

Le temps du droit au XXI^e siècle – Compatibilité avec la codification ?

Catherine Kessedjian

Volume 46, numéro 1-2, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043853ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043853ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Kessedjian, C. (2005). Le temps du droit au XXI^e siècle – Compatibilité avec la codification ? *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 547–560.

<https://doi.org/10.7202/043853ar>

Résumé de l'article

Le temps passé, le temps présent et le temps futur sont tous significatifs pour la création normative. La codification semble avant tout s'ancrer dans le passé et faire un pari de stabilité sur le futur. En conséquence, elle peut être considérée comme inadaptée à une société en mouvement rapide. L'article propose une piste pour que la codification puisse prendre en compte l'évolution future, gage d'une bonne codification du XXI^e siècle.

Le temps du droit au XXI^e siècle – Compatibilité avec la codification* ?

Catherine KESSEDJIAN**

Le temps passé, le temps présent et le temps futur sont tous significatifs pour la création normative. La codification semble avant tout s'ancrer dans le passé et faire un pari de stabilité sur le futur. En conséquence, elle peut être considérée comme inadaptée à une société en mouvement rapide. L'article propose une piste pour que la codification puisse prendre en compte l'évolution future, gage d'une bonne codification du XXI^e siècle.

-
- * Il existe bien d'autres facteurs que le temps qui peuvent remettre en cause la codification. Dans un bref essai précédent, nous avons essayé de comprendre l'enjeu posé par la mondialisation du droit : C. KESSEDJIAN, «La mondialisation du droit : défi pour la codification», dans P. CATALA (dir.), *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 917. Dans la même veine, on peut penser que les nouvelles conceptions cosmopolitiques et notamment le changement de paradigme de la légitimité contribuent aussi à remettre en cause la codification : U. BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Aubier, 2003. La remise en cause du rôle de l'État, conséquence du changement de paradigme de la légitimité, est aussi un facteur important puisque la codification dont nous parlons ici relève de l'État. Un autre exemple est celui de l'insatisfaction du travail parlementaire actuel. Voir sur ce sujet : INSTITUT MONTAIGNE, *Comment améliorer le travail parlementaire*, [En ligne], octobre 2002, [www.institut-montaigne.org/pdf/wparl2002.pdf] (30 mars 2005). L'eupéanisation du droit constitue un troisième exemple. En s'éloignant du citoyen, en devant prendre en considération des cultures multiples dans des contextes sociaux, économiques et politiques divers, la création normative est rendue beaucoup plus difficile et une éventuelle codification aléatoire, sauf à considérer que l'Europe pourrait constituer cet ordre nouveau que l'on a connu au XIX^e siècle en France. Si tel était le cas, la codification devrait alors se faire au niveau européen et non plus national. Nous n'aborderons aucun de ces aspects dans le présent texte pour en garder son caractère homogène.
- ** Professeure, Université Panthéon-Assas, Paris II.

The past, the present and the future are all significant in the creative drafting of legislative norms. Codification above all seems to plunge its roots into the past and then base its existence on stability in the future. Consequently, the codification process may be considered as unsuitable in a society in the throes of rapid evolution. The paper suggests a perspective that would allow codification to become future inclusive, a basis for solid codification in the twenty first century.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1 Le temps passé | 552 |
| 1.1 La requête des opérateurs | 553 |
| 1.2 L'intervention précoce et abondante du législateur | 554 |
| 2 Le temps présent | 555 |
| 3 Le temps futur | 557 |
| 3.1 Comment prendre en considération les générations futures ? | 558 |
| 3.2 Réconcilier le hiatus de l'accélération du temps et de la codification..... | 559 |
| Conclusion | 560 |

« L'inconnu ne se trouve ni dans le passé, ni dans le futur,
mais en réalité, tout juste dans le présent immédiat »
Toru Takemitsu (compositeur, 1930-1996)

Georges Pérec, à sa manière fort judicieuse et impertinente, relevait que l'espace semble être plus apprivoisé ou plus inoffensif que le temps. On rencontre partout, disait-il, des gens qui ont des montres et très rarement des gens avec des boussoles¹ !

La mythologie est là pour nous rappeler que la lutte de l'homme contre le temps existe de toute éternité. Kronos, le plus jeune fils d'Ouranos, le ciel, et de Gaïa, la terre, émascule son père et mange ses enfants, sauf

1. Georges Pérec est cité par J. COMBACAU, « L'écoulement du temps », dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Le droit international et le temps*, Paris, A. Pedone, 2001, p. 77.

Zeus, caché par sa mère, qui, devenu adulte, se révolte et expulse Kronos de l'Olympe. Imaginez ce que nous serions si Kronos était resté dans l'Olympe ! Plus de souci au sens heideggérien ! Ce serait l'avènement de l'insouciance².

Le temps, entité³ souvent personnifiée, a inspiré les plus grands poètes. On se souvient de ce vers de Lamartine trop souvent ressassé « Ô temps, suspends ton vol » et Alain de se demander : « Pendant combien de temps le temps va-t-il suspendre son vol ? ». Ou Lamartine qui nous dit encore : « Le temps n'a pas de rive. Il coule et nous passons. »

Le temps est une abstraction⁴, un perpétuel présent inépuisé⁵. Seule la durée est réelle. Bergson travaille sur la durée et non le temps⁶. C'est ainsi que, pour lui, le temps psychologique est la durée vécue par la conscience. C'est cette conscience-là qui nous est utile, à nous, juristes. Le temps comme l'espace sont des cadres de notre perception, des conditions subjectives de notre représentation du monde. Aristote ne disait-il pas que le temps est le nombre du mouvement⁷ ? C'est une idéalité transcendante (Kant), une idéalité en ce sens qu'elle est une forme de subjectivité ; transcendante, car elle constitue une condition a priori de toute connaissance, de l'expérience.

Le droit manipule le temps en ce qu'il lui fait porter des effets qui ne lui sont pas *a priori* inhérents. Le temps qui détruit et le temps qui construit sont tous deux bien connus des juristes, ne serait-ce que par la prescription extinctive et la prescription acquisitive⁸. Mais si l'on consulte le

2. F. JULLIEN, *Du « temps » – Éléments d'une philosophie du vivre*, Paris, Grasset, 2001, p. 183.

3. Nous ne prenons pas parti sur l'argument sceptique qui soutient que le temps n'a pas d'être puisque le futur n'est pas encore, que le passé n'est plus et que le présent ne demeure pas. Ce à quoi Paul Ricœur répond que nous parlons du temps comme ayant de l'être et que c'est dans le passage même, dans le transit, que l'on peut mesurer ce qu'est le temps : P. RICŒUR, *Temps et récit*, t. 1, Paris, Seuil, 1983, p. 25.

4. Temps vertical, temps horizontal, temps circulaire ou linéaire, chaque civilisation a sa propre conception du temps.

5. G. ROUD, « Mirage d'hiver », dans *Campagne perdue*, Lausanne, Bibliothèque des arts, 1972.

6. Souvenons-nous de la controverse qui a opposé Bergson et Bachelard. Voir : G. BACHELARD, *L'intuition de l'instant*, Paris, Stock, 1992, et G. BACHELARD, *La dialectique de la durée*, Paris, PUF, 1963.

7. ARISTOTE, *Physique*, Paris, Flammarion, 2000, § 218b-219b, p. 249.

8. Nous nous situons exclusivement dans une acception occidentale du temps, c'est-à-dire une compréhension linéaire du temps. Or, nous savons que l'irréversibilité du temps n'est pas partagée par toutes les civilisations. Par exemple, la civilisation chinoise parle d'accumulation (ce serait l'image du glacier ou des couches archéologiques), alors que les civilisations arabe ou indienne ont une conception circulaire du temps.

Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, on constate qu'il ne prend en considération que le temps-durée (le seul « utile » pour le juriste). Quant à la plupart des livres de droit, le mot « temps » n'apparaît pas dans l'index⁹. En cela, ils rejoignent peut-être la sagesse de Pascal qui estimait que le temps fait partie de ces concepts qu'il est impossible de définir ou même inutile de définir.

Le droit est pétri de faits, donc de temps. En réalité, il n'y a pas un temps du droit mais des temps du droit¹⁰. On peut penser, par exemple, que le temps du législateur n'est pas le temps du juge¹¹ qui, ni l'un ni l'autre, ne sont le temps du sujet de la règle¹². Compte tenu du contexte de notre article, nous ne nous arrêterons qu'au temps du législateur¹³, même s'il nous amènera, néanmoins, à nous intéresser *in fine* au juge. Le temps du législateur se décompose en trois temps, comme le temps humain : le temps passé, le temps présent et le temps futur¹⁴. Le législateur devrait prendre en considération chacun de ces trois temps : il devrait bâtir sur le temps passé (l'expérience acquise), légiférer pour le temps présent sans oublier qu'il agit aussi pour l'avenir (conséquences transgénérationnelles). C'est en cela que certains peuvent affirmer que le temps du droit n'est que le temps présent qui seul permet de réconcilier le temps passé et le temps futur¹⁵.

-
9. J. VERHOEVEN (« Les conceptions et les implications du temps en droit international », dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *op. cit.*, note 1, p. 9) le notait pour les ouvrages de droit international public, mais sa remarque se vérifie aussi pour les ouvrages de droit en général.
 10. François Ost distingue quatre temps du droit, soit le temps de la mémoire qui lie le passé et le temps du pardon qui le délie quand il le faut, le temps de la promesse qui lie le futur et le temps de la remise en question qui permettra de le délier quand il le faudra : F. OST, *Le temps du droit*, Paris, O. Jacob, 1999, *passim*.
 11. La thèse récente de S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, 2002, doit être signalée. Elle éclaire en partie le rapport du juge au temps.
 12. Et il y a certainement encore de multiples autres temps. Voir, par exemple, A.-J. ARNAUD, « Temporalité juridique », dans A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, Paris, PUF, 1993, p. 607.
 13. Nous n'étudierons pas l'influence grandissante du contrat dans la régulation de la modernité, même si elle a un rapport phénoménologique au temps du droit. Sur cette question, voir, par exemple, J.P. GAUDIN, *Gouverner par contrat : l'action publique en question*, Paris, Presses de sciences po, 1999, et J.P. GAUDIN, « Le sens du contrat dans les politiques publiques », *Esprit*, n° 272, 2001, p. 112-121.
 14. L'Université Panthéon-Assas, Paris II, a consacré au Code civil une collection d'articles : P. CATALA (dir.), *Le Code civil, 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004.
 15. C'est, par exemple, ce qu'a affirmé David Caron dans sa communication à l'American Society of International Law, en avril 2004, à paraître dans les Proceedings. Aussi : F. OST, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation

Un des éléments propres au XXI^e siècle est certainement l'accélération du temps, accélération à laquelle le temps juridique ne fait pas exception¹⁶. C'est en partie ce fait propre à notre société qui nous a incitée à tenter d'évaluer les rapports entre temps et codification.

Précisons, à ce stade, que la codification dont nous parlons ici est celle du XIX^e siècle, c'est-à-dire l'organisation d'un ensemble cohérent de normes, pour fonder un système qui exige des modifications sur le droit précédant l'acte de codifier¹⁷. Ces modifications peuvent être plus ou moins profondes, mais elles constituent le propre de la codification dont nous parlons ici, celle dans laquelle la fonction de création normative est bien présente¹⁸. Ce n'est pas la mise bout à bout d'un amas de lois éparses, comme le fait la codification du XX^e siècle en France, codification dite « à droit constant » ou autre « codification-compilation » ou codification-collection, comme disait Hegel. À cet égard, il n'est pas neutre de constater que le Code civil dont nous célébrons le bicentenaire s'intitulait à l'origine : Code civil des Français. Il s'agissait d'un projet concernant le citoyen français dans son espace et son temps et dans la globalité des activités qui lui étaient propres. C'est un projet fondateur, constituant. Rarement l'histoire a-t-elle fourni au législateur une opportunité si belle de faire œuvre nouvelle.

Notre sujet présente les trois facettes temporelles que nous avons mises en évidence et qui, toutes, posent des questions particulières au législateur lorsqu'il s'interroge sur une éventuelle codification. Nous reprendrons donc chacune de ces trois facettes¹⁹.

de durer?», dans F. OST et M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 7. Bruno Oppetit affirmait, pour sa part, que « la loi est plus projection vers l'avenir que constat du présent » (et il cite : G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955) : B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998, p. 57.

16. Voir l'étude collective suivante : P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000.
17. Les études sur la codification, même avant cette année du bicentenaire du Code civil français, sont innombrables. Qu'on en juge, un site Internet consulté en 1999 et aujourd'hui désactivé, recensait plusieurs centaines de références bibliographiques.
18. Voir ce qu'en dit le doyen J. CARBONNIER, « Codification », dans P. REYNAUD et D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996. Aussi : J. GAUDEMET, « Codes, collections, compilations », (1996) 24 *Droits* 3.
19. Dans sa communication à la Société française de droit international, J. VERHOEVEN, *loc. cit.*, note 9, choisissait de commencer par le temps futur, pour ensuite s'intéresser au temps passé et, en dernier, au temps présent. Il montrait en cela que, pour tout juriste positiviste, le seul temps signifiant est le temps présent.

1 Le temps passé

La norme juridique est faite de durée, d'habitude, disait Hegel²⁰ à la suite d'Aristote. Elle est faite de mémoire, dit François Ost²¹. Elle ne s'improvise pas. Parce qu'elle est norme d'organisation sociale, elle doit être comprise par les sujets qui devront l'appliquer et, partant, elle doit s'intégrer à leurs comportements. Elle résulte d'une confiance partagée²² entre le législateur et les sujets de la règle, confiance partagée qui met du temps à se construire et qui ne peut pas se décréter. Voltaire, à sa manière, exprime la même idée quand il soutient « que la loi ne soit jamais en contradiction avec l'usage ; car, si l'usage est bon, la loi ne vaut rien²³ ». Codifier, c'est faire le pari sur une certaine stabilité de la société et des activités de ses membres. C'est se dire que la société a d'ores et déjà atteint une certaine maturité, un état de paix et de cohésion sur lesquels fonder un système juridique cohérent. Autrement dit, c'est parier que le nouvel ordre qui commence à s'instaurer est suffisamment solide pour pouvoir se stabiliser grâce à la codification de la norme juridique. Codifier, dit Hegel, c'est saisir les principes du droit dans leur universalité (Allgemeinheit) et les exprimer dans leur certitude²⁴. C'est en cela que l'on doit bien distinguer l'acte de codifier de l'acte de légiférer. Toutefois, aujourd'hui, nous ne nous situons pas dans un moment historique analogue à celui du Code civil de 1804 dont les rédacteurs placent, en exergue, un article qui abroge tous les antécédents au droit nouveau²⁵. Cela incite le doyen Carbonnier à affirmer que, pour le Code civil de 1804, « son passé, même le plus immédiat, lui est inutile²⁶ ». Certes, un « vrai » code fonde une ère nouvelle. Mais nous

20. G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1993, § 211.

21. F. OST, *op. cit.*, note 10.

22. Cette expression est reprise de François Ost dans un dialogue établi avec Paul Ricœur le 6 mai 2004, à propos du livre : F. OST, *Raconter la Loi : aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, O. Jacob, 2004 ; dialogue disponible sur Internet à l'adresse suivante : L'ARRÊT AUX PAGES, *Paul Ricœur, lecteur de François Ost*, [En ligne], 2005, [www.arretauxpages.com/rencontre/article.php?id=7] (29 mars 2005).

23. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 1964, p. 269, v « Lois ». Signalons, néanmoins, que Voltaire déclare qu'il n'y a aucun bon code dans aucun pays. La raison, dit-il, en est évidente : les lois ont été faites à mesure, selon les temps, les lieux, les besoins, etc. (p. 267).

24. G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 20.

25. Article 7 de la loi du 30 ventôse an XII qui dispose ceci : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code. »

26. P. REYNAUD et D. ALLAND (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 91. Cette interprétation va peut-être au-delà de ce que voulaient vraiment les rédacteurs du Code civil de 1804. De surcroît, elle est un peu étonnante sous la plume du doyen Carbonnier qui, par ailleurs, savait

ne sommes aujourd'hui ni dans un futur prévisible ni dans une situation révolutionnaire qui permette de faire table rase du passé ou même prétende le faire. Voilà pourquoi, si une codification est envisageable, c'est dans un contexte où la construction pourra et devra s'ancrer dans les enseignements du temps passé. Mais plusieurs facteurs empêchent ce mécanisme de jouer pleinement son rôle dans la société du *xxi*^e siècle.

1.1 La requête des opérateurs

Nombreux sont les opérateurs (au moins les plus forts) qui, notamment dans le domaine commercial, demandent avec insistance au législateur de ne pas légiférer. Cette requête se fonde sur plusieurs arguments complémentaires qui, tous, s'organisent autour de la même idée : l'autorégulation. La norme juridique n'est nécessaire que pour les cas d'abus si bien que les activités des opérateurs ne doivent pas être entravées dans un premier temps au moins. Leur revendication consiste à dire qu'il faut leur faire confiance et n'intervenir qu'*a posteriori*, si nécessaire, et seulement si les pratiques respectées par le milieu ne permettent pas de faire la part du collectif. Le législateur n'a donc qu'un rôle subsidiaire par rapport à l'autorégulation. Cette requête est relayée par les philosophes du droit de la modernité comme J. Rawls et R. Dworkin²⁷ qui sont les théoriciens « d'une société auto-instituée, affranchie des tutelles de la tradition ou d'autorités extérieures à l'homme²⁸ ».

Une telle requête va à l'encontre de la codification. Codifier, c'est donner un cadre permanent dans lequel les opérateurs doivent se placer et forger leurs actes. Codifier, c'est dire aux plus forts que le collectif n'est pas un vain mot et que les intérêts des plus faibles, qui ne peuvent compter sur eux-mêmes, seront représentés et pris en considération. Que les forces du marché ne sont pas les seules qui peuvent intervenir et que l'autonomie de la volonté ne se conçoit que dans une relation entre partenaires de force égale et doit faire place à la solidarité.

Or, nous le savons, l'émergence avec force d'un droit négocié, d'un droit spontané qui tend à remplacer le droit imposé, ne se prête pas à la codification. Que codifierait-on d'ailleurs ?

reconnaître que le droit est historique. Il disait même que « [le] droit est trop historique pour être parfaitement rationnel » : J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1992, p. 245.

27. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

28. B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 8.

Dans un sens inverse, la fameuse sécurité juridique dont on fait la pierre angulaire du droit, son pilier essentiel, est remise en cause par l'absence de stabilité de la règle de droit²⁹. Pourtant, de nombreux principes viennent tenter de remettre un peu de sécurité dans un monde en plein bouleversement. On peut citer ici la notion de « confiance légitime » qui pourrait venir limiter l'application d'une nouvelle règle de droit. La notion voisine de respect dû aux anticipations légitimes d'autrui en droit civil peut également être utilisée vers la même finalité. Tout cela inciterait donc à une plus grande stabilité du droit. La codification aussi va indéniablement en ce sens et permet de lutter contre l'inflation textuelle, l'un des dérèglements du droit, l'une des pathologies du droit qu'a si bien montrée le doyen Carbonnier³⁰. Max Weber voyait aussi dans la « rédaction systématique du droit » un garant de la sécurité juridique, tout particulièrement après des conflits sociaux³¹. Étudiant le Code d'Hammourabi, il conclut qu'il existait une classe relativement puissante de commerçants dont les intérêts étaient convergents avec ceux du roi qui souhaitait, « dans son propre intérêt politique et fiscal », soutenir la sécurité juridique du commerce³². Or, qui peut prétendre, encore aujourd'hui, que des règles du jeu préétablies, claires et les mêmes pour tous, ordonnées de manière à servir de guide aux opérateurs, puissent avoir un effet contraire à l'essor de leurs activités ?

1.2 L'intervention précoce et abondante du législateur

La société évolue et change, et elle le fait de plus en plus vite. On s'imagine alors que la norme juridique doit suivre ce mouvement et être modifiée au rythme des changements sociaux. Il est fascinant de constater que la plupart des textes inclus dans l'ouvrage sur l'accélération du temps juridique³³ donnent l'impression que l'évolution de la norme juridique équivaldrait nécessairement au progrès, alors que sa stabilité serait une régression. Dans le même sens, un auteur participant au livre du bicentenaire du Code civil s'interroge sur la pérennité de l'idée de code « parce que l'ampleur des changements sociaux et politiques que connaît la société française n'autoriserait décidément plus les « établissements stables »³⁴ ». Et un autre

29. Pour une proposition d'en finir avec la sécurité juridique, voir : F. TULKENS, « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison ? », dans P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *op. cit.*, note 16, p. 469.

30. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 106 et suiv.

31. M. WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 196.

32. *Id.*, p. 199.

33. P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *op. cit.*, note 16.

34. J. COMMAILLE, « Code civil et nouveaux codes sociaux », dans J. CARBONNIER et autres, *Le Code civil 1804-2004 – Le livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, p. 59.

d'affirmer : « Plus personne n'a l'idée que l'on pourrait encore enfermer le droit dans un code fini. La vie du droit est infinie et proliférante³⁵. » C'est, malheureusement, prendre la conséquence pour la cause !

Si le législateur intervient rapidement et souvent, le cadre contre lequel ces lois interviennent, c'est-à-dire le code, va se trouver plus rapidement remis en cause, sollicité, comme une structure est sollicitée par des forces qui la fragilisent. À trop légiférer et trop vite, le code ne tarde pas à être obsolète ou, pire peut-être, le législateur peut renoncer purement et simplement à codifier. Un code « vieillit » nous dit-on. Mais notons que ceux qui font ce constat ne proposent pas de le remplacer par un code « jeune » mais par un code « moderne ». Comme si la vieillesse était incompatible avec la modernité !

On peut émettre certains doutes à cet égard. Prenons l'exemple de l'émergence d'une nouvelle technique médicale. La société peut-elle prendre le risque de voir cette technique utilisée à mauvais escient ? Certes pas. Si le code comporte des normes générales³⁶, il pourra être adapté aux besoins des nouvelles techniques. On dit volontiers, notamment dans les pays de common law, qu'une norme doit être *technically neutral*. En effet, une technique change et elle change de plus en plus vite. Déjà Aristote nous mettait en garde sur la facilité qu'il y a à changer une technique, alors qu'une loi c'est une toute autre histoire. Or, il faut que la loi, pour ce qui nous concerne, la loi codifiée, soit forgée de manière à refléter les valeurs fondamentales de la société qui, elles, n'évoluent pas si souvent que cela.

Mais c'est déjà nous entraîner vers le temps futur. Or, auparavant, il faut dire quelques mots du temps présent.

2 Le temps présent

Le droit est un récit qui, comme le discours/récit d'Aristote, permet d'apporter de la concordance dans ce qui est à l'origine discordance³⁷. C'est un récit du temps présent, c'est un pont entre le passé et le futur pour permettre de régler des questions/problèmes d'aujourd'hui. Comme nous l'avons déjà dit, on peut soutenir que le temps du droit est le temps présent. Les citoyens, sujets de droit, veulent connaître leurs droits et devoirs aujourd'hui. Doivent-ils se préoccuper d'autre chose ? Le leur

35. F. EWALD, « Rapport philosophique : une politique du droit », dans J. CARBONNIER et autres, *op. cit.*, note 34, p. 82.

36. Cf. ce qui sera dit dans la section 3.

37. Voir P. RICEUR, *op. cit.*, note 3, p. 66. On peut aussi concevoir le droit comme « un discours performatif, un tissu de fictions opératoires qui disent le sens et la valeur de la vie en société » : F. OST, *op. cit.*, note 10, p. 13.

demander dépasse peut-être ce qui est raisonnable dans un monde dont la complexité est telle que bien malin est celui qui peut dire qu'il a tiré les enseignements du passé et envisagé toutes les promesses de l'avenir. Le dicton africain nous révèle la sagesse du temps présent : « Si tu ne sais pas où tu vas, regarde d'où tu viens. » L'application de la norme juridique se fait dans le présent, même s'il est éphémère. C'est en cela que nous disions en commençant la présente étude que le temps du sujet de droit n'est pas celui du législateur.

Dans ce contexte, à quoi sert un code ? Il a indéniablement une fonction formelle et une fonction substantielle. Par sa structure, organisée, claire, didactique, englobant l'ensemble de la vie du citoyen dans un domaine donné, il est aisément consultable et contribue à la connaissance de la règle par le sujet de cette dernière, connaissance sans laquelle toute démocratie est une illusion³⁸. Par sa permanence, il constitue un élément de stabilité nécessaire à tout citoyen qui peut ainsi ancrer son comportement par rapport à la norme codifiée, le conformer à des principes établis. Rien n'est plus difficile pour un opérateur que de se trouver face à une norme fluctuante. Le coût transactionnel de la prise en considération de la norme est prohibitif, sans commune mesure avec la valeur de la transaction, incitant ainsi l'opérateur à prendre le risque de ne pas appliquer la norme et d'en subir les conséquences éventuelles s'il est pris.

Un code devrait donc être un ensemble de normes primaires au sens où l'emploient Hart³⁹ et Norberto Bobbio⁴⁰, c'est-à-dire un ensemble de normes qui règlent la conduite entre les sujets de droit, alors que les normes secondaires sont des normes d'application. Quand la société évolue, les normes primaires restent stables, car elles expriment des valeurs profondes, loin des effets de mode, autour desquelles s'est constitué le contrat social⁴¹.

38. En écrivant ces quelques mots, on ne peut s'empêcher de penser au très important article de M. GAUCHET, « Pacification démocratique et désertion civique », dans M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 176.

39. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

40. N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », dans C. PERELMAN (dir.), *La règle du droit : études publiées*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 104. Dans cet article, Bobbio avance l'idée selon laquelle la fonction des normes primaires et secondaires a le même but, en termes normatifs, que la conception du droit comme institution élaborée par Santi Romano.

41. Nous ne suggérons pas, loin de là, que les valeurs profondes de la société n'évoluent pas elles-mêmes, bien au contraire. Il n'est certes pas aisé de savoir autour de quelles valeurs les sociétés du début du XXI^e siècle sont prêtes à forger leur cohésion. Mais ce sont ces questions qui doivent être à la source des interrogations du codificateur. À cet égard, voir : P. VELLAS (dir.), *Prologue pour les années 2000*, Paris, A. Pédone, 1999.

Les normes secondaires peuvent changer. Elles ne servent qu'à adapter, temporairement, les normes primaires. Une telle conception est cependant battue en brèche par l'impossibilité, aujourd'hui, de concevoir la cité et ses citoyens dans un espace fermé, sans influence extérieure. Le mimétisme, cher à René Girard, n'est pas sans poser des difficultés majeures à nos sociétés qui hésitent désormais à soutenir des valeurs propres, préférant souvent adopter les valeurs des autres, quitte à en changer au gré des évolutions dues bien souvent à un simple effet de mode ou aux aspirations marchandes de quelques-uns. Malgré tout, nous pensons qu'il est possible à une société d'affirmer sa spécificité à la condition (non des moindres) de faire preuve d'une volonté politique forte et d'une légitimité non contestée.

3 Le temps futur

La prise en considération du temps futur est l'un des paradoxes les plus tenaces de la science juridique. On ne contestera pas que le droit est une projection vers l'avenir⁴². Or, « ce sont les changements que le temps impose au droit qui compliquent la difficulté éventuelle de concilier l'un avec l'autre⁴³ ». La codification renforce encore ce paradoxe. Codifier, c'est faire un pari sur l'avenir. C'est cristalliser la règle de droit de telle manière que, partie d'un ensemble cohérent, il soit difficile d'en changer un élément sans modifier et, parfois, mettre en péril l'ensemble lui-même. C'est donner vie au précepte qu'Aristote énonce dans la *Politique*⁴⁴ : « La loi, en effet, pour se faire obéir n'a d'autre force que l'habitude, laquelle ne se manifeste qu'après beaucoup de temps, de telle sorte que passer facilement des lois existantes à d'autres lois nouvelles, c'est affaiblir la puissance de la loi. » La codification a un effet conservateur, disait le doyen Carbonnier⁴⁵, elle ralentit la transformation du droit. C'est peut-être salutaire ? Ne vaudrait-il pas mieux, en effet, comme le disait Rousseau, donner aux hommes de nouveaux motifs d'aimer la loi plutôt que de la changer ?

À l'encontre d'un tel effet, nous souhaitons proposer deux voies qui nous paraissent aptes à retarder, si ce n'est à empêcher, l'obsolescence du code, sa mort en quelque sorte. Ces deux voies nous permettront de répondre aux deux questions suivantes : Comment prendre en considération les besoins des générations futures (3.1) ? Comment intégrer dans la norme codifiée l'accélération du temps (3.2) ?

42. B. OPPETIT, « L'avenir de la codification », (1996) 24 *Droits* 73.

43. J. VERHOEVEN, *loc. cit.*, note 9, 12.

44. ARISTOTE, *Politique, Livre II*, Paris, Belles Lettres, 1998, p. 63.

45. P. REYNAUD et D. ALLAND (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 91.

3.1 Comment prendre en considération les générations futures ?

Le futur n'a pas de lobby, disait si justement Hans Jonas⁴⁶. Pourtant, il rappelait aussi que nous sommes indéniablement responsables de l'avenir le plus lointain de telle sorte qu'il existe encore une humanité demain⁴⁷. Or, notre société technicienne a trop tendance à vouloir oublier toutes les conséquences néfastes de nos supposés « progrès scientifiques ⁴⁸ ». Gardons à l'esprit que, « passé un certain seuil, l'outil, de serviteur, devient despote ⁴⁹ ». Seule est « conviviale la société où l'homme contrôle l'outil ⁵⁰ ».

Le principe de précaution est un excellent exemple de l'exercice qui consiste à prendre en considération les intérêts des générations futures dans la création normative du temps présent. Toutefois, malgré une étude approfondie du principe et une très abondante littérature⁵¹, on ne peut s'empêcher de penser qu'il ne fonctionne pas bien soit parce qu'il est mal compris ou utilisé dans un objectif qui n'est pas le sien, ou encore galvaudé pour justifier toutes sortes de politiques. Cela étant dit, il doit demeurer un principe d'action (et d'abstention, l'un n'allant pas sans l'autre) qui devrait être à la base de toute décision d'inclure tel ou tel principe, norme primaire, dans un code du XXI^e siècle.

C'est ainsi que l'on pourrait concevoir de nouveaux principes autour, par exemple, de la propriété privée qui, on le sait, fut l'un des axes philosophiques centraux du Code civil de 1804. On pourrait admettre, d'une part, que l'appropriation privée des ressources naturelles ne soit permise que s'il en existe d'abondance et qu'elles soient renouvelables ; et, d'autre part, que l'usage de cette propriété privée soit limité par le principe de responsabilité intergénérationnelle qui est concrétisé dans la notion de « développement durable ».

46. H. JONAS, « Sur le fondement ontologique d'une éthique du futur », dans H. JONAS, *Pour une éthique du futur*, Paris, Payot & Rivages, 1998.

47. H. JONAS, *Le principe responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1990. Pour une critique de la théorie qualifiée d'herculéenne de Hans Jonas, voir F. OST, *La nature hors la loi*, Paris, La Découverte, 2003 [1^{re} éd. : 1995]. Il n'empêche que F. Ost n'aurait pas pu construire sa théorie de la nature-projet et l'éthique de responsabilité qui l'accompagne, telles qu'il les expose dans ce livre, sans le travail fondateur de Jonas. Voir aussi : F. FUKUYAMA, *La fin de l'homme*, Paris, La Table ronde, 2002.

48. À cet égard, les entretiens de Hubert Reeves avec Frédéric Lenoir : H. REEVES, *Mal de Terre*, Paris, Seuil, 2003, sont édifiants.

49. I. ILLICH, *La convivialité*, Paris, Seuil, 1960.

50. *Ibid.*

51. Nous ne citerons ici que P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution : rapport au Premier ministre*, Paris, O. Jacob, Documentation française, 2000.

3.2 Réconcilier le hiatus de l'accélération du temps et de la codification

La seule réponse semble être celle de la norme générale et abstraite. Elle exige un très bon juge capable de l'adapter aux cas concrets qui se présentent.

Une norme générale et abstraite, c'est à une telle condition *sine qua non* qu'une codification peut encore avoir un sens au XXI^e siècle. Rappelons-nous ce que déjà Hegel exprimait si justement : « les vrais codes conçoivent par la pensée et expriment les principes du droit dans leur universalité et par la suite dans leur précision ⁵² ». Or, sait-on encore écrire le droit sous cette forme ? On peut en douter. Que l'on en juge par deux exemples tirés du droit international. La Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères comporte seize articles dont sept seulement contiennent toute la matière. Ce texte est l'une des conventions qui a le plus de succès. Elle est certainement celle qui a le plus de succès en droits commercial et procédural confondus. Très peu de voix s'élèvent pour contredire l'idée selon laquelle une telle convention ne pourrait plus être écrite ainsi aujourd'hui. Si bien que le groupe de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) chargé de réfléchir sur la « modernisation » du droit de l'arbitrage agit de manière extrêmement prudente et préfère proposer des amendements à d'autres textes plutôt que d'ouvrir le chantier de la Convention de New York. Le contre-exemple est la Convention du Cap (Unidroit 2001) relative aux garanties internationales portant sur du matériel d'équipement mobile⁵³. Non seulement ce texte comprend 62 articles, mais il n'est pas opératoire à lui seul. Sans un protocole spécialement conçu pour un type d'équipement mobile particulier, la convention ne s'applique pas. Or, le premier protocole adopté, portant sur les biens aéronautiques, comporte lui-même 37 articles et une annexe.

Quant au rôle du juge, il est central. C'est grâce à lui que la norme codifiée pourra prendre tout son sens. C'est lui qui permettra de réconcilier le hiatus entre le temps accéléré et la norme codifiée. Pour ce faire, ce juge doit être légitime, il doit gagner la confiance du citoyen. Il exerce la fonction la plus importante de la Cité, ainsi que Platon l'expliquait, mais c'est aussi la plus redoutable, celle qui entraîne la plus grande responsabilité envers la société. Elle est la plus exigeante dans la vigilance même qu'elle réclame de la part de ceux qui l'exercent qui doivent respecter la plus stricte

52. G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 20.

53. Ce texte est disponible à : UNIDROIT, *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobile*, [En ligne], [www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf] (30 mars 2005).

indépendance et une impartialité tatillonne. Mais en plaçant le juge en tant que figure de proue de la codification, on va directement à l'encontre de ce que voulait Napoléon (qui avait peut-être trop oublié le Bonaparte en lui) : des juges silencieux et obéissants. Gageons que ce n'est plus la figure emblématique du juge du XXI^e siècle.

Conclusion

On ose espérer que, si le législateur s'employait à utiliser la codification comme instrument pour forger un cadre de principes autour desquels le pacte social pourrait être solidifié, alors il agirait en homme intelligent au sens où l'employait Al-Farabi, c'est-à-dire un homme en qui deux choses ont été rassemblées : « l'excellence de distinguer quelles actions il doit préférer ou éviter ; l'emploi de ce qu'il y a de meilleur dans tout ce qu'il appréhende au moyen de son excellence de distinguer⁵⁴ ».

54. Aphorisme 85, dans *Aphorismes choisis*, coll. «Maktaba», Fayard, 2003, p. 111.