consuméristes reste encore mal identifiée ?

Si, pour filer la réflexion, le Code de la consommation conduisait à repenser le droit des contrats sur une division entre contrats négociés et contrats d'adhésion, indépendamment de la qualité personnelle des contractants... ne serait-ce pas une piste pour une refonte véritable du titre des contrats dans le Code civil ? Une refonte

¹ Rapport annuel C. Cass. pour 1999, La Documentation Française, première suggestion de modification législative.

² Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2002, D. 2002, 2670, n. A. Debet.

qui prendrait en considération cette donnée sociologique moderne, ignorée du Code de 1804, qu'est la massification des contrats d'adhésion ?

C'est à voir. La réflexion est en marche.

C'est une des vertus de la codification compilation que de faire apparaître, par contraste, les vertus et la nécessité d'une recodification substantielle.

D'un mal, il peut toujours sortir un bien. D'une codification factice, une codification réelle.

C'est tout l'espoir qui peut nous animer.

