

PIERRE CATALA (Paris)

Le modèle de la codification napoléonienne et les temps modernes

1. Le 30 Ventôse An XII, fut signée par Bonaparte et scellée du sceau de l'Etat une « **loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français** » Douze mois avaient suffi au législateur de ce temps pour adopter les trente six lois formant le Code de 1804, qui ne s'appelaient pas encore code Napoléon.

L'An XII sonne la fin d'une époque ; c'est l'ultime année du calendrier révolutionnaire, au sein duquel le 30 Ventôse figurait le dernier jour de l'hiver. Or, cette même date, dans le calendrier grégorien qui retrouve alors sa place, correspond au 21 février qui désigne le premier jour du printemps. Hasard de l'Histoire, clin d'œil du destin... Un seul et même jour, à jamais mémorable pour le droit français, clôt l'hiver d'un passé tumultueux et inaugure un printemps qui dure depuis deux siècles. Car le Code civil est toujours là, notre présent en témoigne. La célébration de son bicentenaire prouve le prestige et le rayonnement dont il jouit dans les pays de droit écrit.

I – DU CODE CIVIL EN GENERAL

2. La vitalité du Code civil n'est pas fortuite. Sa raison d'être transparaît dès le titre de la loi de Ventôse. La Révolution avait substitué au royaume de France, domaine des rois, la nation française, patrie d'un peuple auquel, dès 1789, elle avait donné les droits de l'homme. En 1804, le Code civil apporte un Droit nouveau au patrimoine de ce peuple. Il met fin au morcellement juridique de l'ancien régime et panse les déchirures des lois révolutionnaires ; il réconcilie la France avec son droit, comme le Concordat la réconciliera, un an plus tard, avec ses cultes. Somme de toutes les lois civiles, rassemblées pour tous les français en seul corps, le code civil délivre d'emblée un double message d'**unité** et de **totalité**.

3. De ce parti initial découlaient maintes conséquences.

Destiné à régir l'ensemble des citoyens, le Code civil édicte le droit le plus général. Il laisse donc place, autour de lui, à des règles catégorielles, qui pullulent aujourd'hui dans des lois particulières et des codes spécialisés. Mais cette ramure ne doit pas parasiter le tronc, car c'est de lui qu'elle procède. Le composantes; il est, en quelque sorte, la constitution civile de la France, selon l'expression de Jean Carbonnier.

Par respect pour la mémoire du pays et pour convenir au plus grand nombre, les rédacteurs ont puisé dans tous les pays héritages: le droit romain et les coutumes, les ordonnances royales, la tradition canonique et les textes de la Révolution.

L'amalgame de ces sources étant le plus souvent impossible, ils ont dû faire des choix: au droit romain la propriété et les successions, à la coutume les contrats spéciaux et la communauté légale, à l'Eglise la primauté de la filiation légitime, au droit intermédiaire les grands principes de 1789.

Produit d'une volonté souveraine et d'une sagesse collective, le Code de 1804 put ainsi atteindre à la portée générale et produire l'effet d'apaisement que l'on en attendait.

4. C'est pourtant du côté de la forme plus encore que du fond que l'on trouvera les principaux ressorts de sa pérennité. Car le Code civil offre à tout législateur un exemple inégalé de l'art de faire la loi. Dans le discours préliminaire de Portalis, figurent des pages admirables consacrées aux lois en général, dont l'actualité demeure inaltérée.

La loi civile doit être générale dans sa destination et impersonnelle dans sa formulation. C'est une loi nécessaire, qui pose des principes dont elle règle les applications essentielles. S'il faut, pour la compléter, descendre dans le détail, le règlement y pourvoira qui relève du pouvoir exécutif et non du législatif. De toute manière, ses principes sont assez ouverts pour que les jurisconsultes y puisent matière à interprétation et que les juges y trouvent réponse à tout, comme le veut l'article 4.

Au demeurant, la loi n'est impérative ni par essence, ni même par nature. Elle ménage aux volontés individuelles un espace de liberté qui se déploie dans le domaine des actes juridiques, conventionnels et unilatéraux. Les règles civiles sont souvent supplétives, bien que les frontières de l'ordre public fluctuent au gré du temps.

Le Code civil, enfin, n'était pas destiné à des érudits. Il devait être compris par les citoyens et rédigé, à cette fin, dans une langue simple et pure. Ses rédacteurs y ont veillé; ils ont aussi frappé en médaille quelques grands articles gravés dans toutes les mémoires (articles 371, 544, 815, 1134, 1156, 1382, 2279, par exemple), qui sont autant de repères intemporels.

5. Tout ceci n'a pas vieilli. Ni la place du Code civil au centre et au sommet du droit privé; ni sa fonction régulatrice et pacifiante sous le signe de la liberté et de l'égalité; ni la recherche d'un juste dosage entre les normes impératives

et supplétives; ni, surtout, l'art de construire et d'écrire le droit. L'œuvre de 1804 reste un modèle législatif de référence.

Maintes rides pourtant le creusent aujourd'hui, et accusent son âge. Elles ne tiennent pas à la méthode, ni à la langue, mais seulement aux changements de la société humaine, plus rapides et profonds en deux siècles qu'ils ne le furent jamais.

Ces mutations résultent de causes multiples sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'étendre ici. Contentons-nous d'observer qu'elles ne laissent indemnes aucune notion essentielle du droit privé, qu'il s'agisse de la personne humaine, de la famille, du patrimoine, de la propriété, des contrats, c'est-à-dire de la matière, par excellence, du Code civil. Plus généralement, la sémantique des grands principes fondateurs que sont la liberté, l'égalité, la fraternité, la laïcité n'échappe pas à une remise en cause qui brouille leur valeur symbolique et la perception que le public peut en avoir.

Bousculé par ces météores, le droit peine à s'adapter. Ici, l'on réforme à la hâte, au risque de devoir sans cesse remettre l'ouvrage sur le métier. Là, on attend que la fièvre baisse pour prendre parti et le législateur est accusé de passivité. Brochant sur le tout, l'enchevêtrement actuel des sources normatives complique gravement la genèse d'un droit nouveau.

6. Cela étant, on peut se demander, par jeu, ce que ressentiraient les mousquetaires de 1804 s'ils venaient revisiter leur monument. Tout dépendrait sans doute de la porte par laquelle ils y pénétreraient.

S'ils entrent par le livre premier, Portalis et ses pairs arrivent en terre inconnue. Dès leurs premiers pas, ils découvrent le respect de la vie privée, celui du corps humain, puis l'étude génétique des personnes. Ils ne retrouvent rien ou presque des actes de l'état-civil et de l'absence, à l'exception des titres et des numéros d'articles. Le mariage, moins recousu, leur offre un répit momentané. Ensuite, c'est la table rase: il ne subsiste aucun article de 1804 dans la matière du divorce, 3 sur 60 dans la filiation, 3 sur 16 dans l'autorité parentale (ex-puissance paternelle), 3 encore sur 99 dans la tutelle des mineurs, aucun dans le Titre XI devenu « De la majorité et des majeurs protégés par la loi ».

Nul juriste français, pourtant, ne pense que le Code civil a été aboli, car la réforme, pour radicale qu'elle fut, s'est accomplie avec douceur et sagesse. Le Livre premier a été refait, Titre par Titre, en un peu plus de 10 ans, sans changer de structure, avec un minimum d'inflation textuelle et, surtout, dans une langue aussi pure que celle du Consulat.

L'alliance de Jean Carbonnier et du pouvoir (exécutif et législatif) a démontré qu'il était possible de réécrire le Code civil en préservant les qualités qui ont fait sa gloire.

Si, à l'inverse, nos quatre promeneurs commencent leur visite par le Livre II, ils auront le sentiment que rien d'important n'a changé en deux siècles. Ici encore, mais en sens inverse, les chiffres sont éloquents: sur les 194 articles que compte le droit des biens, 155 demeurent dans leur version originale.

Le parcours du Livre troisième serait plus contrasté. Les régimes matrimoniaux ont été transformés de fond en comble; les successions à moitié, mais leur réforme devrait être prochainement achevée en même temps que celle des libéralités. En revanche, le Titre III « Des contrats et des obligations conventionnelles » conserve inchangés 238 de ses 269 articles.

Ainsi, au contact immédiat des réformes qui ont rénové (ou qui vont rénover) une moitié du Code civil, l'autre moitié demeure à peu près dans son état d'origine, et notamment le Titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Est-ce à dire que sa qualité – et son abstraction – lui épargne les outrages du temps, dont il a moins souffert que d'autres parties du Code? Existe-t-il des raisons plus concrètes de sa pérennité? Faut-il moderniser à son tour la théorie générale du contrat et des obligations, et, si oui, par simples retouches ou de fond en comble? Ces questions aujourd'hui, à l'heure de l'Europe, excitent les esprits, non sans les échauffer quelque peu. Le problème, en tout cas, est d'actualité.

II – DES CONTRATS EN PARTICULIER

7. La longévité formelle du Titre III tient sans doute à deux raisons complémentaires.

Le fait est, d'abord, que le droit des contrats a proliféré autour du Code civil, ou même en son sein, en dehors du Titre III. En outre, la partie du code relative aux obligations ne contient pas une dose d'ordre public aussi élevée que les matières touchant aux personnes et à la famille. Des dispositions supplétives, souvent écrites en termes généraux, ont ouvert au juge et à la doctrine un espace propice à des interprétations innovantes. Ainsi s'est opérée une modernisation périphérique et interne du droit des contrats et des obligations, l'une législative et l'autre jurisprudentielle.

8. Le régime des contrats nommés a évolué pour une large part au coup par coup, convention par convention, et non par une réforme de la théorie générale des obligations. Certains de ces contrats ont donné naissance à des codes (codes des assurances, code du travail); d'autres à des « statuts » (baux ruraux, baux commerciaux). A travers ces créations nouvelles de la loi, on s'est accoutumé à l'encadrement des conventions de droit privé par des dispositions impératives. On a parlé d'une « publicisation » des contrats et de « dirigisme contractuel ». Cependant, le devenir des contrats ne s'enferme pas dans le schéma réducteur de l'ordre public économique. Il comporte aussi des innovations d'inspiration plus diverse, qui parsèment le champ contractuel et ont vocation à s'y épandre.

Le contrat d'assurance a ouvert la voie à l'obligation de renseignement et au dol par réticence. Le bail a donné l'exemple d'un maintien du contrat au-delà de son terme et d'un droit de préemption octroyé au preneur sur la chose

louée. Le contrat de transport fut le banc d'essai de l'obligation de sécurité, mais aussi des clauses élisives ou limitatives de responsabilité. La vente et le prêt se sont étoffés de précautions multiples visant à protéger contre lui-même l'acheteur imprudent, dans l'espoir qu'on n'aura pas à le secourir une fois surendetté. Souvent, ces innovations procédèrent de l'idée qu'un risque d'abus latent planait sur le droit des contrats du fait de l'inégalité des parties en présence et qu'il incombait à la loi d'épauler la plus faible des deux. Vint le moment où ces inégalités ponctuelles, présumées par le droit dans des face à face particuliers (employeur-salarié, bailleur-locataire, assureur-assuré, transporteur-voyageur...) prirent un tour plus général pour s'incarner dans la *summa divisio* du professionnel et du consommateur. Ainsi naquit le droit de la consommation, puis le code éponyme, qui est pour l'essentiel le code de l'acte mixte, commercial le plus souvent du côté du pollicitant, civil par hypothèse du côté de l'acceptant (celui « qui passe commande », dans le langage des directives).

Cela étant, nul ne pourrait raisonnablement soutenir aujourd'hui que le Titre 3 du Livre troisième du Code civil puisse demeurer indifférent à des mutations aussi profondes survenues dans son environnement proche. On voit bien, du reste, que les circonstances génératrices du droit de la consommation peuvent se produire entre les professionnels eux-mêmes (dans le droit de la distribution par exemple si l'on en juge par la loi NRE) ou entre particuliers (baux d'habitation, commodats, ventes immobilières).

9. Or, les seules modifications notables apportées par le législateur au Titre III concernent la révision des clauses pénales, le régime des intérêts moratoires, le délai de grâce, et l'admission en preuve des nouvelles technologies.

Cependant, la stabilité des textes n'équivaut pas à une immobilité complète du droit des obligations, car on sait que la loi, en cette matière a été écrite de manière à offrir des marges d'interprétation substantielles. De plus, l'article 4 du code sanctionne le juge qui refuserait de juger en prétextant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. Le devoir de juger impliquant le pouvoir d'interpréter, les tribunaux en ont fait un large usage, généralement soutenu en doctrine, lorsque les faits du 20^{ème} siècle leur posèrent des problèmes que les textes du 19^{ème} siècle n'avaient pas expressément prévus.

C'est ainsi que la jurisprudence a fait fructifier, dans la formation et l'exécution du contrat, les notions flexibles de loyauté, de bonne foi, voire de cohérence ou de proportionnalité, dont elle a pu tirer des conséquences concrètes telles que l'obligation de renseignements où la dénaturation du contrat. Elle a organisé la phase précontractuelle à partir de l'offre, de l'acceptation et des avant-contrats, construit la théorie de l'enrichissement sans cause là où il n'y avait ni contrat ni délit, extrapolé l'exception d'inexécution vers le droit de rétention en l'absence d'engagements synallagmatiques.

Inspirés par les travaux de Demogue, les juges ont consacré la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens qui, malgré ses limi-

tes, demeure une clé essentielle pour traiter la charge de la preuve lors de l'inexécution des contrats. Les juges, encore, ont façonné l'obligation de sécurité et la faute lourde; ils ont découvert, à partir du mandat, la notion d'intérêt commun qui commande désormais l'issue des conventions à durée indéterminée. Plus remarquable encore, la garantie des vices cachés a fourni aux tribunaux un prétexte pour distinguer les obligations des contractants professionnels, et non professionnels, posant ainsi la pierre angulaire de ce qui allait devenir la protection du consommateur. Au total, la jurisprudence a déployé dans l'ordre contractuel une créativité qui a pu laisser croire que le Titre III ainsi revigoré ne nécessitait pas une remise en chantier globale.

10. Mais cette réticence n'est désormais plus de mise, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la jurisprudence ne détient pas la capacité normative de la loi: l'article 5 du Code civil limite le pouvoir déduit de l'article 4. Il est des dispositions que le juge ne peut pas transgresser, alors même qu'il les estime obsolètes. En second lieu, la création jurisprudentielle de normes est tout ensemble profuse et protéiforme, à la fois prompte à inventer et lente à mûrir. Elle assure la flexibilité du droit, mais la loi est gardienne de la sécurité juridique. Un moment vient où le législateur doit prendre la relève du juge pour consacrer l'innovation dans une juste mesure et ouvrir de nouveaux champs aux interprètes de demain. Enfin, et c'est un autre motif de s'engager dans cette voie, la France pourra, si elle met de l'ordre dans ses propres lois, participer utilement à un débat européen sur les principes fondamentaux du droit des contrats.

Si la portée symbolique du bicentenaire aide à déclencher ce processus, il devra concerner aussi bien la formation du contrat que ses effets et le régime de l'obligation en général.

11. Rien dans le Code civil ne dit comment, quand et où se forme le contrat. C'est à partir des décisions judiciaires que s'est élaborée la théorie de l'offre et de l'acceptation, non sans tâtonnements et incertitudes, notamment à propos des contrats à distance. Le développement prévisible des transactions conclues par la voie électronique place à nouveau ce thème sous les feux de l'actualité. Une directive européenne récemment intégrée au droit interne a conduit le législateur français à s'aligner sur la norme supranationale. C'est l'occasion d'adopter une législation générale pour combler la lacune du Code civil, qui inclurait, en tant que de besoin des règles propres aux formes électroniques.

La période précontractuelle souffre aussi du silence de la loi quant aux promesses unilatérales de contrats, qui sont un élément essentiel du marché immobilier. Il en est de même des pourparlers et du pacte de préférence. C'est dire que le traitement de l'avant-contrat s'impose de *lege ferenda* en tête du Titre III.

12. Le chapitre capital sur les conditions essentielles de validité des conventions appelle lui aussi des compléments et des retouches (art. 1108 à 1133). A propos du consentement, il ne considère, de façon négative, que les vices

susceptibles d'en entacher l'intégrité. Une conception plus éthique de l'engagement conventionnel voudrait que soient mises en évidence les exigences d'information loyale et de bonne foi, voire de coopération, qui devraient présider à son élaboration. Ces principes se répercuteraient dans les vices du consentement proprement dits: la qualité de l'information dans l'erreur, sa dissimulation ou sa fausseté dans le dol, l'abus de faiblesse du contractant dans la violence.

L'objet connaît lui aussi ses vicissitudes. Tantôt à raison de l'avènement de valeurs immatérielles, dont on se demande parfois si elles ont la nature des « choses qui sont dans le commerce » (clientèles, information); tantôt à cause de l'étalement dans le temps des rapports contractuels et des problèmes imparfaitement résolus que soulève la révision du prix des prestations à échoir. La cause appelle également l'attention, eu égard à l'usage qu'en a fait la Cour de cassation. Après s'en être servie pour réconcilier les articles 900 et 1172, elle paraît aujourd'hui en faire une pierre de touche afin d'éprouver l'utilité du contrat, voire son équilibre. Les articles 1131 à 1133 du Code civil apparaissent désormais trop laconiques pour régler les fonctions et le champ d'application de la cause.

Il semble enfin que le formalisme, dont la renaissance à gagné le droit civil à partir du droit de la consommation, et dont l'électronique stimule les actuelles évolutions, pourrait se faire une place dans le chapitre dédié aux conditions de validité du contrat.

13. Il y aurait également beaucoup à faire du côté de l'effet des contrats, bien que la jurisprudence ait su tirer le meilleur parti des articles 1134 et 1135, exploiter utilement la stipulation pour autrui, inventer des actions directes, découvrir la distinction du professionnel et du consommateur à propos de la théorie des vices cachés et user de l'astreinte pour forcer le barrage de l'article 1142.

Mais il demeure de vastes zones d'incertitude, que les parties ne savent ou ne peuvent résoudre dans leurs conventions et qui, en cas de litige, déconcertent la sagesse des tribunaux. On pense, notamment, à l'interdépendance des conventions qui tendent à constituer une même opération contractuelle: quelles conséquences aura la défaillance de l'une des parties ou la nullité d'un des contrats pour le reste des opérateurs? On pense aussi à l'apparition d'un déséquilibre important des prestations dans les engagements à long terme, tels que les contrats-cadres dont l'exécution se réalise par des conventions itératives d'application: y a-t-il matière à une révision des contreparties ou à résiliation du contrat, et par quelle voie? Et encore à la demande de résiliation unilatérale par le créancier dans le cas d'un contrat de prestation de services inexécuté ou mal exécuté, en dépit d'une mise en demeure infructueuse: le juge doit-il être saisi par le créancier avant la rupture pour en apprécier la légitimité ou après coup par le débiteur pour la déclarer illégitime?

Sur ces sujets délicats, la législation civile est particulièrement difficile à construire, car elle ne s'adresse ni aux professionnels, ni aux consommateurs,

ni à une catégorie quelconque de personnes mais à la population toute entière. Le Code civil doit exprimer l'essence du droit des obligations et de l'équilibre contractuel, sans contredire les solutions spécifiques que tel autre code ou telle loi sectorielle applique à des situations particulières. Ce faisant, il lui incombe de se montrer perméable aux messages émis par les diverses branches du droit privé, mais aussi de les transcender pour assurer par le haut la cohérence et la modernité de ce droit.

14. Ces remarques valent *a fortiori* pour la théorie générale des obligations qui, à la différence du régime des contrats, n'a de siège que dans le Code civil. Traitée dans les articles 1168 à 1369, cette matière illustre au plus haut point la rationalité et la nature systémique du droit civil, qu'il s'agisse des modalités, de l'extinction, du transfert des obligations et, à un moindre degré, de leur preuve. Si les textes de 1804, intacts pour la plupart, ont ici bien vieilli, ils n'en appellent pas moins une relecture systématique qui prenne en compte les nouveaux modes de paiement, de transfert et de preuve dont la pratique s'est emparée.

15. La révision du Titre III du Livre troisième est, en soi, un grand chantier. Serait-elle conduite à son terme qu'elle ne suffirait pourtant pas à mettre le code Napoléon en pleine harmonie avec la réalité d'aujourd'hui. D'autres chantiers s'imposent, ouverts ou à venir, pour moderniser le droit de la responsabilité, des sûretés et des biens. Les juristes existent qui peuvent mener à bien de tels projets. Mais leurs appels comme leurs efforts seront vains s'ils ne rencontrent pas une volonté politique ferme et tenace. Ceux qui nous gouvernent la doivent au pays dont ils ont la charge.

Longtemps le prestige de nos lois a servi le rayonnement de notre culture et de notre langue. Pour que ce temps perdu soit retrouvé, il est nécessaire sinon suffisant que le Code civil reste d'actualité pendant quelques années au-delà de son bicentenaire.