

Opinio Juris in Comparatione

Op. J. Vol. 1/2009, Paper n. 5

Studies in Comparative and National Law
Études de droit comparé et national
Estudios de derecho comparado y nacional



D'UN CODE A L'AUTRE, LES DIFFICULTES D'UNE RECODIFICATION (THE DIFFICULTIES OF THE RECODIFICATION)

par

Rémy Cabrillac

Suggested citation: R. Cabrillac, *D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification*, *Op. J.*, Vol. 1/2009, Paper n. 5, pp. 1 – 13, <http://lider-lab.sssup.it/opinio>, online publication 05.03.2009.

**D'UN CODE A L'AUTRE, LES DIFFICULTES D'UNE
RECODIFICATION
(THE DIFFICULTIES OF THE RECODIFICATION)**

par

Rémy Cabrillac ♦

Abstract

Over the last 10 years, the issue of re-codification has been amongst the ten most significant legal phenomena. However, it raises many difficulties, including ideological and psychological obstacles. Re-codification initiatives require the making of both methodological and technical choices.

Les recodifications constituent un des phénomènes législatifs les plus marquants de cette décennie. Pourtant, elles n'en soulèvent pas moins de nombreuses difficultés. Elles doivent faire face à divers blocages, d'ordre idéologiques comme psychologiques. L'opération de recodification nécessite également d'opérer des choix méthodologiques et techniques.

♦ Professor of civil law and comparative law at the Faculty of law, University of Montpellier, France

1. - Toute codification poursuit l'ambition plus ou moins explicite de défier le Temps, sans doute réaction épidermique de l'Homme et des sociétés face à leur destin de mortel.

2. - Mais cette ambition ne peut qu'être illusoire, les codes ne pouvant échapper à l'emprise du temps qui passe ¹ qui précipite souvent leur inadaptation à la société pour laquelle ils ont été élaborés : pas un code n'échappe au constat des rides qui s'accumulent. Le phénomène est encore plus vrai aujourd'hui si l'on admet l'hypothèse d'une accélération de l'Histoire, d'une accélération des évolutions sociales et techniques que le droit tenterait de suivre.

La décodification ² constitue un phénomène majeur dans les pays de tradition romano-germanique depuis le début du XX^{ème} siècle, à tel point qu'elle a pu conduire à d'angoissantes remises en question : la codification ne serait-elle pas une « forme dépassée » de législation ? ³.

3. - Ce pessimisme est pourtant loin d'être dominant aujourd'hui. La recodification possède encore une importante force de séduction sur la doctrine en cette période de bouleversement des sources du droit et d'insécurité juridique prégnante ⁴.

Les recodifications constituent incontestablement un des phénomènes législatifs les plus marquants de ces dernières décennies.

Dans le monde, de nombreux pays ont engagé au cours du XX^{ème} siècle des recodifications progressives, matières par matière en particulier de leur code civil, en commençant par certains pans particulièrement sensibles aux évolutions sociales, comme le droit des personnes ou de la famille, puis en étendant cette recodification à d'autres pans de matières, comme le droit des obligations. Ainsi, pour se limiter à un seul exemple, révélateur, l'Allemagne a réformé son droit des personnes et de la famille dans la deuxième

¹ R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, coll. Droit éthique et société, 2002, spéc. p. 114 et s.

² Cf. N. IRTI, *L'està della decodificazione*, Milan, 1978. Ad. : X. THUNIS et F. MENSBRUGGHE, *Codification et décodification: le droit compare à contribution*, Cah. Faculté de droit de Namur, n° 7, 1998; *De la codification à la decodificacion*, EU Diego Portales, Santiago de Chile 2005.

³ Cf. *La codification, forme dépassée de codification ?*, XI^{ème} Congrès international de droit comparé, Caracas, 1982, spéc. R. SACCO, rapp. italien, p. 65 et s.

⁴ P. REMY, *La recodification civile*, Droits, 1998, n° 26, p. 18 : « que la doctrine s'essaie donc à la fabrication d'un code non étatique de droit privé ». Souhait réalisé au moins en ce qui concerne le droit des obligations : cf. P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La doc. fr. 2006. Ad. : C. ATTAS, *Le code civil nouveau*, D 1999, p. 200.

moitié du XX^{ème} siècle⁵, avant de rénover la partie de son BGB relative au droit des obligations⁶.

D'autres pays ont opté une recodification d'ensemble. Certains pour des raisons purement techniques : par exemple les Pays-Bas ont substitué à leur Code civil de 1838 devenu obsolète un nouveau Code civil, le NBW, entré en vigueur pour l'essentiel le 1^{er} janvier 1992⁷, alors que le Brésil a également adopté un nouveau Code civil en 2002⁸. Des considérations politiques se sont parfois mêlées à ces considérations techniques. On peut citer en guise d'illustration l'exemple québécois : le Québec a remplacé le Code civil du Bas-Canada de 1866, dominé par l'idéologie libérale et l'influence du catholicisme, par un Code civil du Québec entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994⁹. Enfin, une recodification globale se justifie parfois par des considérations essentiellement politiques : c'est ainsi que la Fédération de Russie a adopté nouveau Code civil, entré en vigueur en 1996, qui se substitue au Code civil adopté dans le cadre de l'URSS en 1922¹⁰.

4. - L'exemple français témoigne également de la vitalité contemporaine des recodifications comme de leur diversité.

La révision du Code civil de 1804, déjà évoquée lors de son centenaire, à nouveau à l'ordre du jour à la Libération, est intervenue progressivement par les réformes successives de pans entiers du droit des personnes et de la famille, inspirées par le doyen Carbonnier à partir des années soixante¹¹. Plusieurs parties du Code civil ont été renouvelées par la suite, fidèles au même esprit, jusqu'à l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés

⁵ Cf. R. FRANCK, Le centenaire du BGB : le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la Constitution et de la cohérence du système juridique, RIDComp. 2000, p. 819 et s.

⁶ Cf. C. WITZ, La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par le droit des obligations, D 2002, 3156 ; F. RANIERI, La nouvelle partie générale du droit des obligations, RIDComp. 2002, p. 941 et s.; P. HUBER, La réforme du droit des contrats en Allemagne, in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* (dir. R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRÜM), Soc. lég. comp., 2008, p. 59 et s.; S. GEIBEL, La réforme du droit des obligations en Allemagne, in *Código civil português evolução e perspectivas actuais*, Themis, UNL, Lisbonne, 2008, p. 81 et s.

⁷ D. TALLON, Le nouveau code civil des Pays-Bas, in *La codification* (sous la dir. de B. BEIGNIER, Dalloz, 1998, p. 181 et s. ; E. HONDIUS, Le Code civil néerlandais: les 12 premières années, Journal des Tribunaux 2004, p. 235 et s. Ad. : M. VAN DUNNE, Lawyer's paradise or paradise lost, The Dutch civil Code of 1992 as an exponent of the 19th century legislative tradition, in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à Jacques VANDERLINDEN, Bruylant, 2004, p. 337 et s.

⁸ Cf. Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain (dir. A. Wald et C. Jauffret-Spinosi), Soc. lég. comp., 2005.

⁹ R. CABRILLAC, Le nouveau Code civil du Québec, D 1993, p. 267.

¹⁰ Cf. S. ALEXEEV, préf. à la trad. française du Code civil de la Fédération de Russie, Juriscope, 2005.

¹¹ Cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 11^{ème} éd., 2001, *Droit et passion du droit sous la Vème république*, Fammarion, 1996, *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., Defrénois, 1995.

ou l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, réalisé sous la direction du professeur Pierre Catala, présenté aux pouvoirs publics en septembre 2005, dont le volet relatif à la prescription a conduit à la loi du 17 juin 2008 et le volet relatif au droit du contrat devrait inspirer la prochaine réforme de la matière ¹².

D'autres codes napoléoniens, le Code de procédure civile de 1806 ou le Code pénal de 1810 ont fait l'objet de recodifications d'ensemble aboutissant au Code de procédure civile de 1975 ou au Code pénal de 1994.

Le Code de commerce, dont les défauts originaires comme les fluctuations de la matière avaient contribué à en faire la victime la plus flagrante du processus de décodification ¹³, a cédé la place au Code de commerce adopté par ordonnance le 18 septembre 2000, qui s'inscrit dans le vaste processus de codification à droit constant initié par les pouvoirs publics depuis la Libération et périodiquement relancé depuis.

Enfin un nouveau Code du travail est plus discrètement entré en vigueur le 1er mai 2008.

5. - Ces multiples recodifications traduisent un épanouissement pérenne de la codification en ce début de XXI ème siècle. Elles démontrent également l'enjeu contemporain des recodifications, comme elles illustrent la variété des formes qu'elles peuvent prendre et par là les difficultés qu'elles ne manquent pas d'engendrer. La recodification est un art difficile, pourrait-on dire pour parodier le titre d'un article célèbre ¹⁴, consacré à une tentative de recodification du Code de commerce...

Ces difficultés tiennent au principe même d'une recodification (I) mais aussi à la réalisation d'une recodification (II).

I) Les difficultés tenant au principe d'une recodification :

6. - Le principe d'une recodification peut se heurter à des blocages d'ordre idéologique (A) comme à des blocages d'ordre psychologique (B).

¹² Cf. P. CATALA, op. cit.

¹³ Cf. B. OPPETTI, La décodification du droit commercial français, Mélanges RODIERE, Dalloz, 1982, p. 197 et s.

¹⁴ F. TERRE et A. OUTIN-ADAM, Codifier est un art difficile (à propos d'un « code » de commerce), D 1994, p. 9 et s.

A) Les blocages d'ordre idéologique :

7. - Les blocages d'ordre idéologique traduisent une hostilité à la codification, qui se retrouve exacerbée face à une éventuelle recodification.

8. - Un premier blocage fait écho à la célèbre querelle entre Thibaut et Savigny qui a secoué l'Allemagne du XIX^{ème} siècle et a marqué à jamais l'histoire de la codification. Selon Savigny, « tout droit est engendré de la manière que le langage courant qualifie de coutumière, c'est-à-dire qu'il est produit d'abord par l'usage et l'opinion du peuple et par la jurisprudence. Et il l'est ainsi partout par des forces internes, silencieuses, non par l'arbitraire d'un législateur »¹⁵. La recodification figerait le droit, l'empêcherait d'évoluer naturellement et progressivement.

Cette critique savignienne n'est pas restée sans influence sur les recodifications. Lors du centenaire du Code civil français par exemple, plusieurs opposants à la révision de la codification napoléonienne, comme Eugène Gaudemet ou Marcel Planiol reprennent cet argument, que l'on retrouve encore plus expressément sous la plume de Thaller lorsqu'il affirme que « la codification immobilise le droit » et qu'elle le ferait dévier de son économie historique »¹⁶.

9. - Un second blocage d'ordre idéologique réside dans l'hostilité à une règle de droit abstraite. La codification entraîne souvent une rationalisation et une généralisation de la règle de droit susceptibles conduire à des solutions particulières peu satisfaisantes. Ce que la codification apporte aux règles de droit en esprit de géométrie elle le leur ferait perdre en esprit de finesse. Droit fondé sur des règles préalables et abstraites contre droit fondé sur des cas particuliers : on reconnaît là le débat entre *Civil law* et *Common law*, abondamment évoqué à travers les récents rapports *Doing business* de la Banque mondiale et les réactions qu'ils ont suscitées¹⁷.

¹⁵ Cité par A. DUFFOUR, L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII-XIX^{èmes} siècles, *Droits*, 1996, n° 34, p. 34.

¹⁶ E. THALLER, Rapport préliminaire sur la question de la révision du Code civil, in *Bulletin de la Société d'études législatives* 1904, p. 497.

¹⁷ Cf. par exemple la présentation synthétique des rapports et de leur critique par B. FAUVARQUE-COSSON et S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin*, La doc. fr. 2006, p. 152 et s.

10. - Sans revenir sur le fond de ces inépuisables controverses, on peut observer que ces divers blocages d'ordre idéologique n'ont guère semblé efficaces : s'ils ont pu ralentir ici ou là les tentatives de recodification, à notre connaissance aucun pays n'a renoncé à un droit codifié pour un droit coutumier ou jurisprudentiel alors que l'évolution inverse s'est parfois produite, comme peuvent en témoigner deux exemples forts différents. Les pays africains dans lesquels prospérait un droit coutumier se sont empressés au lendemain de leur indépendance d'élaborer des codes sur le modèle de ceux de l'ancienne puissance coloniale ¹⁸. Autre illustration, la Hongrie, longtemps habituée à un droit coutumier a décidé dans la seconde moitié du XXème siècle d'opter pour un droit codifié en élaborant en particulier un Code civil ¹⁹, choix confirmé par une recodification en cours ²⁰.

Mais d'autres blocages, d'ordre psychologique cette fois, peuvent intervenir.

B) Les blocages d'ordre psychologique :

11. - Un blocage psychologique face à une perspective de recodification peut être lié au prestige acquis par le code ancien, à une dimension symbolique qui lui confère une autorité morale plus forte que la simple force obligatoire de son contenu ²¹. L'aura ainsi acquise par le code ancien peut bloquer toute tentative de révision, peut figer le code ancien dans une posture de monument historique qui s'éloigne peu à peu du droit positif. On ne touche pas aux symboles ! Comme l'observait le doyen Carbonnier, « Ne laissons pas s'éteindre les symboles : ils nous éclaireront, sur nos routes de juristes, longtemps après que le flash des dispositions instrumentales se sera évanoui » ²².

L'exemple du Code civil français est à ce titre évocateur : la dimension symbolique d'élément fédérateur de la Nation, de véritable « constitution civile » de la France ²³ qu'il a acquise au fil du XIX ème siècle a pu expliquer qu'une éventuelle révision d'ensemble ait

¹⁸ Cf. par exemple, R. DEGNI-SEGUI, Encyclopédie juridique de l'Afrique, t. 1, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 452 et s.

¹⁹ Sur cette révolution juridique, cf. I ZAJTAY, L'importance de l'évolution de l'ancien droit hongrois au point de vue de la théorie des sources, RIDComp. 1970, p. 477 et s.

²⁰ A. HARMATHY, La réforme du code civil hongrois, D 2007, p. 424.

²¹ R. CABRILLAC, Le symbolisme des codes, Mélanges F. TERRE, Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 211 et s.

²² J. CARBONNIER, Le Code civil, art. cit., p. 305.

²³ R. CABRILLAC, Le Code civil est-il la véritable constitution de la France ?, Rev. jurid. Thémis (Montréal), vol. 39, n° 2, p. 245.

été majoritairement écartée par les auteurs l'ayant envisagée lors de son centenaire ²⁴. Aujourd'hui, une recodification complète du droit civil créerait incontestablement une difficulté « psychologique » car elle heurterait de front le symbole ²⁵.

L'exemple du Code civil du Bas-Canada de 1866 est également révélateur : devenu un symbole de la culture francophone de la Belle Province, il demeure ainsi intouchable au cours de la première moitié du XX^e siècle jusqu'à ce que sa modernisation apparaisse comme le meilleur moyen de le conserver, ouvrant la voie à l'adoption du nouveau Code civil du Québec ²⁶.

On pourrait multiplier les illustrations, mais on peut se contenter d'une dernière particulièrement parlante, a contrario : la faible valeur symbolique du Code de commerce de 1807 n'a permis ni d'enrayer la multiplication des réformes du droit commercial en dehors de sa structure, ni d'empêcher son remplacement par le Code de 2000. La seule miette de force symbolique qu'il recelait, sa qualité de code napoléonien, a toutefois été brandie pour tenter de s'opposer à la recodification ainsi entreprise.

12. - Un autre blocage psychologique peut être lié à la force des habitudes, voire à la paresse intellectuelle des juristes qui pourraient être tentés de s'opposer à une recodification inévitablement perturbatrice. Si Planiol relève cruellement la paresseuse inquiétude de ses collègues d'avoir à refaire leur cours en cas de recodification ²⁷, Ripert est tout aussi sévère avec les praticiens qui « font une sourde opposition à toute réforme qui les obligerait à modifier leur action professionnelle » ²⁸. Toute recodification, non sans raison, peut faire peur car elle est source d'inconnu donc d'insécurité, modifie les habitudes et peut effacer les acquis d'une expérience de plusieurs années. Très concrètement, la récente recodification du Code civil québécois s'est heurté à une réticence inquiète des avocats, des notaires, des magistrats ²⁹.

Une recodification se doit de prendre en compte ces résistances psychologiques pour tenter de les atténuer, par exemple en différant l'entrée en vigueur du nouveau code

²⁴ Cf. les contributions de F. LARNAUDE, E. PILLON, M. PLANIOL, E. GAUDEMET, F. GENY et F. MOREAU in *Livre du centenaire*, Rousseau, 1904, t. 2, p. 901 et s.

²⁵ P. REMY, La recodification civile, art. cit., p. 5.

²⁶ R. CABRILLAC, Le nouveau Code civil du Québec, art. cit.

²⁷ Préface du *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 5^{ème} éd., Pichon, 1908.

²⁸ *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, n° 3.

²⁹ Cf. J.-F. NIORT, Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec de 1994, *Revue de droit de McGill* vol. 39, 1994, p. 856.

pour accorder un temps d'adaptation comme ce fut le cas pour notre nouveau Code pénal promulgué le 22 juillet 1992 et entré en vigueur seulement le 1^{er} janvier 1994. Une mesure plus efficace encore a par exemple été décidée par les codificateurs québécois qui ont instauré un programme de formation professionnelle pour tous les praticiens durant l'année précédant l'entrée en vigueur de leur nouveau code³⁰.

13. - Ces difficultés d'ordre idéologique et psychologique vaincues, le principe d'une recodification acquis, reste à ce qu'il soit porté par une volonté politique forte. L'histoire des codifications comme des recodifications montre qu'un code ne peut voir le jour sans être soutenu, porté même, par le pouvoir politique. L'exemple du Code civil français est une fois de plus parlant : l'échec de la recodification entreprise au lendemain de la Libération peut en grande partie être imputé à la faiblesse du soutien des pouvoirs publics³¹, alors que l'appui constant du général de Gaulle et de Monsieur Jean Foyer a permis au doyen Carbonnier de mener à bien les réformes entreprises³².

Au-delà demeurent encore des difficultés fondamentales, qui tiennent à la réalisation d'une recodification.

II) Les difficultés tenant à la réalisation d'une recodification :

14. - La réalisation de toute codification nécessite des choix³³ mais ces choix prennent une coloration particulière pour une recodification. Il existe un modèle ancien : la tentation immédiate peut-être de le copier ou de le rejeter, la solution la plus adéquate étant naturellement plus nuancée³⁴. Selon les sages conseils de Portalis, s'il faut se garder « de l'esprit de système qui tend à tout détruire » il faut aussi lutter « contre l'esprit de superstition, de servitude et de paresse qui tend à tout respecter »³⁵. Si une recodification doit savoir se libérer des choix opérés par l'ancienne codification, qui sont devenus

³⁰ Ibid.

³¹ Cf. R. CABRILLAC, *Le Code civil à la fin du XXème siècle*, in *Le droit privé à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 75.

³² Cf. J. FOYER, *Sur les chemins du droit avec le général*, Fayard, 2006, p. 317 et s.

³³ R. CABRILLAC, *Les codifications*, *op. cit.*, p. 188 et s.

³⁴ Cf., à propos du Code de procédure civile, G. WIEDERKEHR, *art. cit.*

³⁵ Discours de présentation du Code civil prononcé le 3 frimaire an X, in J.-M. E. PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, pub. Centre de philosophie de Caen, 1989, p. 94.

obsolètes en raison des évolutions juridiques, sociales ou économiques, elle ne doit pas les abandonner par simple souci de donner l'impression d'innover.

On retrouve ces difficultés dans les choix d'ordre méthodologique (A) comme dans les choix d'ordre technique (B) que doit opérer toute recodification.

A) Les choix d'ordre méthodologique :

15. - Quelles que soient les appellations, depuis la nuit des temps, deux méthodes de codification s'opposent : la codification-modification, qui opère une modification des textes existants et la codification-compilation qui se contente de les rassembler en les mettant en forme.

S'agissant d'une recodification, trois méthodes semblent dès lors possibles : une codification-modification d'ensemble qui conduit au remplacement d'un code par un autre, comme cela a par exemple été le cas avec l'adoption du Code pénal de 1994, une codification-modification progressive, qui aboutit à la refonte d'un code par matière ou par pan de matière, comme cela a été le cas pour la recodification civile depuis 1960 ou enfin une codification-compilation, telle celle du Code de commerce de 2000 ou du Code du travail de 2008.

16. - Le choix d'une méthode de recodification dépend de plusieurs facteurs.

On peut observer de manière préliminaire que la tradition historique et plus précisément la méthode de codification du code à rénover n'est pas un facteur déterminant. En témoigne le remplacement du Code de commerce napoléonien par une simple compilation.

Au-delà, un premier facteur pourrait guider le choix d'une méthode, le facteur temps. Une compilation ou même une recodification-modification progressive peuvent être opérées plus rapidement qu'une recodification-modification d'ensemble qui par son ampleur ne peut que s'inscrire dans la durée, avec le risque qu'elle n'aboutisse jamais. L'argument a été invoqué par les codificateurs français contemporains pour justifier une compilation qui permettrait « d'élaborer des codes sans les ralentir ou les perdre dans

l'examen et les débats de toute réforme de fond »³⁶. Mais aussi paradoxal que cela puisse paraître, une progressive maturation est souvent synonyme de qualité. Elle favorise également une élaboration plus démocratique, permettant à chaque acteur de la vie politique de pouvoir s'associer pleinement à la recodification entreprise. On peut ainsi déplorer a contrario le déficit démocratique des recodifications du Code de commerce ou du Code du travail adoptées à droit constant sous ce fallacieux prétexte de rapidité.

17. - Un second facteur réside dans la fonction même d'une recodification, l'amélioration du droit existant, qu'il s'agisse de son fond ou de sa forme.

Une recodification se justifie d'autant plus qu'elle améliore le fond des dispositions existantes. Force est de constater qu'une recodification-compilation escamote par définition même toute réforme de fond. Une recodification-modification d'ensemble, en prenant un certain recul par rapport aux évolutions à court terme permet, davantage que des révisions successives, de faire évoluer le droit tout en le plaçant au dessus des phénomènes de mode.

Une recodification se justifie également si elle améliore la forme du droit existant, la cohérence de son architecture d'ensemble et de l'agencement de ses dispositions³⁷. Choisir une recodification progressive risque de mettre à mal cette cohérence en conduisant à la réunion dans un même code de dispositions qui n'ont pas été adoptées à la même époque ou dans le même contexte. Malgré la réussite de la recodification progressive du Code civil français, on a pu élégamment relever qu'il est devenu « aussi tarabiscoté que le Louvre d'avant Napoléon III. Il y a la Cour carrée des quatre rédacteurs de 1804, les ailes et la colonnade du « cinquième rédacteur », le Doyen Carbonnier, puis, çà et là, au gré des guichets et des ruelles obscures du Carroussel, des maisonnettes et des guinguettes, des boutiques et des apprentis »³⁸. Le choix d'une compilation menace davantage encore la cohérence de l'ensemble d'un code³⁹. Même si la réunion de texte épars en un seul ensemble facilite leur accessibilité, leur simple juxtaposition efface toute indication de leur millésime ou de la philosophie qui a pu les inspirer. Ainsi par exemple, citer l'article 1^{er} du

³⁶ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, art. 2.1.1 (JO 5 juin 1996, p. 8263 et s.).

³⁷ Contra, en faveur d'une recodification progressive du droit chilien, M. TAPIA, *Codigo civil 1855-2005, Evolucion y perspectivas*, Ed. Juridica de Chile, Santiago, 2005, spéc. p. 375 et s.

³⁸ B. BEIGNIER, *La codification*, op. cit., Avant-propos, p. 3.

³⁹ Cf. pour le droit chilien, la belle démonstration de M. TAPIA, *Codigis civiles y recopilaciones de derecho constante a proposito del bicentenario del Codigo civil de Napoleon*, in *De la codificacion a la descodificacion*, op. cit., p. 163 et s.

décret du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement ⁴⁰ des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal évoque une époque et une philosophie qui ne transparaissent pas dans la froide mention de l'article L. 145-1 du Code de commerce.

Enfin, la compilation, malgré les vœux récurrents de ses promoteurs, rabâchés comme pour mieux cacher leur inévitable violation, n'est jamais vraiment à droit constant, ce qui nuit incontestablement à la cohérence de la démarche méthodologique. La doctrine a eu beau jeu d'en relever de multiples illustrations pour le nouveau Code de commerce ⁴¹ ou le nouveau Code du travail ⁴².

Compilation, modification d'ensemble ou modification progressive : quelle que soit la méthode de recodification retenue, se posent inévitablement des choix d'ordre technique.

B) Les choix d'ordre technique :

18. - Une recodification se doit d'opérer des choix d'ordre technique, choix d'une délimitation de la matière ou d'une structure générale par exemple, sur lesquels plane toujours l'ombre du Code ancien. Plusieurs types de difficultés sont susceptibles de se produire, comme en témoignent quelques illustrations non exhaustives.

19. - Une première difficulté peut naître d'interrogations nouvelles qui ne pouvaient se poser lors de la codification originelle. Par exemple, le droit de la concurrence qui s'est développé dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle était ignoré des codificateurs du début du XIX^{ème} siècle. Faut-il l'inclure dans une recodification commerciale ou mérite-t-il une codification à part ? Le législateur français a tranché pour la première solution, mais celle-ci n'est pas exempte de critiques ⁴³.

⁴⁰ C'est nous qui soulignons.

⁴¹ Cf. par exemple, D. BUREAU et N. MOLFESSIS, *Le nouveau code de commerce ? Une mystification*, D 2001, p. 361; N. FERRIER, *Les incertitudes du régime de l'usure liées à sa codification*, RTDCom. 2005, p. 119 et s.

⁴² N. FERRIER, *A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail: une pierre dans un « jardin à la française »*, D 2008, p. 2011 et s.

⁴³ Cf. M. CABRILLAC, *Vers la disparition du droit commercial ?*, *Mélanges J. FOYER*, PUF, 1995, p. 338 : « C'est probablement dans cette impuissance à dégager les bases du droit élargi qui le remplacerait que réside la principale chance de survivre de notre droit commercial ».

20. - Une seconde difficulté vient de ce que des évolutions ont pu renouveler les termes du débat tranché lors de la codification originelle, remettant en cause la solution alors retenue.

Il peut d'abord s'agir d'évolutions sociales. Par exemple, le plan général d'un code constitue le reflet de la conception philosophique d'une matière. Si cette conception change, ne faut-il pas modifier le plan le plan lors de la recodification ? Ainsi, le Code pénal de 1994 a choisi de renverser le plan de celui de 1810, abordant d'abord les crimes et délits contre les personnes, puis contre les biens et enfin contre la Nation, reflet de l'influence de la philosophie des droits de l'homme et plus précisément de la primauté accordée aujourd'hui à la personne dans notre société ⁴⁴.

Il peut également s'agir d'évolutions à la fois sociales et juridiques. Par exemple, la distinction Code civil - Code de commerce issue des codifications napoléoniennes, qui a exercé une influence considérable dans le monde, est-elle encore pertinente aujourd'hui ? Le Code civil italien de 1942 y a renoncé, englobant le droit commercial, et certains pays, comme l'Argentine ⁴⁵, la Hongrie ⁴⁶ ou le Brésil ⁴⁷, envisagent de suivre cette voie. Mais d'autres recodifications ont maintenu le découpage traditionnel, comme en France.

Il peut enfin s'agir d'évolutions purement juridiques. Par exemple, beaucoup de codes civils du XIX^{ème} siècle ont adopté un plan inspiré par les *Institutes* et plus directement par le Code civil français. Les critiques contre ce type de plan, qui ne ménagerait pas suffisamment l'autonomie du droit des biens par rapport au droit des obligations et qui séparerait artificiellement droit patrimonial et extra-patrimonial de la famille, comme l'entrée en vigueur du BGB dont le plan est inspiré par les Pandectes, ont pu conduire certaines recodifications à choisir de modifier le plan d'ensemble du Code antérieur. L'introduction d'une partie générale a été ainsi décidée par exemple par le

⁴⁴ G. ROUJOU DE BOUBEE, Le nouveau Code pénal, in *La codification*, sous la dir. de B. BEIGNIER, op.cit., p. 94.

⁴⁵ Proyecto de código civil de la Republica argentina unificado con el código de comercio, Facultad de derecho, Universidad de Buenos-Aires, 1999.

⁴⁶ A. HARMATHY, art. cit., p. 424.

⁴⁷ Cf. A. WALD, Le droit brésilien, D 2007, p. 1192. Ad., *Le droit brésilien, hier, aujourd'hui et demain*, (dir. A. WALD et C. JAUFFRET-SPINOSI), op. cit.

nouveau Code civil portugais de 1967⁴⁸ et a été même envisagée par la Commission de révision du Code civil français nommée à la Libération⁴⁹.

21. - Toute codification, même si elle opère après son adoption une cristallisation du droit existant, ne peut arrêter indéfiniment le cours du temps. Les plus solides et splendides monuments ont besoin de ravalement voire de restauration : les recodifications semblent indispensables à la survie des codes. Mais recodifier est sans doute plus difficile encore que codifier. Toute recodification, par respect pour le texte ancien, par ambition pour le texte nouveau ne peut qu'être le fruit d'une réflexion préalable de méthode législative, de « codistique », seule susceptible de surmonter les innombrables difficultés engendrées. A ce prix, à ce prix seulement, la codification restera ce paroxysme de « beau » et « bon » droit qui fait rêver l'Humanité depuis plus de quarante siècles....

Rémy Cabrillac, professeur à la Faculté de droit de Montpellier

⁴⁸ *Código civil português, evolução e perspectivas actuais*, op. cit..

⁴⁹ R. HOUIN, Les travaux de la commission de réforme du Code civil, RTDCiv. 1951, p. 34 et s.