

La pérennité du Code civil en France

Jean-Marc Talau

Docteur en Droit
Avocat au Barreau d'Orléans

268

*Résumé**

1. La « constitutionnalisation » et « l'internationalisation » du Droit civil
 - 1.1. Le Code civil et les normes constitutionnelles
 - 1.2. La valeur légale du Code civil
 - 1.3. L'effet concevable des normes constitutionnelles dans les rapports de droit privé
 - 1.4. La lecture renouvelée du Code civil à l'aune des droits fondamentaux de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
 - 1.5. La primauté et l'effet direct du droit communautaire
2. Le renouvellement des institutions du droit commun
 - 2.1. Les métamorphoses de la personne et de la famille
 - 2.2. Le débordement de la propriété
 - 2.3. Le potentiel de la responsabilité civile
 - 2.4. L'intemporalité du contrat
3. Bibliographie

* Ce rapport est une contribution au colloque du 30 novembre 2004 sur le bicentenaire du Code civil, organisé par la Cour d'appel d'Orléans et la Faculté de droit d'Orléans; les idées qui y sont exprimées sont personnelles à l'auteur et ne peuvent être lues comme l'expression du Barreau d'Orléans.

Napoléon confiait, à Saint-Hélène: «Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil» (MONTHOLON, p. 401). Voulu par le Premier Consul pour cimenter l'unité géographique, sociale et politique des Français, la codification du droit civil est devenue avant tout un «symbole d'unité» (CARBONNIER, 1986, p. 293 et ss.) et restera dans l'histoire, comme l'acte d'unification du droit français (CORNU, 2004, p. 709 et ss.).

L'œuvre a effectivement survécu à la chute du premier empire et la lutte autour de sa dénomination témoigne, au fond, de l'enjeu symbolique du Code (CABRILLAC, 1999, p. 212 et ss.). Le «Code civil des Français», promulgué par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), reçut d'une loi de 1807, le nom de Code Napoléon. Ce nom, que lui retirèrent les chartes de 1814 et 1830, lui fut rendu par un décret de 1852 «pour rendre hommage à la vérité historique». Il est tombé en désuétude en France, alors qu'il reste couramment employé à l'étranger.

Le Code civil a également survécu aux clivages de philosophie juridique; d'imprégnation jusnaturaliste, à l'image de son maître d'œuvre PORTALIS (OPPETIT, 1995, p. 331), il est devenu, au cours du XIXe siècle, un «symbole du positivisme légaliste et une idole du culte exégétique» (OPPETIT, 1999).

Le Code civil a finalement connu un rayonnement considérable en France comme à l'étranger, où il a été reçu par appropriation, au-delà des vicissitudes politiques et souvent loin des contraintes militaires (GAUDEMET, 1999, p. 105 et ss.).

Le Code civil a néanmoins subi l'épreuve du temps, de nombreuses modifications, une œuvre législative foisonnante, ainsi qu'une certaine émancipation par rapport à ses conceptions d'origine.

C'est peu de dire qu'ont considérablement évolué les conceptions sociales qu'il proclamait, nourries de l'ancien droit, des apports de la Révolution et de l'héritage romain enrichi par DOMAT et POTHIER¹.

Dès le XIXe siècle, le droit public s'est émancipé du droit civil au profit des thèses unilatéralistes et de la notion de service public (PLESSIX, 2003; DRAGO, 2004, p. 775 et ss.). En droit privé, la stabilité même voulue par les rédacteurs de 1804 était devenue immobilisme, face au développement industriel et des idées; n'en déplaise à l'École de l'exégèse qui a tant contribué à figer le Code civil en postulant la plénitude de la loi écrite (OPPETIT, 1999, p. 98 et ss.). Certes la création prétorienne a trouvé dans des principes généraux féconds le support des audacieuses théories de l'abus de droit, de l'enrichissement sans cause, du cisèlement de la stipulation pour autrui et du risque en matière de responsabilité du fait des choses.

¹ A. ESMEIN, «L'originalité du Code civil», in *Livre du centenaire*, t. 1, Rousseau, 1904, p. 5: «presque tout ce qu'il contient a été fourni par le droit du passé -l'ancien droit français- ou par le droit de la veille -celui de la Révolution: les éléments vraiment neufs se réduisent à peu de choses».

Mais la tendance la plus marquante reste, depuis la fin du XIXe siècle et jusqu'à aujourd'hui encore, que de nombreuses lois sont venues à côté du Code civil, remettre en cause l'ambition de ses rédacteurs de créer un *corpus* de droit civil complet, structuré, clair et accessible. Les exemples anciens sont très connus: loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels, loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles, loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations et congrégations, loi du 26 février 1880 sur les valeurs mobilières appartenant aux incapables... Les exemples récents sont légions en matière de consommation, accidents de la circulation, indemnisation des victimes (maladies professionnelles, terrorisme, accidents technologiques, VIH, maladies nosocomiales...), propriété industrielle, intellectuelle et commerciale, droit du travail, droit des assurances, copropriété, droit rural, publicité foncière, contrats spéciaux... Aujourd'hui, le Code, relégué à une portée générale et de droit commun, ne peut plus même prétendre incorporer tout le droit civil, dans toutes ses ramifications et ses lois spéciales et dérogatoires, si ce n'est peut-être, par la magie des éditeurs. Pour ne prendre qu'un seul exemple, si le droit de propriété reste dans sa définition, ce qu'il était en 1804, les droits et devoirs du propriétaire immobilier sont aujourd'hui régis par un ensemble très complexe de règles de droit privé et de droit public, essentiellement variables selon qu'est en cause une terre rurale ou un terrain urbain, une propriété individuelle ou collective, un bail d'habitation, commercial ou rural, le secteur libre ou protégé.

De plus, nombre des dispositions même du Code civil ont été modifiées. Sont nombreux les exemples tels les baux, la responsabilité des constructeurs, et dernièrement, la signature et les contrats sous forme électronique, la responsabilité du fait des produits défectueux et le pacte civil de solidarité. L'œuvre d'une remarquable cohérence qui, de 1964 à 1975, avait déjà remanié globalement et profondément le droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille, a montré la voie d'une «recodification»², à l'instar des très récents exemples de réforme du droit des obligations dans le Code civil allemand en 2001 et de refonte du Code civil néerlandais en 1992.

Le bilan est pour le moins contrasté. Deux siècles après sa promulgation, force est de constater que le Code civil est le seul des quatre grands codes napoléoniens à avoir échappé aux métamorphoses du droit, jusqu'à maintenant. En même temps, chaque commémoration centenaire pose la question de sa révision³ pour aussitôt en esquisser les difficultés; la qualité des débats et propositions de la doctrine, comme les longs travaux de la Commission de réforme du Code civil nous rappellent que la tâche est ardue et ambitieuse.

Si un consensus semble se dégager aujourd'hui autour de la nécessité de réviser le Code civil, peut-il être envisagé de garder le cadre et la méthode d'origine? (RENET, 2004, p. 455). Cette interrogation s'inscrit dans le prolongement du foisonnement de textes qui a déjà affaibli la stabilité, la clarté et la simplicité qui étaient associées à l'idée de codification et à la loi.

Aujourd'hui, le domaine de compétence du législateur est certes délimité par l'article 34 de la Constitution de 1958: la loi fixe les règles en matière de nationalité, état et capacité des personnes, régimes matrimoniaux, successions et libéralités, et détermine les principes fondamentaux du

² Le terme de «recodification» est extrait du thème de recherche du *Livre du Bicentenaire*.

régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. Certes, bien qu'à la faveur des répartitions de compétence entre la loi et le règlement, il ait été concevable que le Code civil puisse être affecté par des règlements, en pratique, à l'inverse du règlement, la loi promulguée n'est pas soumise à la censure du Juge⁴ et le Code civil est essentiellement resté dans les mains du législateur⁵. Mais au fond, les lois ne se contentent plus de déterminer des principes fondamentaux, contrairement à la lettre et à l'esprit de l'article 34 de la Constitution en vigueur.

Force est de constater qu'a changé la place de la loi qui était magnifiée par les auteurs du Code civil. D'un point de vue sociologique, celle-ci est littéralement concurrencée par les sollicitations adressées au pouvoir réglementaire et à l'autorité judiciaire; il n'est pas excessif, d'un strict point de vue pratique, de considérer que les sources internes du droit sont devenues, dans une certaine mesure, substituables, dans les attentes pressantes des citoyens (VOGEL, 2004, p. 159 et ss., spéc. 161).

Il n'est pas étonnant que la loi elle-même soit devenue touffue et changeante et que se soient multipliés les régimes spéciaux et impératifs, reléguant le Code civil au recueil du droit commun supplétif. Cet état de fait peut être durable, à bien considérer l'atomisation de la société et les contingences de l'intervention législative.

En outre, pourrait décourager *a priori* toute ambition de rétablissement d'une cohérence, l'éclatement du droit privé entre des sources hétérogènes, d'origines non seulement européennes, communautaires et internationales, mais également nationales, telles les normes constitutionnelles (ZOLLER, 2004; MONEGER, 1995, p. 305 et ss.), les conventions collectives (qui ne sont toujours pas reconnues comme sources de droit), outre la multiplication d'autorités administratives indépendantes et de normes privées dont la place dans les sources de droit est incertaine et la légitimité s'acquiert par le jeu d'une lente et prudente «procéduralisation» (BOY, 1998, p. 115 et ss., spéc. p. 134 et ss.).

Peut être enfin discutée l'opportunité d'une refondation entière du Code civil, au moment où les études et débats donnent de plus en plus de matière à des projets de code européen des contrats et même de code civil européen. Y songer revient néanmoins à faire abstraction du lien indéfectible entre le droit civil et la culture fondamentale de chaque pays, et de ce que l'élaboration d'un marché unique n'impose pas nécessairement l'unification des lois civiles.

A la lecture des nombreuses contributions de la commémoration du bicentenaire, se dégage au delà des changements de contenu, l'idée que la pérennité du Code civil repose sur la fidélité non seulement à des principes qui ont fait leurs preuves, mais également à une méthodologie: la définition des institutions du droit commun en accord avec l'état de la société, et la rédaction de principes généraux féconds.

³ Voir *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, réédité, Dalloz, 2004, et particulièrement la 4^e partie.

⁴ La réformation du Code de procédure civile par la voie réglementaire en est une illustration connue.

⁵ Le Conseil constitutionnel a lui-même validé des intrusions législatives en domaine réglementaire; cf. Décision 82-143 DC, Rec. 157.

C'était le message laissé par PORTALIS dans le Discours préliminaire au Code civil. A la différence des systèmes juridiques coutumiers ou fondés sur le précédent jurisprudentiel, le code devait poser des principes relativement généraux, définissant une conception cohérente des rapports sociaux; il devait être confié aux tribunaux le soin d'en dégager les prolongements pratiques. Cette «technique de codification en principes généraux a permis que les dispositions du Code civil forment un ensemble se prêtant aux modes classiques du raisonnement logique, notamment en vue d'autres déductions» (TUNC, 1985, p. 648). Est ainsi souligné le rôle éminent du juge conforté dans sa fonction juridictionnelle, y compris dans le silence de la loi.

Force est de constater que le foisonnement de lois et règlements ponctuels, marqués par le souci du détail, ainsi que le développement de la codification dite « à droit constant », compilation de dispositions touffues et changeantes, ne sont pas appropriés à l'exigence de cohérence de la codification des institutions et principes généraux, sauf à y lire, signe des temps, un souci d'encadrement impératif des activités économiques, et de l'appréciation judiciaire. Ces dispositions éparses ne peuvent être incorporées dans une codification du droit commun conçue comme limitée à la définition d'institutions et des principes généraux (TUNC, 1985, p. 712).

Inversement, nombre de dispositions du Code civil, témoins d'une autre organisation sociale et économique, ne tiennent plus lieu de droit commun aujourd'hui ou méritent d'être réécrites. Peuvent être citées pour mémoire les dispositions relatives aux tailles, aux lapins de garenne, aux pigeons des colombiers, aux moulins à vent et eau, qui ont plus leur place dans le Code rural que dans le droit commun. Mais sont également les témoins d'une autre organisation sociale, le régime spécifique de la responsabilité des artisans du fait des apprentis, et plus encore de celle du fait des bâtiments, qui sont aujourd'hui absorbées par l'évolution générale de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui.

Dans ce contexte, il est tentant, plus généralement, de rassembler des institutions de droit commun qui se sont développées ou ont été codifiées en dehors du Code civil (à la différence d'autres codes en Europe, n'apparaissent pas dans le Code civil une théorie de la personnalité morale, de la propriété intellectuelle industrielle et commerciale, de l'enrichissement sans cause, de l'abus de droit, et le droit international privé), d'incorporer les créations prétoriennes ainsi que des principes généraux induits de réglementations particulières (exemple d'une théorie générale des clauses abusives extraite du Code de la consommation ou d'une législation des conditions générales à l'instar du BGB) et d'en profiter pour enrichir la théorie générale du droit par exemple d'une théorie de l'acte juridique unilatéral; le tout en conservant les principes généraux féconds qui supportent le monument depuis 1804: l'ordre public et les bonnes moeurs de l'article 6, la définition du contrat à l'article 1101, la force obligatoire du contrat à l'article 1134 et la responsabilité civile pour faute et du fait d'autrui ou du fait des choses, aux articles 1382 et suivants.

Il en résulte que l'attachement des juristes à des principes féconds et les idées de révision du Code civil ne font que continuer d'inscrire le monument dans la durée. Tendait le plus souvent à des ajouts, réécritures ou retraites ponctuels, ou plus ambitieusement, à quelques modifications de

structure⁶ (à l'instar par exemple de la structure des obligations du BGB), ou à l'abandon de la distinction entre le droit commercial et le droit civil qui s'estompe, les propositions doctrinales maintiennent *l'instrumentum* dans le cadre méthodologique d'origine, appliqué au droit commun.

Quant à l'évolution de la société, qui a déjà transformé le Code civil, le phénomène représente moins un signe de vieillissement irréversible qu'une chance de renouvellement dans le cadre méthodologique d'origine. PORTALIS ne déclarait-il pas: «Les codes des peuples se font avec le temps. Mais à proprement parler on ne les fait pas... Les lois doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites». Le temps a fait son œuvre et le meilleur gage de pérennité du Code civil réside dans l'appropriation par les sujets et les acteurs du droit qui retrouvent dans la codification le reflet de leur société, et par conséquent, dans la volonté du législateur de conserver à celui-ci sa vocation de reflet de la société.

Force est de constater que si d'un point de vue global le Code civil de 1804 affirmait la liberté des êtres humains, la laïcité du droit, la propriété, la liberté contractuelle, le principe de la responsabilité et le respect de l'ordre public et des bonnes moeurs, il marquait en matière familiale une certaine rupture entre les droits fondamentaux tels qu'affirmés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le droit civil régissant les rapports de droit privé: il faisait fi du principe d'égalité au profit d'une interprétation tribulaire des préjugés de l'époque, s'agissant notamment des droits de la femme et des enfants naturels ou adultérins. Comme le souligne M. GUTMANN, «La nouveauté vient de ce que les domaines qui traditionnellement, étaient considérés comme régis par des valeurs collectives d'où dérivait des droits individuels, se restructurent par un mécanisme inverse en tirant des droits de l'homme leur légitimité et leur architecture juridique. L'autorité parentale, les relations intra- et extra familiales, se reconstruisent ainsi sous l'effet d'une interprétation extensive du droit au respect de la vie familiale prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme... Partant non plus de l'institution comme prisme déterminateur des droits, mais des droits comme limites et contraintes de l'institution, les droits de l'homme achèvent donc sur le terrain des institutions du droit privé, ce que la Révolution avait réalisé sur le terrain des institutions politiques» (GUTMANN, 2004).

De même, le droit civil qui était codifié sans aucune pression extérieure, connaît aujourd'hui la nouvelle soumission au droit communautaire, à la faveur des partages ou transferts de souveraineté.

⁶ A. BENABENT, «Les difficultés de la recodification: les contrats spéciaux», in *Le Livre du bicentenaire préc.*, p. 250 et ss.: une illustration inattendue réside dans les questions posées par la codification des contrats spéciaux et l'idée d'un décloisonnement des qualifications. Quel juriste n'a jamais été confronté à la casuistique des distinctions entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise ou de louage d'ouvrage, et la qualification d'un contrat de dépôt ou d'un bail. Il est alors tentant d'appeler de nos vœux, soit une définition plus précise des contrats spéciaux, soit des «théories spéciales» et d'établir «des corps de règles liés à l'objet et à la fonction de tel ou tel d'obligation, quel que soit le contrat précis dans lequel elle vient s'insérer». L'une ou l'autre des pistes de réflexion, s'inscrivent dans une théorie générale des obligations dont le Code civil est le réceptacle tout trouvé.

Conçu en tant que «Constitution civile des Français», le Code civil est aujourd'hui fondamentalement soumis à une relecture à l'aune des normes constitutionnelles et internationales (I). Les mutations tant sociales et économiques, que technologiques et scientifiques, ont impulsé un renouvellement des institutions du droit civil qui s'intègre dans la vision méthodologique de 1804 (II).

1. La «constitutionnalisation» et «l'internationalisation» du droit civil

La «constitutionnalisation»⁷ et l'«internationalisation» du droit privé expriment la récente soumission de l'application du Code civil à des sources exogènes. La récente soumission des lois au contrôle de constitutionnalité institutionnalise la recherche de la légitimité de la loi non seulement formelle, mais également matérielle par rapport aux libertés et droits fondamentaux. Ce phénomène irréversible de soumission de la loi civile aux droits de l'homme s'amplifie avec l'entrée dans le raisonnement du législateur et judiciaire, des sources internationales des droits fondamentaux; ce qu'illustre l'impact de la lecture extensive de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg. A ceci s'ajoute l'emprise du droit européen et de la création du marché unique, à la faveur des partages et transferts de souveraineté. Il s'agit ici de rechercher dans quelle mesure, le juriste est appelé à introduire dans son raisonnement, les droits fondamentaux de source constitutionnelle et conventionnelle, ainsi que les normes européennes du marché unique, et d'en apprécier l'influence effective sur les «principes généraux du Code civil».

1.1. Le Code civil et les normes constitutionnelles

Tout d'abord, dans l'ordre juridique interne, s'impose l'interrogation sur les relations entre le droit constitutionnel et le droit privé (FAVOREU, 1982; MONEGER, 1995, p. 305 et ss.; MOLFESSIS, 1994; FRANGI, 1992). Bien que le Code civil ait traversé de nombreuses constitutions, cette interrogation est récente en France à l'inverse d'autres pays comme l'Italie, l'Espagne, l'Allemagne ou les Etats-Unis. Les grandes libertés civiles (BENET, 1984) ou les droits civils ont été examinés par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de constitutionnalité élargi à un bloc comprenant aujourd'hui la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946, et par conséquent les droits dits «sociaux» ou droits-créances, à côté des droits civils et politiques de la première génération ou droits attribués de la deuxième génération, et bientôt des «droits de solidarité» (ROBERT et DUFFAR, 1999, p. 71-72) (droit à la paix, droit au développement, droit à l'environnement, droit au respect du patrimoine commun de l'humanité, qui n'ont pas encore un contenu juridique très précis).

1.2. La valeur légale du Code civil

Le droit constitutionnel et le droit civil se distinguent tant par leur objet, des libertés opposables à la société distinctes de droits subjectifs opposables aux autres sujets de droit, que par la méthodologie et la fonction des organes constitutionnel et judiciaire (CHEROT, 1991, p. 439 et ss.,

spéc. p. 441). Cependant la doctrine s'est interrogée sur la valeur constitutionnelle de certains articles du Code civil. Le Conseil constitutionnel n'est pas insensible aux droits civils. Il a reconnu la propriété à l'occasion de l'examen des lois de nationalisations⁸, au visa des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le Préambule de la Constitution de 1946. Le Code civil est parfois visé dans le raisonnement du Conseil constitutionnel⁹. De là à s'enthousiasmer d'une «constitutionnalisation» de certaines dispositions du Code civil, le pas à franchir semble plutôt relever du grand écart. Quelques exemples incitent à la prudence. Tout d'abord, lorsque le Conseil constitutionnel a refusé en 1982 d'exonérer les représentants syndicaux de leur responsabilité au nom de l'exercice effectif du droit de grève et du droit syndical, ce n'était pas l'article 1382 du Code civil qui était promu au rang constitutionnel, mais le principe d'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques qui était apprécié au regard d'une conception de «l'utilité commune»¹⁰ (VEDEL, 1998, p. 15; LUCHAIRE, 1998, p. 142). Ensuite, lorsque le Conseil constitutionnel, en 1999 a énoncé qu'un pacte social de solidarité pouvait être rompu unilatéralement sous réserve d'un droit à réparation, le raisonnement, qui écarte au passage, le principe de l'article 1134 du Code civil, manifeste une appréciation de la loi déferée à la lumière du principe de liberté individuelle que l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme définit comme consistant à «pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui»¹¹ (ZOLLER, 2004, p. 983). Ne semble pas plus reconnue la valeur constitutionnelle du droit civil au respect de la vie privée, prescrit par l'article 9 du Code civil. Le Conseil constitutionnel présente le droit au respect de la vie privée comme «impliqué» par la liberté proclamée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme; de manière énigmatique il est précisé que la méconnaissance du respect de la vie privée «peut» être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel semble ainsi avoir cantonné l'article 9 du Code civil à la sphère des rapports privés et a validé la vidéo-surveillance confiée à l'autorité publique et assortie de garanties de nature à sauvegarder les libertés individuelles¹². Ces exemples souvent cités au soutien de la thèse de la constitutionnalisation du droit civil, révèlent plutôt une tendance à laisser le Code civil à la sphère des rapports privés et à cantonner les normes constitutionnelles à la sphère publique. A la réflexion, il paraît pratiquement opportun de laisser au Code civil sa valeur législative; elle permet à l'instrument de conserver une souplesse par rapport aux évolutions de société que n'autoriserait pas la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de certaines de ses dispositions.

1.3. L'effet concevable des normes constitutionnelles dans les rapports de droit privé

L'autre question que pose la coexistence du Code civil et de la Constitution est la portée des normes constitutionnelles dans les rapports de droit privé, et plus précisément, l'applicabilité

⁷ Expression empruntée à M. FROMONT, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la R.F.A.», in *Mélanges Eisemann*, Cujas, 1975, p. 9 et ss.

⁸ Décision 81-132-DC du 16 janvier 1982, lois de nationalisation, Rec. P. 18.

⁹ Décision 91-303-DC du 15 janvier 1992, protection des consommateurs, Rec. P.15 .

¹⁰ Décision 82-144-DC du 22 octobre 1982, Rec. 61.

¹¹ Décision 99-419 DC, Rec. 116.

¹² Décision 94-352-DC, du 18 janvier 1995, Rec. 140, cons. 3; cf. Décision 99-416-DC du 23 juillet 1999, Rec. 100; Décision 99-419 du 9 novembre 1999, Rec. 116.

directe au droit civil de la définition des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a reconnu des «libertés et droits fondamentaux» ainsi que des «objectifs à valeur constitutionnelle» (FAURE, 1995, p. 47 et ss.) pouvant avoir des implications en droit privé. Parmi les droits fondamentaux, peuvent être cités le droit à la liberté matrimoniale et de mener une vie familiale normale¹³, ainsi que «la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation»¹⁴ et dans le domaine économique et social, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre¹⁵, ainsi que le droit de grève¹⁶. Parmi les «objectifs à valeur constitutionnelle» figure le droit au logement, compris comme la «possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent»¹⁷.

La doctrine constate que les Tribunaux visent rarement une disposition constitutionnelle écrite¹⁸, et ne font pas une référence expresse aux décisions du Conseil constitutionnel, préférant une réception matérielle des interprétations et prescriptions, à une réception formelle (MONEGER, 1995, p. 322 et ss.). Le principe de dignité, socle des droits de l'homme tardivement redécouvert par le Conseil constitutionnel (MATHIEU, 2000), a par exemple motivé le droit pour toute personne d'agir en justice pour faire sanctionner une atteinte à la dignité humaine, même en l'absence de lésion personnellement d'un droit subjectif, et a autorisé une victime du SIDA à caractériser l'abus de la liberté d'expression de la société Benetton pour une affiche publicitaire exposant un corps humain fractionné et estampillé VIH¹⁹. De même a été admise la possibilité de justifier par la définition du droit au logement et de la dignité, retenue par le Conseil constitutionnel, un sursis à l'exécution d'une expulsion, à défaut de proposition de relogement conforme au plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées²⁰. Il est à ce titre instructif de comparer avec la pratique en Allemagne, pays associé à l'idée de l'application du droit constitutionnel par le juge, où existe un recours constitutionnel pour violation des droits fondamentaux et où est affirmée l'obligation du Juge de respecter les droits fondamentaux²¹. La Cour constitutionnelle affirme néanmoins que «le juge n'est pas directement tenu par les droits fondamentaux pour le règlement des litiges privés»²²; en revanche, dans la recherche des «concepts indéfinis» et des «clauses générales», tels que les bonnes moeurs et l'ordre public, le juge doit s'efforcer de procéder à une analyse conforme à la constitution et les droits fondamentaux fournissent indirectement à la jurisprudence des directives, incitations et impulsions. L'obligation de prise en compte par les juges, des normes constitutionnelles, pour compenser la puissance économique et sociale des personnes privées mettant en danger les droits fondamentaux d'autres personnes privées, est illustrée par l'arrêt dans lequel, sur recours

¹³ Décision 3-325-DC du 13 août 1993, maîtrise de l'immigration, Rec. 224.

¹⁴ Décision 94-343-DC du 27 juillet 1994, Bioéthique, Rec. 100.

¹⁵ Décision 81-132-DC du 16 janvier 1982 et Décision 82-139-DC du 11 février 1982, loi de nationalisation, Rec. 18 et 31.

¹⁶ Décision 79-105-DC du 25 juillet 1979, droit de grève à la radio, Rec. 33.

¹⁷ Décision 94-359-DC du 19 janvier 1995, R.F.D. const. 1995, p. 404 et ss.

¹⁸ Civ. 2^e. JCP 1995 G II 22504, visa de l'article 66 en matière de rétention administrative des étrangers.

¹⁹ Cour d'appel de Paris, 28 mai 1996, D.1996.617, note EDELMAN, à mettre en perspective de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire dite du «lancer de nain», CE, Ass., 27 octobre 1995, Ville d'Aix en Provence, RFDA 1995.1204, concl. FRYDMAN.

²⁰ Orléans, 19 juin 1996, JCP 1997. I.4023, n° 21, obs. MATHIEU et VERPEAUX.

²¹ Article 1^{er}, al. 3 de la Loi fondamentale.

²² Cour constitutionnelle fédérale, 2^e sénat, 23 avril 1986, BVerfGE 73, p. 269 (traduction par C. WITZ, *Droit privé allemand*, 1. Actes juridiques, droits subjectifs, Paris, Litec éd. 1992, n° 40).

constitutionnel, la Cour constitutionnelle annula un arrêt de la Cour de justice fédérale au visa de la liberté d'expression (article 5 al. 1^{er} de la Loi fondamentale) commandant d'indemniser le journal Blinkfüer, ayant accusé une baisse des ventes, suite aux menaces de «boycott» par le groupe Springer à tous les revendeurs continuant à distribuer des programmes de télévision de RDA²³. Le droit comparé tend à rapprocher la pratique des systèmes présentés *a priori* comme antagonistes en raison de prémisses différentes; partout, apparaît que les droits que l'individu peut faire valoir contre l'état ne sont pas parfaitement identiques à ceux qu'il peut faire valoir contre un autre sujet de droit, comme l'illustre l'exemple du respect de la vie privée en France (ZOLLER, 2004). La réception judiciaire formelle des normes constitutionnelles ne peut donc pas être systématique; mais au-delà de la «protection de la loi» qui est indispensable à la mise en œuvre de nombreux droits fondamentaux, n'est pas pour autant inconcevable, dans l'ordre juridique français, une réception matérielle des normes constitutionnelles par l'autorité judiciaire que l'article 66 de la Constitution elle-même, investit déjà de la garde de la liberté individuelle.

A supposer cette conclusion admise, il reste que dans notre système juridique la pluralité des interprètes de la constitution risque d'aboutir à un arbitrage dissonant des potentiels conflits entre droits l'homme ou libertés, ou de la déduction de nouveaux droits comme par exemple, un droit de l'homme à la connaissance de ses origines (GUTMANN, 2004, p. 339-340). Le Conseil constitutionnel aurait certainement un rôle hiérarchique et unificateur à jouer en la matière, que par exemple lui conférerait un recours constitutionnel.

A ceci s'ajoute la pluralité des sources des droits de l'homme, à l'échelle des instruments internationaux. Le paradoxe est que l'autorité judiciaire va «incliner plus volontiers à chercher dans les conventions internationales ratifiées par la France que dans les textes constitutionnels, le fondement de leur interprétation d'une règle légale ou réglementaire qu'ils ne pensent pas admissible dans l'ordre juridique français» (MONEGER, 1992).

1.4. La lecture renouvelée du Code civil à l'aune des droits fondamentaux de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Dans le cadre de la marge de manoeuvre laissée aux Etats pour l'application effective de ses dispositions, la Convention de Rome du 4 novembre 1950, ratifiée par la France en 1974, est pratiquement intégrée à l'ordre juridique français, à hauteur des traités et accords internationaux, par l'application de l'article 55 de la Constitution de 1958. Parmi les déclarations et chartes proclamant les droits de l'homme, elle présente la particularité d'avoir instauré un contrôle juridictionnel du respect des droits garantis, ouvert au recours individuel en 1981 pour la France. L'article 46 de la Convention rappelle le caractère obligatoire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme; mais les arrêts n'ont pas en principe d'effet *erga omnes*: ne valant qu'à l'égard du requérant, la dernière décision interne définitive conserve l'autorité de chose jugée dans l'ordre juridique interne, sauf à ce que la loi ou la pratique nationale prévoient que l'arrêt de la Cour modifie sans autre forme de réception, la situation juridique du requérant. La Cour de cassation fonde sur ces engagements internationaux une sorte d'application directe dans les

²³ C. const. Féd., 1^{er} sénat, 26 février 1969, BverGE 25, p. 256: citée par F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz 1997, n° 64.

rapports de droit privé qu'elle avait refusée d'emblée par exemple à la Convention sur les droits de l'enfant.

Il est tout d'abord marquant qu'à la différence du juge administratif²⁴, le juge judiciaire refuse d'écarter l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par référence à un principe à valeur constitutionnelle²⁵. D'aucuns affirmeront que cette position semble signifier que l'autorité judiciaire incline vers une constitution européenne innommée (ZOLLER, 2004); tendance que n'infléchiront sans doute pas la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que l'intégration au droit de l'Union des droits fondamentaux conventionnels et communs aux traditions constitutionnelles, par le Traité du 29 octobre 2004 établissant une constitution pour l'Europe.

Il faut reconnaître que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a développé une lecture large de la Convention qui étend désormais son emprise sur le droit civil, au titre notamment du respect de la vie familiale. Le champ des droits garantis par le texte: la personne physique, liberté de conscience et d'opinion, vie privée et familiale, respect des biens, droit au procès équitable, non discrimination..., a été étendu à de nombreux aspects du droit des personnes et de la famille: nom²⁶, prénom²⁷, état civil²⁸, adoption²⁹, successions³⁰, mesures d'assistance éducative³¹.

La Cour de cassation a dans plusieurs arrêts³² écarté l'application de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille qui prévoyait la reconnaissance des actes constatant la dissolution du mariage établis selon la loi marocaine, y compris alors la répudiation unilatérale sans audition de l'épouse et sans compensation, avant la réforme par le Dahir du 10 septembre 1993. La Cour a préféré fonder son raisonnement sur l'article 5 du protocole n°7 de la Convention européenne relative à l'égalité des époux dans la dissolution du mariage, plutôt que sur l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 garantissant à la femme «dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme». Les normes de la Convention européenne deviennent parties intégrantes de la conception française de l'ordre public international (FAUVARQUE-COSSON, 2004, p. 473 et ss.). Même si d'un point de vue universaliste, la protection de cet ordre public semble encore conditionnée par le

²⁴ CE ass., 30 octobre 1998, SARRAN, LEVACHER et autres, Rec. 369.

²⁵ Ass. Plén., 2 juin 2000, Bull. n°, p. 7.

²⁶ Arrêt Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, série A n°280-B ; D. 1995.5.

²⁷ Arrêt Guillot c. France, 24 octobre 1996, Rec. 1996-IV/1593; RTDCiv. 1997.551 (compatibilité de la loi du 11 Germinal en XI avec l'article 8).

²⁸ Arrêt Van Oosterwijk c. Belgique, série A, n° 40, D. 1993.101; Arrêt B c. France, 25 mars 1992, Série A n°232-C (modification d'état civil d'un transsexuel).

²⁹ Arrêt Fretté c. France, 26 février 2002, RTDCiv. 2002.281 (absence de discrimination dans le refus d'un agrément en vue de l'adoption par un homosexuel).

³⁰ Arrêt Mazurek c. France, 1^{er} février 2000, Rec. 2000-II/1, RTDCiv. 2000.429 (discrimination successorale de l'enfant adultérin; violation de l'article par l'article 760 du Code civil).

³¹ Arrêt Gnahoré c. France, 19 septembre 2000, Rec 2000-IX/407; D. 2001.725 (compatibilité de l'article 375 du Code civil avec le droit au respect de la vie familiale).

³² Civ. 1^{re} juin 1994, D. 1995.263; 31 janvier 1995, J.D.I.1995.343 (2^e epèce); 15 décembre 1995 D.1996.I.R.31.

rattachement significatif d'un rapport juridique avec le territoire ou des ressortissants français³³ et ne pas satisfaire l'idéal de protection de toutes les situations relevant du champ d'application de l'instrument international source des droits fondamentaux (HAMMJE, 1997, p. 1 et ss.), est à tout le moins manifeste une volonté d'élargir les sources d'interprétation et d'appréciation judiciaire à un creuset de normes communes à plusieurs Etats. L'ordre public compris aux articles 6, 1128, 1133 et 1134 du Code civil peut trouver une source matérielle prépondérante dans les droits fondamentaux proclamés par la Convention européenne.

De même, la Cour de cassation n'hésite pas à soumettre le contenu des contrats au respect des libertés des personnes privées et par exemple, à viser l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour écarter l'interprétation de la clause d'un bail qui aurait pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches³⁴, ou pour soumettre au contrôle de proportionnalité, une restriction par l'employeur du libre choix du domicile personnel et familial du salarié³⁵. D'aucuns se sont cependant demandés s'il était indispensable en l'occurrence, de viser la Convention européenne³⁶.

Il est plus significatif que l'interprétation du Code civil à la lumière de la convention européenne conduise à modifier les prémisses de la règle nationale (DEBET, 2004, p. 953 et ss). L'article 9 du Code civil, qui n'avait à l'origine que vocation à protéger le secret contre les intrusions d'autres personnes, s'est vu étendu sans modification de sa lettre, à la prescription d'une action positive permettant le respect du secret par les tiers. C'est ainsi que la Cour de cassation a par deux arrêts du 11 décembre 1992³⁷ reconnu le transsexualisme et autorisé la rectification de l'état civil, au visa non seulement de l'article 9 du Code civil, mais aussi de l'article 8 de la Convention qui garantit à la fois le respect du secret de la vie privée mais également la liberté de la vie privée. C'est également une application nouvelle de l'article 9 du Code civil qui est faite par la Cour de cassation lorsqu'est proclamé: «chacun a le droit au respect de sa vie privée; il en résulte qu'il ne peut être procédé au licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière»³⁸. L'interprétation européenne de l'article 9 du Code civil a également été relevée en matière de presse et de mesures de référé, pour le souci d'un équilibre entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée³⁹. Ces solutions ne paraissent pas une évidence à la lecture de l'article 9 du Code civil. Certes la proposition de modification de l'article 9 du Code civil qui dans le cadre de la loi sur le pacte civil de solidarité, devait consacrer le droit de «chacun à la liberté de sa vie personnelle et au respect de sa vie privée et familiale» a été jugée inutile par le Garde des Sceaux, en raison du

³³ Illustre cet «ordre public de proximité»: Cass. Civ. 1^{re}, 10 février 1993, Rev. Crit. Dr. int. Pr. 1993, p. 622 et ss.: «si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont en principe pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant en France du droit d'établir sa filiation».

³⁴ Cass. Civ. 3^e., 6 mars 1996, JCP, G, II.22764.

³⁵ Cass. Soc., 12 janvier 1999, D. 1999.645.

³⁶ Voir le débat doctrinal sur la nécessité ou non de faire référence à la Convention dans le cadre de l'ordre public: C. JAMIN, JCP 1996.I.3958 et J.-P. MARGUENAUD, RTDCiv. 1996.1025 sous l'arrêt du 6 mars 1996.

³⁷ Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, JCP 1993.II.21991, concl. JEOL; RTD Civ. 1993.97 et 325 obs. HAUSER.

³⁸ Cass. Soc., 22 janvier 1992, Dr. soc. 1992.329 (1^{re} espèce), note SAVATIER.

³⁹ Cass. Civ. 1^{re}., 9 juillet 2003, JCP 2003.II.10139, note RAVANAS.

postulat de la conformité du droit français avec les engagements européens⁴⁰. Mais il semblait difficile d'employer dans le cadre de l'article 9 du Code civil tel quel, la jurisprudence extensive de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de vie privée et liberté (MEULDERS-KLEIN, 1999, p. 468); l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur l'interprétation judiciaire de l'article du Code civil est ici prépondérante.

Cependant, l'interprétation et le contrôle judiciaires des dispositions du Code civil par rapport aux droits fondamentaux de la Convention européenne donnent lieu parfois à des divergences de position entre la Cour suprême et la Cour de Strasbourg. La Cour de cassation avait notamment estimé que l'article 760 ancien du Code civil était compatible avec la Convention européenne, alors que la Cour de Strasbourg prenait une position radicalement opposée en la matière⁴¹. Pour mettre le Code civil en conformité avec la Convention, il aura fallu la loi du 3 décembre 2001 qui supprime l'ensemble des discriminations successorales frappant les enfants adultérins. Il n'y a pas lieu de revenir également sur l'autorisation de rectification de l'état civil d'un transsexuel. Ces épisodes montrent l'emprise croissante de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les dispositions du Code civil.

En conclusion, est confirmée la place accrue des sources de droit exogènes dans la relecture et l'appréciation de la légitimité des principes généraux du Code civil. Il est de manière générale très appréciable que la définition des droits de l'homme se substitue à d'autres conceptions sociales ou valeurs collectives, en tant que source de la légitimité des institutions du droit civil. En l'occurrence, le défaut de recours constitutionnel interne du genre de celui prévu dans l'ordre juridique allemand a facilité le déplacement à Strasbourg du centre de gravité de la définition des droits de l'homme. L'article 55 de la Constitution et le caractère incitatif des sanctions pécuniaires de la Cour européenne ont favorisé la réception de cette définition exogène par l'autorité judiciaire et même par le législateur soumis par ailleurs au contrôle de constitutionnalité.

1.5. La primauté et l'effet direct du droit communautaire (ANCEL, 1995, p. 59 et ss.; LE TALLEC, 1991, p. 636 et ss.)

Les traités constitutifs ont indéniablement une valeur supérieure à la loi interne, par application de l'article 55 de la Constitution de 1958. C'est dans ce cadre que l'arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975 a proclamé la mise à l'écart d'une loi postérieure au Traité de Rome⁴². Du point de vue communautaire, la Cour de justice des communautés européennes a précisé de son côté qu'à «la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions»⁴³. Fondés sur le transfert ou le partage de souveraineté, la primauté et l'effet direct du droit communautaire s'imposent aux Etats membres et aux juges. Ces principes s'appliquent également à un droit dérivé exogène et touffu. A la distinction classique souvent proposée entre les règlements d'effet direct et les directives laissant aux Etats le soin de

⁴⁰ JO Sénat, CR, 18 mars 1999, p. 1570 et JO Sénat, doc. Session 1998-1999, rapport n° 258, p. 33.

⁴¹ CEDH, 1^{er} février 2000, MAZUREK, D. 2000.332.

⁴² Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, D. 1975.497.

⁴³ CJCE, Aff. 6/64, Costa, Rec. 1141.

l'adaptation des orientations européennes, a succédé l'engagement de la responsabilité des Etats en cas de non-transposition d'une directive dans leur droit interne⁴⁴. Dans la sphère du droit civil, l'intervention communautaire est encore restreinte, aujourd'hui par le jeu des principes de spécialité, de proportionnalité et de subsidiarité; limitée schématiquement aux critères des nécessités d'établissement du marché unique, de la libre circulation des marchandises ou services et des relations trans-frontalières, le plus souvent, ce sont des directives qui proposent un rapprochement des législations ou une superposition de règles aux lois nationales existantes⁴⁵ et le domaine d'élection est le droit de la consommation, compétence réaffirmée par la Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004.

L'une des illustrations les plus récentes qui est présentée de l'empreinte communautaire sur le Code civil est en matière de signature et preuve électroniques (LEVENEUR, 2004, p. 933 et ss.). La Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 et le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 ont notamment transposé la Directive du 13 décembre 1999 qui visait à faciliter l'utilisation des signatures électroniques et de contribuer à leur reconnaissance, dans l'intérêt de la libre circulation des marchandises et services et particulièrement du commerce électronique. C'est ainsi qu'a été reconnue la force probante de la signature électronique à certaines conditions. De même la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 vient notamment de transposer la directive du 8 juin 2000 sur le terrain probatoire. Il en est résulté l'article 1108-1 du Code civil qui proclame la valeur d'écrit *ad validitatem* de la forme électronique d'un acte juridique et crée le chapitre des contrats sous forme électronique et les articles 1369-1 et suivants du Code civil. Mais dans ce domaine, le législateur français s'était de lui-même saisi de l'engouement pour le commerce électronique sans attendre les positions communautaires

L'emprise du droit communautaire sur le Code civil est plus particulièrement révélée par les manquements relevés contre la France à deux reprises par la Cour de justice des communautés européennes, relativement à la responsabilité du fait des produits défectueux. Non contente d'avoir condamné la France pour ne pas avoir transposé la directive, alors que la jurisprudence avait déjà entrepris de mettre à la charge du producteur ou du revendeur professionnel, une obligation de sécurité consistant à ne livrer que des produits exempts de vice ou défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens⁴⁶, la Cour de justice des communautés européennes a également condamné la France pour ne pas avoir correctement transposé la directive du 25 juillet 1985⁴⁷. La France est tenue par cette décision exécutoire de

⁴⁴ CJCE, 19 novembre 1991, Andréa Francovitch c. République italienne et Danila Bonafici c. République italienne, Les Petites affiches, n°93, 4 août 1993, p. 32 et ss.; CJCE, 13 janvier 1993, Commission des Communautés européennes c. République française, D. 1993.566.

⁴⁵ Seront néanmoins cités, pour mémoire, les règlements intervenus en matière de procédure: Règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (qui sera remplacé bientôt par un autre Règlement); Règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale; Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (qui remplace la Convention de Bruxelles); Règlement n° 1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale; Règlement en matière d'injonction de payer...

⁴⁶ Cass. Civ. 1^{re.}, 11 mai 1999, Contrats consom. 1999, n° 140.

⁴⁷ CJCE, 25 avril 2002, Commission c. France, aff. C-52/00, D.2002.1670.

modifier les articles 1386-2 (couverture des dommages aux biens y compris inférieurs à 500 € en contravention avec la franchise prévue par la directive), 1386-7 (responsabilité du distributeur au même titre que le fabricant et non pas subsidiaire) et 1386-12 al.2 (obligation de suivi: condition non prévue par la directive d'exonération de responsabilité). Il est donc reproché à la France d'être allée trop loin dans la protection des victimes, alors même que les articles 95 et 153 du Traité CE prévoyant des dérogations et proclamant l'exigence d'un haut niveau de protection des consommateurs étaient jugés inapplicables lors de la rédaction de la directive et ne pouvaient donc pas permettre de considérer la directive comme un minimum. Cet épisode confirme l'analyse D'OPPETIT: «les directives communautaires sont parvenues à un tel degré de précision qu'elles ne laissent souvent guère de marge de liberté aux Parlements nationaux chargés de les transposer dans l'ordre interne» (OPPETIT, 1990). Il en résulte que le Code civil doit supporter des normes exogènes qui sont inconciliables avec les principes de réparation intégrale du préjudice (pour la franchise) et la responsabilité du vendeur en matière de vices cachés (subsidiarité). Même les directives ne mettent plus le Code civil à l'abri de normes exogènes; cette circonstance conduit à s'interroger sur l'opportunité d'intégrer les directives européennes au Code civil. La question se posera pour l'ensemble des directives en matière de consommation qui doivent être transposées⁴⁸, à commencer par la directive du 25 mai 1999 en matière d'obligation de conformité.

L'autre question que pose le droit communautaire est l'élaboration d'un Code européen. De nombreux travaux ont été entrepris⁴⁹. Mais les idées de codes européens souffrent de la restriction des compétences de l'Union en matière de droit civil: spécialité et compétences d'attribution, proportionnalité et subsidiarité. L'article 95 du Traité CE et, bientôt, la Constitution pour l'Europe, ne reconnaissent de compétence aux institutions européennes pour rapprocher les législations des Etats membres que dans des domaines précis tenant au marché intérieur, aux relations trans-frontalières et à la libre circulation des personnes, services, capitaux et marchandises. A ceci s'ajoute que la création d'un marché unique ne justifie pas l'unification du droit civil qui exprime l'âme des peuples. La Cour de justice a elle-même exclu toute compétence pour légiférer sur l'ensemble du droit dans le marché intérieur⁵⁰. Les institutions européennes ont donc ramené leurs ambitions à des études sur un éventuel Code des contrats et sur l'opportune révision de la législation communautaire dans les domaines déjà harmonisés⁵¹. Mais en même temps, l'exemple d'un règlement pris en matière de distribution automobile, montre qu'en intervenant dans le strict cadre du droit de la concurrence, le droit communautaire tend à

⁴⁸ L. LEVENEUR, p. 941 et ss.: pour une transposition au Code de la consommation, comme pour la directive du 5 avril 1993 par la loi du 1^{er} février 1995 en matière de clause abusive (articles L 132-1 C. consom.) et la directive du 20 mai 1997 par l'ordonnance du 23 août 2001, en matière de contrats à distance (articles L 121-16s. C. consom.).

⁴⁹ D. TALLON, «L'avenir du Code en présence des projets d'unification européenne du droit civil», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, préc.* p. 997 et ss.; O. LANDO, *Principes de droit européen des contrats, une première étape vers un Code civil européen*, RDAI 1997.189; CH. VON BAR, *Le groupe d'études sur un Code civil européen*, RDIC 2001.127; Résolution du Parlement européen du 26 mai 1989, JOCE n° C 158 du 28 juin 1989, p. 400; 6 mai 1994, JOCE n° C 205 du 25 juillet 1994, p. 518; Résolution du 16 mars 2000, JOCE n° C 377 du 29 décembre 2000, p. 326.

⁵⁰ CJCE, 5 octobre 2000, RFA c. Parlement européen et Conseil, aff. C-376/98, Europe 2000, n° 372.

⁵¹ Plan d'action de la Commission pour un droit des contrats plus cohérent: JOCE n° C 63 du 15 mars 2003, p. 1.

régir le rapport de droit civil sous-jacent, relativement à la durée des contrats et aux conditions de leur résiliation⁵².

A l'heure de la «mondialisation» (KESSEDJIAN, 2004, p. 917 et ss.), il est tentant d'envisager au moyen de principes nouveaux de renouveler les prémices du raisonnement juridique. Les besoins du commerce international et l'arbitrage, le droit comparé (ZWEIGERT & KÖTZ, 1992) ainsi que les Principes UNIDROIT (BONELL, 1994), les Principes européens du droit des contrats de la Commission Lando (LANDO, CLIVE, PRÜM & ZIMMERMANN, 2003), les Principes pour un droit européen de la responsabilité civile de l'Académie de droit européen de Trèves, ainsi que les travaux en cours des groupes d'études de Tilbur en matière de responsabilité civile, confrontent nos habitudes de raisonnement avec celles d'autres systèmes juridiques, permettent de désenclaver les catégories juridiques qui compliquent notamment la question des qualifications en droit international privé, et renouvellent la conception de l'accès au droit du point de vue de la sécurité juridique.

En conclusion, le législateur, le juge et les autorités administratives indépendantes⁵³ qui auront tout loisir de s'inspirer de ces études doctrinales, devront en tout état de cause respecter l'appréciation exogène des droits fondamentaux et de la régulation des marchés dont l'emprise sur le Code civil paraît désormais irréversible.

2. Le renouvellement des institutions du droit commun

L'évolution de la société a radicalement transformé les conceptions qui sous-tendent les principes généraux du Code civil. Le renouvellement des institutions ne signifie pas pour autant une rupture totale avec la méthode de 1804. Bien au contraire, la vision des auteurs consiste à avoir jeté les bases des institutions clés: la personne, la famille, la propriété, la responsabilité et le contrat, qui doivent refléter l'état de la société afin de continuer de susciter le phénomène d'appropriation qui assure la pérennité de la codification. De même, la codification en principes généraux portait déjà le ferment d'un travail d'interprétation et d'appréciation par le Juge que les évolutions jurisprudentielles ont confirmé. Cette intervention ne pouvant prétendre résumer un travail considérable et continu de la doctrine, il sera renvoyé aux contributions, sous les éminentes plumes, réunies à l'occasion du Bicentenaire⁵⁴. Il s'agit ici de mettre l'accent sur quelques figures dépassant les clivages des spécialités juridiques, pour illustrer l'idée générale du renouvellement des institutions existantes dans le cadre méthodologique d'origine, en partant du caractère protéiforme qui est prêté *a priori* au phénomène, selon qu'il s'agirait des métamorphoses de la famille, du débordement de la propriété, du potentiel de la responsabilité civile et de l'intemporalité du contrat.

⁵² Règlement CE n°1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002, JOCE L 203/30 du 1^{er} août 2002.

⁵³ Voir, par exemple, la décision du Conseil de la concurrence n° 02-D-36 du 14 juin 2002, à propos de la référence au Règlement du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales, en dehors de son champ d'application.

2.1. Les métamorphoses de la personne et de la famille

La notion de famille n'apparaît pas à proprement parler dans le Code civil et semble accaparée par le Code de l'action sociale et des familles de 2000, qui regroupe en réalité les règles dites de «politique familial», c'est-à-dire, d'aide administrative et financière aux familles en difficulté. Il est indéniable que le Code civil régit l'organisation extra-patrimoniale et patrimoniale de la famille, au travers des rapports entre les individus qui la composent. «Le Code civil ne connaît pas de scission entre les droits des individus et l'organisation de leur famille. Tout le droit des personnes est dans l'orbe du droit de la famille, à moins que ce ne soit le contraire» (DEKEUWER-DEFOSSEZ, 2004, p. 221).

La personne du Code civil était essentiellement volonté⁵⁵. La personne était définie en sujet de droits politiques et civils et par le droit de la nationalité. Les droits de la personnalité ont d'abord été attachés au nom, à l'honneur, à l'image, à la vie privée et au secret. Après la jurisprudence en matière de préjudice corporel, d'obligation de sécurité et d'indisponibilité du corps humain, la dimension corporelle de la personne a été inscrite dans le Code civil par l'une des lois dites «bioéthiques», n° 94-653 du 29 juillet 1994, aux articles 16 à 16-9, dans un chapitre intitulé: «Du respect du corps humain» (GALLOUX, 2004, p. 381 et ss.). Est ainsi proclamé dans le droit civil le respect du corps et de la dignité de la personne, et sont consacrées l'inviolabilité et la non-patrimonialité du corps et des produits issus du corps humain, ainsi que l'interdiction des dérives eugéniques et du clonage.

S'agissant de la famille, le modèle de 1804, impératif, inégalitaire et hiérarchisé, fondé sur le pouvoir du chef de famille a tout d'abord été impérativement transformé au profit d'une égalité des époux et des enfants entre eux (JESTAZ, 2004, p. 417 et ss.). En 1804, l'article 213 du Code civil proclamait la puissance maritale et l'article 215 frappait la femme mariée d'incapacité. Le mari disposait librement de ses biens propres, avait l'administration et la jouissance de ceux de son épouse, et gérait seul les biens de communauté. Ses dettes engageaient ses propres et la communauté. L'épouse ne pouvait que demander la séparation de bien en cas d'abus, invoquer son hypothèque légale, et lors de la dissolution, soit renoncer à la communauté pour échapper aux dettes du mari, soit le bénéficiaire d'émolument limitant son obligation au passif à ce qu'elle a reçu de la communauté. La communauté réduite aux acquêts, ainsi que la séparation de biens (seuls les immeubles de l'épouse n'étaient pas librement aliénables) étaient déjà offertes à la convention des parties. La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée accorde à l'épouse le droit de disposer des produits de son travail et des biens réservés acquis avec ses gains, pourvu qu'elle exerce une profession indépendante de celle de son mari. La Loi du 18 février 1938 supprime la puissance maritale et confère à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile, en pratique illusoire vis-à-vis des créanciers, car limitée à la disposition de la nue-propriété de ses biens propres (à cause de l'usufruit de la communauté sur les propres). La loi du

⁵⁴ Cf. notamment *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004; Université Panthéon-Assas (Paris II); *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004; ainsi que les nombreuses monographies plus spécifiques, publiées dans les Revues.

⁵⁵ J. CARBONNIER: «Il est vrai que la philosophie spiritualiste, qui a été celle du Code Napoléon et des juristes libéraux du XIXe siècle, mettait l'essence de la personnalité dans la volonté plutôt que dans le corps». C'était également la conception romaine.

22 septembre 1942 sur les droits et devoirs des époux accorde à l'épouse le droit d'exercer une profession même commerciale, et introduit la cogestion pour toute donation de biens communs, et octroie à chaque époux le droit de seul disposer des biens sur autorisation de justice, lorsque l'un des deux ne peut manifester sa volonté ou si son refus est injustifié. Elle généralise aussi la représentation mutuelle.

Le régime matrimonial primaire, compris aux articles 212 à 226 du Code civil réécrits entre 1938 et 1985, a rétabli l'égalité des droits, la symétrie des pouvoirs et la réciprocité des obligations. Par exemple, le consentement des époux est requis en matière d'achats à tempérament et d'emprunt pour que ces engagements les obligent solidairement (article 220 du Code civil); les époux ont l'interdiction de disposer l'un sans l'autre des droits qui assurent leur logement; la femme peut avoir un domicile distinct sans que ceci porte atteinte aux règles relatives à la communauté de vie (article 108 du Code civil).

De même, dans la continuité de l'attachement des Français au régime légal de communauté⁵⁶, les réformes apportées par les lois du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985 aux régimes matrimoniaux ont instauré une égalité active et passive dans la communauté. La Loi du 13 juillet 1965 institue le régime légal de communauté réduite aux acquêts, en tenant compte de l'importance prise par les meubles et valeurs mobilières; elle supprime le régime dotal tombé en désuétude et introduit la participation aux acquêts. L'égalité devient parfaite sur la gestion des biens propres et est supprimé l'usufruit de la communauté sur les propres dont le titulaire a plein pouvoir de jouissance, d'administration et de disposition, à l'exception du logement de la famille. Le mari continue à assurer la gestion des biens communs ordinaires sous le contrôle de l'épouse (vente et hypothèque sont néanmoins soumis à la cogestion) et vice versa sur les biens réservés de l'épouse. La loi de 1965 a également refondu les récompenses et indexé la créance en résultant en cas d'acquisition d'un bien. La loi du 23 décembre 1985 relative à «l'égalité des époux...» supprime la masse des biens réservés, crée une égalité dans la gestion des biens communs, autorise les ventes et sociétés entre époux, revalorise les créances entre époux, porte l'appréciation du profit subsistant (récompenses) à la date de liquidation du régime matrimonial.

L'égalité des époux dans la gestion de la communauté légale de biens réduite aux acquêts déclinée, pour raison de souplesse, en gestion concurrente, gestion conjointe et gestion exclusive. La gestion concurrente, de principe, est régie par l'article 1421 al. 1^{er} du Code civil: chacun des époux peut seul accomplir (de manière opposable à d'autres, sauf fraude et une éventuelle récompense en cas d'initiative préjudiciable pour la communauté) des actes conservatoires et d'administration des biens communs, employer des capitaux à la réalisation d'acquêts (sauf avis en cas d'apport de biens communs en société), disposer des valeurs mobilières négociables, léguer des biens communs. Du point de vue distinct du passif et de l'obligation à la dette, les cautions et emprunts contractés seuls n'engagent pas les biens communs en tant que gage des

⁵⁶ Le Code civil avait consacré un régime de communauté de meubles et d'acquêts, inspiré des pays de coutume et notamment de la Coutume de Paris, préféré au régime dotal des pays de droit romain. Lorsqu'en 1965 a été recentré la communauté sur les seuls acquêts, il est significatif qu'ait été écarté le projet de régime de participation aux acquêts (d'inspiration du nord de l'Europe), instituant une gestion séparée des biens pendant le mariage et un partage des bénéfices à la dissolution (régime légal allemand, par exemple).

créances, sauf si le conjoint y a consenti (et seront même engagés les gains et salaires et propres du conjoint cosignataire). La gestion conjointe est délimitée par les articles 1422, 1424 et 1425 du Code civil: le consentement des deux époux est requis pour la donation de biens communs (sauf de gains et salaires), tout acte de disposition, bail commercial ou rural portant sur immeuble, fonds de commerce, exploitation, meubles corporels soumis à publicité et droits sociaux non négociables. Tout dépassement de pouvoir est annulable d'une nullité relative pendant deux ans à compter de la dissolution de la communauté. La gestion exclusive est prévue par l'article 1421 al. 2 du Code civil en cas d'exercice professionnel séparé de celui du conjoint, sont supprimés sur les biens concernés la gestion concurrente, sauf transfert de pouvoirs sur décision de justice.

La puissance paternelle a également cédé le pas à l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Du point de vue de la paternité, le droit de correction est aujourd'hui supplanté par la primauté du devoir de protection. Le nom même de l'enfant ne devrait bientôt plus être lié à la puissance paternelle (CHAMPENOIS, 2002). A partir de l'atténuation du principe patronymique par la loi du 25 juillet 1952, reprise par la loi du 3 janvier 1972 attribuant à l'enfant naturel en principe le nom du parent qui le reconnaît le premier, à la consécration du nom d'usage (intransmissible) par la loi du 23 décembre 1985, la véritable réforme a été opérée par la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille qui tout en disposant que les parents peuvent donner à leur enfant le nom soit du père, soit de la mère, soit des deux dans l'ordre choisi par eux (le nom choisi s'imposera aux enfants suivants), prévoit encore que l'attribution du nom de la mère suppose l'accord du père, mais non l'inverse! Mais il s'agit déjà d'un changement considérable pour la pratique française, à la différence de pays voisins, et la complexité de la mise en œuvre de la réforme pour les services d'état civil français fait que l'application initialement reportée du 1^{er} septembre 2003 au 18 juin 2003, n'interviendra finalement qu'au 1^{er} janvier 2005.

En résumé de l'aspect égalitaire du droit de la famille, les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et pourvoient à l'éducation des enfants.

Ensuite, il souffle un vent de liberté dans le droit de la famille: «L'accroissement du pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la famille est une marque essentielle de ce droit» (CORNU, 2003, p. 15). Les manifestations les plus éclatantes sont, encore plus récemment que le divorce par consentement mutuel, notamment la consécration légale des accords entre parents en matière d'autorité parentale. Conformément à l'article 373-2-7 du Code civil: «Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Le juge homologue la convention, sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement».

La liberté familiale se manifeste également par le très nouvel encouragement des familles non fondées sur le mariage, à l'instar du pacte civil de solidarité⁵⁷ ouvert aux couples hétérosexuels

⁵⁷ Articles 515-1 et suivants du Code civil, introduits par la Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999; cf. également le Décret n° 99-1089 du 21 décembre 1999 et la Décision du Conseil constitutionnel n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 et la circulaire n° 00/2 du 11 octobre 2000 (JCP N 2001.959).

comme homosexuels, enregistré par le simple dépôt d'une convention au greffe du tribunal d'instance, et assorti d'une solidarité pour les dettes de la vie courante et le logement, de l'application du régime de l'indivision aux biens (présomption d'indivision pouvant être écartée dans la convention -meubles meublants- ou par déclaration lors de l'acquisition d'un bien immobilier ou d'une voiture...), et d'avantages fiscaux à partir de plusieurs années de vie commune, qui connaît quelque succès.

S'inscrit également à ce titre la liberté introduite récemment dans le divorce, qu'est venue accentuer la Loi du 26 mai 2004⁵⁸ réformant le divorce, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Repris par le Code civil du droit révolutionnaire qui l'avait introduit en 1792 en désacralisant le mariage, tout en étant essentiellement restreint à des cas de fautes (le divorce par consentement mutuel était néanmoins maintenu, mais est resté rare), le divorce a été supprimé par la Loi du 8 mai 1816, rétabli par la Loi du 27 juillet 1884, restreint par la Loi du 2 avril 1941 (les époux ne pouvaient divorcer qu'après trois ans de mariage), corrigé par l'ordonnance du 12 avril 1945. C'est la grande Loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce qui a entièrement refondu la législation, en ne retenant plus seulement la faute comme cause du divorce et en instituant plusieurs catégories de divorce, que la Loi du 26 mai 2004 vient conforter et simplifier. Est conforté le divorce par consentement mutuel⁵⁹ qui permet, en une audience unique désormais, de faire homologuer par le juge aux affaires familiales, une convention qui règle tous les effets du divorce à l'égard des enfants et du partage des biens. Le cas de divorce sur double aveu des parties, qui assurait rapidement le prononcé du divorce en ne laissant au juge que le soin de trancher d'éventuels désaccords sur les mesures provisoires organisant la vie séparée (lors de la première audience de conciliation) puis sur les conséquences définitives du divorce (prestation compensatoire...), est remplacé par le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage qui ne repose plus (pour ce qui est du seul prononcé du divorce) que sur le seul accord des parties et non plus un aveu de faits compromettant la vie commune. Le divorce pour faute reste maintenu. Le divorce pour rupture de la vie commune, rarement employé, disparaît au profit du divorce pour altération du lien conjugal, qui introduit le «divorce-faillite» déjà connu de pays voisins, pour cessation de communauté de vie entre les époux durant deux ans. La procédure elle-même est substantiellement modifiée en faveur de la liberté des époux. Sauf pour le divorce par consentement mutuel, il subsistera deux phases (la requête initiale introduisant la phase de conciliation et aboutissant à la première audience où le juge tranchera les mesures provisoires -garde des enfants, pensions alimentaires...- et l'assignation introduisant la phase contentieuse aboutissant au prononcé du divorce et tranchant les conséquences définitives du divorce; pour information, la liquidation-partage de la communauté de bien n'est envisagée qu'après le prononcé du divorce, une autre phase contentieuse, longue..., pouvant s'ouvrir en cas de difficulté devant le notaire); mais à la différence de la pratique antérieure, la requête initiale représente un tronc commun, seule l'assignation précisant le fondement du divorce contentieux. Les époux ne choisissent donc la cause du divorce que dans la phase contentieuse. De plus, il est à tout moment possible de faire homologuer une convention de divorce ou de changer de cause de divorce pendant la phase contentieuse, de manière plus généralement ouverte qu'auparavant.

⁵⁸ Les articles 229 et suivants du Code civil ont été substantiellement modifiés. Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, JO 27 mai 2004.2319; Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, JO 31 octobre 2004.18492.

⁵⁹ 45% des cas de divorce déjà en 2002.

Enfin, de moins en moins marqué par le caractère d'ordre public des origines, le cadre légal incline à tempérer la direction autoritaire de l'organisation et du fonctionnement du groupe familial, et à développer la contractualisation des rapports entre époux et dans l'intérêt des enfants. Sont également manifestes du relâchement de l'emprise de la loi sur l'organisation de la famille, l'article 1397 du Code civil qui offre aux époux la possibilité de changer de régime matrimonial et la grande liberté que les articles 1397-1 et suivants leur accordent dans le choix de la loi et du régime applicables même au-delà de la lettre de la Convention de La Haye.

Toutefois, l'omniprésence du Juge dans les rapports familiaux est un autre aspect majeur de la métamorphose du droit de la famille. Le juge assume aujourd'hui un triple rôle, à travers l'homologation, le départage ou éventuellement, la sanction (CATALA, 2004, p. 350 et ss.). Le droit de la famille est devenu le terrain d'élection du «contrat judiciaire». L'article 371-1 du Code civil définit l'autorité parentale comme «un ensemble de droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant» et la vérification de l'intérêt de l'enfant est devenue la justification et la finalité de l'intervention judiciaire; appréciation *in concreto* particulièrement délicate et soutenue que de quelques directives légales; peuvent être néanmoins cités les quelques articles qui invitent à prendre en considération les sentiments exprimés par l'enfant mineur (article 373-2-11), suggèrent la prescription d'une enquête sociale (article 373-2-12), proposent une médiation (article 373-2-10), demandent un effort de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée (article 375-1), recommandent de maintenir autant que possible l'enfant dans son milieu actuel (article 375-2) et de ne pas le séparer de sa fratrie (371-5). La délicate appréciation laissée au juge impose à tout le moins une obligation de motivation des ordonnances qu'il n'y a lieu d'écarter à aucun prétexte.

Sous la dépendance étroite du mariage dans ses effets comme dans son établissement, dans le Code civil de 1804 la filiation est devenue une institution à part entière qui tend à s'émanciper de l'institution du mariage et à estomper les liens entre parents au profit des liens verticaux entre l'enfant et ses parents, notamment à la faveur de l'affirmation progressive de l'égalité des effets des filiations légitimes et naturelles qui n'a été proclamée nettement, qu'à partir de 1972. Quant à l'établissement de la filiation (JESTAZ, 2004, p. 509 et ss.), l'égalité reste incomplète tout comme l'émancipation de la filiation qu'elle sert. Après la Loi du 3 janvier 1972, l'acte de naissance ne prouve la filiation maternelle qu'à l'égard d'une femme mariée, mais non à l'égard d'une célibataire.

L'apparition du souci de vérité biologique dans les paternités par procréation artificielle est venu temporiser la présomption de paternité dans la famille légitime que le Code civil de 1804 avait repris du droit romain (CHAMPENOIS, 2004, p. 359 et ss). La présomption de paternité peut être écartée lorsque les circonstances font apparaître son défaut de vraisemblance (article 313, 313-1, et 315) et la loi permet à la mère de l'enfant de ne donner qu'une seule filiation à son enfant pour éviter une procédure de désaveu, le tout temporisé par une action en rétablissement de paternité du mari (313-2); la contestation de la paternité légitime est facilitée, ouverte à la mère remariée agissant avec son nouveau mari, père biologique de l'enfant (article 318 et ss.) et tout intéressé lorsqu'il n'y a pas de possession d'état d'enfant légitime, et cela pendant 30 ans. Les expertises

scientifiques qui permettent d'identifier le père par comparaison des ADN sont maintenant de droit et évitent l'arbitraire⁶⁰. Aussitôt il doit être ajouté que néanmoins subsiste l'obstacle de la possession d'état d'enfant légitime, proclamée à l'article 322 du Code civil, inchangé.

La paternité naturelle qui ne pouvait initialement être établie que par reconnaissance (toujours unilatérale par principe), laisse place aujourd'hui également à la possession d'état depuis 1982, ainsi qu'à la vérité biologique, après les réformes de 1912, 1972 (pour la filiation adultérine) et 1993 admettant et libéralisant la déclaration judiciaire de paternité; des présomptions ou indices graves ouvrent la porte de la liberté de la preuve et de l'expertise scientifique et la contestation est plus ouverte qu'en matière de filiation légitime, à raison de l'exigence d'une possession d'état décennale en principe et trentenaire pour l'action en contestation de la mère. Dans un droit marqué par la stabilité des modes de preuve principaux de la paternité depuis 1804, la filiation légitime et la filiation naturelle, qui se rapprochent par l'égalité des effets et par l'introduction de la vérité biologique, ne présentent toujours pas la même stabilité face à la contestation. La circonstance même que la filiation légitime sera imposée contre toute vérité biologique, en raison de ce que la possession d'état confortant le titre aura un effet acquisitif quasi-immédiat de la filiation alors que cet effet nécessitera dix ans en matière de filiation naturelle, ne peut se justifier par une moins grande précarité du mariage et donc le souci de protéger une filiation vécue dans une stabilité qui est aujourd'hui fréquemment illusoire. Cette inclination du droit révèle la pérennité de la prééminence du cadre du mariage.

Ont été développées depuis le Code civil de 1804, les paternités fondées sur la volonté, tant en matière d'adoption, tutelle officieuse pour le mineur en 1804, devenue une source de filiation en 1923 et 1966, qu'avec l'apparition de la procréation médicalement assistée autorisée exceptionnellement lorsque la paternité biologique est inaccessible et qui interdit tout établissement d'un lien de filiation avec le donneur, dérogeant ainsi comme en matière d'accouchement anonyme, au droit de l'enfant à l'accès à ses origines pourtant proclamé par la Convention de New York sur les droits de l'enfant ratifiée par la France en 1990⁶¹.

La matière des libéralités, jusqu'à présent relativement stable, est dans l'attente d'une réforme annoncée. Une doctrine éminente présente des propositions qui ne remettent pas en cause les principes essentiels de la matière, offrant un système souple d'articulation des droits légaux et des libéralités, sur la base du cumul des quotités disponibles; proposant d'ouvrir la donation-partage à des descendants de générations différentes, ainsi que l'élargissement du pacte d'associé, au côté de la consécration de la promesse de donation, du testament nuncupatif. A néanmoins déjà été entreprise la réforme des donations et avantages matrimoniaux entre époux, par la Loi du 26 mai 2004 qui dissocie désormais les sorts des donations entre époux et avantages matrimoniaux, de l'attribution des torts du divorce, et soustrait l'appréciation à la volonté des époux, en maintenant les donations de biens présents et avantages ayant pris effet au cours du mariage (les déclarant en tout cas, irrévocables *ad nutum* et compromettant les clauses de non divorce); les donations déguisées deviennent valables dans les limites de la quotité disponible et irrévocables, y compris si les parties divorcent; le divorce emporte en revanche révocation de

⁶⁰ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 103.

plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial, sauf volonté contraire du disposant.

La matière des successions pour cause de décès a été également remodelée progressivement, notamment en matière de vocation successorale qui représente le signe de l'appartenance familiale; près de deux siècles après le Code civil, la loi vient de reconnaître en 2001 la dimension familiale du mariage et la qualité pleine et entière d'héritier du conjoint survivant, qui prévaut sur les héritiers du sang collatéraux et ascendants ordinaires et entre en concours avec les descendants et ascendants privilégiés⁶¹. C'est le fruit d'une lente évolution qu'il convient de rappeler pour plus de clarté. Par la loi du 9 mars 1891, un usufruit limité et une créance alimentaire étaient reconnus au conjoint survivant; par la Loi du 29 avril 1925, l'usufruit légal fut étendu à la totalité de la succession lorsque le défunt ne laissait que des collatéraux ordinaires. La Loi du 3 décembre 1930 modifiait la fente au bénéficiaire du conjoint survivant: auparavant, le conjoint survivant était écarté par tout parent au degré successible dans une seule ligne et avec cette loi, il recueillait la moitié en pleine propriété (sans cumul avec l'usufruit), en l'absence de descendants et collatéraux privilégiés et de parents au degré successible (6^e) dans une ligne (c'est la part qui serait allée à cette ligne que recueillait le conjoint survivant). La loi du 11 mars 1957 conférait au conjoint survivant un usufruit spécial sur le droit d'exploitation d'une œuvre pendant cinquante ans et il exerçait le droit de divulgation en l'absence de descendant. La Loi du 26 mars 1957 lui accordait la priorité sur les collatéraux ordinaires en lui octroyant dans ce cas la totalité en pleine propriété; la fente continuait à jouer en présence d'ascendants dans une seule ligne (le conjoint survivant prenait alors la part de l'autre ligne en pleine propriété); mais la présence de frères ou soeurs consanguins du défunt ou utérins (collatéraux privilégiés), dans une seule ligne suffisait à exclure le conjoint survivant dans ses droits *ab intestat*. En cas de concours avec un enfant adultérin, la part du conjoint survivant était diminuée de moitié par la loi du 3 janvier 1972. L'ordonnance du 23 décembre 1958 lui conférait la saisine. Le conjoint avait également un droit à la continuation du bail d'habitation ou du bail rural. Depuis le 1^{er} juillet 2002, le conjoint survivant recueille *ab intestat*: le quart en pleine propriété en présence de descendants ou l'usufruit de la totalité dans le cas d'enfants communs, la moitié en pleine propriété en présence du père et de la mère, les trois quarts en pleine propriété en présence du père ou de la mère, et la totalité en pleine propriété en présence d'autres ascendants ou de collatéraux (art. 757 à 757-2 du Code civil); il devient même réservataire d'un quart en l'absence de descendant et ascendant (art. 914-1 du Code civil). L'attribution préférentielle de la propriété du local d'habitation n'est plus facultative mais de droit et s'étend au mobilier le garnissant (art. 832 du Code civil) et un droit viager d'habitation et d'usage sur le mobilier lui est reconnu (art. 764 du Code civil). Les droits légaux en pleine propriété se calculent sur l'ensemble des biens existant au décès auxquels sont réunis ceux dont le défunt a disposé à titre gratuit au profit de

⁶¹ Articles 311-19 et 311-20, issus des lois n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994.

⁶² CH. RIEUBERNET, «De l'utilité des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001», *Droit de la famille*, Mars 2003.5, chron. 7; sur le silence de la loi de 2001 sur la règle de subsidiarité de l'usufruit légal qui ne signifierait pas pour autant l'admission du cumul des libéralités entre époux et les nouveaux droits légaux: Rép. Min. 9142, JOAN 3 mars 2003, p. 2003 faisant écho à la Cour de cassation qui retenait que les «libéralités consenties au conjoint survivant s'imputent sur l'usufruit légal et non sur la valeur de biens en pleine propriété, fussent-ils l'assiette de l'usufruit» -1^{re}. civ, 6 février 2001 JCP N 2001.1070-. La loi de 2001 constitue également une

successibles sans dispense de rapport (art. 758-1 du Code civil) et les droits légaux d'usufruit sont calculés sur les biens existants à l'exclusion des biens objets de legs (art. 922 du Code civil). Est créé un droit de retour légal au profit des collatéraux privilégiés (frères et soeurs), à hauteur de la moitié des biens reçus à titre gratuit ou pour cause de mort par le défunt de sa famille et qui se retrouvent en nature au décès.

Par ailleurs, la Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins qui ne prive pas pour autant de tout intérêt les donations entre époux, protégeant le conjoint non réservataire contre des actes à titre gratuit, offrant une option d'usufruit en cas de concours avec des enfants d'un premier lit ou naturels, ajoutant une demie part ou un quart de part en nue-propriété en cas de concours avec les père et mère du défunt, et permettant d'obtenir soit la moitié en pleine propriété (jusqu'à deux enfants communs), soit un panachage d'un quart de part avec un usufruit du reste en cas de concours avec des enfants communs.

La généralisation, aujourd'hui, de la vocation successorale *ab intestat* en propriété du conjoint survivant et l'octroi d'un droit viager au logement répondent au besoin que relayaient la pratique du report du partage au décès du conjoint survivant⁶³, ainsi qu'en matière d'indivision: le maintien du conjoint survivant dans le local d'habitation⁶⁴ et le refus au nu-propriétaire de la vente du bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier⁶⁵; le tout conjointement à la pratique du changement de régime matrimonial et d'adoption de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale, au développement de l'assurance sur la vie, et à la multiplication des pensions de réversion.

La pratique avait également consacré la généralisation des donations entre époux⁶⁶, à la faveur de l'extension progressive de la quotité disponible entre époux. Dans le système de 1804, la quotité disponible entre époux était plus large que la quotité disponible ordinaire lorsque les descendants étaient des enfants nés du mariage -art. 1094 du Code civil: un quart en pleine propriété plus un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit- et moins large lorsque les descendants étaient nés d'un précédent mariage -art. 1098: une part d'enfant légitime le moins prenant, avec maximum d'un quart (protection des enfants du premier lit contre les libéralités au second conjoint). La Loi du 13 juillet 1963 a augmenté la quotité disponible spéciale. La loi du 3 janvier 1972 a amélioré le sort du conjoint survivant face d'enfants d'un premier lit. En présence d'enfants légitimes communs, le conjoint survivant a pu choisir la quotité disponible à partir de 1963 (pleine propriété lorsqu'il y avait un enfant -art. 913), ou un quart en pleine propriété plus trois quarts en usufruit, ou la totalité en usufruit (art. 1094 du Code civil devenu art. 1094-1). En présence d'enfants d'un premier lit, la Loi de 1963 a permis au conjoint survivant de recevoir la quotité disponible ordinaire de l'article 913; avec la Loi de 1972 la quotité spéciale est devenue la

réforme technique en révisant la théorie des codécès, modernisant les institutions de l'indignité et de la représentation successorales et légalisant des modes de preuve extra-judiciaire de la qualité d'héritier.

⁶³ Cass. Req. 22 mars 1847, DP 1847.1.287; L. LINOSSIER, *Le partage des successions confondues*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1963.

⁶⁴ Article 815-1 du Code civil, issu de la Loi du 31 décembre 1976.

⁶⁵ Article 815-5 al. 2 du Code civil issu de la Loi du 6 juillet 1987.

⁶⁶ Cass. civ., 22 juillet 1807, S. 1807.1.414.

même lorsque les enfants sont communs ou d'un autre lit (les enfants du premier lit restant protégés contre les libéralités en pleine propriété). Toutefois, en cas de concours avec un enfant adultérin, le conjoint victime de l'adultère bénéficiait d'une augmentation de la quotité spéciale en l'absence d'autre enfant: trois quarts en pleine propriété, ou moitié en usufruit et moitié en pleine propriété, ou totalité en usufruit -art. 1097-. Face à un enfant adopté, la jurisprudence appliquait la quotité ordinaire de l'article 913; ensuite de la Loi de 1963 et de la réforme de l'adoption par la loi du 11 juillet 1966, s'applique la quotité disponible spéciale de l'article 1094-1 du Code civil (quotité spéciale en cas d'enfant commun).

De même, à la faveur de l'abandon de la protection de la famille légitime, les enfants naturels et même adultérins sont venus progressivement à égalité des enfants légitimes et face au conjoint survivant. Une loi du 25 mars 1896 améliora la vocation successorale de l'enfant naturel simple dont la filiation était établie (sinon il n'avait droit qu'à des subsides), en faisant un héritier avec saisine primant des collatéraux ordinaires et recevant les trois-quarts de la succession en cas de concours avec des ascendants et collatéraux privilégiés, et des droits réduits de moitié en cas de concours avec des descendants légitimes; l'enfant naturel reconnu pendant le mariage était exclu par application de l'article 337 du Code civil. La loi du 31 décembre 1970 a abrogé l'article 337 et supprimé la distinction en découlant entre les enfants naturels simples. La Loi du 3 janvier 1972 l'égalisa avec les droits et la réserve des enfants légitimes. La loi de 1972 reconnaissait également un droit successoral et des droits réduits de moitié à l'enfant adultérin en cas de concours avec un enfant légitime (avant 1972, la filiation adultérine ne pouvait pas être légalement établie et seule une créance alimentaire était reconnue). La discrimination ne fut supprimée que par la Loi du 3 décembre 2001.

Comme un juste rappel aux devoirs de famille, se sont multipliées les recours des organismes dispensateurs de prestations sociales contre les successions, et ont été créées des créances de salaire différé⁶⁷, et ont été reconnues par les tribunaux la rétribution des entraides professionnelles⁶⁸ ainsi que des aides et assistances matérielles⁶⁹.

La prise en compte des résultats économiques et sociaux du partage ont soustrait les baux à l'unité de la succession⁷⁰. La lutte contre le morcellement du patrimoine ou des exploitations familiales a affaibli l'absolutisme du droit au partage⁷¹ ainsi que le partage en nature. Les décrets-lois de 1938 ont inversé les priorités (art. 832 du Code civil) et des lois de 1961, 1970, 1971, 1980 et 1982 (art. 832 à 832-4 et 833-1 du Code civil) ont organisé des régimes d'attribution préférentielle. Les exploitations agricoles, entreprises commerciales, industrielles ou artisanales à caractère familial, reviennent au conjoint survivant ou un successeur universel ou à titre universel qui est copropriétaire et a participé à la mise en valeur. Le droit au bail d'une exploitation agricole

⁶⁷ Décret-loi du 29 juillet 1939 pour l'exploitation agricole; Lois du 31 décembre 1989 et du 9 juillet 1999 pour le conjoint survivant d'un commerçant, d'un artisan ou d'un exploitant agricole ayant participé à l'activité du prédécédé sans être rémunéré ni intéressé.

⁶⁸ Cass. Civ. 1^{re}., 14 mars 1995, Bull. civ. I, n° 130.

⁶⁹ Cass. Civ. 1^{re}., 12 juillet 1994, Bull. civ., n° 250 ; 5 janvier et 6 juillet 1999, JCP, N, 2000.722, note J. F. PILLEBOUT.

⁷⁰ Baux ruraux: L 411-34 du Code rural (ancienne Art. 831); baux d'habitation: art. 5-1 de la Loi du 1^{er} septembre 1948; art. 14 de la Loi du 6 juillet 1989 (droit de rester dans les lieux).

revient au conjoint ou ascendant ou descendant qui a exploité pendant 5 ans. Les locaux d'habitation ou professionnels (droit au bail) profitent au conjoint survivant ou successeur universel ou à titre universel qui résidait dans le local au moment du décès ou en faisait un usage professionnel.

Le besoin d'anticipation successorale a favorisé le partage d'ascendant⁷², notamment sous la forme de la donation partage, dispensée de rapport et fiscalement attractive. Une conception nouvelle de la vocation successorale est apparue, lorsque la conception égalitaire qui avait conduit au rapport et à la réduction des libéralités en nature qui contrariait la fonction dévolutive, a dû céder en 1938, la place à un rapport en valeur, corrigé en 1971 pour cause d'inflation.

Cependant, l'ensemble de la matière des successions reste attachée aux techniques et institutions classiques⁷³, et les réformes qui en améliorent le fonctionnement n'inversent pas la conception fondamentale de la continuation de la personne du défunt et ne bouleversent pas la valeur déclarative du partage et l'équilibre entre la loi et la volonté du défunt (BRENNER, 2004, p. 427 et ss.).

En conclusion, le droit de la famille n'a pas été qu'un lieu de métamorphoses et tous les développements ou revirements radicaux qui ont tous pu être absorbés par le Code civil, témoignent du potentiel d'adaptation que représente le cadre méthodologique d'un *instrumentum vivace*.

2.2. Le débordement de la propriété

Au-delà de l'étude des droits réels et du droit des biens qui sont présentés comme plutôt stables, la notion de propriété, l'un des «piliers du droit» (CARBONNIER, 1992) avec la famille et le contrat, selon le Doyen CARBONNIER, mérite une attention toute particulière de par la reproduction de son modèle pour le développement ou la création de nouveaux modes d'appropriation de biens incorporels⁷⁴.

Du seul point de vue du Code civil, la propriété n'a pas changé dans sa définition. Mais la définition classique, la propriété était essentiellement immobilière. La propriété immobilière a évolué elle-même. Son caractère absolu a été tempéré par l'admission jurisprudentielle de l'abus de droit. Ensuite, les restrictions initialement conçues essentiellement dans l'intérêt du voisinage,

⁷¹ Loi du 31 décembre 1976 ayant réformé l'indivision: sursis au partage (art. 815 al. 2 -Lois du 10 juin 1978 et du 4 juillet 1980-) et maintien temporaire en indivision (art. 815-1 du Code civil).

⁷² Loi du 7 février 1938, Décret-loi du 17 juin 1938 et Loi du 3 juillet 1971 puis Loi du 5 janvier 1988 (transmission d'une entreprise à un tiers gratifié).

⁷³ L'option successorale, le partage et l'indivision, la tontine, la saisine, la fente, l'institution contractuelle, le droit de retour, la quotité disponible et la réserve, le bénéfice d'émolument, le bénéfice d'inventaire, le rapport et la réduction des libéralités, l'effet déclaratif du partage, le partage d'ascendant..

⁷⁴ R. LE BALLE, «Après avoir été la servante de la finalité, la technique devient la source d'initiatives nouvelles. Elle attirera à elle des buts auxquels on n'aurait pas songé si elle n'avait pas existé et qui provoqueront à leur tour d'autres techniques plus évoluées, plus affinées: c'est le progrès incessant de l'esprit humain», *Cours de doctorat de droit civil approfondi*, p. 4.

se sont étendues progressivement à l'intérêt public avec les servitudes d'utilité publique non indemnisables, et la réglementation de l'occupation du sol en matière d'urbanisme, étendue par la loi SRU à l'ensemble des politiques publiques de la ville et de l'environnement. La dépossession contre juste indemnité, fondée dans la Déclaration des droits de l'homme sur la nécessité publique, est devenue justifiée par l'utilité publique à l'article 545 du Code civil et a successivement été encadrée par les textes de 1807, 1833, 1941, 1935 et l'Ordonnance du 23 octobre 1958 codifiée en 1977.

Elle était également individualiste. Il est significatif que la propriété collective soit apparue aux rédacteurs du Code civil comme une anomalie, admise pour les seuls besoins du partage d'une succession. Conçue comme pouvant être rompue facilement («nul n'est tenu de rester dans l'indivision»), elle ne pouvait être un régime de gestion durable des biens (ce qui permet de s'étonner de son choix pour une catégorie des biens du PACS). La solution temporaire est devenue pourtant durable lorsque le partage n'a lieu qu'au décès du second parent, lorsqu'elle succède à une communauté matrimoniale dissoute et qu'elle est conventionnellement poursuivie ou créée pour des achats en commun. C'est pourquoi le législateur est intervenu le 31 décembre 1976 et a opéré un dosage entre le respect des prérogatives individuelles et l'intérêt commun, sauf à prévoir l'intervention du Juge.

Puis, accompagnant l'évolution des richesses, a été appréhendée l'importance de la propriété mobilière (DERUPPE, 2004, p. 577 et ss.), étendue aux valeurs mobilières⁷⁵, à la matérialité des énergies premières (CATALA, 2004, p. 557 et ss.), à l'immatériel de l'information (CATALA, 1985, p. 97 et ss.), ainsi qu'à la figure spécifiquement française du fonds de commerce, valeur patrimoniale détachée de l'activité du commerçant, et défini comme «l'ensemble des moyens (marchandises, nom commercial, droit au bail, matériel, licence, droit de propriété industrielle...) affectés à une exploitation en vue de satisfaire une clientèle»⁷⁶. Il convient enfin de noter en marge que la propriété commerciale est une notion juridiquement abusive, dans la mesure où elle recouvre le droit du commerçant au renouvellement du bail (droit au bail) ou à une indemnité; le commerçant n'a en fait qu'un droit personnel contre le propriétaire de l'immeuble qui n'est opposable qu'à celui-ci; ce en quoi le droit français n'est pas aussi singulier que d'aucuns ont bien voulu le croire et il est audacieux d'y voir une distorsion de concurrence annonçant sa disparition sous le coup du droit européen (le traitement est égal pour les ressortissants communautaires -article 38 du décret de 1953- et les investissements à

⁷⁵ Article 529 du Code civil et article L 211-2s du Code monétaire et financier: les titres émis par des personnes morales sont des biens meubles, incorporels, non consommables, négociables, fongibles et indivisibles.

⁷⁶ Mémento pratique Francis LEFEBVRE, *Contrats et droits de l'entreprise*, n° 4480; Loi fiscale du 28 février 1872, loi du 1^{er} mars 1898 et loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement du fonds de commerce; J. DERUPPE, «L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale», in *Mélanges Terré*, p. 577 et ss.: qui constatant le peu d'intérêt d'en faire un patrimoine d'affectation après l'EURL en 1985, propose d'intégrer dans le fonds de commerce les biens immobiliers affectés à l'exploitation et de faire un principe de la transmission des contrats qui concourent au fonctionnement de l'entreprise (qui est actuellement prévue pour le contrat de travail, le bail, le contrat d'assurance et le contrat d'édition).

PH. REIGNE, «L'avenir d'une fiction juridique: le particularisme des clientèles des professions libérales», in *Mélanges Terré*, p. 587 et ss.: sont soulignés le caractère de fiction jurisprudentielle du particularisme des clientèles civiles et la volonté des tribunaux de pouvoir continuer à exercer un contrôle sur les conditions de la «cession» des clientèles civiles.

l'établissement du type pas-de-porte sont comparables aux lourds investissements exigés en Allemagne par exemple).

Est beaucoup plus éloignée de la définition classique du droit de propriété, l'indispensable protection de l'œuvre de l'esprit à travers la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle⁷⁷, difficilement assimilables à des droits réels, ou se retrouve cependant l'appropriation exclusive et opposable aux tiers, d'une création originale ou d'une invention. Le droit d'auteur notamment est caractérisé par un lien indéfectible avec la personne de l'auteur jouissant d'un droit moral imprescriptible et inaliénable. L'extension du domaine des propriétés intellectuelles *sui generis* est parfois difficile à mesurer, comme l'a montré le débat sur la protection des programmes informatiques, pour l'instant assuré essentiellement par la propriété littéraire et artistique⁷⁸, et alors que ne sont pas exclues, à l'avenir, une protection plus spécifique, et dès maintenant, des incursions indirectes dans le domaine du brevet, nonobstant le principe de non brevetabilité. La propriété incorporelle a été développée par des lois et règlements spéciaux et codifiée en dehors du Code civil⁷⁹.

Le débat entre l'appropriation de la matière, les droits de la personne et la protection *sui generis* du travail de l'homme et de l'œuvre de l'esprit, s'est poursuivi dans le domaine du vivant, relativement au statut juridique des données génétiques primaires contenues dans le génome de l'être humain, défini comme l'ensemble des «messages héréditaires qui organisent la constitution et le développement» de l'homme (CADIET, 1992, p. 42 et ss., spéc. p. 55-56). Dans ce domaine nécessitant un choix de valeur ou de société, se dégage d'abord l'idée d'un rattachement au modèle général de propriété, en ce que celle-ci s'étend à l'appropriation d'informations détachées de leur support matériel en raison de leur valeur économique (CATALA, 1966, p. 202; CATALA, 1983, p. 264 et ss.; FABRE-MAIGNAN, 1997, p. 596 et ss.; SAVATIER, 1959, p. 171 et ss.; VIVANT, 1984; ZENATI, 1991, p. 13 et ss.): si l'information contenue dans le génome, a un support organique en tant que partie de l'ADN et du corps humain indisponible, c'est sa fonction de transcription et de traduction d'instructions pour l'assemblage des acides aminés qui est maintenant l'objet des recherches, en vue d'applications pour la thérapie génique en essor, représentant la valeur de lourds investissements.

À côté de ces données primaires sont distinguées les données génétiques personnelles, définies comme les représentations intellectuelles résultant du diagnostic et des empreintes génétiques, qui individualisent la personne. S'affirme la nécessité de protéger ces dernières contre les risques issus de leur collecte détournée des finalités admises par la loi ou en dehors de tout consentement, ainsi que de leur divulgation et conservation au sein de registres génétiques d'emploi médical ou judiciaire.

⁷⁷ Il ne s'agit pas à proprement d'un droit réel, mais d'un droit distinct des droits réels et des créances. Droits de clientèle pour le Doyen ROUBIER -Le droit de la propriété industrielle, t. 1, 1952, n° 9 et ss., p. 86 et ss.- il est analysé en droit de propriété incorporelle par J. M. MOUSSERON -Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention, 1960, n° 247 et ss., p. 272 et ss.

⁷⁸ Cf. la directive européenne du 14 mai 1991 (JOCE L 122 du 17 mai 1991, p. 42) et l'article L 112-2 13° du Code de la propriété intellectuelle, issu de la Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 protège les logiciels et le matériel de conception préparatoire au titre de la propriété littéraire et artistique.

⁷⁹ Codification en 1992 de la propriété intellectuelle.

La Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, a autorisé la recherche par typage ADN en matière judiciaire. En matière pénale, le fait de refuser de se soumettre à un prélèvement biologique est puni par un an d'emprisonnement et 15.000 € d'amende. Pour toute personne condamnée pour crime ou délit puni de 10 ans d'emprisonnement, l'identification de l'empreinte génétique peut être faite sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du Procureur de la République (art. 706-56 CPP). Le Fichier national automatisé des empreintes génétiques D'ECULLY, créé par la Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 sur les infractions sexuelles, recense les profils génétiques de personnes condamnées ou simplement «mises en cause»: les traces biologiques relevées sur les scènes de certains crimes et délits (Décret 2000-413 du 18 mai 2000) et a été étendu aux crimes, vols, extorsions, destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes, ainsi qu'aux actes de terrorisme (Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 de sécurité quotidienne), puis aux empreintes provenant de traces relevées sur les lieux de vols, escroqueries, extorsions, destructions, dégradations, menaces d'atteinte aux biens, trafic de stupéfiants, atteintes aux libertés de la personne, traite des êtres humains, proxénétisme, exploitation de la mendicité, mise en péril des mineurs, ainsi que le recel et blanchiment de toutes ces infractions et les empreintes provenant d'enquêtes pour recherche des causes de la mort ou disparition inquiétante (Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003) et enfin en matière d'exhibition sexuelle (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004). Tout «suspect» (raisons plausibles de soupçon) pour tout type de crime ou délit peut pratiquement faire l'objet de prélèvements en vue d'interrogation simple du FNAEG. Les pouvoirs des officiers de police judiciaire ont été également accrus en matière de prélèvement, d'interrogation et d'enregistrement d'empreintes génétiques (art. 706-54 à -56 CPP).

En matière médicale, l'article 16-10 du Code civil, issu de la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, sanctionné par l'article 226-25 du Code pénal (un an d'emprisonnement et 15.000 € d'amende), dispose: «L'examen» (et non plus l'étude) des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique (loi n° 94-653 du 29 juillet 1994). Le consentement «exprès» (2004) de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de «l'examen» (et non plus de l'étude -Loi 1994), «après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révoquant à tout moment.» Même en cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave lors de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, le médecin informe la personne ou son représentant légal des risques que son silence fait courir aux membres de sa famille; mais le silence n'engage pas la responsabilité du patient (article L 1131-1 du Code de santé publique issu de l'art. 5 de la Loi de 2004).

En matière d'identification, l'article 16-11 du Code civil dispose: «L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique. En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli (Loi de 2004) «Sauf

accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort». Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement «exprès» de la personne doit être recueilli «par écrit» préalablement à la réalisation de «l'identification». «Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révoquant sans forme et à tout moment».

Sont donc nombreuses les occasions de collecte d'information génétique identifiante. Afin de protéger ces données personnelles, a été d'emblée envisagée la notion de propriété de l'individu sur son corps, absolue et opposable à tous (GAILLOUX, 1988, p. 129-147). Les pouvoirs exclusifs et de disposition qu'impliquent cette analyse ont soulevé des réserves, eu égard notamment au principe d'indisponibilité du corps humain et à l'inadéquation des prérogatives de la propriété; est alors proposé le recours aux droits de la personnalité et au respect de la vie privée qui protègent contre toute investigation et divulgation non autorisée de manière opposable à tous, inaliénable, imprescriptible et intransmissible (MALAUZAT, 2000, p. 184-205).

S'agissant en revanche des données génétiques primaires, contre l'avis du Comité consultatif national d'éthique qui excluait tout monopole sur le génome humain appartenant au patrimoine de l'humanité⁸⁰, se développe l'idée d'une protection spécifique des données génétiques par la propriété industrielle et le brevet, protection incontestée de l'innovation technique et de l'immatériel, qui évolue elle-même vers une protection des investissements de recherche et développement et la reconnaissance d'un droit privatif temporaire aux «personnes ayant procédé à l'investissement sur cette information afin de la révéler et de l'exploiter» (MALAUZAT, 2000, p. 211). Cette idée d'investissement a fondé en droit européen, l'idée de brevetabilité des inventions biotechnologiques et plus particulièrement d'un gène isolé ou reproduit par un procédé technique et susceptible d'une application industrielle⁸¹. La Directive précise clairement: «dans le domaine du génie génétique, la recherche et le développement exigent une somme considérable d'investissements à haut risque que seule une protection juridique adéquate peut permettre de rentabiliser». La Directive n'exclut que la découverte d'un élément du corps humain et le corps humain aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la brevetabilité d'applications au clonage, à l'eugénisme et de toute invention dont l'exploitation est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. «La séquence doit donc, pour pouvoir être brevetée, s'accompagner d'une description de la fonction de la protéine pour laquelle code la séquence d'ADN, isolée par un procédé technique, et de ses applications potentielles» (LES ETUDES DU CONSEIL D'ETAT, 1999, p. 143). La transposition de la directive a été assumée par la loi bioéthique du 6 août 2004 qui recentre la brevetabilité sur «la seule invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain», à l'exclusion du corps

⁸⁰ Avis du C.C.N.E. du 9 décembre 1991 relatif à la commercialisation du génome humain, Rapport et recherche biomédicale, 1991, La documentation française, 1992, p. 65.

⁸¹ Directive 98/44 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JOCE L 213/13; cf. également sentence arbitrale CCI n°5616, 1989, JDI 1994, p. 1041 et ss., obs. D. HASCHER, reconnaissant la validité d'une convention de cession à titre onéreux d'extraits d'hypophyse humaine entre l'organisme de collecte et un laboratoire pharmaceutique; cf. l'illicite dans le commerce international, ouvrage collectif du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux de Dijon, Travaux, Volume 16, Litec, 1996.

humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que de la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène⁸².

La Loi du 6 juillet 2004 distingue plus clairement que la précédente loi du 29 juillet 1994, les inventions non brevetables du fait de la contrariété de leur exploitation commerciale avec les bonnes moeurs ou l'ordre public, le corps humain non brevetable, la simple découverte non brevetable d'un de ses éléments, et la brevetabilité de l'invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain, qui n'inclut la brevetabilité de la séquence génomique elle-même que dans la mesure nécessaire à la réalisation et l'exploitation de l'application particulière concrètement exposée dans la demande de brevet. N'apparaît pas en revanche dans la Loi de 2004, les concepts d'isolement et de reproduction par un procédé technique d'un élément du corps humain (découpage et copie de la séquence par un procédé technique et identification de la fonction de la séquence), qui peuvent justifier la brevetabilité au vu de la directive.

En conclusions, est manifeste la sensibilité des sources du droit au raisonnement fondé sur l'investissement et, en même temps, au souci de ne pas bloquer la recherche. Nous sommes ici bien loin des conceptions de 1804; DEMOLOMBE ne croyait pas si bien dire en affirmant que «l'essentiel est moins dans les données physiques que dans l'utilité économique» (cité par LUCAS DE LEYSSAC, 1985).

2.3. Le potentiel de la responsabilité civile

La responsabilité civile se caractérise dans le Code de 1804 par l'extrême brièveté, la généralité et l'abstraction des articles 1382 à 1386.

La jurisprudence considérable comme les lois spéciales ont progressivement révélé la place prépondérante de la fonction réparatrice et indemnitaire. La faute, fait générateur classique, qui même la plus légère, engage la responsabilité de son auteur dès le Code civil de 1804, et qui était déjà présumée dans certains cas, coexiste avec le fondement du risque (SALEILLES, 1897; JOSSERAND, 1897) classiquement décliné en risque-profit et en risque-créé, ainsi que la théorie de la garantie (STARCK, 1947, 1958, 1966).

Bien plus, l'apparition de la responsabilité objective fondée sur le risque, le développement de l'assurance de responsabilité civile et la multiplication de procédés de collectivisation des risques au rang desquels figurent les fonds d'indemnisation ou garantie et les assurances directes, tout aussi bien que la sécurité sociale, ont désormais «supplanté la responsabilité civile dans sa fonction d'indemnisation, ne lui laissant qu'un rôle subsidiaire au stade du recours» (VINEY, 2004, p. 274 et ss.).

Les transformations de la structure familiale ont également influencé l'aménagement du régime spécial de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs. L'autorité parentale

⁸² Article 17 de la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, JORF du 7 août 2004, p. 14040 et ss., codifié aux articles 611-17 et

et l'effacement du droit de garde ont responsabilisé solidairement les père et mère et estompé la condition même de cohabitation (VINEY, 2004, p. 278-279). A ceci s'est ajoutée une sévérité accrue: la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a transformé la présomption de faute en une responsabilité de plein droit qui ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure⁸³. Ni une faute de l'enfant, ni même un acte objectivement illicite n'est nécessaire pour déclencher cette responsabilité⁸⁴; ce qui rapproche la responsabilité des parents d'une responsabilité personnelle de plein droit. Nous ne sommes pas loin de la désormais célèbre jurisprudence BLIECK propulsée par l'arrêt du 29 mars 1991, qui affirme désormais l'existence d'une responsabilité de plein droit du fait des personnes dont on contrôle ou organise «le mode de vie», dont les applications potentiellement infinies, appréhendent notamment le placement auprès de tiers, la protection dans le cadre de l'assistance éducative, sans parler des méthodes de «rééducation».

Dans le domaine de l'entreprise, le recours encouragé par la conjoncture et aujourd'hui généralisé à des «auxiliaires» souvent plus fragiles et moins solvables, mais difficilement discernables sur un plan juridique et pratique, dont la sous-traitance et les réseaux de distribution ne sont que les illustrations les plus simples, appelle une prise de position claire, pour l'instant absente du Code civil, sur l'admission d'un principe général de responsabilité délictuelle et contractuelle des entreprises pour le fait de leurs auxiliaires non préposées et de leurs agents économiques dépendants, qui tend à émerger progressivement de la jurisprudence⁸⁵ sur la base des articles généraux du Code, et est codifiée dans certains droits étrangers⁸⁶.

Dans les domaines de l'environnement, de la santé et de la sécurité des produits de toute nature, le principe de précaution, apparu en droit de l'environnement, présente un fort potentiel normatif. Objet du principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 et de l'article III.3 de la Convention sur le changement climatique, repris à l'article 130 R du Traité de l'Union européenne, il a fait son entrée en droit français à l'article L 200-1 du Code rural, issu d'une loi du 2 février 1995; il y est défini comme le principe «selon lequel l'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles (à l'environnement), à un coût économiquement acceptable» (KOURILSKY et VINEY, 2000, p. 151).

Actuellement, la Cour de cassation incline moins que le Conseil d'Etat à lui reconnaître une valeur juridique et un effet direct. Le droit européen semble y être plus sensible. Par exemple, les arrêts de la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire dite de la l'encéphalopathie spongiforme bovine et notamment l'arrêt du 5 mai 1998: «Lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes,

611-18 du Code de la propriété intellectuelle.

⁸³ Civ. 2^e. 19 février 1997, Bull. civ. II, n° 55; JCP 1997.II.22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY.

⁸⁴ Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, Fullenwarth, Bull. civ. Ass. Plén. n° 4; Civ. 2^e. 10 mai 2001, Bull. civ. n° 96; Ass. Plén. 13 décembre 2002, D. 2003.231, note P. JOURDAIN.

⁸⁵ G. VINEY, «La responsabilité civile», art. préc., p. 277; pour une illustration légale spéciale, peut être évoqué l'article 1^{er} de la Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, qui définit l'opération par laquelle «un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité», à une autre personne l'exécution de partie du contrat d'entreprise.

les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées⁸⁷; ce qui permet de déroger à la liberté de circulation des marchandises.

S'inscrirait *a priori* dans cette démarche l'obligation de suivi, mentionnée par la directive du 29 juin 1992 sur la sécurité des produits. Le concept du suivi requiert des fabricants de continuer à surveiller l'évolution ou l'apparition de risques pour la santé et la sécurité, présentés par des produits déjà mis sur le marché. L'obligation a été timidement introduite en droit français par la loi du 19 mai 1998 consacrant la responsabilité objective en matière de produits défectueux, d'une manière condamnée par la Cour européenne pour manquement à l'obligation de transposer la Directive du 25 juillet 1985: dans la loi, l'obligation de suivi apparaît comme permettant d'écarter l'exonération de responsabilité pour risque de développement prévue à la Directive⁸⁸. Cette dernière notion vise le défaut que l'état des connaissances scientifiques et techniques ne permettent pas de déceler au moment de la mise en circulation du produit; exonération que la jurisprudence semblait écarter en matière de responsabilité des fabricants, vendeurs et constructeurs, dans le cadre de la responsabilité sans faute déjà très protectrice des victimes. Il reste qu'en matière de responsabilité civile, le principe de précaution met l'accent sur la prévention et l'anticipation de dommages graves et irréversibles (THIBIERGE-GUELFUCCI, 1999); il porte le ferment d'une atténuation de l'exigence d'un dommage certain et actuel, ainsi que de mesures judiciaires agissant sur le risque ou en surveillant l'évolution, et de la sanction d'une obligation d'information étendue aux risques probables ou dont certaines conséquences sont soupçonnées.

Il n'en demeure pas moins une certaine vivacité des faits générateurs de la responsabilité civile prévus dans le Code civil, qu'illustre la jurisprudence développée en matière de concurrence déloyale (GERMAIN et VOGEL, 1998, p. 682 et ss.) ainsi que la pratique généralisée de la constitution de partie civile dans le procès pénal, pour obtenir l'indemnisation du préjudice devant le Juge pénal (GUERY, 2003), qui pérennisent la faute et l'idée de sanction.

Quittant les faits générateurs, la vision extrêmement large des auteurs du Code civil s'exprime le mieux en matière de dommage indemnisable; elle a reçu un plein effet dans la jurisprudence, qui n'a sans doute pas encore épuisé son potentiel infini. C'est sur le fondement du principe d'une réparation intégrale du préjudice, qu'a été tranchée la douloureuse question de l'indemnisation de la victime inconsciente ou en état végétatif⁸⁹. De même, l'Arrêt «Perruche»⁹⁰ a admis le principe de la responsabilité du médecin et d'un laboratoire qui, en ne détectant pas la rubéole, ont privé les parents du choix d'interrompre la grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant

⁸⁶ Paragraphe 278 du Code civil allemand BGB; article 49a de l'avant-projet de Code suisse des obligations.

⁸⁷ CJCE, 5 mai 1998, Affaire C.157/96 The Queen/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, commissioners of customs and excise, ex parte: National Farmers' Union e.a., Rec. I.221.

⁸⁸ Article 1386-12, al. 2 du Code civil.

⁸⁹ Crim, 11 octobre 1988, Gaz. Pal. 1989.1.440, note GUTH; Crim., 5 janvier 1994, Bull. crim., n° 5; Civ. 2^e., 22 février 1995 (1^{er}. arrêt), Bull. civ. II, n° 61; Civ. 2^e., 28 juin 1995, Bull. civ. II, n° 224

⁹⁰ Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000, Bull. civ., n° 9, Dalloz 2001.332, note MAZEAUD ET JOURDAIN; JCP 2000, n°50, p. 2267, note TERRE; JCP 2001.I.286 note VINEY; RTD civ. 103, note HAUSER; RTD civ. 2001.285, article FABRE MAGNAN; RTD civ. 2001.77, note MARKESINIS (approche de droit comparé, droit anglais); arrêt rendu sur renvoi de la Cour d'appel d'Orléans: 5 février 1999, RTD civ. 2000.80, obs. HAUSER.

handicapé. L'article 1^{er} de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 est ensuite venu préciser que nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance; la personne née avec un handicap dû à une faute médicale, ne pouvant obtenir la réparation de son préjudice que lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre des mesures susceptibles de l'atténuer. Plus généralement, le dommage réparable inclut aujourd'hui non seulement les préjudices de nature économique, mais également les dommages moraux⁹¹, y compris les atteintes aux droits de la personnalité et le préjudice d'affection, d'agrément⁹², ou sexuel⁹³, ou encore le préjudice spécifique de contamination⁹⁴, tout comme plus classiquement : le dommage corporel, les atteintes aux biens, le dommage par ricochet et la perte de chance⁹⁵. L'évolution de la société s'incorpore ici directement dans la vision méthodologique des auteurs du Code civil.

2.4. L'intemporalité du contrat

Le Code civil conserve son emprise, avec une remarquable stabilité, sur l'exécution des obligations⁹⁶, et sur les sources des obligations. Par exemple, la jurisprudence, en combinant la répétition de l'indu et le mandat illustre particulièrement la vivacité du Code civil entre les mains du juge: «l'action en répétition de l'indu doit être exercée contre celui pour le compte duquel les fonds ont été indûment versés, qui en est le bénéficiaire, et non contre celui qui les a reçus en qualité de mandataire»⁹⁷. Dans un autre registre, en droit de la sécurité sociale, «l'action en répétition de l'indu peut être engagée soit contre celui qui a reçu le paiement, soit contre celui pour le compte duquel il a été reçu, mais elle ne peut être dirigée contre celui pour le compte duquel le paiement a été effectué»⁹⁸. En droit des assurances, «l'assureur qui a payé pour le compte de qui il appartiendra une indemnité due à la victime d'un accident de la circulation ne peut, après avoir été déclaré non tenu à garantie, la répéter contre celle-ci, le paiement indu ayant en réalité bénéficié au Fonds de garantie»⁹⁹.

Le contrat, instrument de liberté et de prévision investit et encadré par le Code, est présenté comme l'institution la plus intemporelle; ce qui lui vaut les attentions de la doctrine la plus éminente (AUBERT, 1996; CADIET, 1987, p. 7 et ss.; CORNU, 1979, p. 447 et ss.; GUESTIN, 1982, 1990;

⁹¹ Civ. 13 février 1923, Dalloz Périodique 1923.1.52.

⁹² Cass. Ass. Plén. 19 décembre 2003, Bull. civ. n° 8: définissant le préjudice d'agrément comme le «préjudice personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions de l'existence».

⁹³ Civ. 2^e, 19 novembre 1998, Responsabilité civile et assurance, 1999, n°1: qui distingue le préjudice d'agrément du préjudice sexuel.

⁹⁴ (VIH/AIDS) Civ. 2^e, 2 avril 1996, Bull. civ. II, n° 88; JCP 1996.I.3985, n° 12, obs. VINEY, cf. Civ. 2^e. 1^{er} février 1995, Bull. civ. II, n° 42, JCP 1995.I.3893, n° 23, obs. VINEY; (hépatite C) Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 2003, Bull. civ. I, n° 95, JCP 2004.I.101, n° 6, obs. VINEY -réduction de l'espérance de vie, perturbations de la vie sociale, familiale et sexuelle, souffrances et crainte, affectations opportunistes résultant de la déclaration de la maladie, préjudices esthétique et d'agrément.

⁹⁵ Crim. 9 octobre 1975, Gaz. Pal. 1976.1.4; Crim., 4 décembre 1996, Bull. crim. n° 445.

⁹⁶ A l'exception notable des effets de commerce, régis par le Code commerce, dont la négociabilité et la sécurité ont nécessité un degré d'abstraction du titre dépassant le cadre de la cession ou de la délégation de créance, de la subrogation et de la novation.

⁹⁷ Règle proclamée en matière de remboursement de prestations sociales (Soc. 5 février 1981, Bull. civ. V, n° 112), dans les relations commerciales (affacturage: Com. 17 juin 2003, pourvoi n° 00-18741) et les successions (Civ. 1^{re}. 25 juin 1996, Bull. civ. I, n° 268).

⁹⁸ Soc. 6 mai 1993, Bull. civ. V, n° 131.

LE TOURNEAU, 1985, p. 348 et ss.; MAZEAUD, 2004, p. 603 et ss.; MESTRE, 1986, p. 41 et ss.; MESTRE, 2004, p. 231 et ss.; REMY, 1987, p. 271 et ss.; THIBIERGE-GUELFUCCI, 1997). Certes les contrats nommés du Code civil, tels le louage d'ouvrage, le prêt, le mandat, le bail et la société ont été dépassés par le foisonnement de législations protectrices spéciales et impératives, et il est peu évident que présente aujourd'hui un intérêt l'incorporation au Code civil de contrats spéciaux régis par le Code de commerce, le Code du travail, le Code rural, le Code des assurances, le Code de la consommation, le Code de la propriété intellectuelle et le Code de la Construction et de l'habitation. Le Code civil reste logiquement le cadre juridique des contrats «innommés» qui ont surgi de la pratique des affaires, tels la location financière de meubles d'entreprise, l'ingénierie, l'affacturage, l'ouverture de crédit, l'audit fiscal, la maintenance, le conseil, le transfert de technologie, la concession, la franchise, les contrats publicitaires, les contrats informatiques... Ceux-ci sont le terrain d'élection de la discussion sur la remise en cause de la conception «individualiste et libérale» du contrat et les idées séduisantes d'égalité contractuelle et «d'équilibrage du contrat» (DE MONTEYNARD, 2000, p. 237 et ss.) qui ont surgi des lois protectrices du consommateur notamment.

En est un bon exemple le débat sur la bonne foi inscrite à l'article 1134 al.3 du Code civil. D'aucuns voient dans la bonne foi un principe cardinal comprenant: un devoir général de loyauté des parties, justifiant la sanction du dol et de la rupture abusive des pourparlers, ainsi qu'un devoir de coopération par respect des objectifs des parties, justifiant la création prétorienne d'obligations dépassant la lettre contractuelle, notamment en matière de renseignement et de conseil, et enfin le fondement d'une condamnation d'un exercice abusif de prérogatives contractuelles (PICOD, 1989). Cependant, l'omniprésence de la bonne foi soulève des réserves, tout comme les théories qui l'amplifient (COHEN, 2004, p. 517 et ss.). L'appel à la bonne foi paraît en tout cas surabondant, lorsque le plus souvent, il s'agit de sanctionner la méconnaissance d'une règle préexistante ou de l'économie du contrat voulue par les parties (MAYER, 1993, p. 543 et ss., spéc. 554). Si la jurisprudence a évoqué fréquemment la bonne foi, ce n'était pas pour autant pour lui reconnaître les effets les plus spectaculaires tel un revirement sur la théorie de l'imprévision par exemple. Certains arrêts marquent même un frein aux tendances expansionnistes, rappelant dans toute sa rigueur, le principe de la force obligatoire des contrats. Par exemple, la Cour de cassation a refusé de retenir un manquement à la bonne foi ou un dol par réticence dans l'affaire dite des «photographies de Baldus», où un acheteur professionnel a acheté aux enchères publiques auprès d'un particulier peu connaisseur, des pièces à un prix qu'il savait dérisoire par rapport à la valeur des clichés sur le marché de l'art⁹⁹. La Chambre commerciale rejette la bonne foi en tant que condition de mise en œuvre de la garantie d'éviction du vendeur d'un fonds de commerce dès lors que le contrat ne comprenait aucune stipulation de non-garantie¹⁰¹. De même, a eu lieu un revirement¹⁰² sur le cautionnement du dirigeant social: le créancier garanti n'avait plus à vérifier l'adéquation du montant de la garantie aux capacités financières de l'intéressé, avant la loi du 1^{er} août 2003 qui est venue ajouter à l'article L 341-4 du Code de la consommation,

⁹⁹ Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, BICC 15 mai 2004, n° 788.

¹⁰⁰ Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, Bull. civ. I, n° 131.

¹⁰¹ Com. 20 février 2001, JCP E 2001.1866, note KEITA.

¹⁰² Com. 8 octobre 2002, Bull. civ. IV, n° 136.

le principe de proportionnalité pour une caution personne physique s'engageant au profit d'un créancier professionnel.

Par ailleurs, l'objet du contrat a été employé pour écarter des clauses de contrats-cadres plaçant l'une des parties sous la dépendance directe de l'autre dans la détermination du prix, avant que la Cour de cassation ne revienne à une position plus mesurée, validant la détermination ultérieure des prix, tout en l'assortissant par une évolution décisive, d'un contrôle *a posteriori* de tout abus déloyal dans l'exécution du contrat¹⁰³.

C'est enfin par un renouvellement de la cause du contrat, qu'est esquissé par la jurisprudence, un équilibre du contrat innommé échappant aux régimes spéciaux impératifs (MAZEAUD, 2004, p. 451 et ss.). Elle était classiquement ambivalente: cause de l'obligation protégeant chaque cocontractant en l'absence de contrepartie apparente ou purement illusoire ou cause impulsive et déterminante du contrat permettant de faire échec à un contrat contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (FENOUILLET, 2001, p. 487 et ss.; en contra, FOYER, 2004). En quelques arrêts, sur le fondement de la cause, a été prononcée l'annulation d'un contrat d'approvisionnement exclusif accusant une disproportion économique entre l'engagement d'exclusivité souscrite pour une durée de cinq ans en contrepartie «dérisoire» de l'obtention et de la garantie d'un prêt de quarante mille francs¹⁰⁴ et la Chambre sociale de la Cour de cassation a subordonné la validité d'une clause de non concurrence dans un contrat de travail, à l'existence d'une contrepartie financière sérieuse au profit du salarié¹⁰⁵; ce qui était également sanctionné dans les contrats commerciaux: le contrôle de proportionnalité était appliqué pour la première fois à propos d'une clause de non concurrence pesant sur un chauffeur de taxi exerçant à titre indépendant, dans le cadre d'un contrat qui lui permettait d'utiliser les services d'une centrale radio de société¹⁰⁶. Bien plus, en dehors du droit de la consommation, un prêt conclu en vue d'une vente a été considéré comme caduc à la suite de la résolution de ladite vente, au motif que les deux contrats répondaient à une cause unique¹⁰⁷, et la Chambre commerciale a admis que la cause d'un crédit-bail résidant dans le maintien d'un contrat de prestations d'images, la disparition de celui-ci emportait inéluctablement l'anéantissement de celui-là pour l'avenir, réputant non écrite au passage la clause expresse de divisibilité des contrats¹⁰⁸! Cette appréciation d'ensemble de l'intérêt d'un groupe contractuel trouvait des signes avant coureurs dans l'appréciation judiciaire des constructions contractuelles complexes en marge des montages de sociétés (DOM, 1998). Enfin, dans l'arrêt «Chronopost», la Cour de cassation a réputé non écrite la clause limitative de réparation stipulée dans un contrat de transport urgent, au motif que la réduction excessive de la sanction de l'inexécution de l'obligation essentielle de ponctualité contredisait la portée de l'engagement pris¹⁰⁹! La notion de cause a évolué récemment d'une manière spectaculaire qui

¹⁰³ Cass. ass. 1^{er} décembre 1995, JCP 1996.II.22565, note J. GHESTIN.

¹⁰⁴ Com. 14 octobre 1997, Rép. Defrénois 1998.1042, obs. D. MAZEAUD.

¹⁰⁵ Soc., 10 juillet 2002 (trois arrêts) Dr. soc. 2002.949, note R. VATINET; Rép. Defrénois 2002.1619, obs. R. LIBCHABER.

¹⁰⁶ Com. 4 janvier 1994, Bull. civ. IV, n° 4.

¹⁰⁷ Civ. 1^{re}. 1^{er} juillet 1997, Rép. Defrénois 1997.1251, obs. L. AYNES.

¹⁰⁸ Com., 15 février 2000, Rép. Defrénois 2000.1118, obs. D. MAZEAUD.

¹⁰⁹ Com. 22 octobre 1996, RTD civ. 1997.418, obs. J. MESTRE; V. également Civ. 1^{re}. 19 décembre 1990, RTD civ. 1991.325, obs. J. MESTRE: clause de réclamation de la victime garantie dans un contrat d'assurance; Com. 17 juillet 2001, JCP 2001.I.148, obs. G. LOISEAU: clause limitative de réparation dans un contrat de maintenance.

n'est pas exempte de réserves doctrinales soulignant par exemple que réputer non écrite une clause de limitation de responsabilité revient à faire l'impasse sur l'article 1150 du Code civil qui n'écarte la réparation du seul dommage prévisible qu'en cas de faute lourde ou dolosive (CAPITANT, TERRE, LEQUETTE, 2000, p. 86). Il n'est pas nécessaire d'insister sur les préoccupations pour la sécurité juridique d'une incursion étendue du juge en matière d'appréciation de la proportionnalité des engagements contractuels et de l'intérêt d'un contrat dans un ensemble contractuel.

Il ne s'agit pas ici de trancher un débat dont ne peut qu'être salué le caractère vivifiant et stimulant. Les notions d'équilibre contractuel et d'intérêt du contrat qui accompagnent les évolutions jurisprudentielles et de la théorie générale du contrat, représentent l'introduction d'une dimension dynamique et le tempérament corollaire de la mesure qui doit être gardée (FINLANGER, 2002) à l'instar de la jurisprudence en matière de clauses abusives (MESTRE, 2004, p. 677 et ss.). Il importe de souligner que l'attachement à la force obligatoire du contrat, marqué dans la grande majorité des décisions de justice, ainsi que l'emploi parcimonieux des notions cadres du Code civil par quelques arrêts qui en renouvellent le sens, illustrent tous deux la pérennité de la codification en principes généraux.

La vigueur, tout comme l'adaptabilité, des institutions et principes généraux du Code civil montrent le maintien de la place centrale du Code civil, aujourd'hui en tant que siège du droit commun, ainsi que la vivacité de la vision méthodologique des auteurs de 1804.

3. Bibliographie

Jean Pierre ANCEL (1995), «La prise en compte du droit international et du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation», in *Mélanges Plantey*.

Jean-Luc AUBERT (2000), *Le contrat*, Dalloz, collection Connaissance du droit.

Alain BENABENT (2004), «Les difficultés de la recodification: les contrats spéciaux», in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec.

Alain BENET (1984), *Essai sur la notion de liberté civile*, th. ronéo. Orléans.

Clara BERNARD (2002), *La paternité en droit français*, éd. La Mouette.

Michael Joachim BONELL (1994), *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Juris Publications, New York.

Laurence BOY (1998), *Normes*, Revue Internationale de Droit Économique, n° 2.

Claude BRENNER (2004), «La succession», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Litec.

Rémy CABRILLAC (1999), «Le symbolisme des codes», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Ed. Juris-classeur.

Loïc CADIET (1992), «La génétique humaine: de l'information à l'informatisation», in *La génétique humaine de l'information à l'informatisation*, Litec, Thémis.

- (1987), «Interrogations sur le droit des contrats», in *Le droit contemporain des contrats*, Economica.

Guy CANIVET (2002), «La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme», in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, collection Droit et justice 33, Bruxelles, Bruylant.

Henry CAPITANT, François TERRE, Yves LEQUETTE (2000), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz.

Jean CARBONNIER (1992), *Flexible droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

- (1986), «Le Code civil», in *Les lieux de mémoire*, sous la direction de P. Nora, II: La Nation, 2: Le territoire, l'Etat, le patrimoine, Gallimard.

Pierre CATALA (2004), «La métamorphose du droit de la famille», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Litec.

- (2004), «La matière et l'énergie», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

- (1985), «La propriété de l'information», in *Mélanges Raynaud*.

- (1984), *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, chron. 97 et ss.

- (1983), «Les transformations du droit par l'informatique», in *Emergence du droit de l'informatique*, Des Parques.

- (1966), *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, Revue Trimestrielle de Droit Civile, n° 22 et ss.

Daniel COHEN (2004), «La bonne foi contractuelle, éclipse et renaissance», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz.

Gérard CORNU (2004), «Réflexions en attendant le tricentenaire», in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec.

- (2003), *Droit de la famille*, Précis Domat.

- (1979), *L'évolution du droit des contrats*, Revue Internationale de Droit Comparé, Sté. Lég. Comp., vol. I.

Gérard CHAMPENOIS (2004), «La paternité», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Litec.

Jean-Yves CHEROT (1991), *Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel*, réponse à Christian ATIAS, *Revue Française de Droit Constitutionnel*.

Anne DEBET (2004), «Le Code civil et la convention européenne des droits de l'homme», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Litec.

Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (2004), «La famille», in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec.

Ghislain DE MONTEYNARD (2000), «La recherche d'un équilibre contractuel au travers de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation», in *Rapport de la Cour de cassation*.

Jean DERUPPE (2004), «L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

Jean-Philippe DOM (1998), *Les montages en droit des sociétés*, Joly.

Roland DRAGO (2004), «Le Code civil et le droit administratif», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Litec.

Adhemar ESMEIN (1904), «L'originalité du Code civil», in *Livre du centenaire*, t. 1, éd. Rousseau.

Muriel FABRE-MAGNAN (1997), *Propriété, patrimoine et lien social*, *Revue Trimestrielle de Droit Civile*.

Bernard FAURE (1995), *Les objectifs à valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique*, *Revue Française de Droit Constitutionnel*.

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (2004), «L'ordre public», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Litec.

Louis FAVOREU (1982), «L'influence de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit», in *Itinéraires, Mélanges offerts à Léon Hamon*, Economica, Paris.

Dominique FENOUILLET (2004), «La filiation plénière, un modèle en quête d'identité», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

- (2001), «Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique», in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec.

Frédérique FERRAND (1997), *Droit privé allemand*, Dalloz, n° 64.

Laurence FIN-LANGER (2002), *Le principe d'équilibre contractuel*, th. Orléans, Bibliothèque de droit privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Jean FOYER (2004), «Les bonnes moeurs», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz.

Marc FRANGI (1992), *L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels, contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé*, thèse Aix-en-Provence, 1990, PUAM, *Economica*.

Michel FROMONT (1975), «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la R.F.A.», in *Mélanges Ch. Eisemann*, Cujas.

Jean-Christophe GALLOUX (2004), «Le corps humain dans le Code civil», in *Le Code civil, un présent, un passé, un avenir*, Dalloz- Litec.

- (1988), *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse Bordeaux.

Jean GAUDEMET (1999), «Le temps de l'historien des institutions», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

Michael GERMAIN et Louis VOGEL (1998), *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot*. Tome 1, Actes de commerce, Baux commerciaux. Propriété industrielle. Concurrence. Société commerciale, 17^e éd., n° 682 et ss.

Jacques GHESTIN (1982), *L'utile et le juste dans le droit des contrats*, D. Chron. 1

- (1990), «La notion de contrat», in *Le contrat*, Droits, n° 12.

Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX (1983), *Traité de droit civil. Introduction générale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Christian GUERY (2003), *Le Juge d'instruction et le voleur de pommes: pour une réforme de la constitution de partie civile*, D. 1575, spécialement n° 6.

Daniel GUTMANN (2004), «Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

Petra HAMMJE (1997), *Droits fondamentaux et ordre public*, Revue Critique de Droit International Privé et de Droit Penal.

Philippe JESTAZ (2004), «L'égalité et l'avenir du droit de la famille», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

Catherine KESSEDJIAN (2004), «La mondialisation du droit: défi pour la codification», in *le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Litec.

Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY (2000), *Le principe de précaution*, Rapport au premier ministre, Ed. Odile Jacob, La documentation française.

Ole LANDO & Hugh BEALE (2000), *Principles of European Contract Law*, Part. I & II, Kluwer, La Haye.

Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM & Reinhard ZIMMERMANN (2003), *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer, La Haye.

Robert LE BALLE (1966-67), *Cours de doctorat de droit civil approfondi*, Paris, Cours de Droit.

Francis LEFEBVRE (2002), *Contrats et droits de l'entreprise*, éd. Francis Lefebvre, n° 4480.

Georges LE TALLEC (1991), «La Cour de cassation et le droit communautaire», in *Mélanges Boulouis*.

Philippe LE TOURNEAU (1985), «Quelques aspects de l'évolution des contrats», in *Mélanges Pierre Reynaud*.

Laurent LEVENEUR (2004), «Le Code civil et le droit communautaire», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Litec.

LES ETUDES DU CONSEIL D'ETAT (1999), *Les lois de bioéthique: cinq ans après*, La documentation française.

Lucien LIROSSIER (1963), *Le partage des successions confondues*, Bibliothèque de droit privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC (1985), *Une information est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens?*, D. chron. 46.

François LUCHAIRE (1998), *Le Conseil constitutionnel*, 2^e éd., t. II: Jurisprudence, première partie: l'individu, Paris Economica, §198.

Marie-Isabelle MALAUZAT (2000), *Le droit face aux pouvoirs des données génétiques*, Presses universitaires de Marseille.

Bertrand MATHIEU (2000), *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit Public Positif.

Pierre MAYER (1993), «Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international», in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Université de droit de Genève, Helbing et Lichtenham.

Denis MAZEAUD (2004), «Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

- (2004), «La cause», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz.

Jacques MESTRE (2004), «Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat», in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec.

- (2004), «Vingt ans de lutte contre les clauses abusives», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

- (1986), *L'évolution du contrat en droit privé français, l'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier.

Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN (1999), «Glorieuse ambiguïté», in *La personne, la famille et le droit*, Bruylant- Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Nicolas MOLFESSIS (1994), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. ronéo., Université de Panthéon- Assas.

Joel MONEGER (1995), «Droit constitutionnel et droit privé», in *Journées de la société de législation comparée - 8^e Journées Franco-polonaises Varsovie-Lodz.*

MONTHOLON, *Récit de la captivité de l'empereur Napoléon*, t. 1.

Jean Marc MOUSSERON (1960), *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, n° 247 et ss.

Bruno OPPETIT (1999), «Philosophie du droit», Précis Dalloz n° 96.

- (1995), «Portalis philosophe», in *Le Recueil Dalloz*, n° 43.

- (1990), *L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême*, Chron. 73.

Yves PICOD (1989), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Benoît PLESSIX (2003), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, collection Sciences juridiques et politiques.

Philippe REIGNE (2004), «L'avenir d'une fiction juridique: le particularisme des clientèles des professions libérales», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-Puf-Éd. Juris-Classeur.

Philippe REMY (1987), «Droit des contrats: questions, positions, propositions», in R. CADIET [Coordinateur], *Le Droit contemporaine des contrats*, Paris.

Thierry REVET (2004), «La recodification, entre tentation et illusions», in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec.

Christelle RIEUBERNET (2003), «De l'utilité des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001», *Droit de la famille*.

Jacques ROBERT et Jean Dans DUFFAR (1999), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7^e éd., Domat Droit public, Montchrestien.

Doyen ROUBIER (1952), *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, n° 9 et ss.

Dominique ROUSSEAU (1992), *Droit du contentieux constitutionnel*, éd. Montchrestien, 2^e éd.

Raymond SALEILLES (1897), *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, in Louis. Josserand(1897), *De la responsabilité du fait des choses inanimées*.

René SAVATIER (1959), «Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels», in *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, n° 498 et ss.

Boris STARCK (1947), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris.

- (1958), *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, Revue Trimestrielle de Droit Civile 475.

- (1966), *Les rayons et les ombres d'une esquisse de la loi sur les accidents de la circulation*, Revue Trimestrielle de Droit Civile 635.

Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI (1999), *Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile*, Revue Trimestrielle de Droit Civile 561.

- (1997), *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, Revue Trimestrielle de Droit Civile 357.

André TUNC (1985), «Code napoléon», in *Encyclopaedia universalis*.

Georges VEDEL (1998), «Propos d'ouverture», in *La constitutionnalisation des branches du droit*, Aix en Provence et Paris, PUAM et Economica.

Geneviève VINEY (2004), «La responsabilité civile», in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec.

Michel VIVANT (1984), *A propos des biens informationnels*, Juris-Classeur Périodique ou Semaine Juridique, éd. G, 3132.

Louis VOGEL (2004), «Recodification et renouvellement des sources internes», in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec.

Claude WITZ (1992), *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, n° 40.

Frédéric ZENATI (1991), «Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier», in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e journée R. Savatier, Poitiers, 4-5 octobre 1990, PUF.

Élisabeth ZOLLER (2004), «Le Code civil et la constitution», in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz.

Konrad ZWEIGERT & Hein KÖTZ (1992), *An Introduction To Comparative Law*, traduit par Tony WEIR, Clarendon, Oxford, 2^e éd.