

ΟΜΙΛΙΑ ΤΟΥ ΑΝΤΕΠΙΣΤΕΛΛΑΝΤΟΣ ΜΕΛΟΥΣ κ. FRANÇOIS TERRÉ

*Monsieur le Président,**Messieurs les Académiciens,*

Vous me faites bien grand honneur en me recevant parmi vous en qualité de membre correspondant de votre Illustre Académie. Je vous en remercie très profondément.

L'accueil qu'aujourd'hui vous me réservez est une circonstance exceptionnelle qui me permet de vous dire ma gratitude. Moi aussi, cher Monsieur le Président Despotopoulos, je garde un bien précieux souvenir de nos rencontres passées, orales ou écrites, et je vous remercie de ce que vous venez d'exprimer.

Je veux dire tout spécialement ma reconnaissance à Monsieur l'Académicien Georges Michaelidès-Nouaros, à qui je dois d'être ici aujourd'hui et qui vient, du fond du coeur et de l'esprit, de me présenter à vous en des termes qui dépassent — et de loin — les mérites du récipiendaire. Heureux de ce diplôme, conscient d'une réception dont, très attaché à votre pays et à votre culture, je garderai le souvenir ému, me voici appelé à ne pas trop vous décevoir ou vous lasser en vous entretenant de la rénovation du code civil français.

*
* *

LA RÉNOVATION DU CODE CIVIL FRANÇAIS

Longtemps avant la célébration de son Centenaire, la question de la révision du code Napoléon fut posée. Sans doute n'ignorait-on pas le retentissement qu'il avait connu dans le monde. Mais le temps avait passé et les tribunaux avaient été de plus en plus contraints d'innover pour satisfaire à des demandes pressantes. Ultérieurement, l'apparition de nouveaux codes en Europe, spécialement en Allemagne et en Suisse, concurrença de manière grandissante le modèle français. Et si l'on observe, à la lumière de la sociologie juridique, que ce code n'avait pas, sitôt mis en vigueur, été assimilé et appliqué dans la société française, force est de constater qu'au début comme à la fin du siècle dernier, le succès incontesté du chef-d'oeuvre n'a vraiment dominé que pendant quelques décennies.

Après la célébration du Centenaire, plus de quarante ans, pourtant, s'écou-

èrent, sans que le monument soit modifié de notable manière. Il advint certes que le législateur amplifia certains corps de règles jusqu'à les détacher plus ou moins du droit civil fondamental, c'est-à-dire du code. Mais, pour l'essentiel, l'on semblait bien s'être habitué à laisser la jurisprudence faire face aux nécessités du XX^e siècle, dans les domaines classiques, traditionnels, du droit de la famille, des biens, des obligations.

Les bouleversements entraînés par la Seconde guerre mondiale ont suscité un renouveau de la réflexion et de la recherche. Au lendemain de la victoire, tandis qu'en tous domaines la reconstruction du pays occupait les esprits, une Commission de réforme du code civil fut instituée. C'était encore le temps de la Libération. De Gaulle était au pouvoir. Le nombre et l'importance des ordonnances et des lois adoptées à l'époque n'allaient-ils pas contribuer à faire peut-être de lui un des grands législateurs de l'histoire?

Avant même que ne s'installe la IV^e République, hostile au régime des partis, maîtres de l'Assemblée nationale, il se retira. Sa traversée du désert devait durer treize ans. La destinée de la Commission de réforme du code civil fut différente. Son rythme de travail fut paisible. Dix ans après sa création, un avant-projet de code civil vit le jour, fruit de travaux utiles, mais qui ne donnèrent pas naissance à un nouveau code civil. Un matin, aujourd'hui si lointain, elle tint sa dernière séance. La nostalgie était au rendez-vous. La reconnaissance aussi à l'égard de tous ceux qui avaient oeuvré en son sein. D'ailleurs, de cette somme de Travaux de la Commission de réforme du code civil, ont été tirés par la suite des modèles et des enseignements éclairants.

Au surplus, de multiples considérations expliquent cet échec. Autant les circonstances se prêtaient bien en 1804 à une codification — question de *καὶρός* — autant les suites de la Seconde guerre mondiale placèrent le législateur en porte-à-faux. Raisons d'ordre économique, car en ces temps de pénurie et d'économie dirigée, les prévisions étaient des plus incertaines, et la prospective encore bien ignorée. Raisons politiques: de quelque problème fondamental du droit civil — la famille, la propriété, le contrat, la responsabilité — qu'il se soit agi, les divergences se manifestaient. Familles traditionnelles ou familles dans le vent. Propriété individuelle ou collective. État-gendarme ou État-providence. Autant de raisons qui, de quelque manière, étaient aussi d'ordre sociologique et, au-delà, philosophique: du côté de l'être, du côté de l'avoir. Sans oublier la formulation incertaine de la règle, qui est un facteur d'accélération du juridique.

Vingt ans après la Libération, il en était autrement. A partir des années

1960 — essentiellement à partir de la V^e République — la rénovation en tous domaines du droit de la France redevint possible, et sa cristallisation réalisable sur des fondements solides. Nul hasard si cela coïncida avec le retour au pouvoir du général de Gaulle. Après qu'eurent été mises en place de nouvelles institutions et que la décolonisation eut été opérée, M. Jean Foyer étant garde des Sceaux, ministre de la Justice, un mouvement de rénovation, non pas de remplacement, du code civil a été entrepris. Alors qu'il fallut doter la France d'un nouveau code de procédure civile, achevé en 1975, on jugea plus opportun de conserver l'architecture du code Napoléon, mais d'en rénover successivement des titres entiers. Cette oeuvre a été menée à une cadence moins rapide que la confection du code de 1804. La tâche est et demeure plus difficile. Les résultats n'en sont pas moins révélateurs.

*
* *

La signification de la rénovation du code civil français se manifeste, tout d'abord, quant à la technique utilisée. La réforme, titre par titre, des Livres du code civil, ne tendait pas seulement à assurer le maintien des fondations, de la charpente et, répétons-le, l'architecture. On a voulu, dans la même ligne, assurer la persistance d'un certain style, concret et concis, ce qui n'excluait pas le réveil de termes parfois tombés dans l'oubli, voire le recours à des néologismes. La démarche pouvait se recommander de grands esprits : « Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire » (Portalès, Discours préliminaire sur le projet de Code Civil) ; « ce qui a ruiné les conservateurs, c'est le mauvais choix des choses à conserver » (Valéry, Cahiers, XV).

Aussi bien convenait-il de tenir compte de considérations nouvelles relativement à la genèse et à l'expression des règles de droit. Au moins dans quatre directions.

Du côté des sciences sociales, en raison des progrès de la statistique et de l'essor de la sociologie juridique, les auteurs des avant-projets de loi se sont notamment préoccupés, plus que par le passé, d'une meilleure connaissance de données quantitatives fiables, par exemple en matière de régimes matrimoniaux et de divorce. Ils ont aussi introduit dans la préparation de certains textes propres à susciter de singulières et tenaces controverses le recours à des enquêtes d'opinion qui, sans dicter au législateur sa conduite, ont éclairé ses choix, notamment au sujet des régimes matrimoniaux (1965, 1985) et de filiation (1972). D'impressionnantes

investigations d'ordre sociologique ont aussi été menées en matière successorale, mais la réforme du droit applicable à l'héritage n'a pas encore abouti.

Du côté de la délimitation des domaines des normes, un effort important de clarification s'est exprimé, en 1958, au moyen des articles 34 et 37 de la Constitution de la V^e République. On voulut distribuer de manière plus cohérente que par le passé la part du législatif et la part du réglementaire, notamment dans les matières relevant du droit civil. Il est vrai, qu'à son sujet, ont été situés du côté de la loi les règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, ainsi que les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. Et cela a facilité l'entreprise de rénovation du code civil.

Du côté de l'application du droit, une attention particulière a été apportée aux relations entre le fait et le droit. Tout l'effort doctrinal qui, surtout de la part des juristes, a consisté à approfondir sinon à dépasser l'analyse classique de l'être et du devoir être, liée à la tradition kantienne, a conduit à mieux percevoir, en amont la considération du fait dans le droit, en aval les exigences d'une bonne réception des lois et d'une «effectivité» de la règle de droit et de la décision de justice. Voilà pourquoi on a vu se développer, dans la science de la législation — dont une partie constitue précisément la «légistique» — des démarches expérimentales, ostensibles en matière de procédure civile, le plus souvent occultes dans le droit civil, ce qui tendait à favoriser une harmonieuse adaptation du droit au fait et du fait au droit.

Du côté de la rédaction même des textes, la préoccupation initiale — évidente dans les lois sur l'administration légale, la tutelle et l'émancipation (1964), les régimes matrimoniaux (1965), les incapables majeurs (1968), l'autorité parentale (1970) et la filiation (1972) — était marquée par le désir de maintenir un style comparable à celui de Portalis, afin d'éviter aussi bien le jargon bureaucratique que le style journalistique dans l'expression de la loi. D'où le recours à un auteur considérable — le doyen Jean Carbonnier — excellent notamment dans l'art législatif — qui sut conserver aux règles nouvelles, par le style des articles rénovés le rayonnement des grandes oeuvres de codification. Ainsi le veut le prestige des lois. Malheureusement des politiciens ignorants, prétentieux ou démagogues s'improvisant rédacteurs de lois, ont pensé qu'il valait mieux rédiger celles-ci «en langue contemporaine». Expression trompeuse: les textes étaient du plus actuel et du plus beau français. Mais l'offensive de la langue de bois bureaucratique et du bavardage ex-

plicatif a abîmé certaines réformes, par exemple en 1975 celle du divorce et de la séparation de corps.

*
* *

Sous l'influence de Napoléon, et dans ce qui devait conduire à affirmer que, de la sorte, «la Révolution est finie», les rédacteurs du code civil conservèrent, des acquis de la Révolution, le caractère absolu du droit de propriété (art. 544) et l'affirmation tant de la liberté contractuelle que de la force obligatoire des contrats. Le code civil fut axé sur le droit de propriété, spécialement ses Livres II et III, à telle enseigne que les contrats furent même présentés dans la perspective «des différentes manières dont on acquiert la propriété». Mais, au sujet de la famille, avaient été maintenues, d'ailleurs sous la même influence, des structures de hiérarchie et d'autorité, que ce soit entre époux ou entre parents et enfants. Cet environnement familial — les personnes n'étaient guère prises en compte en tant que telles — a longtemps imprégné le droit français. Pourtant des améliorations partielles avaient été, à la fin du siècle dernier, réalisées au profit des enfants naturels ou du conjoint survivant. Et — tardivement, il est vrai — la femme mariée avait, en 1938, acquis la pleine capacité civile, malgré la persistance de pouvoirs importants entre les mains du mari chef de famille.

Le mouvement de rénovation du code civil a été beaucoup plus vaste, profond, novateur, quant à son domaine, quant à son esprit, et quant à la théorie générale du droit. On peut discerner ce mouvement dans quatre directions.

Vers une liberté accrue, un desserrement de liens. De diverses manières, ce mouvement s'est exprimé. On dirait qu'un air du large a davantage soufflé dans l'organisation et le fonctionnement du groupe familial. Dès la loi de 1964 sur l'administration légale, la tutelle et l'émancipation, l'allègement des formalités judiciaires antérieures, dont le coût se retournait contre l'intérêt bien compris des pupilles, avait donné le ton: en diminuant la place des avoués, en augmentant celle des notaires, en créant le juge des tutelles appelé à jouer un rôle important dans l'administration des biens des incapables.

La libéralisation s'est aussi opérée, plus profondément encore, dans l'amélioration de la libre activité des époux, spécialement dans leurs rapports avec les tiers, notamment avec les banquiers; favorisé en 1965, le courant s'est développé dans la pratique et accentué en 1985. Plus de liberté donc, y compris dans l'abais-

sement de l'âge de la majorité à 18 ans (1974), ce qui n'a d'ailleurs pas été sans susciter des difficultés alors qu'à la même époque s'allongeait la scolarité. Libéralisation encore en matière de divorce (1975) : par le rétablissement, à certaines conditions, du divorce par consentement mutuel, par l'admission du divorce pour rupture, d'une certaine durée, de la vie commune, fût-ce par la faute de l'un des époux. Législation destinée, avait-on dit, à dédramatiser le divorce... si tant est qu'un tel objectif puisse être, en soi, réalisable.

Liberté, mais aussi égalité. Dans l'ensemble des réformes réalisées, on les a rarement vues entrer en conflit. Disons que, la plupart du temps, ce qu'il est si difficile d'obtenir dans le cadre de la cité, il a été plus facile d'y tendre et d'y parvenir dans celui de la famille. L'égalité entre les époux dans la gestion du patrimoine familial a été réalisée par les lois de 1965 et de 1985. La loi, puis les mœurs, puis encore la loi s'accordaient en ce sens aux données économiques et sociales du temps. Et cela ne concernait pas seulement les liens entre époux, mais leurs liens avec leurs enfants, qu'il soient d'ordre patrimonial (1985) ou d'ordre personnel. La puissance paternelle s'effaça devant l'autorité parentale (1970), y compris — autant que possible — en matière de divorce (1987-1993). Et une égalité grandissante — presque totale s'il n'y a pas adultère — s'est réalisée au sujet des droits des enfants légitimes et des enfants naturels (1972, 1987, 1993).

Sans qu'il y ait là motif à discerner quelque contradiction, liée aux vicissitudes de l'individualisme juridique ou social, sinon philosophique, à une fréquente et dominante ignorance voire à une hostilité aux rapports collectifs et à un certain égoïsme, des changements d'orientation profonds se sont opérés. Le législateur a de moins en moins traité l'indivision avec dédain ou méfiance ; il en a reconnu l'existence et aménagé les règles de fonctionnement (1976) dans le même temps qu'il renouvait les règles relatives aux sociétés civiles (1978), à l'image de ce qui avait été réalisé, une décennie plus tôt, au sujet des sociétés commerciales (1966). Comme la liberté et l'égalité, l'égoïsme et l'entraide ont été repensés dans l'espoir, toujours déçu mais sans cesse relancé, d'une certaine harmonie juridique.

Dans le même temps, il est vrai, la considération de la personne humaine en tant que telle a exercé une influence croissante en droit civil, hors du code ou dans le code. La théorie des droits extra-patrimoniaux, imaginée souvent dans le sillage de celle du patrimoine, s'est nourrie de décisions judiciaires de plus en plus nombreuses. Il en est résulté notamment des interventions législatives éparses, des insertions de textes nouveaux dans le code, spécialement au sujet de la protection du

secret de la vie privée (1970), ou encore des réformes importantes relatives au nom patronymique (1993) ou au prénom (1955, 1993).

Support ou plutôt — en droit — composante de la personne juridique, le corps humain a été pris en compte par le législateur afin de traduire non plus seulement les progrès de la science, mais aussi les aspirations de la bioéthique. Et c'est ici que l'on voit se produire des hésitations persistantes et des choix contestables, lorsque l'on se demande non seulement s'il est opportun ou inopportun de légiférer — une réponse affirmative étant retenue par exemple au sujet des transplantations d'organes (1976) ou de l'expérimentation humaine (1988) — mais encore s'il convient d'insérer des textes nouveaux dans le code civil. On peut penser que de telles entreprises sont actuellement prématurées. Mais, à ce sujet, la controverse est vive et les groupes de pression ne se font pas oublier.

*
* *

Ainsi voit-on que, si le bilan de la rénovation du code civil est globalement positif, il n'en existe pas moins des obstacles importants qui perturbent de plus en plus le mouvement ayant pris vie dans les années 1960. Certes, dans la ligne de ce qui a été précédemment accompli, des projets devraient aboutir. Ainsi en est-il de la rénovation indispensable du droit des successions, qui devrait notamment comporter une grande amélioration de la condition du conjoint survivant. Certes pareil changement heurte des habitudes et l'on discerne de sourdes et tenaces résistances. Mais, en cela, les difficultés observées en ces domaines «classiques» ne sont pas de nature différente de celles que l'on a pu constater dans le passé.

Ce qu'il paraît beaucoup plus important de souligner, c'est un ensemble d'obstacles présentant un trait commun, parce qu'ils sont les uns et les autres liés à ce qu'on pourrait appeler, à plus d'un titre, l'environnement du code civil. A plus d'un titre... Pourquoi? Au moins de quatre points de vue, d'où l'on perçoit des querelles de frontières, des forces transversales, des éclatements d'ensembles ou de sous-ensembles.

D'abord du seul point de vue de l'environnement juridique. Précisément, le code civil est ébranlé par le développement de nouveaux corps de règles. Sans doute a-t-on vu, dans le passé, des ensembles se détacher du tronc commun, au point de constituer, à partir de tel ou tel contrat, des branches particulières du droit: droit des assurances (d'où un code des assurances), droit du travail (d'où un code du tra-

vail), etc. Ces nouveautés attestaient un recul d'une vision essentiellement individualiste des rapports contractuels au profit d'une reconnaissance des relations aménagées d'une manière que l'on pourrait qualifier de macro-contractuelle. Mais on ne pouvait encore considérer que, dans ses fondements mêmes, les dispositions du code civil relatives au contrat étaient de la sorte ébranlées.

Bien différente est la tendance aujourd'hui observée car des ensembles de règles d'inspirations à la fois égalitaires et libérales, sociales et économiques se sont développés en marge du code civil mais d'une manière qui en affecte, de manière générale, les concepts, les principes et les méthodes. L'idée de protection, antérieurement retenue surtout au sujet des incapables, a envahi tout le champ de l'activité contractuelle. D'où le développement d'un droit de la consommation —codifié en 1993— et d'un droit de la concurrence qui remettent en cause, qu'on le veuille ou non, nombre de règles fondamentales, au premier rang desquelles figurait traditionnellement le principe suivant lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, en d'autres termes, hérités du passé, la «foi jurée».

A ces observations, liées au contexte juridique, il faut en ajouter d'autres, tenant à l'environnement technique, certains diront: à la société technicienne. L'accélération du rythme des activités de production de règles et de jugements va de pair, dans la société post-industrielle — maintenant on dit: la société post-moderne, non sans que la mode tende à remettre en cause ces vains mots — avec une masse de textes et de décisions produits à une cadence infernale par la bureaucratie, la technocratie, la judiciocratie, l'eurocratie. Prophétiques en un sens, quant au mouvement de complexification du droit lié à une certaine forme de rationalité ou de rationalisation, les prévisions de Max Weber ont même été largement dépassées. Les fabricants de règles et de jugements ont inondé le marché, sans craindre les télescopages et les contradictions. Accéder à la connaissance du droit, telle est la condition première de la véritable liberté. S'en éloigner, c'est régresser, et en revenir au droit mystérieux, apanage des augures, des pontifes, des oracles. On essaye bien d'y remédier par le regroupement des règles nouvelles dans de nouveaux codes, s'ajoutant aux anciens. Mais ces strates successives ajoutent surtout au télescopage des lois celui des codes. Derrière cette inflation juridique, on discerne bien une crise de civilisation.

Rien d'étonnant à cela, compte tenu de l'environnement scientifique. Ce ne sont plus seulement les progrès du machinisme qui ont entraîné un éclatement du droit des obligations, spécialement à la suite de l'ampleur et la multiplication des

accidents et des préjudices, d'ordre corporel, matériel ou moral. Cela a détaché du code civil des pans entiers du droit positif. Ce fut le cas au sujet notamment des accidents du travail (1898) puis des accidents de la circulation (1985). A notre époque, ce sont surtout les progrès de la génétique et de la biologie qui remettent profondément en cause le droit des personnes et de la filiation. Cela a suscité des travaux de grande ampleur, des avant-projets et des projets eux-mêmes distincts les uns des autres et dont les dispositions — d'ailleurs discutables et encore discutées — ne sont que pour partie destinées à être insérées dans le code civil, d'autres trouvant mieux leur place dans le code de la santé publique (1953) ou le code de la propriété intellectuelle (1992): droit de la personne sur son corps, expérimentation sur les embryons humains(?), brevetabilité du vivant (?), information des personnes quant à leur patrimoine génétique, procréations assistées... Mais le temps est-il venu de légiférer, mieux (ou pis) encore: de codifier?

D'autant plus que tout ce qui touche à la vie s'accorde mal avec l'environnement international qui manifeste, par rapport à l'entreprise de rénovation du code civil, des exigences croissantes, quant au domaine et quant à la portée de celle-ci. Un code cristallise sur un territoire déterminé un ensemble de règles correspondant à un milieu politique et social cohérent, homogène et autant que possible lié à des valeurs communes. Or le développement des relations juridiques internationales n'a cessé de s'intensifier. Et ce que, depuis des siècles, on constatait, mais surtout à travers des usages ou des coutumes du négoce, puis au moyen de traités affectant des matières particulières, a pris, de nos jours, une signification et un rayonnement sans commune mesure avec les anciens mouvements de l'histoire du droit. Un puissant courant a, en Europe, favorisé le développement, sinon de l'unification, du moins de l'harmonisation contraignante des législations, ce qui, surtout dans le droit des obligations, des biens et des groupements, a compromis la rénovation des codes, en particulier du code civil, au profit d'une logorrhée bureaucratique contraire aux finalités mêmes du droit, de la justice, de la liberté. Concepts flous, inspirés du langage de l'économie, accroissement de l'arbitraire, dérive des droits continentaux sous l'influence d'une idéologie juridique inspirée de la common law.

*
* *

Est-ce à dire que l'entreprise de rénovation du code civil français doive être abandonnée ou, tout au moins, suspendue? Aucunement, même s'il faut, bien plus

souvent que par le passé, remettre ce travail sur le métier. Mais la poursuite de cette oeuvre est inséparable d'une nécessaire réflexion doublement philosophique.

Par rapport au rationalisme, qui, tout à la fois, a poussé à la codification et a nourri, au siècle dernier, l'Ecole historique allemande, généralement hostile à cette expression du droit, ce qui appelle une réflexion renouvelée sur la rationalité de la codification.

Par rapport à la temporalité. On a dit à quel point la conjonction des circonstances et des personnes est essentielle, qu'il y a un temps pour tout, qu'on ne peut, quels que soient les besoins du présent, ignorer les pesanteurs du passé, pas plus qu'on ne saurait négliger, surtout à notre époque, les nécessités d'une insertion d'un code rénové dans une société considérée, tant il est vrai que le juriste a besoin d'espérer pour entreprendre et de réussir pour persévérer.