

REVUE DE LA FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

---

**ACTUALITÉ  
DE LA  
CODIFICATION**

**DROIT BELGE  
ET EUROPÉEN**

VOLUME 28 / 2003-2 SEMESTRIEL

=====  
EXTRAIT  
=====

**BRUYLANT**  
BRUXELLES  
2 0 0 3

## LE PARADIS PERDU DE LA CODIFICATION ... UN EDEN À RECONQUÉRIR ?

PAR

RÉGINE BEAUTHIER

CHARGÉE DE COURS À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES  
ET DIRECTRICE DU CENTRE DE DROIT COMPARÉ  
ET D'HISTOIRE DU DROIT

ET

ISABELLE RORIVE

PREMIÈRE ASSISTANTE À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES,  
CENTRE DE DROIT COMPARÉ ET D'HISTOIRE DU DROIT

« Simplifier la codification du droit pour restaurer l'autorité de la loi ». C'est dans ces termes que s'exprimait récemment en France le secrétaire d'Etat chargé de la Réforme de l'Etat, lançant le chantier dit « des simplifications administratives » (1). En France en effet, depuis la « circulaire Juppé » (2)

*Abréviations utilisées : A.J.D.A. = Actualité juridique : droit administratif; Arch. Philo. Dr. = Archives de philosophie du droit; E.J.C.L. = Electronic Journal of Comparative Law (www.ejcl.org); J.C.P. = Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique); J.T. = Journal des tribunaux; Rev. fr. adm. publ. = Revue française d'administration publique; RIDComp. = Revue internationale de droit comparé; R.I.E.J. = Revue interdisciplinaire d'études juridiques; RTDCiv. = Revue trimestrielle de droit civil; R.R.J. = Revue de la recherche juridique — Droit prospectif.*

(1) Henri PLAGNOL, entretien donné au *Figaro*, publié le 11 mars 2003. Nous remercions le Pr. J. Vanderlinden qui a attiré notre attention sur cette expression.

(2) Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires (*J.O.* n° 129 du 5 juin 1996, pp. 8263 et s.). Le préambule de ce texte est particulièrement révélateur. On se limitera à en citer un extrait : « La réalisation de cet objectif ambitieux doit faciliter la mise en œuvre du principe selon lequel 'Nul n'est censé ignorer la loi' et permettre aux citoyens, aux élus, aux fonctionnaires, aux entreprises de mieux connaître leurs droits et obligations. La prolifération et l'enchevêtrement des règles qui caractérisent aujourd'hui notre ordre juridique sont unanimement dénoncés; il importe d'y mettre fin. Cet effort s'inscrit dans une tradition nationale, qui a été illustrée par les cinq grands codes napoléoniens (...) ». Cette nouvelle codification à la française est dite « à droit constant » : nous aurons l'occasion de voir ce que cette méthode implique et les critiques qu'elle a soulevées. Pour la liste des codes adoptés en France depuis 1992, voy. R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF (coll. Droit, éthique, société), Paris, 2002, pp. 50-51.

qui prévoyait une codification de l'ensemble du droit pour l'an 2000, les chantiers sont nombreux et nombreuses également sont les publications consacrées à la problématique contemporaine de la codification ainsi qu'à des modalités ou des réalisations particulières (3). Il n'est donc pas surprenant que les très respectées Presses Universitaires de France aient récemment publié sur ce sujet, qu'on aurait pu croire éculé, un excellent ouvrage qui lui est exclusivement consacré (4). Par contraste, le débat sur l'utilité et l'opportunité de la codification est, en Belgique, assez peu étendu ou, en tout cas, assez discret (5). Les contributeurs à ce numéro de la Revue ont accepté de le relancer, chacun dans sa discipline, et il nous appartient de lire leurs contributions à la lumière d'une perspective historique et comparative (6).

Il est vrai que les codifications semblent jouir d'une « éternelle verdure » (7) au point même que l'auteur de l'ouvrage précité signale que le 20<sup>e</sup> siècle serait le témoin de transformations qui traduiraient « davantage un épanouissement pérenne qu'un hypothétique déclin » (8). De prime abord cependant ce 20<sup>e</sup> siècle n'est pas dénué d'ambiguïté. Il peut apparaître comme le siècle des recodifications (9), dans la mesure où plusieurs pays se sont attelés à refondre en profondeur des codes vieillissants. Un regain de la codification serait également détectable dans des pays considérés comme de tradition codificatrice : de nombreux pays appartenant au bloc soviétique sont souvent cités, tant pour les codes réalisés sous le régime

(3) On peut ainsi mettre en exergue les trois numéros spéciaux consacrés par la Revue française de théorie juridique *Droits à la question de la codification* (n<sup>os</sup> 24, 25 et 26; 1996, 1997 et 1998).

(4) Il s'agit de l'excellent ouvrage précité de Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, Paris, 2002.

(5) On trouvera dans la suite du texte des références aux études qui ont été consacrées en Belgique à la question. Voy. aussi J.-F. PERRIN, « La fonction du code dans une société pluraliste. Instauration du changement ou enregistrement de la mémoire? », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (éd.), *L'accélération du temps juridique*, FUSL, 2000, pp. 711-728.

(6) Nous remercions spécialement Zoé Pletinckx et Philip Klemm qui, lors de leur mandat intérimaire au Centre de droit comparé et d'histoire du droit de l'ULB, ont effectué un très important travail de recherche et de traitement bibliographique.

(7) Le terme est utilisé par Rémy Cabrillac sur la quatrième de couverture.

(8) CABRILLAC, *op. cit.*, p. 43.

(9) CABRILLAC, *op. cit.*, p. 42. Par exemple, l'Italie a adopté en 1942 un nouveau Code civil; les Pays-Bas ont remplacé leur code de 1838 par un Nouveau Code civil (NCG) qui est entré en vigueur pour l'essentiel en 1992; le Québec a remplacé le Code civil du Bas-Canada qui datait de 1866 par un Nouveau Code civil, entré en vigueur en 1994.

communiste que pour ceux qui accompagnent ce qu'il est convenu d'appeler leur transition (10). On met aussi en évidence que certains pays ont adopté le modèle codificateur alors qu'il était étranger à leur culture juridique ou qu'ils ne le voyaient jusque là qu'avec réserve (11). Même les pays de *Common Law* peuvent sembler attirés par des entreprises de type codificatoire alors qu'on affirme généralement qu'« il y a dans la tradition anglaise une méfiance viscérale à l'égard de la codification » (12). Enfin les projets de Code civil européen alimentent l'impression que la codification est devenue un objectif important dans la construction européenne (13).

Pourtant la promulgation de nouveaux codes ne doit pas dissimuler à la fois l'extrême difficulté de l'entreprise — qui n'aboutit souvent qu'après de longues péripéties (14) — et le fait que d'autres travaux se sont enlisés et ont été aban-

(10) En URSS, la mise en place, après 1917, de la Nouvelle politique économique, s'accompagne de la rédaction de codes : un Code civil, un Code agraire, un Code du travail (1922) et un Code de la famille (1926). Sur le développement de la codification dans les pays communistes, après la deuxième Guerre mondiale, voy., V. KNAPP, « La codification du droit civil dans les pays socialistes européens », *RIDComp.*, 1979, pp. 733-748. Depuis la chute du régime communiste, de nombreux projets de code sont en cours de discussion, voire ont été adoptés : Code civil de la fédération de Russie (1994-1995) et Code pénal (entré en vigueur en 1997). Plus remarquablement, sur le modèle du Code de commerce tchèque (1992), d'autres pays se sont engagés dans la voie de la codification, jusque là inconnue, d'un droit commercial. Voy. G. AJANI, « La circulation de modèles juridiques dans le droit postsocialiste », *RIDComp.*, 1994, pp. 1087-1105.

(11) R. CABRILLAC indique ainsi le cas de la Hongrie (ou le Code civil de 1960 fut le premier code adopté dans ce pays de tradition coutumière) et celui de la Chine (où depuis 1929, une vague de codifications a accompagné les bouleversements politiques successifs). Il souligne également que d'anciennes colonies ont adopté, après leur accès à l'indépendance, des codes souvent inspirés paradoxalement de l'ancienne puissance coloniale et rappelle l'existence d'un mouvement similaire dans de nombreux pays arabes (*op. cit.*, pp. 44 et s. L'auteur cite de nombreux exemples : Code sénégalais des obligations civiles, commerciales et administratives (1963); codes égyptien (1949), syrien (1949), irakien (1953), libyen (1954), somalien (1973), algérien (1975) et renvoie pour un recensement quasi exhaustif à R. DEONI-SEGUI, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1, Les nouvelles éditions africaines, 1982, pp. 461 et s.).

(12) D. TALLON, « La codification dans le système de Common Law », *Droits*, 1998, n° 27, p. 40.

(13) Sur cette question, voir les références citées *infra*.

(14) Ainsi, le Nouveau Code civil québécois, qui est entré en vigueur en 1994, est le résultat d'un processus entamé en 1955. Par ailleurs, c'est en 1947 que E.M. Meijers a été désigné réformateur du droit privé néerlandais marquant ainsi le début de travaux durant lesquels différents livres furent adoptés à partir de 1970 pour aboutir en 1992.

donnés (15). Plus encore, le 20<sup>e</sup> siècle apparaît aussi comme l'ère de décodifications, c'est-à-dire de la multiplication, en marge des codes classiques, de blocs de législation de plus en plus particuliers (16). Il est indéniable également que l'opportunité de la codification ou de certaines de ses modalités a été questionnée au cours des dernières années avec autant d'arguments sinon autant de retentissement qu'elle le fut au 19<sup>e</sup> siècle par Savigny et l'École historique allemande (17). C'est ainsi que la codification dite « à droit constant » adoptée en France a été fortement critiquée — nous aurons l'occasion d'y revenir — et on a pu dire d'elle à tout le moins qu'elle impliquait « un abandon du schéma codificateur du XIX<sup>e</sup> siècle », dans la mesure où elle consistait à « regrouper de manière rationnelle le droit existant sans le modifier » (18).

Ce contexte pour le moins complexe nous invite donc à une réflexion qui mette en évidence les buts recherchés par la codification, les procédures suivies pour la mettre en œuvre, les obstacles qu'elle peut rencontrer, les effets qu'elle est susceptible d'avoir, le décalage qui existe souvent entre l'effet prétendument recherché et le résultat obtenu, la spécificité éventuelle de certaines branches du droit et la vision du système juridique qui sous-tend les entreprises entamées ou éternellement postposées. On verra que les paradoxes sont nombreux même si le discours tend à se répéter et que la codification que l'on peut se borner à présenter comme un procédé de techni-

(15) Pour ne citer que deux exemples qui nous sont familiers : le droit civil français n'a pas été complètement recodifié malgré des commissions créées à cet effet en 1904 et en 1945 (voy. R. HOUIN, « Les travaux de la commission de réforme du Code civil », *RTDCiv.*, 1951, pp. 34 et s.; Ph. RÉMY, « La recodification civile », *Droits*, n° 26, 1997, pp. 3-18) et les travaux de la Commission de réforme du Code pénal en Belgique n'ont jamais abouti.

(16) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 116. Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* définit la décodification comme la soustraction progressive, du champ d'application des codes, de certaines matières et leur réglementation par des dispositions spéciales parfois à caractère singulier et exorbitant (V<sup>o</sup> Codification; ouvrage réalisé sous la direction de A.-J. ARNAUD, Paris, 1988, p. 46). Pour des réflexions sur la décodification du droit civil français, voy. Ph. RÉMY, *loc. cit.*, spéc. pp. 10 et s.

(17) V. Alfred DUFOUR, « L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles », *Droits*, n° 24, 1996, pp. 45-60; O. JOUANJAN, « Science juridique et codification en Allemagne, 1850-1900 », *Droits*, n° 27, 1998, pp. 65-86.

(18) R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 49.

que légistique s'inscrit aussi — et nous dirons même avant tout — dans un projet politique.

Comme on a pu l'évoquer en France : « codifier est un combat », d'autant « qu'il y a beaucoup de raisons pour ne pas codifier, souvent contradictoires et d'inégale valeur. Y parvenir nécessite de la force, d'autant que l'on décodifie plus facilement que l'on ne codifie » (19). La métaphore militaire est significative et mérite qu'on en suive le parcours : un combat animé de quel(s) projet(s) (I), avec quelle(s) cible(s) (II) et quels effets « collatéraux » (III), rencontrant quels obstacles (IV) et dont il faut bien se demander, en fin de compte, si la stratégie suivie est adéquate (V), dans quel conflit ancestral la bataille s'inscrit (VI) et quels sont les nouveaux champs où il va se perpétuer (VII) ?

I. — VOLONTÉ DE SAVOIR  
ET VOLONTÉ DE POUVOIR :  
DU CONTEXTE DES PROJETS CODIFICATOIRES

La plupart des auteurs qui ont abordé la question du contexte dans lequel une entreprise codificatrice semble s'imposer affirment la nécessité d'une conjonction de variables, dont seule la réunion peut cristalliser ce que l'on n'hésite pas à appeler un *désir* de codification (20). Sont alors mises en exergue des exigences d'ordre politique, social ou technique (21) qui doivent concourir, suivant des agencements divers, à la prise de conscience que la codification est une réponse appropriée.

La codification est ainsi parfois présentée comme une réaction consécutive à une crise de société, à l'issue de laquelle il serait nécessaire de fixer de nouvelles règles du jeu social et de

(19) Y. ROBINEAU, « Les structures françaises : la Commission supérieure de codification », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 263-268, spéc. p. 264.

(20) B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, PUF, 1998, p. 8.

(21) Telle est la terminologie utilisée par B. OPPETIT (*loc. cit.*). A. DUFOUR parle de conditions politico-juridiques et intellectuelles (*loc. cit.*), CABRILLAC évoque le lien nécessaire entre besoin social et volonté politique (*op. cit.*, pp. 68 et s., spéc. p. 86).

stabiliser la société sur la base d'un nouveau pacte social (22). Mais c'est principalement une crise des sources du droit, découlant de leur éclatement, de leur inflation (23) ou des difficultés de connaissance, qui est mise au premier rang de ce besoin social. Celui-ci s'exprime alors par la recherche de ce qui est présenté comme une *rationalisation*, seule à même de remédier à la dispersion et à l'émiettement des sources et d'assurer l'accès des destinataires et des usagers des règles à la connaissance du droit. Autrement dit, on prétend répondre à un besoin social par une démarche technique de réorganisation des sources, qui est destinée à mettre fin à un chaos supposé. La codification apparaît ainsi intimement liée à une *exigence de sécurité juridique*. Cette exigence de sécurité juridique naît de façon quasi spontanée, comme une évidence naturellement partagée, dans un contexte où « le droit est arrivé à un degré de dispersion et de prolifération tel que cela n'est plus supportable » (24).

Le développement d'un mouvement codificateur officiel ne dépendrait cependant pas que d'un constat de nature législative ou d'une aspiration à la réorganisation des sources du droit. Outre qu'une prise de conscience de sa nécessité serait souvent liée à des phases d'essor économique — durant lesquelles la multiplication des échanges mettrait en lumière les insuffisances du droit — ou à des phases de mutation du pouvoir politique — impliquant souvent une complexification du droit —, il faudrait que se greffe, sur le besoin social, une forte volonté politique. Ainsi, si des codifications dites privées sont souvent réalisées comme palliatifs à l'éparpillement ou l'enchevêtrement des sources, elles ne permettent pas de résoudre le problème de l'insécurité juridique, en raison des limites qui

(22) OPPETIT, *op. cit.*, p. 12. Le Code civil français de 1804 apparaît comme l'exemple idéal de cet enjeu social, puisqu'on s'accorde à dire qu'après les tensions — d'aucuns disent les excès — de la Révolution, il a instauré un nouvel ordre social dans un esprit de conciliation entre l'ancienne société d'ordres et les aspirations nouvelles à la liberté et à l'égalité et que ses auteurs l'ont présenté, de façon restée célèbre, comme une transaction.

(23) Sur les causes de l'inflation législative, voy. B.G. MATTARELLA, « Codification et Etat de droit : l'expérience italienne », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 665-671.

(24) Selon les termes de G. BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », *Droits*, n° 24, 1990, p. 63. Il n'est pas inutile de préciser que G. Braibant, conseiller d'Etat, était, au moment de la rédaction de cet article, vice-président de la Commission supérieure de codification française.

leur sont inhérentes : manque de légitimité et absence de force obligatoire principalement. Ces codifications privées — qui vont de la compilation à l'ouvrage savant — peuvent servir de terreau à une codification officielle. Celle-ci n'aura lieu que si un pouvoir politique suffisamment fort soutient, voire même porte, l'entreprise. Cette dimension politique est régulièrement mise en évidence par les auteurs qui ont analysé les codifications dans leurs développements historiques. On signale même, à juste titre, que la codification « fait figure d'attribut et de manifestation de la souveraineté » (25).

Pas de code sans besoin social; pas de code sans forte volonté politique (26). Sous cette formule, dont le caractère lapidaire n'est pas étranger à la force de conviction, se dissimulent des enjeux beaucoup plus complexes qu'il n'y paraît. L'idéal de sécurité juridique, si souvent affirmé, est en réalité susceptible de plusieurs définitions. Témoin le débat dans la pensée juridique allemande de la fin du 18<sup>e</sup> et du 19<sup>e</sup> siècle : si pour une partie de la doctrine, dont Pufendorf, Leibniz et Wolff sont les représentants les plus célèbres, cette sécurité ne peut être assurée que par la fixation et la systématisation du droit dont la codification est l'expression la plus aboutie, pour leurs détracteurs, dont Savigny est le plus illustre, elle résulte au contraire de la continuité du droit et de la science juridique que la codification viendrait perturber (27). La sécurité juridique mériterait donc certainement d'être explorée plus avant (28), avec le cortège d'attributs qu'on lui associe le plus

(25) OPPETIT, *op. cit.*, p. 9.

(26) Voy. CABRILLAC, *op. cit.*, pp. 86-87. L'auteur cite des exemples de codes qui étaient voués à l'ineffectivité, faute de besoin social de sécurité juridique (les codes adoptés dans les pays d'Europe orientale après la Seconde Guerre mondiale, « dans le seul but de promouvoir un ordre social et politique nouveau, sans qu'une crise des sources du droit les ait suscités » ou les codes promulgués dans de nombreux pays africains à la suite de l'indépendance, « voulus comme symboles de souveraineté et de modernité, mais restés lettre morte faute d'un besoin social de codification et d'adaptation des textes aux populations qu'ils voulaient régir »). Comme exemples de projets inaboutis « par faiblesse ou indifférence », il se réfère aux trois projets de codes proposés par Cambacérés durant la Révolution. Sur ces projets, voy. J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, PUF, 1992.

(27) Voy. Alfred Dufour qui éclaire ces deux conceptions de la sécurité juridique en évoquant l'hypothèse d'un changement de paradigme dans l'histoire de la pensée juridique, spécialement la pensée allemande où on serait passé de l'idéalisation de la codification à sa critique radicale : à ses yeux le paradigme de l'organisme se serait substitué à celui du système (A. DUFOUR, *loc. cit.*, pp. 48-49).

(28) Voy. N. MOLFESSIS, « Sources du droit en droit interne. Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RIDComp.*, 2000, pp. 186-194.

souvent : clarté, cohérence, publicité, accessibilité, simplicité... toutes variantes habituellement citées de l'idée de rationalisation, qui apparaît « consubstantielle » à la codification (29).

Or non seulement la rationalité peut conduire en pratique à des choix très différents (30), mais surtout cette évidence, à laquelle il serait ridicule, voire même dangereux, de ne pas vouloir adhérer, recouvre encore une fois des dimensions de pouvoir qu'elle contribue à masquer. Ainsi, on a pu souligner que cette volonté de rationalisation cachait, plus ou moins consciemment, des tentatives d'hégémonie de l'Occident (tendant à imposer à d'autres civilisations un modèle d'ordre, de hiérarchie et d'unité) ou encore des tentatives d'hégémonie des juristes, qui au nom de leurs compétences professionnelles, assureraient leur domination par le biais d'un savoir dont ils détiendraient l'exclusivité et qui justifierait leur monopole dans la réalisation des codes (31). Plus fondamentalement, Yves Cartuyvels a insisté sur un effet plus insidieux encore de l'argument de la rationalité : grâce à lui, la codification réussit « le tour de force de voiler la part d'historicité et d'arbitraire qui est au cœur de toute construction juridique » (32), puisque derrière l'argument de l'amélioration du droit disparaîtraient les conflits de valeurs et les choix sociaux effectués.

On ne peut ainsi pas éluder le fait que la prise de conscience du « chaos » des sources est intimement liée à l'émergence d'une vision du droit comme système (33) mais aussi que cette vision mathématique est elle-même en étroite dépendance avec la critique et le rejet du pluralisme juridique. Le développement spectaculaire de la codification à partir du milieu du 18<sup>e</sup> siècle est étroitement associé au monisme législatif et au monisme étatique. La question du pouvoir apparaît alors comme centrale : la codification non seulement ne peut avoir lieu que si elle est soutenue par une volonté politique forte, elle est un acte de pouvoir, puisqu'elle est une entreprise de

(29) Le terme est utilisé par CABRILLAC qui met néanmoins en évidence l'imprécision de l'objectif de rationalisation (*op. cit.*, pp. 137-140).

(30) Pour des remarques de cette nature, Fr. TULKENS, « La réforme du code pénal : vers quelle stratégie de changement ? », in F. RINGELHEIM (éd.), *Punir, mon beau souci*, Bruxelles, 1984, pp. 380-403, spéc. p. 389. Voy. ég. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 138.

(31) CABRILLAC, *op. cit.*, pp. 138-139.

(32) Y. CARTUYVELS, *D'où vient le Code pénal?*, 1996, p. 374.

(33) *Sur la notion de système juridique*, voy. *Arch. Philo. Dr.*, 1986, t. 31, pp. 11-301.

reprise en main monopolistique de la formulation du droit, conforme à une « tentative d'hégémonie positiviste » (34). La mise en perspective critique des propos classiquement tenus sur la sécurité juridique et la rationalisation est donc indispensable, d'autant plus que le vocabulaire utilisé n'est pas neutre : parler de « prolifération » des sources évoque la multiplication de cellules malignes que seule la panacée de la codification peut soigner et l'enchevêtrement des règles appelle la cisaille sans pitié du jardinier...

## II. — UNE OPÉRATION À CIBLES MULTIPLES : DES BUTS ET FONCTIONS DE LA CODIFICATION

Le discours sur les incitants à la codification s'accompagne souvent d'une analyse des buts qui lui sont traditionnellement assignés. Les buts techniques, nous l'avons vu, sont loin d'être simplement techniques. On ne s'étonnera donc pas qu'ils se doublent également de finalités sociales et politiques plus ou moins explicites, qui sont, logiquement, le pendant des variables mises en évidence pour dégager le contexte d'apparition des codes. Le code peut apparaître ainsi comme « le reflet des valeurs de la société qui l'engendre » — ce qui est particulièrement apparent dans les codes pénaux — et être conçu comme « un instrument de civilisation » (35). Le code est supposé consacrer de nouveaux rapports sociaux (36), ce qui se comprend d'autant mieux lorsque sa promulgation fait suite à une crise. Il a aussi pour finalité notoire l'unification juridique de populations socialement ou géographiquement divisées. On retrouve là bien sûr l'importance du facteur politique, lequel se marque encore plus nettement dans d'autres buts souvent énumérés : par exemple, lorsque la réalisation d'un code participe de la gloire d'un homme qui veut y attacher son nom et

(34) Cette dernière formule est de CABRILLAC (*op. cit.*, p. 140).

(35) CABRILLAC, *op. cit.*, p. 147. Les exemples abondent, de la portée civilisatrice assignée au Code civil des Français de 1804, au rôle que le Conseil de l'Europe entend donner à la codification dans l'édification d'un Etat de droit et qui sous-tend des programmes de coopération juridique, en passant bien sûr par l'expansion des codes dans les colonies.

(36) Ainsi le nouveau Code civil du Québec, promulgué en 1994, a été présenté comme un véritable nouveau contrat social. Sur cette question, voy. J.-Fr. NIORT, « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française », *Droits*, n° 24, 1997, pp. 135-143, spéc. p. 137.

asseoir, grâce à lui, son autorité ou lorsqu'un code se revendique comme l'expression d'une idéologie (37).

Deux idéologies récurrentes sont du reste à pointer : celle du nationalisme juridique, le code apparaissant comme une des façons d'exprimer et de cimenter une unité nationale en formation ou en péril (38) mais aussi — de façon beaucoup plus discrète probablement — l'idéologie de la modernité. Cette dernière joue un rôle très similaire — et donc aussi ambigu — que le recours à l'idéal de rationalité dont nous avons déjà signalé la force (39). Si la rationalité est d'ailleurs l'avatar le plus célèbre de la modernité, on peut remarquer que l'efflorescence de publications et de pamphlets consacrés à la codification et aux codes depuis plus de deux siècles et demi submergent leurs lecteurs sous une énumération d'objectifs tous hautement positifs. Outre la simple mise par écrit, qui assurerait une conservation des règles, on peut relever (sans qu'il soit indispensable de justifier la liste par un fastidieux appareil critique) des idées telles que : assurer la connaissance et l'accessibilité du droit; réduire l'inflation normative; simplifier, accroître l'intelligibilité, améliorer la transparence du droit; assurer la pédagogie de la norme et du modèle social qu'elle véhicule; structurer la présentation du droit et en garantir la cohérence et la systématité; encadrer la totalité du droit et en assurer la complétude; clôturer une révolution; assurer

(37) Si l'on pense immédiatement aux codes adoptés dans les pays d'Europe centrale et orientale à l'époque communiste qui étaient l'incarnation des « principes démocratiques » de la philosophie politique officielle, on peut aussi rappeler l'importance des codifications dans l'histoire de l'Eglise où les codes expriment la dimension universelle de l'Eglise catholique et les principes fondateurs sur lesquels elle repose, parmi lesquels la Révélation. Voy. A. SÉRIAUX, « Un code pour l'univers : réflexion sur la codification du droit canonique », *Droits*, 1996, n° 24, pp. 125 et s.; Ph. TOXÉ, « La codification en droit canonique », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 239-247.

(38) Voy. J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999, spéc. pp. 11-12. L'auteur indique qu'il n'est pas étonnant que la codification ait touché des pays marqués par le dynamisme d'une puissance étatique s'appuyant sur la fierté nationale. B. OPPÉTTIT a pour sa part souligné avec justesse que « la codification n'a pas, par elle-même, la fonction d'homogénéisation car elle n'unifie que dans une nation en voie de réunion et disjoint dans une société en voie d'éclatement » (*op. cit.*, p. 11).

(39) On ne s'étonnera donc pas de voir des auteurs aborder la prétendue modernité de la codification avec réticence, surtout au regard d'Etats anciennement colonisés, en pleine mutation, pour lesquels on a pu dire que la codification « n'est en définitive qu'une panacée chloroformante qui tend à se bercer de l'illusion qu'il existe un droit du développement susceptible de résoudre les problèmes du sous-développement tant dans leur dimension juridique qu'économique et politique » (R. DEGNI-SEGUI, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 460).

l'uniformité, l'égalité, l'intégration; limiter l'arbitraire, favoriser l'épanouissement des droits de l'homme et fonder l'État de droit; permettre la prévisibilité de la norme; faciliter l'importation ou l'exportation de modèles juridiques; canaliser une évolution ultérieure ou constituer la première étape indispensable d'une réforme en profondeur ou encore soutenir la croissance économique (40). Et même contribuer à la déréglementation... (41).

Au-delà de ce discours finalement assez réconfortant, Yves Cartuyvels a remarquablement synthétisé les fonctions remplies par la codification : simplifier l'accès au droit mais aussi assumer une fonction politique d'affirmation de l'autorité légitime; permettre le jeu d'une rationalité calculatrice, grâce à une dimension pédagogique, mais aussi induire une naturalisation des règles qui, par l'effet de la codification, paraissent relever de l'évidence (42).

On peut également formuler l'hypothèse d'une certaine évolution des objectifs affichés : si un effort formel de mise par écrit et de rassemblement semble avoir été souvent une priorité, il s'est doublé, sous l'influence du modèle mathématique logico-déductif de l'École de droit naturel moderne, d'un idéal de rationalisation qui a sous-tendu des projets politiques réformateurs. Passée une première vague de codification en

(40) Certains placent en effet des espoirs immenses dans la codification qu'ils voient comme « un outil essentiel pour la politique économique globale » : « l'ouverture et la clarté du système juridique, la facilité d'accès aux règles pour les personnes concernées, et un contrôle accru des gouvernements sur le flux de lois et réglementations nouvelles facilitent le développement d'un environnement où la concurrence est plus forte, les firmes plus efficaces, l'entreprise peut fleurir, où les frictions commerciales sont moindres, et où l'investissement à long terme est soutenu » (S.H. JACOBS, « La codification, facteur de croissance économique », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 296-297). Voy. dans un registre similaire, A. CHAMBOREDON, « The debate on a European Civil Code : For an 'Open texture' », in M. VAN HOECKE et F. OST (ed.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford-Portland Oregon, 2000, pp. 63-99, spec. p. 84. Cet espoir d'amélioration économique est en réalité souvent associé au contenu du code plus qu'à l'opération même de codification.

(41) Ainsi R. Drago estime, critique qu'il n'est pas seul à faire, que « [la] codification ne met pas fin — sauf de façon mathématique et artificielle — à l'inflation normative, elle peut même la stabiliser et inciter (comme on l'a vu pour le Code de la santé publique) à son extension », pour poursuivre immédiatement : « En fait, la codification devrait suivre la déréglementation et en être un instrument privilégié » (R. DRAGO, « La codification en droit administratif français et comparé », *Droits*, n° 24, 1996, pp. 96-101, spéc. p. 101).

(42) Y. CARTUYVELS, « Pour une approche généalogique du Code pénal », *Déviante et Société*, 1994, pp. 373-396.

Europe, à la fin du 18<sup>e</sup> et au 19<sup>e</sup> siècle, il semble que les difficultés — sur lesquelles nous reviendrons — d'une (re)codification au plan national, alliées au constat d'une inflation législative, aient abouti à un idéal codificateur « rétréci » se concentrant sur un effort avant tout technique d'amélioration du droit. La codification dite « à droit constant » en France — dont a pu dire qu'elle était la « codification du pauvre » (43) — en serait le meilleur exemple. Au niveau européen cependant le projet politique refait surface avec netteté : ce n'est certainement pas un hasard si l'Europe en quête d'identité passe par un stade de réflexion juridique qui la rapproche des États-Nations du 19<sup>e</sup> siècle (44).

### III. — LES EFFETS « COLLATÉRAUX » DE LA CODIFICATION : DU DÉCALAGE AVEC LES CIBLES DÉCLARÉES

La distinction qui est désormais traditionnellement établie entre les « codes-réforme » et « codes-consolidation » (45) est évidemment tout à fait pertinente dans une perspective historique. Elle ne devrait cependant pas induire l'idée qu'il puisse exister des codifications qui se réduisent à un pur acte technique. Non seulement, nous l'avons déjà souligné, codifier est toujours un acte de pouvoir sous-tendu d'idéologie mais, quels que soient les objectifs affirmés, les effets des codes qui sont souvent appréhendés dans leur dimension quantitative (la réduction de l'inflation et de l'éparpillement) doivent aussi

(43) Ph. MALAURIE, « Peut-on définir la codification? », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 177-182. Le professeur Malaurie admet cependant avoir changé d'avis sur ce point, ayant été convaincu par G. Braibant que ces codifications sont nécessaires.

(44) Le lien entre code et État est tellement fort que Ph. Toxé a pu souligner l'effet de la promulgation d'un code de droit canonique en 1917 : elle a accéléré le processus de sécularisation du droit canonique, la science canonique s'étant davantage juridiciisée. Les partisans du code, estime-t-il, n'avaient pas mesuré combien la forme influence le fond et l'image de l'Église présentée, alors que des réserves avaient été exprimées à l'égard d'une technique moderne, considérée comme étrangère à la tradition canonique et en raison de son lien originnaire avec les Lumières et l'absolutisme étatique. (TOXÉ, *loc. cit.*, pp. 241-243).

(45) *Le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* utilise une autre terminologie : par rapport au droit existant, « la codification peut se faire remarquer soit par son caractère conservateur, là où elle tend à établir l'état actuel de la vie juridique, soit par l'esprit novateur, lorsqu'elle a pour conséquence la formation d'un nouvel ordre légal » (*op. cit.*, V<sup>o</sup> Codification, pp. 44-47, spéc. p. 46).

l'être dans leur dimension qualitative, souvent occultée par le discours de rationalisation.

Certains auteurs ont développé sur les effets des codes une réflexion critique très articulée. Gérard Timsit a ainsi affirmé que la codification est une double modification, « l'une visible et revendiquée [le passage du désordre baroque d'une législation foisonnante à l'ordre classique], l'autre invisible et occultée, quand elle n'est pas niée » (46). Même lorsque l'opération semble se borner à un effort de rassemblement de textes existants elle ne peut, estime-t-il, jamais être une transcription pure de la loi dans la mesure où elle emporte trois occasions de transgression. Transgression, dans le sens de dépassement des limites de la loi, quand la signification conférée à la loi, tout en restant conforme à sa lettre, en ignore l'esprit (47). La codification multiplie en effet les occasions de « divergence de code culturel » entre l'auteur et le lecteur de la loi. Tout d'abord, en intégrant une loi originelle dans un ensemble normatif refondu, elle supprime radicalement tout lien entre cette loi et son auteur, provoquant une sorte d'anonymisation : il est souvent impossible, à la suite de la codification, de déterminer quel était le « code culturel » des auteurs originaires des textes rassemblés, ce qui accroît la possibilité de lire le nouveau texte à la lumière d'un autre code culturel (48). Deuxième transgression : la modification du contexte normatif dans lequel la loi avait été originellement élaborée, ce qui entraîne une transformation de ses conditions de lecture. Non seulement la loi perd sa référence à son auteur originaire, mais elle s'insère aussi désormais dans une nouvelle construction. A ce nouveau contexte est liée la troisième occasion de transgression : une « fixation » du code culturel suivant lequel la lecture de la loi doit être faite, une « rigidification » consécutive à l'insertion de titres et sous-titres qui en orientent le sens.

(46) G. TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits*, n° 24, 1996, pp. 83-93, spéc. p. 84.

(47) *Loc. cit.*, pp. 87-88.

(48) La publication éventuelle de tables de concordance historique ne suffisant pas à pallier cette première transformation, dans la mesure où le lien abstrait qui est ainsi maintenu ne tient pas devant la force du lien concret qui unit toutes les parties du code (*loc. cit.*, pp. 88-89).

On sait à quel point la question de l'« auteur » de dispositions normatives et de la recherche de sa volonté supposée a constitué la pierre de touche des débats sur l'interprétation (49). Même si on souhaite ne pas s'y engager de la même façon que G. Timsit, il reste que la fusion de dispositions normatives dans un tout qui se présente comme ordonné, cohérent et interdépendant, est loin de rester sans conséquence sur l'interprétation, d'autant que, même lorsqu'une codification est expressément présentée comme non novatrice, la frontière entre la rationalisation purement technique et le perfectionnement normatif reste très floue (50). Toute codification produit des effets que, pour rester dans la métaphore militaire du combat, nous proposons de qualifier de « collatéraux » et dont, récemment, Rémy Cabrillac a proposé une catégorisation systématique qui mérite d'être retenue ici. Il en distingue quatre qui, à ses yeux, « permettent, même si l'on se place dans la perspective positiviste dominante aujourd'hui, de distinguer le code d'un simple multiple de la loi » (51) : effets de rupture, de cristallisation, de contenu et de complétude.

La rupture tout d'abord : le code est toujours supposé effacer d'un trait de plume le monde juridique qui le précède (52), ce qui s'exprime techniquement par l'abrogation des dispositions antérieures. Cette tentative de liquidation du passé — cette novation du droit antérieur, comme l'appelait Gény (53) — se remarque, que la codification se présente comme novatrice ou compilatrice. Elle entraîne évidemment une perte de mémoire qui porte atteinte voire même, aux yeux de certains, qui nuit à la compréhension et à l'interprétation

(49) Voy. la thèse de B. FRYDMAN, *Les modèles juridiques d'interprétation* (thèse dactylographiée, ULB 1999-2000 — à paraître aux éd. Bruylant).

(50) J.-Fr. NIORT, « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification (...) », *loc. cit.*, p. 138.

(51) CABRILLAC, *op. cit.*, p. 90.

(52) On a pu dire que la codification est *proles sine matre creata* : « son passé même le plus immédiat lui est inutile car elle fonde une nouvelle ère » (V<sup>e</sup> Codification in RAYNAUD et RIALS, *Dictionnaire de Philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 89-92, spéc. p. 91).

(53) Fr. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGJD, 1954, t. 1, n° 52.

du texte (54). On ne s'étonnera donc pas que cette solution de continuité ait été critiquée par l'École historique allemande, au nom de la nécessité d'un développement organique du droit. Cette rupture est aussi très largement, il faut le souligner, une illusion : les interprètes d'un code éprouvent le plus souvent d'énormes difficultés à s'abstraire entièrement du droit antérieur qui, ne serait-ce qu'en raison du poids de leur formation et de leur expérience, continue plus ou moins consciemment à les guider (55). Il n'en reste pas moins que la codification a un effet déstabilisateur sur l'interprétation, puisqu'elle produit de l'incertitude.

L'interprétation, perturbée dans un premier temps, se consolide progressivement. Les usagers du code — qu'il reste encore à déterminer — retrouvent leurs marques. C'est alors que se détecte l'effet de cristallisation, qui se manifeste par une sorte d'incapacité à poursuivre ou entamer une réforme. Le code, « symbole du temps arrêté » (56), devient une forme de carcan. Il est vrai que cet effet est espéré par ceux qui estiment que la codification est un moyen de freiner l'inflation législative et pour lesquels toute pause est sécurisante au regard de l'évolution accélérée que connaît notre droit contemporain (57). La cristallisation que d'aucuns estiment bénéfique, parce que cette stabilité même momentanée permet de mieux connaître le droit et d'en détecter les imperfections, est perçue par d'autres comme une sclérose ou une pétrification. Elle est bien sûr critiquée, comme l'effet de rupture, dans la logique de la pensée de Savigny : on se réfère à l'idée que le

(54) Voy. Y. GUYON, « Le nouveau Code de commerce et le droit des sociétés », *Rev. Soc.*, oct.-déc. 2000, p. 652. Voy. aussi, sur le Code civil de 1804, les réflexions de A. VI-GIE, « De la nécessité d'une édition du Code civil au point de vue historique », *Livre du Centenaire*, 1904, t. 1, p. 27.

(55) On peut aussi remarquer que même les codes qui affirment rompre avec le passé, en substituant un droit nouveau incarnant un changement social, sont souvent imprégnés du droit antérieur et s'inscrivent en réalité dans une certaine continuité. On a par exemple pu le souligner pour le nouveau Code pénal français de 1994 (voy. P. PONGELA et P. LASCOSMES, *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, 1998, p. 13), pour les codes adoptés par le régime soviétique qui restent marqués par le droit russe antérieur (Voy. Y. EMINESCU et T. POPESCU, *Les codes des pays socialistes*, Paris, LGJD, 1980) ou dans d'autres pays d'Europe centrale et orientale, où les codes post-communistes restent influencés par les codifications des régimes renversés (Voy. G. AJANI, *loc. cit.*, *RIDComp.*, 1994, pp. 1087 et s.).

(56) J. CARBONNIER, « Le Code civil », in P. NORA (éd.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard (éd. Quarto), 1998, t. 1., pp. 1331-1351, spéc. p. 1344.

(57) Voy. les réflexions de Fr. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 2000, p. 236.

droit a une « économie historique » (58) dont la codification le fait dévier; on estime que la cristallisation empêche l'adaptation progressive aux mœurs ou brise le caractère évolutif d'une matière qui se transformerait, sans code, de façon continue (59); on voit la codification comme entraînant une rigidification et une abstraction du droit (60).

Il est vrai que la promulgation d'un code s'accompagne souvent d'une tentative de clôture du droit, qui est la manifestation d'un troisième effet, celui de complétude. La tentation est grande pour le codificateur qui croit son code parfait de le considérer comme un ensemble complet et fermé, excluant tout appel à des règles extérieures et de vouloir à toute force le protéger contre des « agressions » extérieures. Max Weber formulait déjà ce constat qui résonne presque comme un avertissement : « la codification se veut exhaustive et croit pouvoir l'être » (61). La force de cette idée totalisante est telle que le codificateur se méfie le plus souvent des interprètes (témoins l'interdiction des commentaires ou le mécanisme du référé législatif) (62) et que les interprètes eux-mêmes semblent paralysés par la vénération (on a dit aussi le fétichisme du code (63)) et tendent à s'enfermer dans la lettre du texte. On a ainsi pu se demander si l'interprétation exégétique n'était

(58) C'est l'expression utilisée à l'époque du centenaire du Code civil français par THALLER, « Rapport préliminaire sur la question de la révision du Code civil », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1904, p. 497. Le débat sur l'opportunité et l'utilité de la révision du Code Napoléon fut extrêmement présent dans le fameux *Livre du Centenaire* (2 vol., Paris, Arthur Rousseau, 1904) : la quatrième partie de l'ouvrage lui est entièrement consacrée, et témoigne des vives controverses qui agitèrent de grands professeurs comme Larnaude, Pilon, Planiol, Gaudemet et Gény.

(59) Cet argument est utilisé en France par les adversaires d'une codification du droit administratif : voy. M. LETOURNEUR, « Réflexions sur la codification en droit administratif », *Mélanges. J. de la Morandière*, 1964, p. 281.

(60) L'argument a été avancé pour s'opposer à une codification européenne : voy. Ph. MALAURIE, « Le code civil européen des obligations et des contrats », *J.C.P.*, 2002, I, 110, n° 11.

(61) M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, 1986 (trad. J. Grosclaude), p. 204.

(62) On peut évidemment multiplier les exemples de cette méfiance, en allant de Justinien à Napoléon. Il est intéressant de relever qu'il n'y a pas que les puissances strictement temporelles qui en sont animées : ainsi Ph. TOXÉ a relevé les effets de la promulgation du code de droit canonique de 1917 : les rédacteurs estimant que le code contenait toute la loi, entendirent en domestiquer l'interprétation. Non seulement une interprétation authentique fut organisée, mais on tenta de faire en sorte que la doctrine devienne exégétique : dans les séminaires, par exemple, le commentaire suivi et littéral fut imposé, et le code devait être enseigné non pas synthétiquement mais analytiquement, canon par canon (*loc. cit.*, p. 243).

(63) J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, 1995, p. 267.

pas consubstantielle aux premiers temps d'un code (64). La pensée juridique risque en tout cas de s'appauvrir (65) tendant à s'enfermer dans le commentaire d'un ensemble que l'on traite, au mépris de la réalité, comme un monde clos, admirable ou critiquable en soi.

On retrouve là l'influence du quatrième effet mis en exergue : l'effet de contenu. Le code se présente avant tout comme un système et tout système se caractérise par le fait que « l'ensemble présente une valeur plus importante que la somme de ses éléments » de sorte que « la systématisation même fait surgir des propriétés émergentes que chaque élément à l'état isolé ne présentait point » (66). Un code est donc plus que la somme de ses articles, au point que l'on a parlé d'alchimie codificatrice (67) ou d'effet d'écrin (68) : le plus souvent, l'inclusion d'une disposition dans un code lui donne plus d'autorité (69) et la rédaction d'un code contribue à conférer une certaine unité, voire même une autonomie, à une matière dont les frontières sont controversées (70). Le code a une portée symbolique beaucoup plus forte que des lois éparpil-

(64) CABRILLAO, *op. cit.*, p. 109.

(65) D'où le cri d'alarme de Savigny suivant lequel il faut « sauver la science contre les codes ».

(66) M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 114.

(67) V.-L. BENABOU et V. VARET, *La codification de la propriété intellectuelle*, sous la dir. du Pr. A. FRANCON, La Documentation française, 1999, p. 9.

(68) J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 8.

(69) Cet effet est souvent pressenti plus que théorisé, et parfois dans des matières inattendues : c'est ainsi par exemple que l'on a souligné que, comme toute opération de codification, celle menée en Italie par la Banque d'Italie en matière bancaire a donné aux dispositions recueillies — « exhaustives et organiques » — une « importance nouvelle », le code devenant un texte fondamental de référence (MATARELLA, « Codification et Etat de droit : l'expérience italienne », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 665-671, spéc. p. 668).

(70) Sur cette question, outre l'article de BENABOU et VARET (cité *supra*, note 67), voy. aussi F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTDCiv.*, 1993, p. 71; A. JEAMMAUD, « La codification en droit du travail », *Droits*, n° 27, 1998, p. 168; D. BUREAU, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *D.*, 1994, p. 291; P. LASCOURMES et G. MARTIN, « Des droits épars au code de l'environnement », *Droit et société*, n° 30-31, 1995, p. 326. A. Wijfels émet du reste une remarque intéressante à propos de l'impact de la codification sur la représentation des branches du système juridique : « As the law was supposed to be articulated through its main codes, their subject-matters and sub-divisions became the cornerstone of legal learning » (A. WIJFELS, « European Private Law : A New Software-Package for an Outdating Operating System ? », in M. VAN HOECKE et Fr. OST (ed.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford-Portland Oregon, 2000, pp. 101-116, spéc. p. 110).

lées (71) et peut parfois à ce titre exacerber les passions. Cette dimension symbolique contribue à freiner les réformes que l'on voit d'abord comme portant atteinte à l'ordonnement vénéré. Par ailleurs, même si l'on ne peut admettre au plan purement positiviste qu'un code ait une autorité juridique différente de celle de la loi simple, son autorité morale, politique ou sociologique peut être bien supérieure, comme l'illustre l'exemple du Code Napoléon (72). Enfin, l'insertion d'une disposition dans un code entraîne un effet sur l'interprétation : désormais, celle-ci se fera au regard des autres dispositions, de leur place, de leur articulation, le plan ayant une fonction intégrative extrêmement importante (73).

Nombre de ces effets avaient déjà été mis en lumière, dans des termes très forts, par Boutmy (74) :

« La codification est un acte tranchant du législateur, qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines, le fonde en entier sur la raison, la justice, l'intérêt public, l'accord et la dépendance mutuelle des différents articles, et le dispense de chercher des précédents ou des titres en dehors d'un instrument authentique, au-delà du jour de la promulgation. A qui voudrait remonter plus haut, la loi elle-même semble répondre : A quoi bon ! Il y a eu liquidation de tout le passé et comme un nouveau départ... ».

On a écrit aussi que les codes « [échapperaient] d'une certaine façon à ses auteurs pour vivre une histoire que forgent ceux qui [les] lisent et plus encore ceux à qui il revient d'en appliquer les dispositions ». Dans cet esprit, les effets de la codification dépendraient avant tout de la façon dont elle est

(71) Les termes mêmes employés par certains auteurs sont révélateurs de la portée attachée à la codification. Ainsi, on a remarqué qu'à la suite de la rédaction d'un code civil européen, « private law would strongly be constitutionalised » (S. VAN ERP, « Ius commune : A European Civil Code ? », *E.J.C.L.*, n° 4.4, déc. 2000, p. 3. Voy., sur l'impact « instituant » que peut avoir un code, G. ALPA et M. DASSIO, « Les contrats de consommateurs et les modifications du code civil italien », *RIDComp.*, 1997, pp. 629-655, spéc. p. 643.

(72) On ne peut omettre de citer ici la remarque de J. CARBONNIER : « Matériellement, sociologiquement, si l'on préfère, [le Code Napoléon] a bien le sens d'une constitution, car en lui sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution et continue de se constituer de nos jours encore, développant ces idées, les transformant peut-être, sans avoir jamais dit les renier » (« Le Code civil », *loc. cit.*, p. 1345).

(73) Voy. E. CATTI et V. TAUZIAC, « L'utilisation de l'outil informatique. L'exemple du code général des collectivités territoriales », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, p. 275.

(74) Citation reproduite dans B. OPPETIT, « De la codification », *D.*, 1998, Chr., p. 39 (extraite de E. BOUTMY, « Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques », *Rev. int. enseignement*, 1889, t. XVII, pp. 222-223).

comprise par ceux qu'elle concerne (75). Une telle position est *a priori* de bon sens : comme tout texte, le code échappe à ses auteurs. Il ne faut cependant pas lui réserver une portée trop étendue : les effets du code qui viennent d'être dégagés canalisent en quelque sorte — et parfois insidieusement — la réappropriation du texte par ceux qui l'utilisent et le mettent en œuvre. En ce sens, quelles que soient les cibles visées originellement par l'opération de codification, elle recèle bien des effets collatéraux qui n'avaient pas nécessairement été recherchés par les concepteurs de la stratégie initiale.

Or certains de ces effets sont en contradiction flagrante avec les buts affirmés et recherchés. Deux exemples, qui ont déjà été mentionnés mais dont il faut souligner le paradoxe, suffiront à l'illustrer. D'une part, l'insertion de règles dans un code contribue à effacer leur historicité et leur origine : les interprètes du code ne sont plus supposés se référer au droit antérieur — le plus souvent abrogé — et ne peuvent plus valoriser l'accumulation de savoir juridique dont ils bénéficiaient. On doit donc admettre que la sécurité juridique qui était supposée ressortir grandie de l'opération de codification peut en réalité en être fragilisée, pendant le temps d'hésitation sur la portée des nouveaux textes qui perturbe la pratique (76). D'autre part, l'enchevêtrement des règles et leur prolifération anarchique produisaient le constat critique d'une perte de droit commun à laquelle la codification était supposée répondre par une mise en ordre et la réaffirmation de principes organisateurs. Pourtant, il faut se résoudre à constater que la codification de portions du droit de plus en plus spécialisées, l'émergence de codes sectoriels ou corporatistes, contribuent à l'éclatement des branches et donc renforcent la tendance à la disparition

(75) M. BOULET-SAUTEL, « L'Exégèse, la Glose et leurs corps de références », *Droits*, n° 24, 1997, p. 17.

(76) Voy. une préoccupation de ce type exprimée par Ph. Malaurie : « La simplification par la codification produit par elle-même des effets toujours pervers, mais temporaires. Pendant tout ce temps, elle bouleverse les habitudes. Dans notre mémoire, nos pratiques et notre structure mentale, il y a des articles clefs, des lois de base qui sont nos références. Il nous faudra beaucoup de temps pour que nous les oublions et pratiquions le nouveau code, ses nouvelles structures et les nouveaux articles, sans parler des nouvelles règles » (Ph. MALAURIE, « Les enjeux de la codification », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 642-646, spéc. p. 644).

d'un droit commun (77). L'inflation des codes risquerait ainsi de remplacer l'inflation des lois (78).

Toute codification, même présentée comme un pur effort de rassemblement, peut donc induire des modifications de l'ordonnement juridique qui risquent d'être en contradiction avec les objectifs de simplification et d'accessibilité qui sont affirmés. Il faut d'ailleurs questionner l'idée même que la codification puisse être véritablement de nature à faciliter l'accès du citoyen au droit, tant il est vrai que le rêve ancien de pouvoir se passer de juristes, grâce à la publication de textes rédigés simplement, dans une langue claire et compréhensible par tous, ne peut plus désormais être vu que comme une chimère (79). A cet égard, la perpétuation du discours ne manque pas de surprendre, nous aurons l'occasion d'y revenir. En attendant, on peut se demander pourquoi les juristes qui sont le plus souvent, par leurs réflexions, à l'initiative d'une entreprise codificatrice, qui assurent bien souvent le monopole de sa réalisation et qui sont les mieux placés pour savoir que son interprétation et sa mise en œuvre ne pourront pas se faire sans compétences techniques, continuent, pour nombre d'entre eux du moins, à alimenter le mythe de la loi claire. Pourtant, si les codes peuvent en effet simplifier l'accès au droit et contribuer à le clarifier, il paraît assez évident que les professionnels du droit — les praticiens de toute sorte — seront les premiers, voire même les seuls, à en tirer un bénéfice véritable-

(77) Voy. M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST qui relèvent que, si s'observe un certain renouveau de la codification, le terme code est pris dans un sens différent : loin de représenter une somme de règles générales applicables à l'ensemble de la population, ces codes nouveaux traduisent tantôt des intérêts sectoriels (comme le code de l'artisanat ou le code rural), tantôt la puissance et l'autonomie de certains services administratifs (par exemple le code des douanes ou le code des impôts). « Renforçant le cloisonnement du droit, cette codification disjoint plutôt qu'elle n'unifie » (*Le système juridique entre ordre et désordre*, 1988, pp. 116-117). B. Oppetit signale de façon significative, à propos du droit commercial, que la seule fois où la question de la cohérence des règles du code fut soulevée, elle fut évacuée : cela se passa lorsque le Pr. Escarra, Président de la commission chargée de la réforme du Code de commerce en France (créée en 1947), formula des incertitudes de nature à affecter les options commandant l'existence ou la structure du code de commerce, entre autres à propos de l'unification du droit privé ou de l'autonomie du droit commercial (B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, op. cit., pp. 30-31).

(78) Ph. MALAURIE, « Peut-on définir la codification ? », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 177-182, spéc. p. 178. Voy. aussi, N. NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », *Arch. Philo. Dr.*, t. 27, 1982, pp. 161-179, spéc. pp. 174-175.

(79) Voy. V. LASSÈRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *D.*, 2002, p. 1159; D. GUTMAN, « L'objectif de simplification du langage législatif », in N. MOLPÉSSIS (éd.), *Les mots de la loi*, 1999, p. 75.

ment substantiel. Dans cette optique, la question de savoir qui sont les destinataires des codes a été parfois ouvertement posée : au-delà du discours qui en fait des instruments de démocratisation du droit, on peut remarquer que des codes récents ont été élaborés comme des œuvres techniques destinées aux juristes (80). Ce choix — un code pour les citoyens ou un code pour les techniciens ? (81) — est un des nombreux qui parsèment le chemin du codificateur.

#### IV. — LE PARCOURS DU COMBATTANT : DES OBSTACLES À VAINCRE POUR CODIFIER

On ne peut en réalité se défendre de l'impression que le discours tenu sur l'accessibilité du droit que le code réaliserait presque magiquement contribue à masquer les enjeux politiques de la codification et les difficultés de la réaliser. Il arrive néanmoins que l'on détecte un scepticisme qui tire des conclusions assez radicales du constat qui vient d'être fait : ainsi, J.-M. Nzouankeu estime, à propos de la situation en Afrique (82), que non seulement le droit est marqué par une incertitude foncière à laquelle aucune codification n'a les moyens de remédier, mais surtout que cette dernière présente un coût

(80) C'est le cas du nouveau Code civil québécois ou du nouveau Code civil des Pays-Bas. Malgré les déclarations de principe, les codes réalisés en France dans le cadre de la codification à droit constant sont également très techniques et loin d'être accessibles à tous.

(81) Les propos de certains auteurs témoignent de la volonté de concilier des points de vue souvent opposés : ainsi le nouveau code pénal français a été présenté, par exemple en raison de la fréquence du recours aux définitions, comme s'adressant au profane mais aussi comme facilitant la tâche de l'interprète (G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Le nouveau code pénal », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 91-96, spéc. p. 96). On a aussi relevé à cet égard l'existence de traditions : dans la tradition « germanique », les dispositions seraient techniques et détaillées, s'adressant aux juristes et non à l'homme de la rue ; dans la doctrine communiste, attachée à la fonction éducatrice de la loi, la façon de rédiger assurerait la vocation didactique des règles (y compris pour les codes les plus récents qui n'échapperaient pas au poids de la tradition). Voy. TALLON, « Le nouveau code civil des Pays-Bas », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 181-185, spéc. p. 182 et *id.*, « Le point de vue d'un expert étranger pour la codification du droit civil en Russie », *RIDComp.*, pp. 539-542, spéc. p. 540. Sur ces questions, voy. aussi Y. ROBINEAU, « À propos des limites d'une codification à droit constant », *A.J.D.A.*, 1997, p. 656 et CABRILLAC, *op. cit.*, pp. 218-225.

(82) J.-M. NZOUANKEU, « Faut-il codifier le droit en Afrique ? », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 323-329, p. 324. L'auteur estime que « l'Etat de droit est fort onéreux et [que], dans ce domaine, les demi-mesures font souvent plus de tort que l'absence d'initiative » (*loc. cit.*, p. 327).

exorbitant par rapport aux progrès qu'elle serait capable de réaliser, compte tenu des objectifs de la démocratisation.

Cette position est d'autant plus intéressante qu'elle est tout à fait exceptionnelle : aucune véritable évaluation coût/bénéfice de la réalisation des codes récents ne semble être prise en considération, ni même être demandée. La question ne semble jamais posée au point que l'on se demande même si elle n'apparaîtrait pas comme illégitime. Or, de même que les effets de la codification sont connus et analysés, les difficultés de l'entreprise ont été maintes fois exposées, de sorte que nul ne peut prétendre ignorer que les obstacles sont multiples et d'autant plus délicats à surmonter qu'ils appartiennent à des ordres d'idées très diversifiés.

Certaines difficultés semblent récurrentes, au premier rang desquelles l'éternelle question du manque de moyens alloués (83). D'autres relèvent plutôt du contexte particulier dans lequel une codification est projetée : c'est ainsi que, dans les pays d'Europe centrale et orientale, on a pu avancer récemment que des codes doivent être réalisés dans des délais trop brefs parce que les codificateurs sont pressés par l'opinion publique et les politiques qui réclament des signaux forts et des réformes fondamentales en quelques mois alors que plusieurs années seraient nécessaires (84).

Plus fondamentalement, les codificateurs sont surtout confrontés à la nécessité de poser des choix essentiels qui peuvent être porteurs de difficultés diverses, même lorsqu'un plan général de codification est élaboré avant d'engager les travaux (85).

(83) Voy. par exemple, M.F. BECHTEL, « La codification en France : une ambition sans moyens ? », *Rev. fr. adm. publ.*, 1987, pp. 175-182; J.-L. SILICANI, « La codification : un instrument de réforme de l'Etat en France », *A.J.D.A.*, 1997, p. 641; G.H. CROSSLAND, « La codification du droit européen par les institutions de l'Union », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 257-260, spéc. p. 258. Pour le projet particulier d'un code européen des contrats et obligations, on a remis en cause « the real capacity of European regulative structures (...) to allow and support such a project » (CASTRONOVO, « Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law », in *Festschrift til Ole Lando*, Copenhagen, 1997, pp. 109-124, spéc. p. 110).

(84) POPESCU, « Les enjeux de la codification dans les pays d'Europe centrale et orientale : la coopération du Conseil de l'Europe », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 307-312, spéc. p. 310.

(85) Sur les espoirs placés dans un plan d'ensemble qui permet d'engager une démarche exhaustive, voy. SILICANI, *loc. cit.*, pp. 640-641.

Il faut bien sûr choisir à qui le travail sera confié : un seul homme (86) ou un groupe et, dans ce dernier cas, composé comment ? Par ailleurs, si la confection d'un code est confiée à des techniciens non élus, il est évident que ce choix prête le flanc à la critique : lorsque certains estiment que les mécanismes de codification en France valorisent la fonction juridique au sein de l'administration (87), ils ne font que prolonger l'affirmation de Max Weber selon laquelle la rationalisation formelle du droit renforce le pouvoir bureaucratique au détriment du pouvoir législatif (88). Lorsque des commissions d'experts sont créées, au premier rang desquels on trouve souvent des professeurs d'université, leur statut est ambigu : faire œuvre de législateur n'est pas faire œuvre scientifique (89).

Quand un texte est proposé, sa procédure d'adoption peut encore soulever maints problèmes, ne serait-ce que parce que

(86) L'exemple du Doyen Carbonnier en France est bien connu. On comprend donc que le Pr. Malaurie estime qu'il s'agit d'une vérité d'expérience : moins on est nombreux, plus rapide et meilleur est le code (Ph. MALAURIE, « Peut-on définir la codification ? », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 177-182, spéc. p. 180). Certains, au vu des procédures de codification à droit constant, plaident pourtant pour une procédure plus contradictoire assortie de consultations : voy. VIGOUROUX, *loc. cit.*, spéc. p. 192.

(87) ROBINEAU, *loc. cit.*, pp. 263-268. Sur le défaut de participation des administrations, voy. ég. MATARELLA, « Codification et Etat de droit : l'expérience italienne », *loc. cit.*, p. 665.

(88) M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF (trad. J. Grosclaude, 1986), spéc. pp. 185 et s. Voy. sur le rôle essentiel de l'administration en France, E. CATTA, « Les techniques de codification : de la cire au silicium... », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 647-654, spéc. p. 651 (« En 1948, la codification était l'apanage de l'administration qui codifiait à coup de décrets. Cette séduction d'un pouvoir solitaire et réglementaire, justifié partiellement par l'exclusivité du savoir et du contrôle dans des domaines souvent très techniques, continue de s'exercer de manière tangible dans certains ministères. »). On a également pu faire remarquer, dans certains pays, le manque de personnes compétentes pour procéder à une œuvre de codification : ainsi, à la chute de l'Union soviétique, on aurait manqué de personnes capables de rédiger un code de législation civile ancrée dans l'économie de marché, dans la mesure où le système juridique soviétique aurait été largement basé sur le droit criminel et le droit administratif (P.B. MAGES, « The process of codification in Russia : lessons learned from the uniform commercial code », *McGill Law Journal*, 1999, pp. 281-300, spéc. p. 283). Un constat similaire a été fait en matière criminelle : S. POMORSKI, « Reflections on the first criminal code of post-communist Russia », *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 375 et s. Voy. ég. TALLON, « Le point de vue d'un expert étranger pour la codification du droit civil en Russie », *RIDComp.*, 1997, pp. 539-542. Il y a là, semble-t-il, un marché extrêmement intéressant pour les experts de différents pays ou institutions qui mettent leurs compétences au service des Etats soucieux de procéder à des codifications.

(89) « The legal scholar on a commission thinks according to time scale of the scientific research, which is longer than that of political pragmatism », (G. AJANI, « By chance and prestige : Legal transplants in Russia and Eastern Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1995, pp. 93-117, spéc. p. 108). Pour une description du travail de commission, voy. J. FOYER, « Le code après le code — la réforme du code civil sous la 5<sup>e</sup> République », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 63-67.

l'intervention du législateur ordinaire ralentit les travaux (90) et que la voie des amendements est de nature à perturber gravement la cohérence du projet (91). Les procédures législatives ordinaires semblent bien mal adaptées au travail codificateur. Non seulement la dilution des procédures expliquent souvent leur échec, mais surtout toutes les controverses qu'elles suscitent témoignent d'une difficulté chronique à trancher la question politique et philosophique de la légitimité. On verra qu'il s'agit là, en fin de compte, de la question centrale.

Du reste, le type de cohérence recherchée ne relève pas toujours de l'évidence. Une fois le modèle juridique choisi — ce qui n'est pas sans difficulté (92) —, une fois effectuée la conciliation de sources parfois d'origines très différentes (93), se pose le problème de la structure du code, qui fait écho au

(90) Voy. G. LEVASSEUR, « Le problème de codification en matière pénale en droit français », in *Mélanges offerts à R. Legros*, 1985, pp. 399-421, spéc. pp. 417-418. Plus gravement encore, la question du fondement juridique sur la base duquel un code peut être réalisé est parfois sujet à controverse : voy. J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDComp.*, 1998, pp. 7-28, spéc. pp. 21-25.

(91) F. Terré a remarqué que le parlement soit s'attelaît lui-même à une tâche de codification mais renâclait assez rapidement à poursuivre, la tâche étant trop lourde ; soit s'en remettait à « un organisme extérieur plus ou moins dépendant de l'administration » et qu'il y avait alors fréquemment lieu de craindre qu'il ne rejette ou dénature le projet élaboré hors de son sein (Fr. TERRÉ, « La codification », *European Review of Private Law*, 1993, pp. 31-46, spéc. p. 45). Voy. aussi les considérations de P. ALBERTINI, « La codification et le Parlement », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 660-664. Pour des exemples de ces enjeux, voy. CABRILLAC, *op. cit.*, pp. 202-218. La question de l'adéquation des procédures ordinaires a également été soulevée, avec encore plus d'acuité, en matière européenne, plus spécialement à l'égard du travail d'élaboration constitutionnelle : voy. C. BACHELOT, « Les projets de constitution européenne. Un état des propositions », in D. REYNIÉ, B. CAUTRÈS (éd.), *L'Opinion européenne*, Presses de Sc. Po, Fondation Robert Schuman, 2001, pp. 13-50. La question est évidemment d'actualité.

(92) Voy., par exemple, les considérations exprimées sur le choix difficile rencontré au Vietnam par M. SIDEL, « The re-emergence of legal discourse in Vietnam », *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, pp. 163-174.

(93) Pour un exemple, voy. M. ZINE, « Centenaire de la codification en Tunisie — le code des obligations et des contrats », in *La Codification*, Dalloz, 1996, pp. 187-195, spéc. pp. 188-189 : l'auteur estime que ce code est une tentative de conciliation entre droits civils des pays européens et droit civil musulman, ses rédacteurs ayant eu la volonté de réaliser un certain équilibre entre modernité et tradition, mais aussi que la diversité de ses sources, voire la pluralité des systèmes auxquels il a emprunté ses dispositions, ont rendu impossible l'élaboration d'un système de règles unique et cohérent. Et de conclure : « si la diversité est enrichissante, elle est aussi, parfois, sources d'incohérences ».

choix du plan (94), du mode de classement (95), de l'ordre de présentation (96), du découpage des articles et bien sûr du type de dispositions — de principe ou de détail (97). Se pose aussi la question dite « du périmètre » des codes, c'est-à-dire de ce qui va être introduit dans tel code plutôt que dans tel autre (98). C'est là que se déclarent parfois des querelles de frontières opposant les spécialistes auxquelles s'ajoutent les rivalités opposant les structures administratives, les ministères évaluant apparemment parfois leur importance à l'ampleur des codes qui leur sont rattachés (99). La vanité de l'exercice qui consiste à fixer les frontières est aussi soulignée, car cette délimitation présume que « les normes ne connaissent aucune

(94) En gardant à l'esprit que « le plan d'un code traduit une architecture juridique et une volonté de mise en valeur des grandes distinctions qui vont orienter le domaine du droit en cause » (E. CATTA, « Les techniques de codification... », *loc. cit.*, p. 649). Voy. aussi LI-KOTOVTOHIKHINE, « La réforme du droit chinois par la codification », *RIDComp.*, 2000, pp. 529-552, spéc. p. 531 et, sur le risque d'inadéquation du plan choisi à la matière codifiée, TOXÉ, *loc. cit.*, p. 242. Voy. aussi, la réflexion sur le plan menée chez Bentham : D. BARANGER, « Bentham et la codification », *Droits*, n° 26, 1998, pp. 17-37, spéc. pp. 25-26.

(95) Voy. également Ph. REIGNÉ, « Remarque sur la numérotation des articles dans la codification », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 283-290.

(96) On a ainsi fait remarquer, en l'occurrence en matière pénale, que « l'ordre des développements traduit une échelle des valeurs » (G. ROUJOU DE BOUBÉE, *loc. cit.*, pp. 91-96, spéc. p. 94).

(97) Certains soulignent l'alternative entre un « code de règles » ou un « code de principes » (par exemple G. GANDOLFI, « Pour un code européen des contrats », *RTDCiv.*, 1992, pp. 707-736, spéc. pp. 722-723). En outre, certaines dispositions sont également plutôt symboliques (« destinées à lancer l'imagination des sujets bien au-delà des résultats précis qu'elles prescrivent ») qu'instrumentales (J. CARBONNIER, « Le Code civil », *loc. cit.*, pp. 1341-1342), ce qui est parfois regretté par certains auteurs qui estiment que seules des dispositions strictement normatives devraient être incluses dans un code. Sur ce débat se greffe aussi la question de savoir si le Code doit être précédé d'une sorte de préambule. Voy., pour les conséquences d'un choix de ce type, les remarques d'un canoniste : Ph. TOXÉ, *loc. cit.*, p. 246.

(98) Il est intéressant de relever que cette question est perçue comme une difficulté, même par certains des plus fervents partisans de la codification à droit constant en France. Ainsi, G. Braibant, dont nous aurons l'occasion de signaler les réticences à admettre les critiques qui ont été formulées sur le mouvement contemporain de codification, admet que « ce découpage comporte des enjeux à la fois intellectuels et politiques, d'idées et de pouvoirs ». Et de citer des exemples : faut-il mettre les dispositions relatives aux valeurs mobilières dans le Code de commerce ou dans un code monétaire et financier ; insérer les appellations contrôlées dans le Code de la propriété intellectuelle ou dans un Code de la consommation ; placer la protection des sites dans le Code de l'environnement ou dans le Code du patrimoine ? (G. BRAIBANT, « Utilité et difficultés... », *loc. cit.*, pp. 70-71). Ces illustrations témoignent de l'extrême morcellement auquel la codification contemporaine risque d'aboutir.

(99) P. ALBERTINI, « Le point de vue d'un parlementaire », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, p. 303. Pour un exemple spécifique, voy. P.J. OMAR, « Malaysian Commercial law : The Question of Codification », *Malaysian Law Journal*, 2000, pp. 1-5.

interférence », alors que « le découpage par matière ou par code ne rend pas pour autant étanche les domaines du droit » (100).

Qui plus est, de nombreuses matières en développement étant en réalité « à cheval » sur plusieurs branches traditionnelles du droit (on cite souvent les exemples de la protection de la jeunesse ou de l'environnement), il est souvent malaisé de les organiser autour d'un noyau dur de principes communs. Il s'agit là d'une illustration parmi d'autres du fait que la matière à codifier soulève également des difficultés. D'abord en raison de ses spécificités propres : c'est ainsi, par exemple, que B. Oppetit a fait remarquer, que le droit commercial était caractérisé par un mélange de corporatisme, de technocratie et de cosmopolitisme qui était *a priori* tout à fait contraire aux valeurs de stabilité, de rationalisation et de nationalisme juridique qui sous-tendent la codification (101). De façon plus générale, on s'est interrogé sur la question de savoir si toutes les matières étaient codifiables et plus spécialement s'il ne fallait pas attendre qu'elles aient atteint une certaine maturité : « que le corps de règles considéré ait fait admettre son particularisme, défini son domaine propre et affirmé sa technique spécifique et ses principes originaux » (102). Il est assez ironique de constater que la complexité d'une matière a parfois été avancée pour freiner sa codification (103). Il en est de même des matières considérées comme trop instables (104). On constatera encore une fois l'ambivalence des arguments, les partisans de la codification avançant précisément qu'elle

(100) Remarque faite dans le contexte très spécifique de l'utilité de l'informatique pour la codification (et plus spécialement de l'intérêt du lien « hypertexte ») : CATTA et TAUZA, « L'utilisation de l'outil informatique », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, p. 275.

(101) B. OPPETIT, *Essai...*, *op. cit.*, pp. 26-27. Voy. sur le droit international privé, D. BUREAU, « La codification du droit international privé », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 119-143, spéc. pp. 134-137.

(102) F. TERRÉ, « La codification », *European Review of Private Law*, 1993, pp. 31-46, spéc. pp. 40-41. On a aussi abordé des questions de ce type à l'occasion des discussions relatives au code civil européen, mettant en évidence que certains pans du droit privé seraient plus aisément codifiables à ce niveau que d'autres (voy. G. SAMUEL, « English private law in the Context of the Codes », in *The Harmonisation of European Private law*, *op. cit.*, pp. 47-61, spéc. p. 52).

(103) C'est le cas du droit international privé, pour lequel l'évolution par la jurisprudence a été préférée par certains auteurs : voy. P. MAYER, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit international privé », in *Travaux de l'Association Capitant*, t. XXXI, *Economica*, 1982, p. 388.

(104) Argument avancé en droit fiscal, en droit administratif spécial, en droit de la concurrence. Voy. par exemple, S. PINON, « Codification et droit administratif : l'éternel rapport de force », *R.R.J.*, 1998, pp. 587 et s.

contribue à donner à une matière en développement son autonomie et sa cohérence, qu'elle permet de clarifier un champ et d'en réduire la complexité et encore qu'elle peut remédier à l'instabilité d'un domaine juridique par trop mouvant en en fixant les principes (105).

Dans l'état actuel de l'ordre juridique, il n'y a pas que la question des matières qui soit régulièrement soulevée : le type de sources à codifier peut être aussi l'enjeu d'un débat extrêmement controversé. C'est ainsi que, face aux effets de l'internationalisation et de l'eupéanisation, on s'est interrogé sur la portée d'une codification réalisée dans le cadre national (106). Et c'est d'ailleurs, entre autres, en raison de son incapacité à intégrer l'ensemble des sources régissant une matière que la codification à droit constant réalisée en France a été l'objet de nombreuses critiques (107).

Enfin, les difficultés qui apparaîtraient en aval de tout le processus, c'est-à-dire au moment de l'application d'un nouveau code, sont de nature à freiner l'élan codificateur : on a pu ainsi remarquer, dans certaines circonstances, que les réformes étaient ralenties par le fait que les juristes, parfois en nombre insuffisant, devraient appliquer un code qu'ils n'ont pas eu le temps d'étudier (108) ou, plus gravement, que l'implantation d'un code devrait s'accompagner d'une réforme institution-

(105) Ce type de dilemme est mis en lumière en France, pour la matière du droit international privé : soit certaines solutions, par exemple d'origine jurisprudentielle, peuvent être tenues pour acquises et le principe de la codification permettrait de les rappeler fermement, soit certaines solutions demeurent douteuses et l'on pourrait alors se demander s'il n'est pas précisément souhaitable de faire cesser l'incertitude (BUREAU, « La codification du droit international privé », *loc. cit.*, spéc. pp. 132-133). Voyez, *infra* en Belgique, l'article de G. STUER et C. TUBEUF.

(106) B. OPPETIT, « L'avenir de la codification », *Droits*, n° 24, 1996, pp. 73-81, spéc. p. 78. L'intégration de normes internationales présenterait aux yeux de G. Braibant deux inconvénients, liés au fait qu'elles seraient moins bien élaborées et plus difficiles à connaître (G. BRAIBANT, « La relance de la codification. Allocution », *Rev. fr. dr. adm.*, 1990, pp. 306-309). Pour un autre débat sur le niveau des normes à prendre en considération, voy. S. PERUZZETTO, « La codification du droit communautaire », in *La Codification*, Dalloz, 1996, pp. 145-164.

(107) ROBINEAU, « A propos des limites d'une codification à droit constant », *loc. cit.*, pp. 655-659.

(108) TALLON, « Le point de vue d'un expert étranger... », *loc. cit.* Dans le contexte des pays « en transition », on a pu souligner la nécessité de mener un véritable travail pédagogique qui doit accompagner la mise en vigueur des nouveaux codes, de façon à ce qu'ils soient compris et acceptés : S. LEYENBERGER, « Les enjeux de la codification dans les pays d'Europe centrale et orientale : la coopération du Conseil de l'Europe », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 307-312, spéc. p. 311.

nelle, le plus souvent de l'organisation judiciaire, complexe, coûteuse et lourde d'enjeux politiques (109).

V. — UNE STRATÉGIE ADAPTÉE ?  
DES CRITIQUES À L'ENCONTRE DE LA CODIFICATION

Autant de difficultés, autant d'obstacles à surmonter à chaque entreprise de codification, autant d'occasions de procéder à une évaluation du poids du travail projeté par rapport au bénéfice escompté. Autant de raisons donc d'intégrer dans la réflexion la confrontation entre les objectifs traditionnellement assignés à la codification et les effets désormais bien connus qu'elle entraîne.

Or il est intéressant de constater que la codification joue encore, malgré tout, chez nombre de juristes, le rôle d'une utopie fondatrice qui leur permet de croire à la clarification possible du droit, alors que l'ordre juridique a radicalement changé depuis le 18<sup>e</sup> et le 19<sup>e</sup> siècle. Certes, on peut détecter, chez certains, le regret qu'au regard des difficultés qui semblent s'accumuler, le moment ne serait jamais propice à la codification (110). Mais dans nombre de cas on constate que les obstacles cités sont considérés presque automatiquement comme autant de raisons de procéder à la codification. Comme si la réponse la plus classique à apporter à la difficulté de codifier résidait dans la codification elle-même, ce qui n'est pas sans nous rappeler l'analyse de Michel Foucault sur la réponse à l'échec de la prison qu'on s'acharnerait à trouver systématiquement dans la prison... (111).

Chez ceux qui le mettent en œuvre, le choix stratégique de la codification n'est donc pas souvent remis en cause. Il ne faut pourtant pas dissimuler que des critiques se sont exprimées avec force, soit à l'égard d'un code spécifique — en rai-

(109) A. CHAMBOREDON, « The debate on a European Civil Code : for an 'Open texture' », in M. VAN HOECKE et Fr. OST (éd.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford-Portland Oregon, 2000, pp. 63-99, spéc. p. 98.

(110) Voy., par exemple, les intéressantes réflexions sur l'imbrication des difficultés, exprimées par BUREAU, « La codification du droit international privé », *loc. cit.*, spéc. pp. 119-143.

(111) *Surveiller et Punir*, Paris, 1973.

son de son résultat ou des conditions de sa réalisation (112) —, soit à l'égard d'une modalité particulière de codification, soit à l'égard de l'idée même que la codification soit encore un instrument adéquat.

Comme nous l'avons déjà signalé, c'est le cas de la codification à droit constant, définie par un de ses spécialistes comme le groupement, dans des ensembles cohérents et organisés, des textes législatifs et réglementaires en vigueur (113), et dont certains estimaient en France qu'elle était « la seule manière de codifier de façon ambitieuse et rapide » (114). Les critiques convergent à son encontre sur le fait qu'elle ne permet pas d'obtenir les effets escomptés en matière d'accès au droit — puisqu'elle laisse à l'écart nombre de sources — et que sa neutralité supposée — qui serait liée au fait qu'elle ne produit qu'un rassemblement de textes existant déjà — est un leurre (115). Comme le constate B. Oppetit, elle « ne permet aucunement de remédier aux incohérences éventuelles du droit existant, puisqu'elle rejette hors de son domaine tout effort de

(112) Voy., à titre d'exemples, sur le code de droit canonique de 1917, TOXÉ, *loc. cit.*, pp. 241-242; sur le projet de code civil européen, LEGRAND, « Sens et non-sens d'une codification réformatrice du droit européen », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 227-231; sur la procédure pénale en France, LEVASSEUR, « Le problème de la codification en matière pénale en droit français », *loc. cit.*, p. 411; sur la procédure civile en France, HÉRON, « Le nouveau code de procédure civile », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 81-89, spéc. pp. 83-84; sur le code pénal russe, POMORSKI, « Reflections... », *loc. cit.*, p. 3; sur le code civil russe, TALLON, « Le point de vue d'un expert étranger... », *loc. cit.*, p. 541.

(113) G. BRAIBANT, « La commission supérieure de codification », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 97-105, spéc. p. 97. L'auteur précise que la codification à droit constant n'est « pas une simple compilation, qui correspondrait à la mise à la suite d'un certain nombre de textes sans ordre et sans cohérence, comme cela est fait par des éditeurs privés », ni une codification novatrice comportant des modifications substantielles des textes. Certaines modifications sont cependant intégrées, celles qui sont « rendues nécessaires par l'évolution générale du droit » (par exemple les adaptations au texte actuel de la Constitution), ou encore des « améliorations de pure forme ».

(114) SILICANI, *loc. cit.*, p. 640.

(115) Comme le montre R. CABRILLAC, le véritable vice de la codification à droit constant ne réside pas dans une trahison historique de la notion de code, mais dans le fait qu'elle est incapable d'être à droit constant. Par l'effet même de la compilation, le droit existant est modifié : sans débat démocratique devant les institutions représentatives et sans débat scientifique devant la doctrine compétente. Et d'ajouter cette considération à méditer : « La doctrine fustige avec d'autant plus de vivacité ce pouvoir que s'arrose l'Administration qu'elle se sent dépossédée d'une tâche qu'elle considère plus ou moins inconsciemment comme sienne » (*op. cit.*, p. 202). Sur les critiques, outre les références déjà citées, voy. aussi N. MOLPESSE, « Sources du droit interne. Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RIDComp.*, 2000, pp. 116-194. Voy. également VIGOUROUX qui en dénombre plusieurs types, qu'il tend du reste à nuancer : critique technique, antitechnique, élitiste, psychologique, institutrice, braudélienne et orwellienne (« Alice au pays de la codification à droit constant », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 187-192, spéc. pp. 188-190).

réflexion, de définition ou d'innovation, comme si l'on proposait comme œuvre accomplie ce qui ne devrait être que la première esquisse » (116).

Il n'est pas utile ici de disserter à l'envi sur les qualités et les défauts de la méthode de codification adoptée en France. Il est plus intéressant de relever que le discours qui se perpétue sur les avantages et mérites divers de toutes les entreprises contemporaines de codification fait bien peu de cas des analyses critiques qui sont développées depuis une vingtaine d'années et qui mettent clairement en évidence l'inadéquation des paradigmes sous-tendant la codification classique par rapport à l'état du droit contemporain. C'est, assez récemment, le projet assez flou de code civil européen qui a été l'occasion d'un large échange de vues à tel point qu'il est devenu le champ privilégié de la confrontation des opinions, le lieu où le dialogue entre partisans et adversaires de la codification a commencé à intégrer des considérations théoriques et épistémologiques (117). On y a retrouvé l'écho de préoccupations qui avaient précédemment été mises en exergue par des universitaires : en France, à partir des années 1995 par Bruno Oppetit, Denys de Béchillon ou Gérard Timsit — entre autres —, alors qu'en Belgique, des doutes s'étaient exprimés, dès le milieu des années '80, à l'occasion des projets de révision du code pénal, par exemple dans les écrits de François Ost, Michel van de Kerchove et Françoise Tulkens (118).

Les objections tendent à se rejoindre. B. Oppetit a essentiellement formulé à l'égard de la codification des regrets quant

(116) B. OPPETIT, « De la codification », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 7-18, spéc. p. 16.

(117) En France, à l'occasion du renouveau des opérations de codification, il est au moins un parlementaire qui a exprimé clairement ses doutes sur un processus dont il se demande s'il n'est pas obsolète : « (...) dès que les circonstances changent de manière imprévisible, l'édifice minutieusement construit doit alors être corrigé dans une démarche circulaire où la précision descriptive des textes appelle elle-même leur adaptation fréquente ». On peut penser qu'il a été sensible aux préoccupations émises par certains théoriciens à l'égard de l'accélération du temps juridique. (P. ALBERTINI, « La codification et le Parlement », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 660-664, spéc. p. 662).

(118) Pour B. OPPETIT et G. TIMSIT, voir les références déjà citées. Voy. aussi D. DE BÉCHILLON, « L'imaginaire d'un code », *Droits*, n° 27, 1998, pp. 174-184; Fr. OST, « Codifier en 1987 », *Journal des Procès*, n° 116, 1987, pp. 16-23; Fr. TULKENS, « A propos de la réforme du Code pénal — analyse de l'avant-projet de Code pénal de M. R. Legros, commissaire royal à la réforme du Code pénal », *J.T.*, 1986, pp. 557-562. V. aussi, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ! », *R.I.E.J.*, 2000, pp. 1-82.

à ses « conséquences malheureuses », regrets qui mettent l'accent sur le modèle positiviste dont la codification semble être l'aboutissement le plus accompli. Avec elle, le positivisme légal s'étant épanoui, on aurait cessé de considérer que le droit pouvait être une norme de conduite sociale indépendante des frontières politiques ou géographiques; l'idée de droit commun s'est évanouie au profit d'un mouvement de sectorisation; on a perdu de vue la recherche du droit juste pour s'en tenir à la seule expression de la norme codifiée; on en est revenu à l'époque des glossateurs, le droit se confondant désormais avec l'ordre du souverain (119). F. Ost aborde quant à lui la question sous l'angle des paradigmes. Il souligne que notre époque n'est plus l'ère de la simplicité, mais celle de la complexité, en raison, entre autres, de l'augmentation des sources du droit d'origine de plus en plus diversifiée, étatique, infra-étatique et supra-étatique, entraînant un brouillage généralisé des catégories. Qu'alors que la codification s'est épanouie parallèlement au monisme politique et au dogme de la souveraineté étatique, les foyers de pouvoirs se multiplient, la complexité du réseau se substituant à la simplicité de l'unité. Que l'on ne se situe plus dans le modèle de la rationalité déductive et linéaire mais bien dans une rationalité récursive ou rétroactive. Que la temporalité du droit a changé, et qu'au temps « prométhéen » ont succédé une accélération du temps juridique et des formes juridiques précaires et provisoires, signes d'une temporalité aléatoire (120).

On peut effectivement douter que les conditions idéales de la codification — souveraineté étatique, monisme légal, modèle de rationalité déductive et temps long, dit « prométhéen » — puissent encore se rencontrer dans l'ordre juridique contemporain, dont on n'est même pas sûr que le qualifier de système fasse encore sens. Le déclin même relatif du nationalisme juridique; l'accentuation du rôle du juge, lié au développement d'une vision procéduraliste du droit; l'atténuation concomitante du légicentrisme; le remplacement de la rationalité verticale par une logique dialectique, plurielle, réversible,

(119) B. OPPETIT, « De la codification », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 33-38, spéc. p. 38.

(120) Voy. aussi Y. CARTUYVELS, « L'idéal de la codification. Etapes et développements avant le 19<sup>e</sup> siècle », *R.I.E.J.*, 1993, n° 31, pp. 85-107, spéc. pp. 102-104.

répondant à l'enchevêtrement des compétences; la perte de généralité des normes et leur mutabilité croissante; l'acceptation retrouvée des exigences d'un certain pluralisme juridique; l'absence de projet politique fort et unificateur; le déclin de l'Etat-Providence; la multiplication des acteurs dans les processus de formation du droit, produit de transactions continues; une certaine renaissance de la doctrine savante et même le développement fulgurant des ressources informatiques sont autant de raisons qui ont été avancées pour mettre en cause la pertinence de l'obstination à codifier.

#### VI. — UN TRÈS ANCIEN CONFLIT ? DE LA PERPÉTUATION D'UN DISCOURS UTOPIQUE

L'ensemble de ces considérations critiques émises sur la codification sont parfois disqualifiées, en raison même de leur origine : il est significatif de voir que Guy Braibant, très impliqué dans le processus de codification en France, les présente — comme si ce constat parlait de lui-même — comme des objections « de la part d'universitaires et de parlementaires » et affirme que « les plus sérieuses » des critiques émises ne concernent pas le principe de la codification mais ses modalités et s'expliquent par le fait que la codification dérange les habitudes des éditeurs et des professeurs. Comme il souligne que les objections viennent de ceux qui ne participent pas à la fabrication des codes (121), peut-être estime-t-il que c'est la frustration d'être exclus de l'opération — voire même la jalousie — qui pousserait plusieurs théoriciens du droit à remettre en cause le paradigme...

Au-delà de cette réaction d'humeur dont certains aspects confinent à la caricature (122), comment peut-on expliquer tant la perpétuation du discours classique sur les bénéfices

(121) G. BRAIBANT, « Codifier : Pourquoi ? Comment ? », *Rev. fr. adm. publ.*, 1995, pp. 127-140, spéc. pp. 130-131.

(122) Ainsi, lorsque le même auteur, faisant la liste des objections qu'il a détectées à l'égard de la codification, met en évidence — après le « gel » du droit et sa « déshistorisation » — une perte de poésie. Celle-ci serait redoutée par ceux qui regretteraient la disparition de « textes désuets, bien rédigés, originaux, mais jamais appliqués ». On comprend évidemment que l'auteur ne voie pas là un obstacle décisif... (G. BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », *loc. cit.*, spéc. pp. 66-66).

escomptés de la codification que la multiplicité des entreprises contemporaines? La question est bien évidemment complexe et on ne se risquera ici qu'à formuler quelques hypothèses.

Tout d'abord, certains diront que l'utopie d'un ordre juridique maîtrisé (123), dont la codification classique, dans ce qu'elle a de totalisant, est la forme la plus complète, est peut-être fructueuse (124). Elle permet probablement, même de façon limitée et temporaire, de ne pas renoncer à l'idée d'une mise en ordre et de ne pas céder au découragement qui paraît accabler bien des analystes. Les grands codes du 19<sup>e</sup> siècle apparaissent comme les symboles d'une sorte d'âge d'or qu'on pourrait encore espérer faire revivre, un peu comme l'âge de saint Louis parut longtemps aux juristes français médiévaux comme le modèle à rétablir à coup d'ordonnances de réformation (125). Il ne faut sans doute pas mésestimer la force et l'utilité, à certains moments, des références utopiques et ce n'est pas pour rien que le Code civil a, dans la conscience collective des juristes « de droit civil », la force d'un mythe. On sait néanmoins à quel point certains mythes sont écrasants.

Pourtant, au-delà d'une explication presque psychanalytique (126), la permanence du discours sur l'accessibilité accrue du droit que la codification réaliserait doit être vue dans une perspective plus idéologique. Nous restons les héritiers de la « nomophilie », promue par la Révolution française, et dont il nous est bien difficile de sortir. Le code est une sorte d'hypertrophie de la loi, son avatar le plus abouti. Affirmer encore, malgré toutes les transformations de l'ordre juridique, que l'on peut concentrer le droit dans un texte qui servira de référence

(123) Cf. D. GUYON, « L'utopie et l'imaginaire juridique », *Arch. Philo. Dr.*, 1985, pp. 262 et s.

(124) Voy. également, B. OPPETIT qui estime que l'on peut « être porté à se demander si la codification, tout au moins dans ses phases d'essor et de rayonnement, n'a pas pris la dimension d'un véritable mythe, au sens d'une utopie de nature à conduire à la naissance de la cité idéale » (*Essai sur la codification, op. cit.*, p. 68).

(125) Sur ces ordonnances, voy. Cl. GAUVARD, « Ordonnance de réforme et pouvoir législatif en France au XIV<sup>e</sup> siècle », in A. GOURON et A. RIGAUDIÈRE (éd.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat, Publications de la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, Montpellier, 1988, pp. 89-98.

(126) Pensons au titre de l'article de D. DE BÉCHILLON : « L'imaginaire d'un code » (*loc. cit.*). R. CABRILLAC conclut même son ouvrage dans une perspective quasi anthropologique, lorsqu'il avance que « codifier ne constitue sans doute qu'une réaction épidermique de l'Homme et des sociétés humaines face à leur inexorable destin de mortel » (*op. cit.*, p. 310).

unique et auquel on puisera toutes les solutions permet de dissimuler les inextricables difficultés de l'accès au droit et à la justice. Le débat de fond est en quelque sorte éludé : sous couvert de permettre au citoyen de mieux « s'y retrouver », on perpétue en réalité la situation séculaire qui réserve la compréhension réelle des méandres du droit à un petit nombre de techniciens.

L'espoir fou de la Révolution que le code soit une sorte de « catéchisme du citoyen », que lorsque chacun, grâce à un texte écrit, clair, simple et accessible, connaîtra ses droits et obligations, plus personne ne sera tenté de les enfreindre, cet espoir fou a peut-être changé d'oripeaux, mais il reste avancé comme un idéal. On affirme donc sans cesse qu'il faut améliorer la loi et que la codification incarne l'instrument adéquat, comme si cette amélioration allait véritablement répondre à l'enjeu démocratique détecté. Le soubassement de cette démarche semble bien être, en fin de compte, le souhait récurrent d'immobiliser le droit et la croyance qu'un tel résultat soit possible. Ph. Toxé l'exprime très bien, dans des termes qui dépassent de loin le corps de droit qu'il examine : « La pertinence et le succès de la codification dépendent de la conception que l'on a du rapport du droit et de l'histoire. Les législateurs n'arrivent pas à se défaire de cette vieille idée philosophique qui veut que le mouvement soit signe d'imperfection et l'immobilité signe de perfection. Ils confondent la stabilité des lois avec leur immutabilité. La technique de la codification, en systématisant dans un ensemble rationnellement organisé à un moment donné des normes 'abstraites' peut donner l'illusion de la perfection intemporelle » (127).

Paradoxalement, certaines des critiques adressées au mouvement codificateur contemporain s'inscrivent dans une logique similaire. Ainsi, le débat sur la codification à droit constant est révélateur : on lui a reproché de ne pas inclure toutes les sources et, entre autres, de laisser dans l'ombre l'apport pourtant unanimement reconnu comme essentiel, de la jurisprudence (128). On peut cependant se demander si, à sup-

(127) Ph. Toxé, *loc. cit.*, p. 247 (la citation porte sur le droit canon, mais elle est indéniablement généralisable).

(128) Pour un exemple de ces critiques, voy. ROBINEAU, *loc. cit.*, spéc. p. 656.

poser même que les normes jurisprudentielles existantes au moment de la rédaction d'un code « à droit constant » aient été intégrées, cela aurait réellement permis de clarifier de façon satisfaisante et durable le foisonnement des normes. Même si on retient la thèse selon laquelle tout code s'accompagne d'une phase d'interprétation exégétique, dès la norme publiée, elle est susceptible d'une nouvelle évolution et jamais le citoyen ne peut espérer avoir un accès « total » au droit. Le discours, encore très puissant, sur les mérites de la codification participe à l'occultation de cette réalité.

Il n'est du reste pas anodin de souligner qu'un tel discours a été, depuis plus de vingt ans, soutenu par les positions de la Cour européenne des droits de l'homme : celle-ci a développé (129) une jurisprudence qui contribue à ériger la « sécurité juridique » au rang d'un droit de l'homme. L'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » ne serait plus désormais un devoir mais bien un droit dont les Etats devraient s'engager à rendre possible la réalisation. Or, les réflexions contemporaines sur la temporalité du droit (130) sont de nature à conduire à relativiser sérieusement la sécurité juridique, même comme un idéal (131), et nous avons déjà pu souligner, à tout le moins, que la notion même de sécurité juridique est susceptible de

(129) Sur les développements de cette jurisprudence, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 677 et s., n<sup>os</sup> 956 et s.

(130) F. OST, « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985; *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer*, Fr. OST et M. VAN HOECKE (éd.), Bruylant, 1998; Y. CARTUYVELS et Fr. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société? L'exemple du droit pénal*, Rapport réalisé à la demande de la Fondation Roi Baudouin dans le cadre de la réflexion prospective « Citoyen, droit et société » par le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques (F.U.S.L.), Bruxelles, Centre de diffusion de la Fondation Baudouin, 1998; Fr. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 2000; *L'accélération du temps juridique*, Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (éd.), FUSL, 2000. Voy. aussi, Fr. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de J. Bentham*, FUSL, 1987.

(131) Voy. les réflexions de Fr. TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *R.I.E.J.*, 1990, pp. 25-42. Fr. Tulkens rappelle que dès 1934, Kelsen affirmait que l'idée que la conception du droit dans la doctrine traditionnelle garantirait une sécurité économique ou du moins une sécurité juridique était illusoire et qu'il fallait « détruire cette illusion, malgré les effets très utiles qu'elle peut avoir dans le domaine de la politique » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, éd. La Baconnière, 1988, trad. H. Thevenaz, p. 155). Elle cite également Jérôme Franck, qui en 1948, soulignait que « la notion largement répandue que le droit est ou peut être rendu approximativement stable et certain est irrationnelle et devrait être considérée comme une illusion ou un mythe » (J. FRANCK, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970, p. 13).

significations diverses. Plus encore, le principe de légalité qui en fut longtemps un des piliers est lui-même remis en cause, notamment par ceux qui constatent que la fonction de la loi et des codes a profondément changé depuis quelques décennies. On a ainsi pu affirmer que la perspective dogmatique selon laquelle le principe de légalité constituait le ressort essentiel de la théorie du droit était complètement renversée, dans la mesure où le changement normatif s'instaure avant le changement de la loi formelle de l'État, de sorte que le code ne serait plus que « la mémoire collective de pratiques juridiques légitimes » (132).

On le voit, les récentes analyses consacrées à la codification mettent l'accent sur la nature des sources codifiées, tantôt pour constater que, dans l'immense majorité des cas, le code nouvellement rédigé se borne pour l'essentiel à consacrer une évolution qui s'est produite en dehors de lui, tantôt pour regretter que le code, qui a pourtant vocation à être totalisant, ne parvienne pas à intégrer cette évolution, faute de prendre les bonnes sources en considération. La question qui paraît centrale est donc bien celle de la maîtrise de la formulation du droit au sein d'une société pluraliste dans laquelle l'ordre juridique est en mutation profonde.

Il est intéressant de remarquer que certaines réflexions, menées à l'occasion de projets particuliers, se sont résolument inscrites dans ce débat. Le nouveau code civil du Québec, par exemple, a été présenté, par ceux qui l'ont fait connaître aux juristes européens, sous un jour intéressant. D. Jutras estime qu'il s'agit d'« un exercice politique plutôt qu'un exercice technique » (133). Ce n'est pas le foisonnement normatif, affirme-t-il, qui aurait été conçu comme un problème appelant une

(132) J.-F. PERRIN, « La fonction du code dans une société pluraliste. Instauration du changement ou enregistrement de la mémoire », *loc. cit.*, spéc. pp. 717 et 721-722. Les dispositions nouvelles gèreraient techniquement un changement déjà acquis au moment de l'adoption de nouveaux textes, dans la mesure où les contenus novateurs affectant la plupart des domaines où des réformes ont lieu seraient l'œuvre de la pratique. De plus les discours de légitimation à leur sujet émaneraient systématiquement des instances judiciaires plutôt que législatives.

(133) D. JUTRAS, « La codification réformatrice. L'exemple du Code civil québécois », *Rev. fr. adm. publ.*, 1997, pp. 194-195.

vaste entreprise de systématisation (134) mais bien une véritable révolution tranquille qui se serait opérée très progressivement : entre le milieu des années '50 et les années '90, les objectifs du processus de codification auraient été transformés et construits pour qu'elle incarne et mette en œuvre la modernisation des institutions. L'enjeu semble avoir donc été avant tout de réformer la substance du droit plutôt que de prétendre en améliorer l'accès et la pérennité. Dans le même registre, J.-Fr. Niort ajoute que le législateur québécois n'est pas resté sourd aux craintes exprimées à l'égard de l'effet pétrificateur de la codification. Il a donc, en toute connaissance de cause, « [renoncé] à l'omniscience et l'omnipotence » et a voulu un texte « modeste, souple, évolutif, ouvert à l'interprétation » (135). Le même auteur n'en qualifie pas moins cette renonciation de « stratégie de modestie » et conclut que « si l'Etat accepte de plus en plus explicitement de partager la création du droit civil avec d'autres sources et de favoriser une interprétation juridique hardie, (...), l'acte de codification reste un très tangible acte de souveraineté, affirmant de manière indubitable la volonté étatique de continuer à contrôler et à sanctionner le droit et son évolution » (136).

#### VII. — DE NOUVEAUX CHAMPS DE BATAILLE ?

Les débats autour du nouveau Code civil du Québec ont manifesté ouvertement l'enjeu : la maîtrise de la formulation du droit. L'expérience québécoise nous indique avant tout que certains codes récents, renouant avec la tradition réformatrice de la fin du 18<sup>e</sup> siècle, semblent avoir été assumés expressément comme de véritables exercices politiques, alors que tout le discours officiel tenu en France sur la question tend à en masquer la dimension politique.

(134) En partie parce que le droit statutaire faisait l'objet d'une consolidation assujettie à une révision permanente qui avait démontré sa capacité à assurer autant de sécurité juridique et d'accessibilité que l'organisation thématique et systématique (*ibid.*).

(135) NIORT, « Le nouveau code civil du Québec et la théorie de la codification : ... », *loc. cit.*, p. 141. L'auteur explique, entre autres, que le code a été conçu comme constituant le droit commun, de façon à favoriser une interprétation dynamique et que les règles d'interprétation suggérées ont mis en évidence la primauté de la recherche de l'esprit des dispositions sur la démarche littérale. (*loc. cit.*, p. 143).

(136) *Ibid.* C'est nous qui soulignons le mot « stratégie ».

Un constat émerge assez nettement de l'approche bibliographique extensive que nous avons tenté de développer ici pour effectuer une mise en perspective du débat : à de très rares exceptions près, le cloisonnement est important entre, d'une part, les entreprises de codification et, de l'autre, les réflexions théoriques et critiques consacrées, depuis vingt ans au moins, au décalage entre les paradigmes de la codification et ceux du droit contemporain. Denys de Béchillon constate, pour le processus mis en œuvre en France que, si « beaucoup de détails ont été prévus, réglés, médités, encadrés (...) , nombre d'aspects importants (...) — peut-être même *les plus* importants — semblent avoir été traités sur le mode de l'évidence et laissés au déterminisme de la rationalité 'naturelle' des codificateurs » (137). Plus encore, cette rationalité n'est questionnée que très exceptionnellement, à supposer même qu'on puisse se convaincre que les acteurs de la codification soient conscients qu'ils s'inscrivent dans une rationalité particulière. On ne s'étonnera pas, par exemple, que, dans les pays dits « en transition », où les codifications se multiplient, il ne semble pas que l'opportunité d'y procéder au regard de l'état du droit contemporain, ait été l'objet d'un débat.

Le code apparaît donc encore, dans le registre de l'évidence, comme une des modalités d'établissement d'un État de droit moderne et démocratique et, dans certains cas, comme l'expression immédiate d'une souveraineté retrouvée. La permanence de cette association explique qu'on s'obstine inlassablement à prétendre chercher, dans la perfectibilité de la forme de la loi, une réponse à l'échec de la loi pour assurer l'accessibilité du droit, avec ce résultat étonnant que les mêmes motifs sont mis en évidence par les partisans et par les détracteurs de la codification pour justifier leurs points de vue respectifs (138).

Il nous paraît indéniable que le discours sur les avantages de la codification s'ancre dans un légicentrisme qui lutte, à mots couverts, contre le développement, présumé dangereux, du

(137) *Loc. cit.*, p. 174. C'est l'auteur qui souligne.

(138) On pourrait multiplier les exemples, dont certains ont déjà été relevés, notamment à l'égard de la question de savoir quelles sont les matières plus ou moins codifiables.

« gouvernement des juges ». A mots couverts et à mots déguisés aussi, avec d'autant plus d'efficacité que ce discours se pare des attributs de défenseur de la démocratisation du droit. C'est peut-être ce qui rend particulièrement difficile l'intégration du changement et le développement d'alternatives crédibles. Sortir du modèle codificatoire qui a été vu, depuis plus de deux siècles, comme l'épine dorsale de notre système semble particulièrement difficile. Comme semble très douloureux d'assumer le fait que « la codification ne serait qu'une sorte de placebo à la disposition des pouvoirs publics pour tenter d'apaiser le sentiment d'insécurité juridique, mais ne pourrait en rien remédier à la crise des sources du droit qu'elle est censée résorber » (139). Une telle remarque nous semble appeler à étudier les moyens de lutte contre l'insécurité juridique — supposée — dans le contexte plus large du rôle de l'Etat et à la lumière des débats contemporains sur l'insécurité sous toutes ses formes et sur le sentiment d'insécurité — supposé général — dont nous serions étreints (140).

Dans un tel contexte, il est significatif de constater que certains aperçoivent une ébauche de solution dans un désengagement de l'Etat, on serait même tenté de dire une privatisation. C'est ainsi que R. Cabrillac estime que « l'avenir, la pérennité de la codification réside sans doute dans le dépassement de [l']approche positiviste traditionnelle » et avance l'idée que les codifications privées, malgré les imperfections qui leur sont consubstantielles et malgré le poids de l'Histoire, sont préférables aux codifications officielles lorsque ces dernières se bornent à des compilations (141). Les publications privées, « plus évolutives et plus complètes » sont, à ses yeux, dotées d'une supériorité qui se marque dans leur succès commercial. Estimant que l'Etat, lorsqu'il réalise des codifications-compilations, est moins performant qu'un éditeur privé, il l'appelle à renoncer à cette entreprise avec d'autant moins de scrupules qu'il pourrait se consacrer davantage à des formes de codifica-

(139) C'est ainsi que R. CABRILLAC résume la position qui met en cause l'utilité des codifications contemporaines, sans que l'on puisse affirmer qu'il s'y rallie intégralement (*op. cit.*, p. 303).

(140) A cet égard, le Centre de droit comparé et d'histoire du droit a pris l'initiative de lancer un séminaire pluridisciplinaire à la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles sur le thème *Sécurité et Insécurité*.

(141) *Op. cit.*, p. 305.

tion qui ne pourraient pas se faire sans son entremise. Et de prôner l'abandon du schéma de la codification officielle « imposée d'en haut » pour le remplacer par des formes de codification « précédées de réflexions et de programmes de techniques législatives, associant plus largement la communauté des juristes » (142).

Dans le climat de légicentrisme dont la vigueur de la codification confirme la survie et la force, le rôle du juge est toujours enveloppé d'un voile de suspicion (143). Comme si elle était moins suspecte de vouloir s'emparer illégitimement de la formulation du droit, c'est désormais la doctrine qui est appelée à la rescousse. Une large frange de cette doctrine, affirme-t-on, serait « prête à assumer ce rôle qui a d'ailleurs toujours été le sien au cours de l'Histoire » (144). Il est vrai, nous l'avons déjà signalé, que les récentes discussions sur l'adoption éventuelle d'un code civil européen ont créé les conditions d'un renouveau du débat relatif à la codification (145) et qu'à cette occasion, des alternatives ont été présentées. C'est essentiellement la recherche d'un *jus commune*, fondé sur de grands principes ou des solutions générales, qui est désormais à l'ordre du jour, dans la lignée des travaux de Mireille Delmas-

(142) *Ibid.*, p. 306.

(143) Déjà à l'occasion du VI<sup>e</sup> congrès international de droit comparé, on avait pu mettre en évidence la difficulté à trouver un équilibre entre une codification souple et large, détaillée et abstraite en estimant que « la mesure entre les deux méthodes de la codification est assez simple à trouver dès qu'on a reconnu la position de la jurisprudence et l'étendue du principe de légalité. Si on comprend par ce principe une expression démocratique, il semble sous-entendu que la codification doit être très détaillée. Si au contraire, la jurisprudence est un pouvoir démocratique, on peut se restreindre à une codification large et on peut laisser à la jurisprudence le soin de remplir les 'lacunes' » (F. ERMARCONA, « Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et situations actuelles », in *Rapports généraux au VI<sup>e</sup> congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1964, pp. 223-233, spéc. p. 230).

(144) *Ibid.*

(145) Le point de départ de la réflexion chez certains auteurs est très explicite : « (...) tandis que le positivisme législatif et l'idéal de la codification ont pu, tout au moins dans une perspective historique, favoriser l'unification du droit au niveau national, ces notions se révèlent, dès l'abord, inutilisables en ce qui concerne le droit privé commun européen : pour celui-ci, il n'existe pas de législateur dont la compétence s'étendrait à l'ensemble de l'Europe et toute référence à un code est ainsi exclue » (R. SCHULZE, « Le droit privé commun européen », *RIDComp.*, 1995, pp. 7-32, spéc. p. 14). Par ailleurs, certains ont développé d'intéressantes réflexions sur les spécificités et difficultés propres à la codification communautaire : voy., par exemple, PERUZZETTO, « La codification du droit communautaire », in *La codification*, Dalloz, 1996, pp. 145-164; M.W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *E.J.C.L.*, 2002, vol. 6.4, pp. 7 et s.

Marty (146). On nous permettra de signaler — mais d'autres l'ont fait avant nous (147) — que l'idée d'un droit commun européen mérite une investigation au moins aussi poussée que le mythe de la codification et que le retour à la valorisation explicite d'un droit savant « dégagé » par la doctrine s'inscrit dans un contexte idéologique qu'il faudra contribuer à déconstruire.

(146) M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986; ID., *Pour un droit commun*, Paris, 1994; ID., « Réinventer le droit commun », *D.*, 1995, Chr., pp. 1-4; ID., *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, 1996; ID., *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, 1998. Pour un dernier aperçu du débat au regard des projets de code civil européen, voir les références citées dans l'éditorial de S. VAN ERP, « Codifying European Civil Law : From a General Hard Law to a Sector-Specific Soft Law Project ? », *E.J.C.L.*, vol. 7.1, mars 2003.

(147) Voy. J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du jus commune », *RIDComp.*, 2000, pp. 717 et s.; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits codifiés », *Rev. hist. des facultés de droit*, 1990, n° 10-11, pp. 133 et s.