

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 126 (2007)

Artikel: Cent ans de sollicitude : un code civil soucieux de la personne humaine

Autor: Guillod, Olivier

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896210>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 02.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Cent ans de sollicitude:
un code civil soucieux de la personne humaine

OLIVIER GUILLOD*

* Professeur de droit civil, directeur de l'Institut de droit de la santé, Faculté de droit, Université de Neuchâtel. Je remercie Sabrina Burgat, avocate et doctorante à la Faculté de droit ainsi que Jean Perrenoud, juriste et documentaliste à l'Institut de droit de la santé, de leur précieuse assistance. Je remercie aussi Thierry Clément pour ses éclairages sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Table des matières

Introduction	55
A. L'inscription du code civil dans le temps	57
I. Un siècle d'évolution sociétale	57
1. Quelques chambardements	57
a. Les révolutions technologiques	58
aa. Technologies de l'information et de la communication	59
ab. Technologies biomédicales	61
b. L'évolution des mœurs	63
c. Les conditions de vie socio-économiques	65
2. Quelques évolutions du cadre politique et juridique	67
a. L'évolution constitutionnelle	67
b. L'évolution de la science juridique	71
c. Internationalisation et globalisation	76
II. Un siècle de code civil	76
1. L'adoption du code civil	76
2. Le premier demi-siècle: la stabilité	78
a. Quelques ajustements mineurs	78
b. Bilan intermédiaire	79
3. Le second demi-siècle: les chamboulements	81
a. Droit des personnes	82
b. Droit de la famille	85
c. Droit des successions	87
d. Droits réels	89
4. Bilan	93
B. L'inscription du code civil dans l'espace	96
I. Du territoire cantonal à l'aire nationale	96
II. La juxtaposition des codes civils nationaux	98
III. De l'aire nationale à l'espace européen?	102
C. L'inscription du code civil dans les valeurs	104
I. Les valeurs au cœur du code civil de 1907	104
II. L'évolution des valeurs	106
1. La notion juridique de «personne»	107
2. L'image de la personne humaine	112
a. La liberté	113
b. L'égalité	117
c. La dignité	121
d. Appréciation	124
D. L'inscription du code civil dans l'ordre juridique suisse	125
I. L'influence des droits et libertés fondamentales	126
1. Code civil et Constitution fédérale	127
a. La réalisation des droits fondamentaux dans le droit privé	127
b. La convergence de la protection constitutionnelle et civile de la personne	129
c. La protection des données personnelles	131

d. La protection de la propriété	134
2. L'impact de la CEDH sur le code civil	137
II. Code civil et législation fédérale spéciale	144
1. Un mouvement de décodification?	146
2. Des tentations de recodification?	153
III. Code civil et droit cantonal	157
1. Le principe d'exclusivité de la codification civile fédérale	157
2. Le droit cantonal réservé	159
3. Bref bilan	160
E. Réflexions conclusives	161

«Le droit n'a de sens que par rapport à l'homme, créateur et destinataire de ses normes».¹

Introduction

Les codes civils prennent place parmi les aboutissements majeurs du travail d'un législateur, mélangeant à des degrés variables compilation et innovation.² Comme toute œuvre législative, ils s'inscrivent dans quatre dimensions principales qui interagissent entre elles: le temps, l'espace, les valeurs sociales et l'ordre juridique. Célébrer le centenaire du code civil suisse, c'est mettre en relief la première de ces quatre dimensions; mais c'est aussi l'occasion de réfléchir aux trois autres dimensions, à la lumière de la première.

Le présent rapport explorera successivement quelques aspects, nullement exhaustifs, de ces diverses dimensions. Cet exercice, à vrai dire périlleux, ne doit pas virer à l'introspection ténébreuse, typiquement helvétique et qui rappellerait la célébration du 700^e anniversaire de la Confédération. Certes, le code civil suisse présente quelques défauts, parfois accentués par l'âge, que le Parlement met en général du temps à corriger. Mais il recèle de nombreuses qualités, de forme, de méthode et de fond, et laisse aux tribunaux une marge d'interprétation précieuse qui l'aide à résister à l'usure du temps.

L'exercice ne doit pas non plus verser dans l'autosatisfaction béate qui a parfois caractérisé d'autres anniversaires de même nature. Un code constitue d'abord un instrument qui facilite la tâche du juriste, en renforçant la stabilité et la sécurité du droit, tout en facilitant l'accès aux normes grâce à l'effort de systématisation qui se trouve à son origine. Plus symboliquement, le code civil n'est pas un monument devant lequel on s'incline, mais un outil parmi d'autres destiné à assurer la coexistence pacifique des individus dans la société. Ce serait d'ailleurs trahir l'esprit d'Eugen Huber³ d'attribuer au code civil l'essentiel des mérites de la paix et de la prospérité qu'a connues notre pays depuis un siècle.

J'ai donc conçu ce rapport comme une occasion de tenir de libres propos, forcément empreints d'une grande subjectivité, sans prétendre apporter des pierres nouvelles à l'édifice de la science juridique. Cent ans d'écrits doctrinaux sur le code civil, en plusieurs langues, à la fois érudits, originaux et pénétrants, laissent peu de place à des réflexions véritablement novatrices. Le

1 JACQUES-MICHEL GROSSEN, Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse, Tome II, 2, Fribourg 1974, p. 4.

2 JEAN-PHILIPPE DUNAND, Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code, in: Le code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 3 ss, 27 ss.

3 EUGEN HUBER, Exposé des motifs, éd. française (traduction par VIRGILE ROSSEL), tome I, Berne 1901, p. 2, affirmait que le rôle de la loi écrite est modeste dans la vie des peuples.

récent bicentenaire du code civil français a en outre soulevé une vague impressionnante de commentaires savants de la part des meilleures plumes de l'hexagone. La plupart de ces commentaires gardent une grande partie de leur pertinence par rapport à la célébration du centenaire du code civil suisse.⁴

Certains auteurs français ont débattu du point de savoir si leur code civil était un «code des personnes» ou un «code des biens».⁵ La question se prête certes à de beaux développements théoriques, mais je crains que la réponse demeure à jamais sujette à controverses. Pour ma part, je reste habité par la conviction que m'avait inculquée durant mes études le professeur Jacques-Michel Grossen: le droit n'a de sens que par rapport à l'être humain. Il en va ainsi tout particulièrement du droit civil, dans tous les domaines qu'il régit et par rapport à toutes ses institutions, aussi bien l'état civil, la capacité, la tutelle, la famille que la propriété. Etat civil, capacité et tutelle se préoccupent du statut juridique formel et matériel de l'être humain. La famille est devenue pour l'essentiel une communauté, à géométrie variable, de personnes. De son côté, la propriété, «mécanisme fondamental du droit»⁶, ne prend un sens que parce qu'il existe au préalable des sujets de droit qui peuvent l'acquérir et la transférer. La notion de personne précède donc nécessairement celle de propriété.

Cette primauté de la personne, souvent répétée de nos jours dans de grandes déclarations politiques, éthiques ou juridiques constitue l'une des principales raisons pour lesquelles j'articulerai le présent rapport autour de l'être humain dans le code civil, tout en évoquant divers satellites qui gravitent sur des orbites plus ou moins proches de cet astre central. Seul le code civil au sens étroit sera pris en considération, c'est-à-dire le texte adopté par les Chambres fédérales le 10 décembre 1907, par un mardi bien plus doux que la normale et sous un ciel qui s'éclaircissait.⁷ Le livre cinquième du code civil, adopté le 30 mars 1911 et consacré au droit des obligations, ne sera pas directement pris en considération.

4 Voir notamment, en plus de l'ouvrage cité en note 2, les contributions réunies dans deux ouvrages collectifs: *Le Code civil 1804–2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004; *1804–2004. Le code civil: un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004.

5 Voir par exemple JEAN-FRANÇOIS NIORT, *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale*, *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, p. 257 ss, 285 ss et ses références.

6 Pour reprendre le titre de la belle étude de FRÉDÉRIC ZENATI-CASTAING, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, *Revue trimestrielle de droit civil* 2006, p. 445 ss.

7 Selon les indications météorologiques fournies pour le mois de décembre 1907 par l'Annuaire statistique de la Suisse 1908, Berne 1909, p. 372.

A. L'inscription du code civil dans le temps

I. Un siècle d'évolution sociétale

1. *Quelques chambardements*

De nombreux auteurs ont souligné l'impact profond que les changements sociaux et politiques ont sur un texte législatif d'une portée aussi vaste que le code civil. Comme le constatait un auteur français: «Le Code civil est un instrument qui reflète, pour partie, la culture de la société. Il est donc dans le cours normal des choses que le Code civil évolue sous la pression des changements de la société».⁸

Il serait prétentieux de vouloir dresser ici un inventaire exhaustif des principaux chambardements que la société suisse a connus en un siècle: il faudrait cumuler des compétences de sociologue, d'ethnologue, d'historien, de géographe, d'économiste et de juriste pour, peut-être, y parvenir. Un catalogue resterait de toute manière éminemment subjectif puisque c'est la sensibilité personnelle qui influencerait le poids donné aux divers événements et, partant, la légitimité de leur prétention à entrer dans un tel palmarès centenaire.

Plutôt que de recenser les innombrables chamboulements survenus tout au long du vingtième siècle, je m'efforcerai plus modestement de mettre en relief de manière condensée quelques différences entre la société helvétique de 2007 et la réalité sociale qui prévalait en Suisse en 1907. Trois domaines seront évoqués, dans la perspective de leur impact indéniable sur les normes de droit civil: premièrement, les révolutions technologiques; deuxièmement, l'évolution des mœurs, en particulier familiales; et troisièmement, les modifications des conditions de vie socio-économiques. C'est donc une vision subjective et très partielle de la réalité qui sera esquissée ci-dessous. Le gouffre que l'on percevra entre les deux instantanés doit toutefois être relativisé par le fait que tous ces changements sont survenus de manière graduelle, étalée le plus souvent sur des décennies.

Avec une pointe d'ironie, Yung résumait ainsi la situation de notre pays il y a un siècle, pour montrer qu'elle était propice à une réflexion sur l'unification du droit civil: «En 1907, la Suisse jouit de la paix intérieure et extérieure. Elle n'a pas subi de grande secousse morale ou politique depuis de longues années. (...) La Suisse centralise ses institutions, perce des tunnels, construit des che-

8 FRANÇOIS BARRIÈRE, *Le code civil français aujourd'hui: influences*, in: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 95 ss, 104. Voir aussi JACQUES COMMAILLE, *Code civil et nouveaux codes sociaux*, in: *Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 59 ss. FRANÇOIS EWALD, *Rapport philosophique: une politique du droit*, in: *Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 77 ss, 97, qualifiait dans ce sens la loi de «photographie instantanée».

mins de fer à crémaillère et lutte contre le phylloxéra».⁹ En restant dans le ton, on pourrait dire qu'en 2007, la Suisse demeure un havre de paix et de tranquillité, elle poursuit sa centralisation, perce de nouveaux tunnels, construit des lignes rapides de chemin de fer et lutte contre la grippe aviaire. Mais ce résumé ne caractériserait guère la Suisse d'aujourd'hui. Il serait plus parlant de mentionner qu'en 2007, la Suisse jouit d'un très grand bien-être économique, cherche sa place au sein de l'Europe, remodèle son fédéralisme, participe à la compétition économique mondiale et connaît un brassage sans précédent de population et de cultures. Plus qu'à l'introspection pure, le temps est donc propice à une réflexion sur le droit civil national face au monde.

a. *Les révolutions technologiques*

On entend couramment dire que la science et la technologie ont davantage évolué durant le dernier siècle que dans les précédents millénaires de l'histoire humaine. L'accroissement exponentiel des connaissances et l'accélération de l'évolution technologique fortifient le sentiment que le monde a considérablement changé, et qu'il le fait à un rythme toujours plus soutenu. Il y a cinquante ans déjà, Yung écrivait que: «le monde avance avec une rapidité qui nous déconcerte vers un avenir souvent indéchiffrable à nos intelligences étonnées».¹⁰

Des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent pour souligner le rôle majeur que jouent aujourd'hui la technologie et la science dans l'évolution de nos sociétés, de nos économies et de nos cultures et appellent à une prise de conscience éthique accrue.¹¹ La technologie, ou du moins certaines de ses applications, deviennent aussi de plus en plus fréquemment un objet controversé d'intervention législative. Face au déferlement constant de science et de haute technologie, il faut toutefois s'interroger sur l'impact que chaque nouvelle vague produit sur les matières réglées par le code civil.¹² L'analyse peut en effet démontrer que de soi-disant révolutions scientifiques rendent simplement plus aigus, ou mettent sous un jour légèrement différent, des problèmes

9 WALTER YUNG, Eugène Huber et l'esprit du code civil suisse, *in*: Etudes et articles, Genève 1971, p. 27, 28.

10 WALTER YUNG, Le Code civil suisse et nous, RDS 1961 II, p. 323 ss, 347.

11 Parmi bien d'autres, voir par exemple GILBERT HOTTOIS, Le paradigme bioéthique: une éthique pour la technoscience, Bruxelles 1990; GILBERT HOTTOIS, Technoscience et sagesse?, Nantes 2002; FABRICE JOTTERAND, The Politicization of Science and Technology: Its Implications for Nanotechnology, *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 2006, p. 658 ss.

12 De nombreuses prouesses technologiques n'ont pas d'impact sur le droit civil. Que l'homme ait marché sur la lune est un exploit marquant du vingtième siècle; mais comme il n'y a pas rencontré de créature vivante, l'exploit reste pour le moment sans conséquence pour le droit civil. En revanche, il n'est pas exclu que se pose un jour des problèmes de droits réels sur le sol lunaire...

que les juristes avaient identifiés, et parfois résolus, depuis longtemps. En d'autres termes, il est important de s'interroger constamment sur ce qui est véritablement nouveau et de bien distinguer l'inédit de ce qui n'a que l'apparence de la nouveauté.

Deux domaines viennent immédiatement à l'esprit: les technologies de l'information et de la communication d'une part, les technologies biomédicales d'autre part. Dans ces deux domaines, on a l'intuition que des «sauts qualitatifs» notables ont été réalisés, contrairement à bien d'autres domaines où les progrès semblent plus linéaires, de nature simplement quantitative, comme par exemple dans le développement des moyens de transport ou dans la mécanisation et l'automatisation des activités humaines.

aa. Technologies de l'information et de la communication

En 1907, les habitants de la Suisse téléphonaient très rarement¹³, n'écoutaient pas la radio, ne regardaient pas la télévision¹⁴, ne pianotaient pas sur un ordinateur¹⁵, n'envoyaient pas de courriels et ne surfaient pas sur Internet. Un siècle plus tard, tous ces comportements font partie de la vie quotidienne de la plupart des personnes vivant dans notre pays.

1907 reste aussi l'année de la première expérience de transmission de la voix humaine sans fil, accomplie par Lee de Forest. Onze ans plus tôt, Marconi avait réussi la première transmission de signaux télégraphiques sans fil. Ce n'est toutefois qu'à partir de 1920 que plusieurs stations de radio aux Etats-Unis puis en Europe diffuseront les premières émissions à destination du grand public, suivies deux ans plus tard par une station suisse (la SRG/SSR sera créée en 1931). La première expérience de télévision en Suisse aura lieu à Zurich en 1939, durant l'Exposition nationale. Des stations se développeront ensuite dans les années quarante, aux Etats-Unis d'abord puis en Europe.¹⁶

La première machine méritant le qualificatif d'ordinateur, construite en 1941, réalisait, parmi d'autres prouesses, quatre additions en une seconde ou une multiplication complexe en quatre secondes! Exprimé en Flops¹⁷, une

13 Seul existait le téléphone manuel, passant par une centrale où des opératrices établissaient les connexions demandées. Très peu de foyers en étaient équipés. Autre signe que les temps ont changé: dans les années 1930, l'école organisait un «enseignement téléphonique» pour apprendre aux adolescents à surmonter leur embarras face au téléphone! La téléphonie mobile est née dans les années cinquante aux Etats-Unis et a véritablement explosé dans le monde entier depuis les années 1990.

14 Mais en 1907, Zurich a inauguré le premier cinéma de Suisse.

15 Le premier véritable ordinateur (à l'exclusion des machines plus anciennes qui utilisaient des cartes perforées) date de 1941.

16 JEAN-PIERRE CHUARD, Histoire des médias. Quelques considérations sur leur évolution, *in*: Aspects du droit des médias I, 3^e cycle de droit 1982, Fribourg 1983, p. 27, 38 ss.

17 Floating point operations per second.

unité utilisée pour mesurer la puissance réelle des ordinateurs, la machine de 1941 atteignait une vingtaine de Flops. Par comparaison, les superordinateurs les plus puissants atteignent aujourd'hui 1 Petaflops, soit mille millions de milliards ou 1 000 000 000 000 000 Flops. Enfin, Internet est né à la fin des années soixante, dans un contexte militaire dans un premier temps, puis s'est étendu à la société civile une vingtaine d'années plus tard, tissant sa toile dans le monde entier.

L'essor de l'informatique puis son couplage avec la télématique ont obligé les législateurs à réviser la manière dont le droit civil assure la protection de la sphère privée. La simple logique défensive des actions de protection de la personnalité ne suffisait plus; un nouveau concept global de la circulation des informations personnelles et de l'équilibre entre protection de la personne et intérêts des entreprises et des administrations devait être trouvé. Les premières réflexions en Suisse à ce sujet remontent à la fin des années septante.¹⁸ Elles ont abouti à l'adoption d'une législation toujours plus prolixe sur la protection des données, aussi bien en droit privé que public, fédéral et cantonal.

Affirmation du principe de la finalité, enregistrement des fichiers présentant les plus hauts risques, garantie d'un droit personnel d'accès à ses propres données, possibilités de faire modifier ou effacer des données erronées ou devenues sans pertinence: telles sont quelques-unes des nouveautés apportées par la législation sur la protection des données personnelles. Ces acquis incontournables du droit actuel sont des réponses directes à l'évolution technologique du siècle passé.

Le développement rapide de la télématique a naturellement eu des répercussions aussi sur les transactions juridiques. D'une part, les moyens de paiement électroniques ont remplacé les moyens traditionnels de paiement dans la plupart des transactions commerciales. Ainsi, les papiers-valeurs couramment utilisés il y a un siècle ont presque disparu aujourd'hui.¹⁹ D'autre part, la signature manuscrite d'autrefois est devenue inadaptée à un monde globalisé et «E-Mailisé». C'est pourquoi le Parlement a adopté le 19 décembre 2003 la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.²⁰ En vertu de cette loi, des contrats soumis légalement à la forme écrite peuvent désormais être

18 Voir notamment WILLY EGLOFF, *Braucht die Schweiz ein Datenschutzgesetz*, RDS 1977 I, p. 345 ss; *Informatique et protection de la personnalité*, 3^e cycle de droit, Fribourg 1981; GÉRALD PAGE, *Le droit d'accès et de contestation dans le traitement des données personnelles. Etude de base en droit privé suisse et américain*, Zurich 1983.

19 Voir notamment LOUIS DALLÈVES, *La dématérialisation des papiers-valeurs: un décalage croissant entre droit et réalité*, Société anonyme suisse: revue de droit commercial et économique 1987, 2, p. 43 ss; FRANÇOIS BOHNET, *La théorie générale des papiers-valeurs: passé, présent, futur*, Bâle 2000.

20 Loi sur la signature électronique, SCSE, RS 943.03.

conclus de manière électronique, grâce à une signature électronique qualifiée. Il s'agit d'un système électronique d'identification personnelle garanti par un dispositif sécurisé de création des signatures. En effet les fournisseurs de tels systèmes doivent être reconnus par un organisme de certification accrédité par la Confédération.²¹ Des dispositions ont par ailleurs été adoptées pour régler les communications par voie électronique entre les autorités judiciaires et les mandataires des parties.²²

ab. Technologies biomédicales

La médecine pratiquée aujourd'hui ne ressemble plus guère à celle d'il y a un siècle. Les apports de la biologie, de la pharmacologie²³, de l'imagerie médicale²⁴, de la génétique et de biens d'autres disciplines voisines ont complètement transformé la pratique médicale. De nombreux ouvrages en rendent compte avec beaucoup d'érudition.²⁵ On se bornera ici à mentionner trois domaines dans lesquels les avancées biomédicales ont eu des répercussions directes sur le droit civil²⁶, en particulier sur le statut juridique de la personne: la médecine des transplantations, la maîtrise de la reproduction humaine et la génétique.

En 1907, la médecine des transplantations n'avait à son actif que la réussite de la première greffe de cornée, réalisée deux ans plus tôt. Elle n'a pris un véritable essor que dans la seconde moitié du vingtième siècle: c'est en effet en 1950 que la première transplantation de rein a été tentée aux Etats-Unis.²⁷ La première transplantation de foie remonte à 1957 tandis que la première greffe cardiaque est réalisée par le Dr Barnard le 3 décembre 1967 en Afrique du Sud. Suivront en 1968 les premières greffes de moelle osseuse et de poumon. On a aussi réalisé aujourd'hui des greffes du pancréas, du larynx, de la

21 Voir le Message du Conseil fédéral du 3 juillet 2001, FF 2001 p. 5423 ss.

22 Sur ce point, voir notamment ANNETTE DOLGE, Elektronischer Rechtsverkehr zwischen Bundesgericht und Parteien, AJP 2007 p. 299 ss.

23 Si le brevet pour l'aspirine fut déposé le 6 mars 1899 par Felix Hoffmann, il fallut attendre 1928 pour qu'Alexander Fleming découvre le premier antibiotique, la pénicilline, et 1952 pour qu'Henri Laborit et d'autres découvrent les neuroleptiques.

24 Même si la première radiographie avait déjà été effectuée en 1895 par Wilhelm Röntgen: voir WILHELM RÖNTGEN, Über eine neue Art von Strahlen, Bulletin de la Société physico-chimique de Würzburg du 28 décembre 1895.

25 Voir par exemple ROGER DACHEZ, Histoire de la médecine de l'Antiquité au XX^e siècle, Paris 2004; voir aussi DOMINIQUE LECOURT (dir.), Dictionnaire de la pensée médicale, Paris 2004.

26 Pour un regard intéressant du point de vue historique sur la question, voir ROGER NERSON, L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, Revue trimestrielle de droit civil 1970, p. 661. Pour une vue critique, voir ALAIN SÉRIAUX et al., Le droit, la médecine et l'être humain: propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle, Aix-en-Provence 1996.

27 La première greffe de rein sera réalisée en Suisse en 1964 à Zurich.

trachée, des mains, de la langue, du visage et même du pénis, de sorte que seul le cerveau paraît pour le moment encore irremplaçable.

Ces développements ont forcé les juristes à réfléchir sur le statut du corps humain en général et plus particulièrement de ses différentes composantes, devenues détachables et transférables à autrui. La nature et l'étendue des droits de la personne sur son corps ont été repensées. L'émergence d'un droit de disposer de son corps a ébranlé la théorie classique de l'indisponibilité du corps humain.

Les techniques d'insémination artificielle étaient connues depuis longtemps chez les mammifères, notamment à travers les travaux d'un scientifique russe qui publia une contribution de référence en 1907 sur l'application de la technique chez divers animaux de la ferme.²⁸ La transposition des techniques chez l'humain fut rapidement envisagée mais il fallut attendre l'ouverture des premières banques de sperme, dans les années 1960 pour que cette pratique trouve une vigueur accrue, rapidement confortée par la reconnaissance sociale du désir individuel d'enfant. La maîtrise du processus de fécondation hors du corps de la femme, faisant se rencontrer ovule et spermatozoïdes dans un verre de Pétri, révolutionna ensuite la procréation médicalement assistée, tout en permettant un accès direct aux embryons humains dans les premiers stades de leur développement. Clin d'œil à la Genèse, le premier «bébé-éprouvette», né en juillet 1978 en Grande-Bretagne, fut une fille: Louise Brown qui est devenue mère à son tour récemment, de manière tout à fait naturelle. Depuis lors, les méthodes ont encore notablement évolué: cryoconservation des embryons, ICSI, etc. Le clonage a même fait son apparition le 5 juillet 1996 en Ecosse, avec la naissance de la brebis Dolly, le premier mammifère cloné à partir de cellules adultes. Aujourd'hui, on estime qu'environ un millier d'enfants naissent chaque année en Suisse, et 100 000 enfants au moins dans le monde, grâce à des méthodes de procréation médicalement assistée.

De telles révolutions dans la manière de faire des enfants ont inévitablement amené les juristes à se pencher à nouveau sur des concepts clés du droit des personnes et de la famille. Il a fallu en particulier aménager plus concrètement un statut pour l'enfant conçu, parfois détaché du corps de la mère, et réexaminer le concept de filiation, tant maternelle que paternelle.

C'est en 1907 que fut traduit en français le fameux article écrit par Gregor Mendel une quarantaine d'années plus tôt sur les hybrides végétaux, plus spécialement sur les lois de transmission de certains caractères héréditaires chez les pois comestibles. La théorie chromosomique de l'hérédité avait été proposée cinq ans plus tôt alors que le terme «gène» ne sera proposé que deux ans plus tard. Mais il faudra attendre ensuite 1953 pour que des chercheurs

28 E. I. IVANOV, De la fécondation artificielle chez les mammifères, 12 Arch. Sci. Biol. 377 (1907).

montrent que les gènes sont faits d'ADN et pour qu'ils décrivent correctement la structure de l'ADN.²⁹ Deux ans plus tard, on établira le nombre de chromosomes humains (46) et cinquante ans plus tard, le nombre approximatif de gènes humains (entre 25 000 et 30 000). Entre-temps, aura été lancé en 1989 le fameux *Human Genome Project* poursuivant l'objectif de réaliser la cartographie complète du génome humain, c'est-à-dire de décoder les quelque 3 milliards de paires de base du génome humain, afin d'identifier tous les gènes et de mieux comprendre les maladies génétiques, dans l'espoir de les prévenir ou de les soigner.

Tenter de percer les mystères à la fois de la spécificité de l'espèce humaine et de l'identité individuelle ne peut pas se faire sans répercussions sur le droit: c'est la notion même de personne qui est touchée, son identité et son ascendance, de même que le principe fondamental d'égalité des personnes et d'interdiction des discriminations.

A l'avenir, la convergence, prédite par certains, de la nanotechnologie, de la biotechnologie, des technologies de l'information et des sciences cognitives et leur utilisation conjointe dans le but d'améliorer les capacités humaines ne fera qu'accroître l'acuité des questionnements liés à la nature humaine et à l'identité personnelle.³⁰

b. L'évolution des mœurs

Dans le domaine familial, la Suisse était, et reste, un pays aux mœurs relativement conservatrices. Par exemple, le taux de naissances hors mariage demeure aujourd'hui encore un des plus bas des pays d'Europe occidentale.³¹ Ce respect des traditions familiales n'a pas empêché une profonde évolution des mœurs, favorisée aussi par le brassage des populations (plus du tiers des mariages célébrés en Suisse sont actuellement des mariages binationaux), des cultures et des religions, même si cette dernière a perdu son

29 JAMES WATSON, FRANCIS CRICK, *Molecular Structure of Nucleic Acids*, *Nature* 171, 25 avril 1953, p. 737 ss. Pour cette découverte, les deux chercheurs recevront le prix Nobel de médecine neuf ans plus tard.

30 Pour une première réflexion sur la question, voir par exemple BERT GORDIJN, *Converging NBIC Technologies for Improving Human Performance: A Critical Assessment of the Novelty and the Prospects of the Project*, *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 2006, p. 726 ss.

31 En 2005, 13,7% des enfants sont nés d'une mère non mariée avec le père. Ce taux est en constante, mais faible, augmentation depuis 1995 (6,8% en 1995, 10% en 1999). Par comparaison, le taux de naissances hors mariage était en 2004 de 47,4% en France et en 2003 de 27% en Allemagne et de 56% en Suède. La moyenne des pays de l'Union européenne se situait dès 2002 au-delà de 30%.

influence d'antan.³² L'éclatement des formes de vie en communauté, le rétrécissement des ménages, l'émancipation de la femme, la hausse de la divortialité, l'exaltation du désir d'enfant, la poursuite du bonheur individuel et l'acceptation des couples de même sexe en sont quelques illustrations. De nombreux auteurs résument cette évolution par l'un de ses traits les plus marquants: le passage de la famille institutionnelle à la famille contractuelle.³³

Les statistiques helvétiques révèlent notamment une érosion du mariage, un envol du divorce, une diminution du taux de fécondité et des modifications structurelles des ménages. Par exemple en 1906, 27 298 mariages furent célébrés et 1343 divorces furent prononcés³⁴, en vertu de la loi de 1874 sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage. Le taux conjoncturel de divortialité s'établissait alors à moins de 5%, alors qu'il a franchi le cap des 50% en 2005 (52,6%). Compte tenu de l'évolution démographique, on se mariait davantage il y a cent ans et on divorçait beaucoup moins.

L'indicateur conjoncturel de fécondité, supérieur au taux de renouvellement naturel de la population (2,1 enfants par femme en âge de procréer) au début du siècle passé, est proche de 1,5 enfant par femme depuis les années 1980 (1,42 en 2005, mais 1,3 pour les femmes suisses et 1,9 pour les femmes étrangères). Alors que 94 508 enfants étaient nés vivants en 1907 (pour une population de 3,5 millions de personnes), environ 70 000 sont nés en 2005 (pour une population qui a plus que doublé).

Le type de ménage le plus répandu était autrefois formé de cinq personnes ou plus (encore 32,4% en 1930; les ménages d'une personne ne représentaient que 8,5%) alors qu'aujourd'hui, il est constitué d'une seule personne (36% des ménages en 2000; seulement 6,3% des ménages sont composés de nos jours de cinq personnes ou plus).

Ces quelques éléments d'une évolution beaucoup plus large et complexe suffisent à démontrer la nécessité devant laquelle s'est trouvé le législateur suisse de réviser les règles adoptées en 1907 pour régir les relations familiales. C'est pourquoi l'intégralité du livre deuxième du code civil sera, par tranches, l'objet de réformes totales. En outre, le Parlement fédéral flanquera le code

32 Pour une vue comparatiste des droits occidentaux et musulmans, voir notamment SAMI ALDEEB et ANDREA BONOMI, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich 1999.

33 Voir notamment FRANZ WERRO, *Concubinage, mariage et démariage*, Berne 2000, p. 21, reprenant la formule anglaise résumant cette évolution: «*from status to contract*»; INGEBORG SCHWENZER, *The evolution of family law: from status to contract and relation*, *The European Journal of Law Reform* 2001, p. 199 ss. Voir aussi MARIE-THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit, 1968–1999: trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles-Paris, 1999; MARY ANN GLENDON, *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and the Western Europe*, Chicago-Londres, 1989.

34 *Annuaire statistique de la Suisse* 1908 (note 7), p. 16. Par comparaison, en 2005, 40 139 mariages ont été célébrés et 21 332 divorces prononcés.

civil de plusieurs lois spéciales, notamment sur l'adoption internationale et le partenariat enregistré de personnes de même sexe.

c. Les conditions de vie socio-économiques

En un siècle, un pays largement rural et relativement pauvre est devenu une des nations les plus riches du monde, essentiellement urbaine et tournée vers le secteur tertiaire.

La population suisse a plus que doublé en un siècle, passant de 3,5 millions d'habitants en 1907 à 7,5 millions en 2005. En 1907, la ville la plus importante du pays était déjà Zurich avec un peu plus de 186 000 habitants, alors que la capitale n'abritait que 73 000 habitants environ (les chiffres arrondis sont de 370 000 habitants pour Zurich et 128 000 pour Berne à la fin de l'année 2006).

Dans le même laps de temps, l'espérance de vie a presque doublé elle aussi: elle était de 46 ans pour les hommes et 49 ans pour les femmes en 1900, elle est de 79 ans et 84 ans aujourd'hui. En 1907, 95 personnes ont péri «écrasées par un char ou une voiture» tandis que les maladies infectieuses constituaient la première cause de décès.³⁵ Un siècle plus tard, les accidents de la route tuent quatre fois plus de personnes et les maladies cardiocirculatoires et les tumeurs malignes représentent les deux causes majeures de mortalité.

La pyramide des âges de jadis s'en est trouvée complètement changée, au point de ressembler aujourd'hui à un chalet suisse dont les bords inférieurs du toit se situent approximativement à l'âge de 40 ans et le faite vers 100 ans. Autre constat moins réjouissant pour l'avenir de notre société, la proportion des personnes de moins de 20 ans au sein de la population globale a diminué de 41% à 22% tandis que celle des personnes de plus de 64 ans a augmenté de 6% à 16%.³⁶

Au mouvement naturel de la population s'est ajouté un exode des régions rurales vers les villes. En 1930 encore, 36% seulement de la population vivait en région urbaine alors qu'aujourd'hui près des trois-quarts (73%) de la population vit dans les agglomérations du pays.

La structure de notre économie a considérablement évolué aussi. Même si la Banque nationale suisse a été ouverte en 1907, le secteur primaire jouait à cette époque un rôle capital dans l'économie du pays: l'agriculture occupait

35 Tous les chiffres sont tirés de l'annuaire statistique de la Suisse 1908 (note 7). On mentionnera encore qu'en 1907, près de 1 200 personnes sont mortes de la rougeole, de la coqueluche et de la scarlatine.

36 La proportion de la population âgée de plus de 80 ans a même bondi de 0,5% à 4,4%, soit une multiplication par neuf.

plus de 40% des travailleurs actifs du pays, contre environ 5% aujourd'hui.³⁷ Les exploitations agricoles (plus de 250 000) étaient quatre fois plus nombreuses que maintenant mais portaient sur des domaines près de quatre fois plus petits (la surface totale exploitée n'a donc reculé que d'environ 10%).³⁸ Le vingtième siècle a vu un essor énorme du secteur tertiaire (banques, assurances notamment) qui occupe désormais la place la plus importante dans l'économie suisse: près des trois quarts des actifs (73,5%) étaient occupés dans le secteur des services en 2004.

Le Produit Intérieur Brut (PIB) du pays a ainsi augmenté de manière massive pour atteindre 387 milliards de dollars en 2006 (ce qui équivaut à environ 34 000 dollars par habitant). En 2006, les services contribuent au PIB à raison de 64,5%, l'industrie à raison de 34% et l'agriculture pour 1,5%.

Les recettes de la Confédération s'élevaient en 1907 à 146 millions de francs, pour des dépenses totales de plus de 139 millions. Pour la sixième année consécutive, la Confédération pouvait donc se prévaloir d'un confortable excédent de recettes. L'ensemble des cantons accumulaient (en 1906) des recettes de 150 millions environ pour des dépenses inférieures d'un million, Neuchâtel et Genève étant cependant dans les chiffres rouges. En 2006, la Confédération a réalisé des recettes de l'ordre de 55 milliards de francs et assumé des dépenses légèrement supérieures à 52 milliards de francs.

L'augmentation de la population, l'amélioration du niveau de vie, l'urbanisation, l'érosion de l'agriculture et le développement d'une économie de services ont naturellement eu des répercussions sur le droit civil aussi. D'une part, les structures familiales ont évolué, bousculant le partage des rôles masculin et féminin. D'autre part, il a fallu développer de nouvelles politiques d'aménagement du territoire. Cela s'est aussi traduit par de nombreux changements législatifs³⁹, dont plusieurs ont affecté le code civil, et par l'émergence d'un droit foncier rural contenant de nombreuses règles spéciales dérogeant au régime général de la propriété ou des successions prévu dans le code civil.

37 Agriculture: un siècle de bouleversements, Office fédéral de la statistique, Neuchâtel, 2006, site internet: www.bfs.admin.ch. Il y avait 764 000 travailleurs actifs dans l'agriculture (y compris l'élevage du bétail et le jardinage) en 1905 contre 188 000 en 2005.

38 Agriculture: un siècle de bouleversements (note 37).

39 Notamment, en ce qui concerne seulement l'agriculture, la loi sur le désendettement des domaines agricoles en 1940, la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale et la (première) loi sur l'agriculture en 1951 (souvent modifiée depuis lors; la loi actuelle date du 29 avril 1998), la loi sur le droit foncier rural en 1991. L'utilisation rationnelle du sol a joué aussi un rôle dans l'introduction de la copropriété par étages et dans la révision du droit de superficie.

2. *Quelques évolutions du cadre politique et juridique*

a. *L'évolution constitutionnelle*

Deux éléments seront brièvement mentionnés en ce qui concerne l'évolution constitutionnelle: l'essor des droits fondamentaux et le transfert à la Confédération de nouvelles compétences législatives.

Quand le code civil a été adopté, en 1907, la Constitution fédérale alors en vigueur, du 29 mai 1874, ne contenait pas de véritable catalogue des droits fondamentaux.⁴⁰ De plus, la jurisprudence n'avait pas encore dégagé le concept de droits fondamentaux non écrits, de sorte que la liberté personnelle n'était pas formellement garantie. Enfin, il n'existait aucun instrument international de protection des droits de l'homme.

C'est ainsi qu'au début du vingtième siècle, le code civil a joué pleinement le rôle de constitution civile du pays, c'est-à-dire d'ancrage juridique des valeurs fondamentales reconnues par la société civile. Des dispositions comme les art. 1 à 4 CC, de même que les art. 11, 27, 28 ou 641 CC font partie de cette fonction constitutionnelle qui représente l'une des cinq fonctions que Jürgen Basedow⁴¹ attribue aux codes de première génération, catégorie à laquelle appartient clairement le code civil suisse.

A partir des années 1960, le Tribunal fédéral a reconnu successivement de nombreux droits fondamentaux non écrits.⁴² La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, a été ratifiée par la Suisse en 1974. Notre pays ratifiera ensuite en 1992 les deux Pactes internationaux du 16 décembre 1966, relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels d'une part, aux droits civils et politiques d'autre part. Enfin, la Constitution du 18 avril 1999 a consacré le respect et la protection de

40 Etaient cependant reconnues l'égalité (art. 4), la liberté économique (art. 31), la liberté d'établissement (art. 45), la liberté religieuse (art. 49 et 50), la liberté de se marier (art. 54), la liberté de la presse (art. 55), la liberté d'association (art. 56) et le droit de pétition (art. 57). Voir notamment JEAN-FRANÇOIS AUBERT et PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 59.

41 JÜRGEN BASEDOW, *Conclusions: du Code Napoléon à la codification européenne – 200 ans de codification à la lumière de ses fonctions*, in: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 303 ss, 311. Selon cet auteur, les autres fonctions sont la fonction unificatrice (du droit privé national), la fonction innovatrice (rôle de détonateur de l'évolution du droit), la fonction informatrice (favoriser une meilleure connaissance du droit) et la fonction systématique (cohérence de l'ordre juridique). Voir aussi BRUNO SCHMIDLIN, *Le mouvement des codifications en Europe: la formation du système du code civil français*, in: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 45 ss, 63 soulignant que les anciens codes civils «étaient le premier champ d'expression» des droits de l'homme.

42 La liberté d'opinion et d'expression en 1961 (ATF 87 I 114, 117), la liberté personnelle en 1963 (ATF 89 I 92, 98), la liberté de la langue en 1965 (ATF 91 I 480, 485), la liberté de réunion en 1970 (ATF 96 I 219, 224), la liberté d'information en 1978 (ATF 104 Ia 88, 93) et enfin le droit à des conditions minimales d'existence en 1995 (ATF 121 I 367, 371).

la dignité humaine (art. 7) et a formellement reconnu un catalogue détaillé de droits fondamentaux (art. 8 ss). On verra plus loin⁴³ l'impact que l'émergence des droits de l'homme aura eu sur certaines matières régies par le code civil.

Le second élément remarquable de l'évolution constitutionnelle tient à l'attribution à la Confédération de nombreuses compétences législatives nouvelles, tout au long du vingtième siècle. Ce mouvement vers une plus grande unification du droit en Suisse n'a pas manqué d'avoir certaines répercussions, directes ou indirectes, sur le droit civil. On ne mentionnera ici que quelques exemples.

Tout d'abord, on sait que l'art. 122 Cst. (successeur de l'art. 64 aCst.) étend depuis le 1^{er} janvier 2007 la compétence de la Confédération non seulement au droit civil mais aussi à la procédure civile.⁴⁴ Cela permettra enfin d'unifier au niveau national la procédure civile, en allant au-delà des quelques règles que le législateur fédéral pouvait jusqu'ici adopter pour assurer une mise en œuvre uniforme du droit civil matériel. Un projet de code de procédure civile suisse a d'ailleurs déjà été envoyé aux Chambres fédérales en été 2006.⁴⁵

Le 25 novembre 1945, la Confédération reçut la compétence de légiférer sur les allocations familiales, l'aide au logement et l'assurance maternité (art. 34^{quiquies} aCst.), à la suite du lancement en 1941 d'une «initiative pour la famille» par le Parti conservateur populaire suisse qui voulait donner mandat à la Confédération de mener une politique familiale active.⁴⁶ Cette initiative, qui avait recueilli près de 170 000 signatures, fut retirée au profit du contre-projet du Conseil fédéral, de portée plus limitée, qui fut largement approuvé en votation populaire. Les diverses lois fédérales adoptées sur cette base, ou sur la base des art. 108 et 116 Cst. qui ont repris le contenu de 34^{quiquies}, y compris l'introduction, après 60 ans d'atermolement, d'une assurance maternité⁴⁷ et l'adoption récente d'une loi fédérale sur les allocations familiales⁴⁸, ont à plusieurs égards un impact sur l'application des dispositions de droit de la famille du code civil (en matière d'entretien de la famille en particulier).

43 *Infra*, p. 137 ss.

44 L'extension avait été approuvée par le peuple et les cantons le 12 mars 2000 mais l'Assemblée fédérale a préféré attendre l'achèvement de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale pour mettre l'article constitutionnel en vigueur.

45 FF 2006 p. 6841 ss.

46 Voir PASCAL MAHON, Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874; Jean-François Aubert et al. (éds), Bâle/Zurich/Berne 1992, n. 3 ss *ad* art. 34^{quiquies}.

47 Révision de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain, du 3 octobre 2003, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 après avoir été acceptée en votation populaire le 26 septembre 2004, RS 834.1). Dans son Message de 1944 sur l'art. 34^{quiquies}, FF 1944 p. 975, le Conseil fédéral avait pourtant écrit: «l'assurance maternité ne suscite pas d'opposition appréciable»!

48 FF 2006 p. 3389 ss.

La compétence de légiférer en matière d'aménagement du territoire (art. 22^{quater} aCst.) puis de protection de l'environnement (art. 24^{septies} aCst.) a été octroyée à la Confédération en 1969 et en 1971. L'exercice de cette compétence a naturellement touché au régime de la propriété foncière prévu dans le code civil. En particulier, la loi sur le droit foncier rural, du 4 octobre 1991⁴⁹, a réuni dans un seul texte législatif des dispositions de droit foncier rural qui étaient éparpillées dans le code civil, le code des obligations, la loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale, la loi fédérale sur le désendettement de domaines agricoles et la loi sur l'agriculture. Elle a dû tenir compte en outre des exigences qui découlent de la garantie constitutionnelle de la propriété. Enfin, il a fallu assurer sa coordination avec la loi sur l'aménagement du territoire.⁵⁰

L'un des faits sociaux marquants du vingtième siècle aura été le développement des assurances sociales, qui a notamment influencé l'évolution des structures et des fonctions de la famille et qui a aussi affecté profondément les relations de travail. Avant même l'adoption du code civil, la Confédération pouvait légiférer sur l'assurance maladie et l'assurance accident (art. 34^{bis} aCst. de 1890). Elle a ensuite successivement reçu la compétence de légiférer sur la protection des travailleurs (art. 34^{ter} aCst. de 1947) et sur les autres assurances sociales (art. 34^{quater} aCst. de 1972). Ainsi par exemple, l'art. 89^{bis} a été inséré dans le code civil en 1958, afin de favoriser la création de fondations en faveur du personnel.⁵¹ Autre exemple: la loi fédérale sur le libre passage, complétant la loi sur la prévoyance professionnelle, a été adoptée en 1992. Elle a introduit le principe du partage des prestations de sortie entre époux qui divorcent, à des conditions liées à celles du code civil pour l'entretien après divorce.⁵² Ce système sera remplacé par les art. 122 à 124 CC lors de la réforme du divorce entrée en vigueur en 2000.

Le 17 mai 1992, peuple et cantons acceptèrent à une confortable majorité un article constitutionnel (24^{novies}) donnant compétence à la Confédération de légiférer sur les méthodes de procréation médicalement assistée et en matière

49 LDFR, RS 211.412.11. Cette loi se fondait toutefois sur les art. 22^{ter} (garantie de la propriété) et 31^{octies} (politique agricole) et 64 aCst. (aujourd'hui les art. 26, 36, 104 et 122 Cst.).

50 LAT, RS 700. Voir notamment le Message du Conseil fédéral à l'appui des projets de loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR) et de loi fédérale sur la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du code des obligations (vente d'immeubles), du 19 octobre 1988, FF 1988 III p. 889 ss, 1029.

51 Voir le Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1956 à l'appui d'une loi fédérale complétant les dispositions applicables aux contrats de travail et aux fondations (institutions de prévoyance en faveur du personnel), FF 1956 II, p. 845 ss.

52 Voir le Message du Conseil fédéral du 26 février 1992 concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III, p. 529 ss.

de technologie génétique. Cet amendement à la Constitution fédérale marque la première pierre de l'édification progressive d'un droit biomédical⁵³ national.

L'art. 24^{novies} aCst., dont le contenu a été repris aux art. 119 et 120 de la Constitution du 18 avril 1999, prévoyait expressément que la Confédération devait légiférer sur la procréation médicalement assistée et le génie génétique en assurant «la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille». Il posait par ailleurs un certain nombre de principes matériels liant le législateur. Les matières que l'art. 24^{novies} invitait la Confédération à réglementer relèvent donc en grande partie directement du droit civil: statut de l'enfant conçu, identité et filiation de la personne, connaissance de son ascendance, statut du corps humain et de ses éléments et produits, protection de la personnalité, spécialement l'intégrité physique et psychique et la sphère privée. Contrairement à d'autres pays, comme la France, la Suisse a retenu l'option d'une série de lois spéciales⁵⁴ plutôt que celle d'insérer dans le code civil de nouvelles dispositions.

Le 7 février 1999, peuple et cantons ont adopté l'art. 119a Cst. attribuant à la Confédération la compétence de légiférer sur les transplantations d'organes, de tissus et de cellules, en assurant «la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la santé». La disposition constitutionnelle pose en outre deux principes matériels: la répartition équitable des organes et, dans une formule non dénuée d'ambiguïté⁵⁵, l'interdiction de la commercialisation.

Ici encore, les problèmes de fond soulevés par la transplantation d'organes relèvent pour la plupart du droit civil: définition et constatation de la mort, droits sur le cadavre et portée des dispositions pour cause de mort, protection de l'intégrité physique, statut des composantes du corps humain. Dans le prolongement logique de l'option prise dans le domaine du génie génétique et de la procréation médicalement assistée, le législateur fédéral a élaboré une législation spéciale⁵⁶ plutôt que de modifier le code civil. Cette option est sans doute la meilleure, sauf sur un point à notre avis: la définition légale de la mort.

L'art. 9 al. 1 de la loi sur la transplantation prévoit que: «Une personne est décédée lorsque les fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral, ont subi

53 Droit biomédical dont la force résiderait dans la diversité de ses «foyers normatifs» (règles juridiques, déontologiques, éthiques) selon DOMINIQUE MANAI, *Droit médical et bioéthique: quelles relations?*, in: *L'arbre de la méthode et ses fruits civils*, Genève/Zürich/Bâle 2006, p. 53 ss, 67.

54 Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998, RS 810.11; Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, du 8 octobre 2004 (en vigueur dès le 1^{er} avril 2007), RS 810.12; Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires, du 19 décembre 2003, RS 810.31.

55 Art. 119a al. 3 Cst.: «Le don d'organes, de tissus et de cellules humaines est gratuit. Le commerce d'organes humains est interdit».

56 Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, du 8 octobre 2004 (en vigueur dès le 1^{er} juillet 2007), FF 2004 p. 5115 ss.

un arrêt irréversible». Le deuxième alinéa ajoute que le Conseil fédéral édicte des dispositions sur la constatation du décès. La définition de la mort doit être la même pour toute personne; il est donc regrettable qu'elle figure dans une loi spéciale et non dans le code civil. Vu le champ d'application de la loi précisé à l'art. 2, la définition ne devrait s'appliquer, en bonne logique, qu'à la mort de personnes dont on veut prélever des organes à des fins de transplantation. Cela laisse l'impression gênante que l'ordre juridique distingue plusieurs sortes de mort. Il n'aurait pourtant pas été difficile de compléter l'art. 31 CC par un troisième alinéa.

b. L'évolution de la science juridique

Il n'est évidemment pas question de retracer ici un siècle d'évolution de la science juridique en Suisse, ni d'en faire l'inventaire complet. Quelques traits marquants de cette évolution seront simplement évoqués: la prolifération des écrits, l'obsession de la mise à jour des informations, l'utilisation des nouveaux outils informatiques et la diversité doctrinale.

Quand on examine la doctrine civiliste suisse⁵⁷, le premier élément qui frappe tient à l'abondance des écrits.⁵⁸ Aux commentaires classiques, bernois et zurichois, découpés par matières faisant chacune l'objet d'un volume, se sont ajoutés, dans une perspective globale moins dogmatique et plus utilitariste, le commentaire bâlois du code civil, déjà à sa troisième édition, bientôt un commentaire romand sur le même modèle et plusieurs commentaires sectoriels. A côté des volumes du *Traité de droit privé suisse* et du *manuel de Tuor*, régulièrement mis à jour, d'autres écrits consacrés aux diverses matières régies par le code civil ont régulièrement paru. Les précis destinés prioritairement aux étudiants en droit, mais fort utilisés aussi par les praticiens, se sont multipliés. Parallèlement à l'augmentation du nombre des étudiants en droit dans le pays, le nombre de thèses de doctorat a crû lui aussi. Enfin, des guides et des ouvrages introductifs ou de vulgarisation ont encore complété la bibliographie de droit civil.

Parallèlement aux monographies, le nombre des contributions dans des ouvrages collectifs et des revues, généralistes ou spécifiques à un domaine, a également augmenté. Plusieurs revues spécialisées ont vu le jour, notamment la *Revue du notariat et du registre foncier* en 1920, la *Revue de l'état civil* en

57 Pour éviter de surcharger les notes et éventuellement de froisser certaine susceptibilités, on renoncera à donner ici les références des ouvrages évoqués, qui sont en général bien connus. Le propos ne consiste évidemment pas à relever les mérites ou les carences des uns et des autres mais à souligner certains traits de la doctrine civiliste suisse prise dans son ensemble.

58 Il y a cinquante ans, YUNG (note 10), écrivait déjà que «nous possédons un corps impressionnant d'ouvrages scientifiques et pratiques» (p. 333) mais regrettait que «la Suisse romande et italienne n'a pris jusqu'à présent qu'une trop faible part à ce mouvement» (p. 334).

1933, la Revue du droit de tutelle en 1946, FamPra.ch en 2000, Sigma (domaine de la protection des données) en 2001 ou encore la Revue de procédure civile en 2005.

Si la quantité impressionne, un avis plus nuancé peut être émis sur la pertinence de toute cette masse d'écrits. En lisant de manière intensive la doctrine consacrée à un domaine quelconque du droit civil, on acquiert assez vite le sentiment du «déjà lu». Combien de redites pour une idée originale? Combien de pages descriptives pour une analyse novatrice? Combien de détails pratiques décortiqués pour une synthèse éclairante? Il vaut parfois la peine de relire d'anciens ouvrages⁵⁹ pour mieux mesurer tout ce qui a déjà été pensé et écrit sur le droit civil, souvent de manière plus dense et au surplus dans une langue bien plus littéraire que celle de la plupart des auteurs contemporains.

La pression académique pour publier («*publish or perish*»), l'émergence d'un marché concurrentiel du livre et les facilités offertes par les outils informatiques modernes emballent encore plus le processus de publication. De nombreux écrits juridiques⁶⁰ semblent conditionnés de nos jours par deux considérations qui participent de la même obsession: être le premier à publier sur un sujet et transmettre des informations le plus à jour possible. Des commentaires de réformes législatives ou de lois spéciales sont ainsi régulièrement publiés au moment de leur entrée en vigueur, voire parfois avant. De nombreux ouvrages font l'objet de rééditions fréquentes, pour que l'intégralité de leurs informations soit maintenue à jour. Nous sommes en quelque sorte entrés dans l'ère du *fast book*, sans doute utile et répondant à une demande des consommateurs et du marché, mais souvent moins original dans ses apports à la science juridique.

L'évolution des outils de recherche dont dispose désormais la science juridique contribue certainement aussi à la prédominance des descriptions encyclopédiques sur les analyses synthétiques. L'accès aux informations est devenu plus facile, plus vaste et plus rapide, surtout pour la jurisprudence et pour les ordres juridiques étrangers. Alors que des heures de recherche dans une bibliothèque spécialisée étaient autrefois nécessaires pour identifier avec sûreté les normes en vigueur de droit étranger régissant une problématique, quelques clics avec la souris de son ordinateur suffisent maintenant à trouver ces normes sur Internet. Des banques de données fournissent en un clin d'œil toute la jurisprudence publiée, voire non publiée, sur un problème. Mais tous

59 Parmi eux, les quatre volumes du *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes* d'EUGEN HUBER, Bâle 1886–1893 et les sept volumes du *Traité de droit civil comparé* d'ERNEST ROGUIN, Paris 1904–1912.

60 La tendance se retrouve évidemment aussi dans les autres domaines du droit que le droit civil, de même qu'à l'étranger.

ces outils ne fournissent que la matière première que la doctrine doit ensuite pétrir pour élaborer ses théories.

L'accroissement exponentiel des informations explique peut-être aussi la tendance à la spécialisation, qui se retrouve du reste à d'autres niveaux, de la formation universitaire à la pratique des avocats et des juristes de l'administration. La spécialisation ne porte plus seulement, comme autrefois, sur les grandes subdivisions du droit (il y a toujours eu les privatistes, les publicistes et les pénalistes) mais en outre sur le fractionnement des matières à l'intérieur du droit privé. La spécialisation excessive constitue toutefois une forme d'appauvrissement car la connaissance de chaque domaine supplémentaire du droit rend plus féconde l'analyse des domaines déjà explorés. On peut regretter ainsi qu'il ne s'écrive plus aujourd'hui à une seule main de traité embrassant l'ensemble des matières du code civil.

Malgré ces remarques critiques, la doctrine civiliste d'aujourd'hui offre une richesse réjouissante de contenus, de méthodes et de perspectives.⁶¹ Parmi les méthodes, on relèvera surtout le développement de l'approche historico-comparatiste du droit privé qui cherche à comprendre les institutions actuelles du droit privé à travers leur développement historique, à partir notamment du droit romain, dans les diverses traditions juridiques nationales.⁶² La lente élaboration d'un «droit privé européen» en est l'un des aboutissements.⁶³ On mentionnera aussi la timide apparition de l'analyse économique du droit dans l'étude des problèmes de droit civil. Né aux Etats-Unis⁶⁴, le mouvement reste pour le moment essentiellement confiné au droit des obligations en Europe

61 Il faut cependant garder à l'esprit que la question de la méthode, très discutée il y a un siècle (école de l'exégèse, *Interessenjurisprudenz*, école de la libre recherche scientifique, etc.: voir, dans une perspective française, JEAN CARBONNIER, *Droit civil, Volume I: Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, Paris 2004, p. 285 ss), n'est en réalité pas très importante en droit, contrairement à d'autres sciences humaines: dans ce sens aussi CHRISTIAN ATTIAS, *Réflexions sur les méthodes de la science du droit*, Dalloz 1983 Chron. p. 145 ss.

62 A ce sujet, voir en particulier REINHARD ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990; REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*, Oxford 2001; PETER STEIN, *Le droit romain et l'Europe: essai d'interprétation historique*, édité et préfacé par JEAN-PHILIPPE DUNAND et ALEXIS KELLER, 2^e éd., Bruxelles et Genève 2004.

63 Pour un plaidoyer en faveur de la démarche «historico-comparative», voir SÉBASTIEN PIMONT, A propos de l'activité doctrinale civiliste, *Revue trimestrielle de droit civil* 2006, p. 707 ss, 715 ss. Pour un état des lieux récent, voir REINHARD ZIMMERMANN, *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, Berlin 2006.

64 Voir notamment les trois volumes de RICHARD POSNER et FRANCESCO PARISI, *Law and Economics*, Cheltenham 1997; ROBERT COOTER et THOMAS ULEN, *Law and Economics*, 4^e éd., Boston, 2004; EVERT MACKAAY, *L'analyse économique du droit*, Montréal 2000.

continentale.⁶⁵ Quelques rares contributions portent cependant sur le droit de la famille.⁶⁶

La richesse des perspectives doit beaucoup au développement du droit comparé et à la confrontation à d'autres ordres juridiques d'une part, aux emprunts faits à d'autres disciplines d'autre part.

La *common law*, bien présente dans la doctrine relative au code des obligations, a davantage de peine à pénétrer les ouvrages consacrés aux quatre premiers livres du code civil. Le droit allemand est en revanche omniprésent, surtout, bien sûr, dans les ouvrages alémaniques.⁶⁷ Le droit français et plus encore le droit italien ne trouvent qu'une place comparativement modeste dans les écrits des civilistes romands ou tessinois. La sensibilité latine doit sans doute mieux se faire entendre⁶⁸; à cet égard, le projet d'un commentaire romand du code civil, après celui du code des obligations, est une entreprise bienvenue.

Le droit civil touche directement la personne humaine; à ce titre, la doctrine se doit de nourrir ses réflexions en puisant dans les connaissances d'autres disciplines pour proposer des solutions ne péchant pas par leur aride technicité. Par exemple, les apports de la psychologie, de l'ethnologie et de la sociologie ont enrichi les ouvrages consacrés au droit de la famille⁶⁹, tandis que la philosophie morale (pour ne pas employer le mot à la mode: l'éthique), l'an-

65 Voir notamment la collection de monographies éditée par MICHAEL ADAMS, *Ökonomische Theorie des Rechts*, publiée dès 2002 par Peter Lang à Frankfurt et la collection *Law and Economics* publiée à Munich par V. FLORENTZ dès 1986, ainsi que les contributions réunies dans BRUNO DEFFAINS (Dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Nancy 2002. Dans l'optique suisse, voir LAURENT BIERI, *Une analyse économique des sanctions en cas de violation du contrat d'entreprise*, Bâle 2005; LAURENT BIERI, *La responsabilité du mandataire proportionnelle à la causalité*, RDS 2006 I, p. 515 ss.

66 Voir par exemple AUDREY LEUBA, *La répartition traditionnelle des tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme*, Berne 1997, p. 55 ss.

67 La présence d'enseignants allemands dans les facultés de droit de Suisse alémanique, sans équivalent en Suisse romande quant aux enseignants français, contribue sans doute à ce mouvement. Voir aussi les considérations d'INGEBORG SCHWENZER, *Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Tübingen 1999, p. 59 ss.

68 Certains juristes francophones ressentent parfois une pointe d'agacement devant l'ignorance totale ou presque de la doctrine romande par un nombre croissant de thèses de doctorat alémaniques qui citent en revanche abondamment les auteurs allemands. C'est l'une des raisons pour lesquelles ce rapport accorde une large place à la doctrine romande.

69 Voir par exemple JEAN-FRANÇOIS PERRIN, *Utilité et limites de la sociologie juridique au service de la législation de droit privé*, in: *Mélanges Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 63 ss; JEAN-FRANÇOIS PERRIN, *Sociologie du droit de la famille... à travers une enquête genevoise*, Genève 1979; BENOIT BASTARD, LAURA CARDIA-VONÈCHE et JEAN-FRANÇOIS PERRIN, *Pratiques judiciaires du divorce: approche sociologique et perspectives de réforme*, Lausanne 1987.

thropologie ou la biologie aiguissent certaines analyses faites en droit des personnes.⁷⁰

Tout compte fait, aujourd'hui comme hier, la doctrine continue à animer la science juridique de ses controverses, des plus académiques en apparence (par exemple la nature suspensive ou résolutoire de la condition de naître vivant pour acquérir la personnalité selon l'art. 31 al. 1 CC⁷¹; la nature de la restriction à la libre disposition du logement familial selon l'art. 169 CC⁷²; la nature juridique de l'exécution testamentaire selon les art. 517 et 518 CC⁷³; la conception même de la propriété et de ses restrictions au sens de l'art. 641 CC⁷⁴; etc.) aux plus pragmatiques (par exemple la subsidiarité du rectificatif demandé par mesure provisionnelle selon 28c CC par rapport au droit de réponse de l'art. 28g CC⁷⁵; le calcul de la part à la plus-value selon l'art. 206 CC⁷⁶; l'étendue de la répétition des prestations selon l'art. 411 CC⁷⁷; le calcul de la quotité disponible sous l'ancien art. 473 CC⁷⁸; les modalités du partage successoral (art. 634 ss CC), spécialement le pouvoir du juge dans le partage (art. 604 CC)⁷⁹; l'acquisition de servitudes par prescription extraordinaire selon l'art. 662 CC⁸⁰; etc.). La doctrine contribue ainsi à l'évolution du droit civil et à l'adaptation du code aux réalités contemporaines.

-
- 70 Voir par exemple HEIKE RIEDER, *Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht*, Bâle 2006, p. 7 ss; ODILE PELET, *Organes, tissus, cellules: loin du corps, loin de la personne?*, Berne 2002, qui s'appuie sur les connaissances biologiques et médicales (notamment p. 417 ss).
- 71 Voir MARYAM KOHLER-VAUDAUX, *Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître*, Zurich 2006 p. 183 ss et ses références.
- 72 Voir HENRI DESCHENAUX, PAUL-HENRI STEINAUER et MARGARETA BADDELEY, *Les effets du mariage*, Berne 2000, p. 122 et leurs références.
- 73 Voir par exemple JEAN GUINAND, MARTIN STETTLER et AUDREY LEUBA, *Droit des successions*, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 248 s. et leurs références.
- 74 Voir PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, tome I, 4^e éd., Berne 2007, p. 350 s.; ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Das Eigentum. Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen*, Art. 641–654 ZGB, *Berner Kommentar*, tome IV/1/1, Berne 1981, N 311 *ad* Syst. Teil.
- 75 Voir ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e éd., Bâle 1999, p. 150; HENRI DESCHENAUX et PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4^e éd., Berne 2001, p. 238.
- 76 Voir MARTIN STETTLER et FABIEN WAELTI, *Droit civil IV. Le régime matrimonial*, 2^e éd., Fribourg 1997, p. 185; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (note 72), p. 525 et leurs références.
- 77 Voir AUDREY LEUBA, *Basler Kommentar-ZGB I*, 3^e éd., Bâle 2006, N 8 *ad* art. 411 et les auteurs qu'elle cite.
- 78 Voir par exemple PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, Berne 2006, p. 229 note 21.
- 79 Voir notamment AUDREY LEUBA, *Le partage successoral en droit suisse*, RDS 2006 II, p. 137 ss, 163 ss.
- 80 Voir HERMANN LAIM, *Basler Kommentar-ZGB II*, 2^e éd., Bâle 2003, N 6 *ad* art. 662 CC.

c. *Internationalisation et globalisation*

Le globe terrestre devient un terrain global.

L'économie se globalise, les rapports humains s'internationalisent, la politique se régionalise, le droit lui-même se dénationalise. Dans un tel contexte, les fonctions souvent reconnues aux codes civils de première génération (fonctions unificatrice, innovatrice, constitutionnelle, informatrice et systématique)⁸¹, valables au moment de leur adoption, perdent progressivement leur pertinence, ou acquièrent une signification non plus à l'échelon de la nation, mais de la région. La Suisse n'échappe pas à son destin européen.

Alors qu'il y a cent ans, l'adoption du code civil fut une étape politique et culturelle importante pour consolider une identité nationale, le droit civil ne peut plus guère se penser uniquement au niveau national au début du vingt-et-unième siècle. D'une part, notre société ne présente plus l'homogénéité et l'identité qu'elle avait il y a un siècle: les flux migratoires importants, dès la seconde moitié du vingtième siècle, et les facilités de transport ont brassé les populations, diversifié les cultures, multiplié les religions et enrichi les représentations sociales. D'autre part, les échanges internationaux, notamment mais pas uniquement commerciaux, se sont intensifiés, soulignant l'interdépendance des pays et initiant un mouvement d'interpénétration de leurs droits. Simultanément, le droit international s'est étendu, à travers un réseau de Conventions bilatérales et surtout multilatérales, dont le Tribunal fédéral d'abord, la Constitution ensuite (art. 5 al. 4 Cst.)⁸² ont reconnu la primauté sur le droit interne. Enfin, l'Europe politique, économique et juridique se construit tout autour de nous, au gré du développement, certes pas toujours linéaire, de l'Union européenne mais aussi à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg.

II. Un siècle de code civil

1. *L'adoption du code civil*

«La société suisse des juristes charge son comité de provoquer une étude comparée complète de la législation civile des Etats de la Suisse, en vue de rechercher essentiellement quelles sont leurs dispositions communes et d'autre part quelles sont les divergences qui existent entre elles, les causes et les raisons d'être de ces divergences».⁸³

Cette résolution adoptée par la Société suisse des juristes le 16 septembre 1884 marque le début des travaux scientifiques qui mèneront vingt-trois ans

81 Voir BASEDOW (note 41), p. 311 ss.

82 Voir AUBERT/MAHON (note 40), N 17 ss *ad* art. 5 et la jurisprudence citée.

83 Zeitschrift für das schweizerische Recht 1884, vol. 3, p. 729.

plus tard à l'adoption du code civil. Eugen Huber est désigné par le comité de la société suisse des juristes pour accomplir cette étude et publie une véritable somme du droit privé suisse.⁸⁴ En 1892, le Conseil fédéral demande tout naturellement à Eugen Huber de rédiger un avant-projet de code civil, bien que la Confédération n'ait pas encore reçu le pouvoir de légiférer sur tout le droit civil.⁸⁵

«L'avenir doit continuer le passé» écrit de manière pénétrante le Conseil fédéral dans son Message de 1904 aux Chambres sur le projet de code civil⁸⁶. Ce qui serait qualifié aujourd'hui de langue de bois affirmait alors la volonté de donner une forte identité nationale au nouveau Code, en puisant dans le droit civil des cantons et en marquant ses distances vis-à-vis des codes étrangers, notamment les codes civils français et allemand.⁸⁷ De grands espoirs sont placés à l'époque dans le nouveau code: en substituant «l'uniformité fédérale à la diversité cantonale», il doit réaliser «un progrès sur le droit ancien au triple point de vue moral, économique et politique»⁸⁸.

Les parlementaires fédéraux ne resteront pas insensibles au lyrisme du Message et à la qualité intrinsèque du projet qui leur est soumis: ils plébisciteront le nouveau code. Pour conférer à la décision du Parlement la solennité qui convient, le vote final sur le code civil est organisé le 10 décembre 1907 à l'appel nominal dans les deux Chambres. Malgré des réflexes fédéralistes encore vivaces notamment en Suisse romande, tous les députés présents se prononcent en faveur du nouveau code: «les représentants du peuple et ceux des cantons, les catholiques comme les radicaux, les paysans comme les citadins, ceux du Pays romand comme ceux du Plateau et des cantons forestiers».⁸⁹ Aucune demande de référendum n'est déposée, ce qui permet au code civil d'entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1912.

84 HUBER (note 59). Sur le personnage et son œuvre, voir DOMINIQUE MANAI, Eugen Huber, juriste charismatique, Bâle 1990.

85 Ce n'est que le 13 novembre 1898 que le peuple et les cantons acceptèrent de compléter l'art. 64 de la Constitution en donnant désormais à la Confédération le mandat de légiférer «aussi sur les autres matières du droit civil». Jusque là, la compétence de la Confédération était limitée à la capacité civile, aux matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change), la propriété littéraire et artistique, la protection des inventions applicables à l'industrie, y compris les dessins et modèles, la poursuite pour dettes et la faillite. Sur le caractère hétéroclite de cette liste de compétences, voir BLAISE KNAPP, Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Jean-François Aubert et al. (éds), Bâle/Zurich/Berne, 1992, N 3 ss *ad* art. 64.

86 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904, FF 1904 IV, p. 1 ss, 96.

87 Voir BÉNÉDICT WINIGER, Le code suisse dans l'embarras entre BGB et code civil français, *in*: Le code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 153 ss, 167. L'auteur note aussi, p. 161, une influence plus grande de ces deux codes sur le code fédéral des obligations de 1881.

88 YUNG (note 9), p. 34.

89 YUNG (note 9), p. 27.

Autres temps, autres mœurs! On a peine à imaginer le Parlement fédéral de 2007 accepter à l'unanimité une réforme législative de cette envergure. Plus réaliste qu'idéaliste, il prendrait en outre certainement soin de saucissonner une telle entreprise, pour minimiser les risques de référendum, comme l'illustre le découpage de la réforme du livre deuxième du code (droit de la famille) en cinq tranches et presque cinquante ans de travaux préparatoires.

2. *Le premier demi-siècle: la stabilité*

Les premières années d'existence du code civil ont naturellement constitué une période d'adaptation progressive des autorités comme des citoyens aux nouvelles règles unifiées. Les réformes du code se comptent dès lors sur les doigts d'une main durant son premier demi-siècle et portent sur des points non fondamentaux, liés surtout à la vie économique. C'est pourquoi elles seront rappelées simplement par ordre chronologique et non de manière thématique.

a. *Quelques ajustements mineurs*

La première révision du code toucha le titre vingt-troisième sur le gage mobilier. Elle consista en l'abrogation de trois articles qui régissaient, de manière temporaire et lacunaire, l'émission de lettres de gage (art. 916 à 918 CC⁹⁰), remplacés par une réglementation plus détaillée inscrite dans une loi spéciale.⁹¹ Bien que la matière relevât en principe du code civil, on préféra l'insérer dans une loi spéciale, compte tenu notamment de la densité de la réglementation prévue (une cinquantaine d'articles).

Une deuxième révision, elle aussi prévue par le code civil lui-même, a touché le régime des caisses d'épargne qui, en vertu de l'art. 57 du Titre final du code, restait soumis au droit cantonal «jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale en la matière». La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934⁹², régla de manière uniforme pour tout le pays la protection des dépôts d'épargne.

Les deux modifications suivantes du code civil ont touché les domaines agricoles. Tout d'abord, la loi sur le désendettement des domaines agricoles, adoptée le 12 décembre 1940⁹³, a conféré une portée obligatoire aux art. 619 ss du Code civil relatifs au partage successoral des entreprises agricoles. Elle

90 L'art. 918 CC prévoyait notamment que la législation fédérale devait fixer les conditions à respecter pour l'émission de lettres de gage et édicter des prescriptions détaillées sur les établissements émetteurs: voir le Message du Conseil fédéral, FF 1925 III p. 547 ss.

91 Loi fédérale sur l'émission de lettres de gage, du 25 juin 1930, RS 211.423.4.

92 RS 952.0.

93 L'endettement de ces domaines n'avait cessé d'augmenter depuis les années 1850: voir notamment le Message du Conseil fédéral, FF 1936 II p. 213.

a en outre modifié les art. 848 et 850 CC sur les lettres de rente pour en promouvoir l'utilisation pour les immeubles ruraux. En second lieu, la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale du 12 juin 1951⁹⁴, a adapté ponctuellement deux articles introduits lors de la révision précédente (art. 621^{quater} et 625^{bis} CC) pour en réduire ou en simplifier la portée.

La dernière modification du code dans son premier demi-siècle d'existence est intervenue le 3 octobre 1951. L'art. 703 CC, traitant des améliorations du sol, a été modifié par l'art. 121 de la loi fédérale sur l'agriculture, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1954.⁹⁵ La nouvelle loi visait à conserver une forte population paysanne et à faciliter l'approvisionnement du pays, tout en tenant compte des intérêts de l'économie nationale.

b. Bilan intermédiaire

Les amendements apportés au code civil dans ses cinquante premières années restent trop limités pour que des leçons puissent s'en dégager. Les deux premières révisions étaient du reste programmées puisque c'est le code civil lui-même qui les avait appelées. Il serait en tous les cas exagéré de parler des premiers signes d'un mouvement de décodification, bien que les réformes aient pour l'essentiel consisté en des compléments du code par des lois fédérales spéciales. Il serait prématuré aussi d'y voir les prémices de l'extension du droit public matériel dans des domaines relevant à la base du droit civil, même si les révisions laissaient une large place à des dispositions de droit public matériel.

Les révisions formelles du texte du code jusqu'à la fin des années 1950 ne constituent toutefois qu'un aspect mineur du bilan que l'on peut tirer de cette période. En 1961, à l'occasion du centenaire de la Société suisse des juristes, Walter Yung a présenté un remarquable exposé, intitulé «Le Code civil suisse et nous», qui dresse précisément un bilan beaucoup plus large, et très positif, du premier demi-siècle d'existence du Code civil.⁹⁶

L'auteur souligne l'acceptation du code par le peuple⁹⁷, qui s'est faite plus facilement qu'escompté, et juge que le code civil a largement réalisé l'unifi-

94 Le législateur de l'époque a estimé que la meilleure solution pour conserver une agriculture forte et productive consistait à adopter une loi spéciale sur le droit foncier rural, dérogeant partiellement au droit commun prévu dans le code civil. Voir le Message, FF 1948 I p. 25.

95 Cette loi a été remplacée le 1^{er} janvier 1999 par la loi fédérale sur l'agriculture, RS 910.1.

96 YUNG (note 10), p. 323 ss. Pour lui, le code «a établi un arbitrage équitable entre les droits de l'individu, ceux des groupes sociaux et ceux de la collectivité, assuré le respect de la personne humaine, étendu la protection de la loi aux valeurs morales comme aux biens matériels, et renforcé chez les Suisses la conscience de former un seul peuple»: p. 323.

97 Tout en notant que la population féminine est sans doute un peu moins convaincue de l'excellence du code que la population masculine! YUNG (note 10), p. 328.

cation du droit privé, tout en conservant un utile pluralisme de certaines institutions, comme les sûretés immobilières, les dispositions pour cause de mort et les régimes matrimoniaux⁹⁸. Il remarque que le temps viendra où le texte du code s'effacera derrière la doctrine et la jurisprudence, citant Lawson qui écrivait que «Plus un code civil est ancien, plus ceux qui l'appliquent tendent à avoir l'esprit d'un *common lawyer*»⁹⁹. Il exprime au passage son scepticisme face aux «explications dogmatiques d'institutions d'origine germanique» fournies par une partie de la doctrine qui s'appuie sur des «théories très abstraites, et parfois même confuses».¹⁰⁰ Il se félicite de l'essor d'une science juridique nationale indépendante des doctrines étrangères, tout en regrettant la part trop faible prise par la Suisse romande et italienne.¹⁰¹

Notant que la codification de 1907 fut un «puissant effort de concentration», il poursuit en s'interrogeant sur l'avenir du code civil, affirmant d'emblée qu'«il serait vain de prédire dans quel sens le droit civil évoluera au cours des cinquante prochaines années» car les «codes se font avec le temps, mais ils se défont aussi avec le temps».¹⁰² Cela ne l'empêche pas d'esquisser quelques prédictions: «le droit civil suisse sera l'objet d'un processus de «déconcentration», à la fois territoriale («le droit civil se déploiera à l'avenir sur trois plans superposés»: national, cantonal et international), matérielle («on verra encore proliférer les lois spéciales, exorbitantes du droit commun») et dogmatique («il est possible que des concepts forgés sur la base du droit romain et qui nous semblent solides comme le roc, perdent quelque peu de leur fermeté et de leur cohérence»)).¹⁰³

Yung termine son exposé par l'inventaire des facteurs externes «qui tendront à rapprocher notre droit suisse des régimes juridiques d'autres pays». Il mentionne le développement des moyens de transport et le brassage des populations; le rapprochement des modes de vie; d'inévitables réglementations internationales dans des domaines tels que les transports aériens ou l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire; l'influence des nouvelles codifications étrangères et des réformes du code civil en France et en Allemagne; la pénétration de la *common law*, facilitée par le «prestige dont les pays anglo-saxons jouissent à l'heure actuelle» et par les séjours des jeunes juristes suisses aux Etats-Unis «comme leurs ancêtres se rendaient à Bologne, comme on allait à Heidelberg au siècle dernier»; et enfin, l'intégration économique de l'Europe.¹⁰⁴ Mais il précise qu'«il n'est pas question d'unification totale du droit

98 YUNG (note 10), p. 325.

99 YUNG (note 10), p. 331.

100 YUNG (note 10), p. 330.

101 YUNG (note 10), p. 333 ss.

102 YUNG (note 10), p. 338.

103 YUNG (note 10), p. 339 s.

104 YUNG (note 10), p. 340 ss.

privé européen (...) il ne peut s'agir que de la formation progressive et pour ainsi dire organique d'un droit commun partiel». ¹⁰⁵

Le code civil et la doctrine suisses pourraient selon Yung contribuer à ce mouvement. Le code, par son esprit et sa méthode générale («édicter des règles aussi simples que possible, en vue d'un résultat pratique, sans s'inféoder à un système dogmatique trop rigide») ainsi que par plusieurs de ses institutions qui ont fait leurs preuves; la doctrine, en développant ses contacts avec les juristes étrangers, en faisant connaître le code civil suisse au-delà des frontières et en prenant davantage en compte le droit des autres nations, sans se limiter au droit allemand. ¹⁰⁶

Plusieurs constats faits par Yung il y a bientôt cinquante ans restent d'une étonnante modernité. On aura l'occasion, dans les pages qui suivent, d'en vérifier la pertinence.

3. *Le second demi-siècle: les chamboulements*

Le deuxième demi-siècle d'existence du code civil s'est au contraire révélé une période de travail législatif assez intense pour adapter le code civil aux chambardements survenus dans la société. ¹⁰⁷ Les quatre livres du code civil n'ont toutefois pas été touchés dans la même mesure. Le droit des personnes a certes évolué mais sans révolutions. Le droit de la famille de 2007 ne ressemble en revanche plus guère à celui d'il y a un siècle. Le droit des successions a fait l'objet d'une réforme notable et de quelques adaptations. Enfin, le livre consacré aux droits réels a été enrichi de quelques institutions nouvelles, tout en conservant son architecture de 1907.

Compte tenu du rythme fort différent des réformes, il m'a paru plus pertinent d'évoquer les révisions par thème, en suivant l'ordre des livres du code, plutôt que par ordre chronologique. On rappellera simplement au préalable qu'une réforme inspirée de considérations systématiques a touché simultanément les quatre livres du code. Il s'agit de la loi fédérale sur les fors en matière civile, qui a réuni dans un seul texte la plupart des fors (à l'exclusion de ceux liés à la protection de l'enfant et du droit tutélaire) éparpillés dans le code civil. ¹⁰⁸

Par ailleurs, le projet de code de procédure civile suisse ¹⁰⁹ prévoit d'abroger de nombreuses dispositions du code civil posant des règles de procédure, sur-

¹⁰⁵ YUNG (note 10), p. 342.

¹⁰⁶ YUNG (note 10), p. 343 ss.

¹⁰⁷ On ne rendra compte ici que des modifications du code civil, et non de l'adoption de lois spéciales sur des matières relevant du code civil. Pour ces dernières, voir *infra*, p. 144 ss.

¹⁰⁸ Loi du 24 mars 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (Message: FF 1999 p. 2591 ss).

¹⁰⁹ FF 2006 p. 6841 ss (Message) et p. 7019 ss (projet de code).

tout dans le droit des personnes et de la famille.¹¹⁰ Il ne s'appliquerait toutefois pas automatiquement aux procédures en protection de l'enfant et du droit de la tutelle, que les cantons pourraient encore choisir de soumettre à la procédure administrative ou au code de procédure civile suisse, en complément aux dispositions spéciales de procédure prévues dans la réforme en cours du code civil.

a. Droit des personnes

Le droit des personnes n'a pas subi de changements fondamentaux en un siècle. Un peu plus de la moitié (42 articles) des dispositions du livre premier du code civil sont en effet demeurées inchangées. Vingt-et-une dispositions sont tout de même venues enrichir le droit des personnes, surtout la protection de la personnalité et le droit des fondations.¹¹¹ Quatre articles ont été abrogés, dont trois pour des raisons systématiques sans répercussions matérielles (art. 28b: for; art. 50 et 51: état civil). La seule amputation substantielle est la disparition de l'émancipation (art. 15). L'évaluation de l'évolution du droit des personnes doit cependant être nuancée en fonction des objets traités.

Sous réserve de deux retouches¹¹² n'affectant pas le droit matériel, les dispositions générales sur les personnes morales (art. 52 à 59) et le droit de l'association (art. 60 à 79) n'ont subi aucune modification. L'essor énorme des associations dans certains secteurs d'activité, en particulier dans le sport¹¹³, démontre que les règles adoptées en 1907 présentaient des qualités, notamment de souplesse, qui leur ont permis d'attirer les grandes fédérations sportives internationales en Suisse pour s'y établir et de résister à l'usure du temps.

110 Seraient abrogés les art. 10 (primauté du droit fédéral pour les exigences de forme), 28c à 28f (mesures provisionnelles en protection de la personnalité), 28l al. 3 et 4 (procédure du droit de réponse), 110 (action en annulation du mariage), 112 al. 3, 113, 116, 117 al. 2, 136 à 149 (action en divorce), 208 al. 2 (opposabilité au tiers du jugement sur la réunion aux acquêts), 254 (action en constatation ou en contestation de la filiation), 280 à 284 (action en entretien), 598 al. 2 (garanties dans l'action en pétition d'hérédité). Plusieurs autres articles du code seraient modifiés.

111 Six autres nouvelles dispositions (art. 19a, 19b, 19c, 19d, 89b et 89c) sont proposées dans le cadre de la réforme en cours du droit de la tutelle (FF 2006 p. 6797 ss).

112 La loi du 8 octobre 2004 (en vigueur dès le 1^{er} janvier 2006) révisant le droit des fondations a modifié la formulation de l'art. 57/3 CC. La loi du 17 décembre 2004 (entrée en vigueur le 1^{er} juin 2005) a modifié l'art. 71 et introduit l'art. 75a CC pour clarifier l'étendue de la responsabilité des membres de l'association pour les dettes sociales.

113 De très nombreuses fédérations sportives internationales sont constituées selon les règles du droit suisse. Voir à ce sujet MARGARETA BADDELEY, *L'association sportive face au droit: les limites de son autonomie*, Bâle 1994.

Au contraire, le droit des fondations a fait l'objet d'ajustements notables. Tout d'abord, le 1^{er} juillet 1958¹¹⁴ est entré en vigueur l'art. 89^{bis} sur les fondations de prévoyance en faveur du personnel. Grâce à l'essor économique de l'après-guerre, un nombre croissant d'entreprises privées affectaient une partie de leurs bénéfices à des fonds spéciaux de prévoyance sociale en faveur de leur personnel. L'opération leur permettait en même temps d'obtenir des exonérations ou des réductions fiscales. Pour protéger les intérêts des travailleurs, quelques règles minimales ont été introduites dans le code civil à l'art. 89^{bis}.

Cette disposition détient pour tout le code civil le record du nombre de révisions. En 1971, à l'occasion de la refonte du titre dixième du code des obligations consacré au contrat de travail, la terminologie a été mise en harmonie avec celle du CO: on parle depuis lors d'«institutions» de prévoyance en faveur du personnel. En 1985, l'art. 89^{bis} a été adapté à la LPP puis en 1993 à la loi sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle. Il sera encore retouché au gré des modifications de la LPP, notamment en 1996, 2003, 2004 et 2006. Une nouvelle modification, liée à un projet de réforme structurelle de la prévoyance professionnelle, a fait l'objet d'une procédure de consultation close le 31 octobre 2006.

Mais surtout, le droit des fondations a été complètement revu en 2004¹¹⁵, dans le but notamment d'encourager la création de fondations dont les activités complètent bien souvent celles de l'Etat et bénéficient à la culture, la formation, la recherche ou encore l'aide sociale. La réforme a ainsi élevé le plafond des déductions fiscales et introduit la possibilité de modifier le but de la fondation sur requête du fondateur, moyennant le respect d'un délai de dix ans destiné à protéger les intérêts des bénéficiaires de la fondation (art. 86a CC). Elle a aussi rendu obligatoire la désignation d'un organe de révision, afin d'améliorer le contrôle et la transparence des fondations (art. 83a et 83b CC).

Le droit des personnes physiques a davantage évolué. Certes, les articles les plus généraux sur la notion de personne, la capacité (art. 11 à 13, 18) et, de façon plus surprenante, le début et la fin de la personnalité (art. 31) n'ont pas varié, bien que la science du vingtième siècle ait révolutionné nos connaissances du développement embryonnaire et du processus de la mort.¹¹⁶

114 Introduit par la loi du 21 mars 1958 complétant les dispositions applicables aux contrats de travail et aux fondations. Voir aussi le Message du Conseil fédéral, FF 1956 II, p. 845 ss.

115 Loi du 8 octobre 2004 (travaux préparatoires: FF 2003 p. 7425 ss et p. 7463 ss), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Voir PARISIMA VEZ, La fondation – lacunes et droit désirable: une analyse critique et systématique des art. 80 à 89 CC, Berne 2004

116 De nombreuses dispositions légales spéciales adoptées au cours des quinze dernières années (LPMA, LRCS, LAGH notamment) ont cependant défini plus précisément les contours d'un statut juridique de l'embryon humain. De son côté, l'art. 9 de la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules donne une définition de la mort.

Plusieurs éléments du statut personnel, de même que les modalités de son enregistrement, ont été modifiés, souvent en liaison avec des réformes du droit de la famille: le changement de nom (art. 30)¹¹⁷, le domicile de l'enfant mineur et de la femme mariée (art. 25)¹¹⁸, l'effet de la déclaration d'absence sur le mariage (art. 38)¹¹⁹ ou encore l'alliance (art. 21), étendue aux parents du partenaire enregistré.¹²⁰ Le droit public réglant l'origine, auquel renvoie l'art. 22/2 CC, a fait l'objet de nombreuses modifications¹²¹ qui ont eu un effet réflexe direct en droit civil, sans avoir à modifier le code. De même, les dispositions sur l'état civil ont fait l'objet d'une première révision globale en 1998, suivie rapidement en 2001 d'une seconde qui a fait entrer officiellement la tenue de l'état civil dans l'ère informatique (projet *Infostar*).¹²² Les traditionnels registres spéciaux, autrefois écrits soigneusement à la main, vont en effet progressivement disparaître au profit d'une banque électronique de données.

L'âge de la majorité civile a été abaissé de 20 à 18 ans dès le 1^{er} janvier 1996.¹²³ L'harmonisation avec la majorité civique (abaissée à 18 ans par votation populaire du 3 mars 1991) et le rapprochement avec le droit de la plupart des pays européens ont fourni une double motivation à cette réforme. La modification a en outre permis de supprimer l'émancipation (abrogation de l'ancien art. 15 CC) et d'unifier les règles relatives à la capacité matrimoniale (18 ans pour les hommes et les femmes).

La réforme la plus significative du droit des personnes, intervenue en 1983¹²⁴, a porté sur un renforcement de la protection de la personnalité, spécialement à l'égard des média. Un for alternatif, des règles de procédure uniformisées, spécialement concernant les mesures provisionnelles, l'introduction d'une action en remise du gain et d'un moyen nouveau de protection de la personnalité à l'encontre des média périodiques (le droit de réponse) devaient améliorer l'efficacité du système de protection de la personnalité. Le succès a été inégal: si les mesures provisionnelles constituent un instrument

117 Lois du 25 juin 1976 (réforme de la filiation; Message: FF 1974 II, p. 1 ss) et du 5 octobre 1984 (nouveau droit matrimonial; Message: FF 1979 II, p. 1179 ss).

118 Loi du 5 octobre 1984 (nouveau droit matrimonial; Message: FF 1979 II, p. 1179 ss).

119 Loi du 26 juin 1998 (réforme du divorce; Message: FF 1996 I, p. 1 ss). Depuis le 1^{er} janvier 2000, la déclaration d'absence dissout le mariage.

120 Loi sur le partenariat enregistré, du 18 juin 2004 (Message: FF 2003 p. 1192 ss), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

121 Voir la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, du 29 septembre 1952, modifiée déjà à neuf reprises, dont cinq dans les années 2000.

122 Loi du 26 juin 1998; loi du 5 octobre 2001 (Message: FF 2001 p. 1537 ss), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

123 Loi du 7 octobre 1984 (abaissement de la majorité; Message: FF 1993 I, p. 1093 ss).

124 Loi du 16 décembre 1983 (protection de la personnalité; Message: FF 1982 II, p. 661 ss).

efficace et si le droit de réponse est devenu usuel¹²⁵, l'action en remise du gain demeure en revanche exceptionnelle.¹²⁶ Un renforcement ultérieur de la protection de la sphère privée, spécialement contre les abus que rendait possible la conjugaison de l'informatique et des télécommunications, a fait l'objet d'une loi spéciale complétant le code civil.¹²⁷ Le développement de l'Internet depuis une dizaine d'années a maintenant engendré de nouvelles menaces pour la personnalité que de simples dispositions de droit national ne paraissent plus entièrement aptes à endiguer.

Dans le même domaine, on mentionnera encore l'introduction d'un nouvel art. 28b CC destiné à améliorer la protection de la personnalité contre la violence, les menaces et le harcèlement en conférant des pouvoirs accrus au juge.¹²⁸ La nouvelle disposition permettra en effet au juge d'interdire à l'auteur des violences ou des menaces d'approcher la partie demanderesse, d'accéder à un périmètre déterminé autour de son logement, de fréquenter certains lieux ou de prendre contact avec elle. Quand l'auteur vit dans le même logement que la victime, le juge pourra même l'expulser et attribuer exclusivement à la victime les droits et obligations qui résultent du contrat de bail.

Enfin, par un Message du 12 septembre 2006¹²⁹, le Conseil fédéral propose une révision totale du droit de la tutelle, opportunément rebaptisé droit de la protection de l'adulte. La réforme relève formellement du droit de la famille mais elle toucherait aussi quelques dispositions du livre premier du code civil: les règles sur la capacité civile seraient développées et clarifiées (art. 16, 17, 19 à 19d), celles sur le domicile réaménagées (art. 23, 25 et 26). En outre, de nouvelles dispositions seraient introduites sur les fonds recueillis en déshérence (art. 89b et c).

b. Droit de la famille

Comme on l'a déjà relevé, les comportements et les idées en matière familiale ont connu une évolution énorme en cent ans. Il est donc normal que le droit en ait tenu compte et que les dispositions du code qui concernent la famille aient été adaptées aux nouvelles réalités sociales et idéologiques.

125 Comme en témoigne la jurisprudence régulièrement publiée à son sujet: voir notamment ATF 130 III 1, ATF 123 III 145, ATF 122 III 209, ATF 120 II 273, ATF 119 II 104, ATF 117 II 115, ATF 116 II 4, ATF 115 II 113.

126 Le premier arrêt de référence a été rendu en 2006: arrêt du Tribunal fédéral du 7 décembre 2006, 5C.66/2006, dans une affaire qui opposait le père de la joueuse de tennis Patty Schnyder au groupe de presse Ringier, éditeur du *Sonntagsblick* qui avait dénigré le demandeur.

127 Loi fédérale sur la protection des données personnelles, du 19 juin 1992, modifiée le 24 mars 2006, FF 2006 p. 3421 ss (la révision n'est pas encore entrée en vigueur).

128 Voir FF 2006 p. 5473 ss. La révision entre en vigueur le 1^{er} juillet 2007.

129 FF 2006 p. 6635 ss.

Si l'on excepte en effet une quinzaine d'articles sur l'autorité domestique (art. 331 ss) et les biens de famille (art. 335 ss), le droit de la famille au sens étroit (art. 90 à 359)¹³⁰ a été complètement révisé, par étapes¹³¹, durant le second demi-siècle d'existence du code civil. Comme on l'a déjà dit, le Parlement fédéral est en outre saisi d'un projet de réforme totale du droit de la tutelle (art. 360 à 456), dont l'entrée en vigueur n'est pas prévisible avant 2010.

Une institution nouvelle a été ajoutée en 1978 dans la partie du droit de la famille consacrée à la tutelle: la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a ss).¹³² Les nouvelles dispositions du code ont remplacé les règles cantonales sur l'internement administratif et quelques dispositions éparses du droit fédéral qui ne respectaient pas toutes les exigences, à la fois de fond et de procédure, de l'art. 5 CEDH.

A l'inverse, une seule institution a disparu purement et simplement du code, sans être transformée, d'une manière ou d'une autre, dans le nouveau droit: les asiles de famille (art. 349 à 359). De leur adoption en 1907 à leur abrogation en 2000¹³³, ces dispositions étaient restées lettre morte, de sorte que la désuétude les guettait de toute façon.¹³⁴

Les auteurs du code civil ne reconnaîtraient sans doute plus guère son livre deuxième. La procédure d'opposition au mariage, la conception du divorce-sanction, le délai d'interdiction de remariage, la prééminence du mari au sein de l'union conjugale, le régime matrimonial de l'union des biens, le registre des régimes matrimoniaux, la distinction entre filiation légitime et illégitime, la légitimation par mariage, l'adoption fondée sur une base conventionnelle et, partant, la possibilité de la révoquer, le maintien de liens juridiques entre l'adopté et sa famille naturelle, la puissance paternelle, le droit de correction des père et mère, l'exclusion de la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux, la «petite» action en paternité tendant uniquement à des prestations pécuniaires ou encore l'exclusion de l'action en paternité en cas d'inconduite de la mère ont disparu du code. En résumé, un vent bienvenu d'égalité (entre les sexes, entre les époux, entre les filiations) et de prise en compte de l'intérêt

130 C'est-à-dire sans le droit de la tutelle qui relève davantage du droit des personnes, malgré son insertion formelle dans le livre deuxième du code civil.

131 Trois jours après le cinquantenaire du code civil, le Département fédéral de justice et police avait constitué une commission d'étude chargée d'examiner l'opportunité de réviser le droit de la famille. Les travaux durent toujours! Voir les lois du 30 juin 1972 (adoption), du 25 juin 1976 (filiation), du 5 octobre 1984 (droit matrimonial) et du 26 juin 1998 (divorce) ainsi que le projet du 12 septembre 2006 (tutelle).

132 Loi du 6 octobre 1978 (Message: FF 1977 III, p. 1 ss), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1981. Le projet de réforme de 2006 propose de parler à l'avenir de «placement à des fins d'assistance».

133 Loi du 26 juin 1998 (portant principalement sur la réforme du divorce).

134 HAROLD GRÜNINGER, Basler Kommentar-ZGB I, 3^e éd., Bâle 2006, N 1 *ad* art. 349–359.

de l'enfant, si possible en dehors d'*a priori* moraux, a soufflé sur le droit de la famille.

On mentionnera pour terminer la réforme du droit de la tutelle qui, formellement, relève aussi du livre deuxième du code civil. Suivant la tendance perceptible ces dernières années dans de nombreux pays européens (notamment en Autriche, en Allemagne, en Espagne ou en Italie), le projet de réforme entend personnaliser davantage les mesures prises par l'autorité, promouvoir l'autonomie des personnes vulnérables et en même temps mieux les protéger. Il introduit notamment de nouveaux mécanismes d'assistance fondés sur la volonté individuelle, tels que le mandat d'incapacité (inspiré du droit québécois¹³⁵) et les directives anticipées, importées du droit médical, et sur la solidarité familiale (pouvoir limité de représentation conféré aux proches).

En ce qui concerne les mesures tutélaires proprement dites, le projet remplace le catalogue actuel de dix mesures (diverses formes d'interdiction, de conseil légal et de curatelle) par une mesure unique, la curatelle, mais à géométrie variable (d'accompagnement, de représentation, de gestion du patrimoine, de coopération, combinée ou de portée générale) et taillée sur mesure en fonction des besoins d'assistance et de protection de la personne concernée.¹³⁶

Enfin, la privation de liberté à des fins d'assistance serait rebaptisée «placement à des fins d'assistance». Le code civil réglerait directement (le point dépend actuellement du droit cantonal) les conditions du traitement consécutif à un placement administré sans ou contre la volonté de la personne et améliorerait la protection juridique de la personne placée.

Le droit de la famille actuel diffère d'autant plus de celui d'il y a un siècle qu'un nombre croissant de normes fédérales insérées hors du code civil (loi sur le partenariat enregistré, loi sur l'adoption internationale, lois sociales, etc.) influencent la famille.¹³⁷

c. *Droit des successions*

Contrairement au droit de la famille, le droit des successions n'a guère connu de bouleversements. Seule une trentaine d'articles du livre troisième ont été modifiés alors que plus de 150 dispositions existent encore dans leur teneur de 1907. Sous réserve de quelques dispositions ajoutées dans le code puis

135 Voir les art. 2166 ss du code civil du Québec.

136 Cette personnalisation de la mesure (choix du type de curatelle et fixation des tâches du curateur) est en soi louable mais, comme l'admet le Conseil fédéral dans le Message, «avec le temps, les tâches seront probablement standardisées»: Message, FF 2006 p. 6677.

137 Voir *infra*, p. 149 ss.

abrogées concernant le droit successoral paysan¹³⁸, le code civil ne s'est enrichi que de trois articles (art. 520a, 612a et 613a) et en a perdu huit autres, en lien avec diverses révisions.

Les amendements apportés au livre troisième, qui sont presque toujours étroitement liés aux réformes du droit de la famille, ont porté pour l'essentiel sur la vocation successorale légale et sur la détermination de la quotité disponible.

L'usufruit des arrière-grands-parents a disparu (art. 460), comme les règles spéciales sur l'enfant illégitime (art. 461) et sur la vocation successorale de l'enfant adopté et des parents adoptifs (art. 465). Les droits du conjoint survivant (art. 462) ont été élargis en 1984, passant d'un choix entre le quart de la succession en propriété ou la moitié en usufruit à la moitié en propriété.¹³⁹ Des droits analogues ont ensuite été reconnus au partenaire enregistré survivant en 2004.¹⁴⁰ La réserve des frères et sœurs a été supprimée en 1984 (art. 471 et 472). Enfin, l'art. 473, disposition favorite des théoriciens du droit successoral qui permet au testateur de laisser au conjoint survivant l'usufruit de toute la part dévolue à leurs enfants communs, a été modifié en 1984, puis clarifié en 2001, le législateur mettant fin à une longue querelle doctrinale sur le calcul de la quotité disponible.¹⁴¹

Parmi les quelques autres adaptations mineures (quoique d'une portée pratique indéniable) du droit des successions, on mentionnera l'allègement des conditions de forme du testament olographe (suppression du lieu comme mention obligatoire et relativisation de la mention obligatoire de la date: art. 505 et 520a)¹⁴² et le droit préférentiel du conjoint survivant, puis aussi du partenaire enregistré survivant, à l'attribution du logement et du mobilier de ménage (art. 612a).¹⁴³ Par ailleurs, sans reconnaître la qualité d'héritier ou de légataire à un animal, l'art. 482 al. 4 prévoit la conversion d'une libéralité faite à un animal en une charge des héritiers de prendre soin de lui.¹⁴⁴

138 Les art. 619^{bis} ss, introduits en 1965 puis abrogés par la loi sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991.

139 Loi du 5 octobre 1984 (réforme du droit matrimonial). Cette modification a entraîné la suppression des art. 463, 464 et 561 relatifs à l'usufruit légal du conjoint survivant et une modification de l'art. 471 concernant la réserve du conjoint survivant qui a passé dans tous les cas à la moitié de son droit de succession.

140 Loi sur le partenariat enregistré du 18 juin 2004, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007.

141 Loi du 5 octobre 2001, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2002. L'art. 473 al. 2 *in fine* prévoit désormais expressément: «Outre cet usufruit, la quotité disponible est d'un quart de la succession». Pour les controverses précédentes, voir par exemple GUINAND/STETTLER/LEUBA (note 73), p. 48 ss, 52; DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar-ZGB II, 2^e éd., Bâle 2003, N 6, 10 *ad* art. 473.

142 Loi du 23 juin 1995.

143 Loi du 5 octobre 1984 (réforme du droit matrimonial); loi sur le partenariat enregistré du 18 juin 2004, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007.

144 Loi du 4 octobre 2002 (travaux préparatoires: FF 1998 p. 3885 ss et 5418 ss), en vigueur depuis le 1^{er} avril 2003.

d. *Droits réels*

La stabilité a prévalu aussi dans le domaine des droits réels: près de 90% des dispositions du livre quatrième du code civil sont restées intactes après cent ans. Deux dispositions seulement ont été abrogées: l'art. 747 sur les usufruits légaux, conséquence de la modification des art. 460 et 462 (suppression des usufruits légaux des arrière-grands-parents et du conjoint survivant) et l'art. 683 sur les droits d'emption et de réméré, régis depuis 1991 par le code des obligations (art. 216a ss). Mais cette apparence d'eau dormante cache tout de même plusieurs changements notables¹⁴⁵, survenus au cours de trois vagues successives de réformes, au milieu des années soixante, en 1991 et dans les années 2000. Ces révisions ont en effet entraîné l'insertion de plus d'une cinquantaine de nouveaux articles dans le livre quatrième du code civil.

Les deux premières réformes, intervenues en 1963 et 1965¹⁴⁶, se sont révélées d'une grande importance. Elles concernaient toutes deux la superposition de droits réels sur une même portion de sol (ou du moins sur le même immeuble): la propriété par étages d'une part, le droit de superficie d'autre part.

La copropriété par étages existait dans plusieurs droits cantonaux. Le législateur de 1907 n'a toutefois pas voulu reprendre cette institution dans le code civil¹⁴⁷, notamment au motif qu'elle était contraire au principe de l'accession, considéré comme le fondement de l'organisation du registre foncier. Mais, selon le Message de 1962 du Conseil fédéral¹⁴⁸, le choix initial du législateur fédéral avait omis que le code civil prévoyait d'autres institutions, singulièrement le droit de superficie et les droits sur des conduites et canaux, qui dérogeaient au principe de l'accession. De plus, ce choix ne tenait pas compte du fait que la propriété par étages pouvait, aussi bien que ces autres institutions, bénéficier de la publicité de l'inscription.

L'attrait de la propriété par étages était toutefois tel que l'on s'ingénia, dès la fin de la seconde guerre mondiale, à lui trouver des substituts (par exemple les sociétés anonymes de locataires).¹⁴⁹ Par ailleurs, les droits de propriété par

145 On n'évoquera pas ici quelques adaptations mineures de dispositions ponctuelles, liées notamment à des réformes dans d'autres domaines du droit (droit de la famille, poursuite pour dettes, fors, approbations d'actes législatifs cantonaux par la Confédération).

146 Loi du 19 décembre 1963 (Message: FF 1962 II, p. 1445) et loi du 19 mars 1965 (Message: FF 1963 I, p. 993).

147 L'art. 675 al. 2 du code civil de 1907 disait expressément que les «étages d'une maison ne peuvent être l'objet d'un droit de superficie». L'idée était en outre répandue à l'époque que la propriété par étage était un nid d'embrouilles: voir STEINAUER (note 74), p. 387.

148 FF 1962 II, p. 1445, 1446.

149 Pour l'évolution de la propriété collective en droit français, qui avait «fait l'objet d'un étonnant refoulement en 1804», voir la belle étude de RÉMY LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in: *Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 297 ss, 315 ss.

étages constitués avant l'entrée en vigueur du code civil n'étaient pas inscrits comme tels au registre foncier mais faisaient l'objet d'une simple mention. Les modalités de leur exercice restaient soumises au droit cantonal, ce qui ne constituait pas une solution satisfaisante à long terme. Enfin, le Tribunal fédéral avait admis en 1949 la conversion d'une propriété par étages de l'ancien droit dans des formes admises par le code civil (copropriété assortie de droits de jouissance exclusive).¹⁵⁰ On pouvait en déduire que le transfert de la propriété s'opérait par l'inscription au registre foncier, ce qui montrait que la propriété par étages n'était pas incompatible avec l'organisation du registre foncier.¹⁵¹

Toutes ces raisons conduisirent à l'introduction de la propriété par étages en droit fédéral (art. 712a ss CC) dès le 1^{er} janvier 1965, en se fondant toutefois sur une conception s'écartant de celle, traditionnelle, retenue par exemple en droit français.¹⁵² On sait en effet que selon le droit suisse, chaque propriétaire d'étage a un droit de copropriété qui n'est pas limité à un étage mais qui porte sur l'immeuble tout entier.

Le droit de superficie était réglé très sommairement dans le code civil de 1907 (art. 675 et 779) car le législateur pensait qu'il ne serait utilisé que pour des ouvrages de peu d'importance, notamment des caves et des écluses. Assez rapidement toutefois, on s'est rendu compte que le droit de superficie pouvait jouer un rôle économique et social important, à la fois pour des particuliers et pour des collectivités publiques, par exemple pour développer une politique de logements à loyer modéré.¹⁵³ La réglementation lacunaire du code risquait de freiner cet essor. En particulier la rente superficielle ne bénéficiait normalement d'aucune garantie réelle, comme le Tribunal fédéral l'avait reconnu dans un arrêt de 1923.¹⁵⁴ En outre, d'autres obligations imposées aux parties par les contrats de superficie ne pouvaient pas avoir un caractère réel.

150 Message du Conseil fédéral, FF 1962 II, p. 1445, 1448, renvoyant à l'ATF 75 II 131.

151 Voir notamment GIOVANNI MERLINI, *Un'illusione in frantumi – La vicenda svizzera della proprietà per piani tra idealismo giuridico e questione fondiaria*, Berne 1993.

152 Dans la conception classique, le droit réel de chaque copropriétaire se limite à l'unité d'étage. En France, le régime de copropriété des immeubles bâtis est organisé par une loi du 10 juillet 1965 qui a remplacé une loi de 1938. L'article 4 de cette loi prévoit que les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement.

153 Voir notamment PAUL-HENRI STEINAUER, *Droits réels*, tome III, 3^e éd., Berne 2003, p. 95.

154 Message du Conseil fédéral, FF 1963 I, p. 993, 994, résumant l'ATF 49 III 180: «Le droit de superficie ne peut garantir la rente que s'il est grevé d'une charge foncière ou d'un gage immobilier. Ne connaissant que certaines catégories de droits réels, la loi (...) exclut toute autre forme de garantie réelle d'une créance. (...) L'obligation de payer la rente n'est pas garantie par le droit de superficie. Aussi, en cas de transfert du droit, ne passe-t-elle pas à l'acquéreur à moins qu'il ne l'ait reprise. De son côté, le propriétaire n'est pas tenu d'accepter l'acquéreur comme débiteur de la rente et peut conserver comme tel l'ancien superficiaire».

La réforme entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1965 (art. 779 à 779I) visait à compléter et clarifier la réglementation du droit de superficie tout en permettant que les principales obligations généralement prévues dans le contrat de superficie puissent être opposées par le propriétaire du fonds à tout acquéreur du droit de superficie et par le superficiaire à tout acquéreur du fonds grevé.

Le 4 octobre 1991, le Parlement fédéral a adopté la loi sur le droit foncier rural, qui réunit dans un seul texte légal des dispositions jusqu'alors réparties dans cinq lois (code civil, code des obligations, loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale, loi fédérale sur le désendettement de domaines agricoles et loi sur l'agriculture). Par une modification touchant le droit successoral et les droits réels, le législateur a cherché notamment à faciliter l'acquisition des entreprises agricoles par l'exploitant à titre personnel. Ont ainsi été introduits l'élargissement du droit à l'attribution d'une entreprise dans le partage successoral, l'instauration d'un droit de préemption légal sur les entreprises agricoles au profit des parents, la possibilité pour l'exploitant à titre personnel de reprendre l'entreprise à des conditions préférentielles ou encore l'harmonisation du droit successoral et du droit de préemption.¹⁵⁵

A la même date, le Parlement a en outre accepté une loi révisant le code civil (droits réels immobiliers) et le code des obligations (vente d'immeubles). Les dispositions relatives au droit de préemption, d'emption et de réméré ont été revues, en tenant compte des considérations émises par la jurisprudence et la doctrine. Par ailleurs, les effets juridiques des glissements de terrain ont été clarifiés (notamment par l'abandon du principe de l'intangibilité des limites) de même que divers points relatifs à la tenue du registre foncier.

La troisième vague de réformes du livre quatrième, durant les années 2000, touchera à trois objets bien différents, mais emblématiques de la triple influence qu'exerce sur le code civil l'internationalisation croissante, le progrès technologique et l'évolution des valeurs.

La loi fédérale sur le transfert international des biens culturels, du 20 juin 2003, devait permettre à la Suisse de retirer les réserves émises lors de la ratification de la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. Elle devait aussi aligner le droit suisse sur celui des pays voisins et redorer le blason du pays, parfois soupçonné de servir de plaque tournante au trafic illicite de biens culturels en raison de l'absence de législation sur l'importation et l'exportation de biens culturels. Elle

¹⁵⁵ La politique agricole, à l'origine déjà de nombreuses modifications du code civil, sera encore la justification principale d'une révision du 20 juin 2003 (art. 678 al. 2 et 3: droit de superficie sur des plantations; art. 745 al. 3: usufruit limité à une partie définie d'un bâtiment ou d'un immeuble).

visait enfin à renforcer la protection du patrimoine culturel et archéologique suisse.¹⁵⁶

Dans ce contexte, le code civil a été amendé sur des points touchant au délai de la prescription acquisitive et de l'action en revendication de choses perdues ou volées (art. 728 et 934), porté de cinq à trente ans. L'art. 724 a en outre été modifié pour accroître les droits des cantons sur le patrimoine archéologique: ces derniers sont désormais propriétaires de toute curiosité naturelle ou antiquité trouvée sur leur territoire, n'appartenant à personne et offrant un intérêt scientifique. Ils bénéficient en outre d'une action en revendication qui a la particularité, exceptionnelle en droit suisse, d'être imprescriptible (art. 724 al. 1^{bis}).

La deuxième révision est liée à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, du 19 décembre 2003. Après l'informatisation de l'état civil, consacrée par la révision du 5 octobre 2001, c'est le registre foncier qui entre dans l'ère informatique (révision des art. 942, 949, 949a, 970 et 970a). La base légale introduite en 1991 (ancien art. 949a) pour permettre à un canton de passer à la tenue informatisée du registre foncier a été clarifiée et complétée, de même que la délégation au Conseil fédéral de régler les détails. La tenue du registre foncier pourra désormais bénéficier des acquis de l'informatique et de la télématique (registre informatisé, communications électroniques avec le conservateur du registre foncier, utilisation de la signature électronique, consultation du registre par Internet, etc.).

La troisième modification, datant du 4 octobre 2002, est juridiquement la plus insolite. Réponse à diverses initiatives parlementaires, elle porte sur plusieurs dispositions du code civil et d'autres lois fédérales. Elle prétend exprimer l'évolution des sensibilités et des idées à propos du statut juridique de l'animal mais reflète tout autant le «politiquement correct» ambiant. La substantifique moelle de la réforme se lit à l'art. 641a CC, que le maire de Champagnac ne désavouerait sans doute pas:

«¹ Les animaux ne sont pas des choses.

² Sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux».¹⁵⁷

Partant de ce constat initial, le législateur a trouvé des solutions dérogeant aux règles ordinaires en ce qui concerne les libéralités pour cause de mort faites à un animal (art. 482: charge de prendre soin de l'animal), le «partage» de l'animal en copropriété (art. 651a: attribution préférentielle selon un critère du «*best interest*» importé du droit de la filiation), l'acquisition de la propriété

156 Voir le Message du 21 novembre 2001, FF 2002, p. 505.

157 Le principe est répété à l'art. 110 ch. 4^{bis} du code pénal disant que «*Lorsqu'une disposition fait référence à la notion de chose, elle s'applique également aux animaux*».

sur l'animal trouvé (art. 722 et 728: après deux mois) et la revendication de l'animal perdu ou volé (art. 934: durant deux mois).

4. *Bilan*

«Le progrès du droit ne dépend ni de l'abondance des lois, ni de la date récente de leur création».¹⁵⁸

Cette constatation, tirée d'un ancien traité de droit civil français, conserve toute sa pertinence de nos jours. On ne se hasarderait donc pas à porter un jugement qualitatif sur le code civil de 2007 par rapport à celui de 1907. Chacun tente de répondre aux impératifs de son temps. Je me bornerai à formuler quelques remarques, l'une de fond et les autres de forme.

Sur le fond tout d'abord, les réformes du code civil se sont faites dans un souci de continuité législative et de réalisme socio-économique. Le rythme assez lent des réformes, découlant notamment de la politique du consensus et des mécanismes de contrôle populaire des lois fédérales, a le plus souvent permis à la Suisse d'observer d'abord l'impact que des réformes similaires à celles qui étaient envisagées ont eu dans les pays voisins. Cette forme d'attentisme ressort particulièrement bien dans les révisions successives du droit de la famille, qui ont abouti en Suisse une ou deux décennies après de nombreuses réformes analogues décidées à l'étranger. Souvent décriée, la lenteur a parfois aussi ses mérites: elle évite de commettre les erreurs déjà faites par d'autres et facilite l'acceptation par le peuple des nouvelles dispositions.

En ce qui concerne la forme, l'architecture du code civil (structure en livres, parties et titres) n'a pas été modifiée.¹⁵⁹ Environ 60% des 977 articles originels sont demeurés intacts, le livre deuxième sur le droit de la famille ayant subi, comme dans les pays voisins, les réformes les plus profondes et les plus étendues. Les articles abrogés et laissant des trous dans le code ne dépassent pas la quarantaine, tandis qu'environ 110 articles supplémentaires ont été introduits, par l'adjonction au quantième de la disposition légale des lettres a, b, c, etc.¹⁶⁰ L'ensemble du code reste heureusement très lisible.

158 GEORGES RIPERT et JEAN BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, Paris 1956, p. 10.

159 Le même constat a été fait récemment à propos du code civil français. Voir par exemple NIORT (note 5), p. 258. Cet auteur note en outre qu'après 200 ans, le code français a encore près de la moitié de ses articles originels et en contenait même les trois-quarts après 150 ans. PHILIPPE RÉMY, *Regards sur le code*, in: *Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 99 ss, 104, a compté 1115 articles intacts sur les 2281 articles originels.

160 A l'exception, curieusement, des art. 89^{bis} et 334^{bis} et, dans le Titre final, des art. 20^{bis} et 12c^{bis} (*sic!* Cela rappelle les articles doublement indicés du code civil français, comme par exemple les art. 373–2-1 à 373–2-13).

Le conseil d'éviter «les dispositions touffues et confuses», prodigué par Yung il y a cinquante ans¹⁶¹, demeure évidemment d'actualité. On sait qu'Eugen Huber préconisait le respect d'une triple règle en matière de rédaction législative: un article de loi ne devrait pas contenir plus de trois alinéas¹⁶²; chaque alinéa ne devrait pas contenir plus d'une phrase; chaque phrase devrait exprimer une seule idée.¹⁶³ Les auteurs des révisions du code civil ont tenté de garder le ton du code de 1907: simplicité, concision, cohérence et clarté. Tous n'y sont pas parvenus avec le même bonheur. On ne fera pas ici un inventaire des entorses à la pureté législative mais on se bornera à remarquer qu'elles sont en augmentation et à mentionner quelques exemples.

Indépendamment de ses multiples révisions, l'art. 89^{bis} (institutions de prévoyance en faveur du personnel) ne constitue à coup sûr pas un modèle de rédaction législative: alinéas trop nombreux, renvois, deux idées dans le même alinéa, longueur excessive.¹⁶⁴ Les art. 315a et 315b (compétence pour les mesures de protection de l'enfant) se comprennent difficilement à leur première lecture. L'art. 641a (statut des animaux) constitue un parangon d'ambiguïté.¹⁶⁵ L'art. 703 sur les améliorations du sol, modifié en 1954, a innové en étant la première disposition du code civil dont le texte comporte l'abréviation «etc.», plutôt malvenue dans un texte législatif¹⁶⁶; l'art. 613a reprendra cette technique douteuse en 1994.¹⁶⁷ Par ailleurs, plusieurs dispositions du code ne respectent plus le principe «une idée, un alinéa».¹⁶⁸

Ma dernière remarque sera formulée plutôt sous forme de question: voit-on poindre les premiers signes d'une influence de la technique législative volontiers utilisée dans les pays de *common law*?

161 YUNG (note 10), p. 348.

162 Le code civil de 1907 ne contenait que deux articles formés de plus de trois alinéas: les art. 458 et 459 relatifs aux parentèles des père et mère et des grands-parents. Il y en a treize autres aujourd'hui.

163 Ces trois règles sont d'ailleurs toujours préconisées: Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Office fédéral de la justice, 2^e éd., Berne 2002, p. 351 n° 8235. Le Guide ajoute même: «si possible pas plus de 15 mots par phrase»: p. 355, n° 8247.

164 La loi du 8 octobre 2004 révisant le droit des fondations n'est pas non plus des plus réussies de ce point de vue.

165 Curieusement, la note marginale italienne de l'art. 700 semblait, dès 1907, faire une distinction entre choses et animaux: elle traduisait «recherche des épaves, etc.» («*Wegschaffung zugeführter Sachen u.dgl.*») par «*ripresa di cose o di animali*».

166 Clin d'œil à un ami publiciste: cette audace s'explique par le fait que le Tribunal fédéral a jugé (ATF 116 Ib 24) qu'il s'agissait d'une disposition de droit public fédéral!

167 Pour la première fois dans les trois langues («etc.», «usw.», «ecc.»). La note marginale de l'art. 700 CC comportait toutefois dès l'origine l'abréviation «etc.», respectivement «u.dgl.» (le texte italien n'utilise pas d'abréviation); il en va de même de la note marginale en italien de l'art. 838 («indivis», «*Gemeinder*» étant traduits par «ecc.»).

168 Par exemple les art. 86a al. 3, 121 al. 3, 712g al. 3.

La codification, entendue au sens traditionnel du terme, est étrangère aux pays de *common law*, où l'évolution du droit a été dictée par les distinctions successives opérées en jurisprudence au fur et à mesure des litiges qui devaient être tranchés. Périodiquement et par domaines, le législateur intervient cependant pour fixer dans le droit écrit (*statutory law*) les principes ressortant de la jurisprudence, voire de la doctrine, afin de rassembler en un seul texte des règles disparates. Ce faisant, il adopte des articles de loi qui, en général, ont peu à voir, dans leur expression formelle, avec le dépouillement des dispositions qu'envisageait Eugen Huber. Ces articles ressemblent souvent à une liste d'hypothèses, de conditions ou de critères à prendre en compte.

La section 25 du *Matrimonial Causes Act* anglais de 1973 concernant les critères devant guider le tribunal quand il se prononce sur les conséquences pécuniaires du divorce en fournit un excellent exemple. Pour l'octroi d'une contribution financière à l'un des époux qui divorcent, le juge doit prendre en considération neuf critères: les ressources financières de chaque conjoint, leurs charges économiques, leur niveau de vie durant le mariage, leur âge, la durée du mariage, leur état de santé, leur contribution au bien-être de la famille, notamment la prise en charge d'enfants, leur comportement et la perte d'expectatives liées au mariage.¹⁶⁹

Par comparaison, l'art. 125 al. 2 CC entré en vigueur en 2000 demande au juge de tenir compte de neuf éléments: la répartition des tâches et le niveau de vie pendant le mariage, la durée du mariage, l'âge des époux, leur état de santé, leur situation économique, leur formation professionnelle en lien avec le marché de l'emploi, la prise en charge future des enfants et les expectatives vis-à-vis des assurances sociales.

Un autre exemple peut être tiré de la réforme en cours du droit de la tutelle. Le projet de nouvel art. 378 CC introduit un mécanisme de représentation de la personne incapable de discernement dans le domaine médical qui semble directement inspiré des lois adoptées dans de nombreux Etats américains. L'art. 378 prévoit une liste de représentants en cascade: représentant désigné par le patient, curateur, conjoint ou partenaire enregistré, concubin, descendants, père et mère, frères et sœurs.¹⁷⁰

Cette approche reprend la méthode adoptée par la majorité des Etats américains depuis une bonne quinzaine d'années, qui ont fixé dans la loi l'ordre dans lequel des tiers se voyaient reconnaître un pouvoir de décision pour un patient devenu incapable de discernement.¹⁷¹ Par exemple, la Loi 169 de l'Etat

¹⁶⁹ Matrimonial Causes Act, section 25(2)(a) à (h).

¹⁷⁰ FF 2006 p. 6635 ss, 6773.

¹⁷¹ Pour une idée des solutions proposées, voir notamment le panorama dressé par CHARLES SABATINO, *The Legal and Functional Status of the Medical Proxy: Suggestions for Statutory Reform*, *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 1999, p. 52 ss, 55 ss.

de Pennsylvanie, du 29 novembre 2006 (en vigueur dès le 29 janvier 2007)¹⁷² prévoit qu'en l'absence de représentant désigné par le patient, les personnes dans l'ordre suivant ont le pouvoir de décider pour une personne devenue incapable de discernement: l'époux (sauf si une procédure en divorce est pendante), un enfant majeur, le père ou la mère, un frère ou une sœur majeur, un petit-enfant majeur, un proche qui connaît les préférences et les valeurs du patient.

Globalement, le code civil suisse a malgré tout conservé ses traits distinctifs d'antan, même en la forme.¹⁷³ Il va de soi que le travail collectif ne saurait produire la même empreinte que la vision d'une personne; de plus, chacun ne possède pas les qualités de plume d'Eugen Huber ou de Virgile Rossel. Inévitablement, l'unité générale de ton et la cohérence formelle de l'œuvre ont donc été légèrement amoindries. Mais le code civil suisse de 2007 a bien résisté aux outrages du temps du point de vue formel, spécialement quand on le compare à d'autres codes civils, par exemple au code français – certes presque deux fois plus vieux –, que l'inflation législative des dernières décennies a passablement boursofflé.¹⁷⁴ Sur le fond aussi, le code civil conserve sa valeur comme texte de référence de la régulation des rapports entre particuliers et ne présente pas de lacune criante.

B. L'inscription du code civil dans l'espace

I. Du territoire cantonal à l'aire nationale

On sait que la majorité des cantons suisses s'étaient dotés d'un code civil au cours du dix-neuvième siècle. Tout en conservant des éléments de la tradition juridique cantonale, chaque code s'était inspiré d'un modèle de codification. Le code civil français de 1804 avait été repris par le canton de Genève et par le Jura bernois et avait influencé les codes civils fribourgeois, neuchâtelois, tessinois, valaisan et vaudois. Le code civil autrichien de 1811 inspira les législateurs bernois, lucernois, soleurois et tessinois. L'œuvre la plus originale fut le code civil zurichois de 1853–55 qui mariait les traditions locales et les apports du droit germanique. Il influença notamment les codes civils des cantons de Glaris, des Grisons, de Nidwald, de Schaffhouse et de Zoug. D'autres

172 Voir le § 5461(d)(1) de la loi, disponible sur: http://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/CL/Public/cl_view_action2.cfm.

173 YUNG (note 9), p. 31, soutenait que «le code se distingue par la simplicité de son style, dénué de lourdeur, d'archaïsme, de termes techniques superflus et de pédanterie».

174 Un auteur français a même écrit que le code civil français avait pris des allures de «monstre»: JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Le code civil*, 2^e éd., Paris 2003, p. 126.

cantons préférèrent adopter des lois spéciales de droit civil plutôt qu'un code.¹⁷⁵

C'est dire qu'à l'aube du vingtième siècle, des droits civils nombreux et divers cohabitaient sur l'exigu territoire helvétique. Par exemple, il existait une grande variété de régimes matrimoniaux, de réglementations de l'établissement de la filiation naturelle et de ses effets, de systèmes de vocation successorale légale et testamentaire ou encore de régimes hypothécaires.

La Société suisse des juristes lança en 1868 la proposition d'élaborer une codification de tout le droit civil. L'idée fut inscrite dans le projet de Constitution fédérale du 5 mars 1872 dont l'art. 55 confiait à la Confédération le soin de légiférer en matière de droit civil et de procédure. Trop centralisateur, le projet fut rejeté par le peuple. Cela explique que la Constitution adoptée le 29 mai 1874 n'attribuât finalement qu'une compétence limitée de légiférer en droit civil à la Confédération (capacité civile, état civil, mariage, droit des obligations, propriété intellectuelle, poursuite pour dettes et faillite). Vingt-quatre ans plus tard, le 13 novembre 1898, une compétence globale de légiférer sur le droit civil a finalement été reconnue à la Confédération.

La lenteur du mûrissement de l'idée de codifier le droit civil au niveau national, dans un Etat qui, en comparaison internationale, était pourtant politiquement relativement stable au dix-neuvième siècle, tient probablement à l'attachement marqué aux traditions locales et au sentiment qu'un droit unifié de Genève à Saint-Gall et de Bâle à Chiasso n'était guère pensable. Reflétant les différences de langue, de religion, de culture et de mœurs¹⁷⁶, la diversité des droits civils cantonaux était une source d'incessants conflits de lois et d'insécurité juridique, accentuée par le fait que certaines règles cantonales ne s'appliquaient qu'aux ressortissants du canton et d'autres à toutes les personnes domiciliées dans le canton. Rossel et Mentha estimaient ainsi que la codification du droit civil suisse ne pouvait plus être repoussée, pour des motifs politiques: «Un peuple ne peut garder à la longue son autonomie, que si toute sa pensée est dirigée vers une plus grande cohésion des forces et une plus active solidarité (...). De plus, la mise en vigueur du *Bürgerliches Gesetzbuch* en Allemagne, aurait bientôt fait de notre législation, de notre jurisprudence, de notre doctrine, les satellites d'une œuvre qui a le double prestige de son vaste champ d'application et de son caractère scientifique. (...) Des signes toujours plus manifestes de scission et de dénationalisation se seraient remar-

175 Pour des détails, voir VIRGILE ROSSEL et F.-H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, tome I, 2^e éd., Lausanne 1923, p. 9 ss et, bien sûr, HUBER (note 59).

176 Ce qui amène ROSSEL/MENTHA (note 175), p. 46 à alléguer que «notre Code civil peut être considéré comme le premier essai d'une codification du droit privé de l'Europe centrale»!

qués dans notre droit privé. Et ces fâcheux symptômes auraient eu leur répercussion en d'autres domaines». ¹⁷⁷

L'Assemblée fédérale fut saisie du projet de code civil par un Message du 28 mai 1904. ¹⁷⁸ Elle en délibéra durant trois ans, puis le texte issu de ces débats fut soumis à une commission de rédaction qui peaufina les textes allemand, français et italien: «il n'était pas un article peut-être qui ne dut être refondu au point de vue de l'élégance de la langue, de la concordance et d'une terminologie uniforme». ¹⁷⁹ La langue étant un puissant facteur d'identité culturelle, il était crucial de réaliser trois versions linguistiques de qualité du code qui en faciliteraient l'appropriation par les populations cantonales.

L'adoption à l'unanimité du code civil, le 10 décembre 1907, fut donc un acte politique autant que juridique, destiné à cimenter l'unité du pays et à unifier le droit civil, mais sans supprimer tout particularisme cantonal. Le caractère populaire du code, au moins en la forme, son application laissée aux tribunaux cantonaux ainsi que les valeurs libérales et démocratiques qu'il véhiculait ont certainement facilité une large et rapide acceptation par la population.

II. La juxtaposition des codes civils nationaux

Selon les auteurs de l'époque ¹⁸⁰, le code civil suisse aurait éveillé l'intérêt, voire l'admiration de nombreux et fameux juristes de pays voisins. Il a inspiré en tout cas quelques législateurs étrangers, soit ponctuellement soit globalement, à l'exemple du législateur turc qui, comme chacun sait, a repris purement et simplement le code helvétique en 1926.

Si le code civil a exercé une influence, certes modeste, sur le droit d'autres pays, il avait lui-même puisé à l'origine quelques-unes de ses institutions dans des codes étrangers. Le système de la déclaration d'absence, la liberté du contrat de mariage, les limites aux réserves héréditaires venaient par exemple du code civil français, tandis que le registre des régimes matrimoniaux, la propriété commune et la possession étaient empruntés au droit allemand. L'influence du droit étranger s'est encore fait sentir tout au long du siècle d'existence du code civil suisse. De nombreuses réformes, spécialement en

¹⁷⁷ ROSSEL/MENTHA (note 175), p. 41.

¹⁷⁸ FF 1904 IV, p. 1 ss.

¹⁷⁹ ROSSEL/MENTHA (note 175), p. 45 qui ajoutent (Rossel fut le principal auteur de la version française): «On s'est appliqué à faire une traduction fidèle en même temps que littéraire, – à créer une œuvre dans laquelle on sentirait à peine qu'elle avait été pensée d'abord en allemand».

¹⁸⁰ Notamment ROSSEL/MENTHA (note 175), p. 49.

droit de la famille¹⁸¹, ont en effet pris en compte les expériences réalisées dans les pays voisins.

La convergence fréquente des développements législatifs survenus dans plusieurs pays rend le plus souvent difficile l'identification d'un seul droit comme étant le modèle ayant inspiré le législateur suisse. On peut néanmoins mentionner quelques exemples où l'influence du droit étranger s'est clairement manifestée. La démarche du législateur suisse quand il réforme le code civil montre bien l'apport souvent décisif du droit comparé. Sans s'attacher à un droit en particulier, il puise dans les codes civils étrangers (des pays européens et d'Amérique du Nord) les solutions qui paraissent les meilleures, après avoir vérifié les difficultés de leur mise en œuvre et leur admissibilité du point de vue des mœurs helvétiques et de la systématique de notre code.

La réforme en cours du droit tutélaire fournit une première illustration de cette influence diffuse des codes étrangers sur le code civil suisse. Les propositions centrales de la réforme helvétique ont déjà été concrétisées dans plusieurs lois nationales. Par exemple les mesures personnelles anticipées (art. 360 ss du projet) existent déjà en Allemagne, en Angleterre et en Italie. Le mandat pour cause d'incapacité est assez directement inspiré du code civil québécois. L'idée des «mesures sur mesure» et de la curatelle à géométrie variable avait déjà été retenue dans la réforme du droit tutélaire en Autriche, en Allemagne et en Espagne. Le droit de représentation des proches d'une personne incapable de discernement est ancré dans la législation de nombreux Etats américains et il est aussi proposé en Autriche.¹⁸²

Le souci de ne pas singulariser le droit civil suisse par rapport aux développements législatifs internationaux anime aussi le législateur helvétique. La réforme de l'état civil entrée en vigueur en 2000 montre par exemple ce souci, exprimé également dans bien d'autres réformes du code civil, de faire évoluer le droit civil interne dans une direction qui ne diverge pas de l'évolution survenue dans les pays qui nous entourent. En l'occurrence, une raison essentiellement pragmatique expliquait cette préoccupation: faciliter la tenue de l'état civil, à une époque où la mobilité des personnes était en pleine croissance. La Suisse a du reste toujours participé activement aux travaux de la Commission Internationale de l'Etat Civil dont elle était membre fondateur et

181 CLAUDE WITZ, L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain, *in*: Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004, p. 687 ss, 690 remarque toutefois avec pertinence que «le droit des personnes et de la famille est trop sujet aux facteurs sociologiques ainsi qu'aux grands défis modernes de la bioéthique, mais aussi trop transcendé en Occident par le principe d'égalité pour pouvoir être porteur de riches enseignements quant au thème de l'influence réciproque des codifications».

182 Voir le Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006, FF 2006, p. 6635 ss, notamment 6658.

qui joue un rôle important de collaboration internationale et d'harmonisation du droit.¹⁸³

Dans les années nonante, le droit suisse du divorce était devenu le plus ancien d'Europe¹⁸⁴, de sorte que sa révision en profondeur s'imposait. Le Message du Conseil fédéral à ce sujet contient des notations détaillées de droit comparé et expose les solutions retenues dans de nombreux codes civils européens.¹⁸⁵ On y découvre toutes les sources d'inspiration, directes ou indirectes, du législateur suisse: l'adhésion aux idées presque unanimement admises de l'abandon de la faute et de l'admission du divorce sur demande conjointe; l'importation d'Angleterre de la théorie du *clean break*; la copie du système allemand (§ 1587 ss BGB) de partage des expectatives en matière de prévoyance professionnelle; la reprise timide de l'autorité parentale conjointe acceptée depuis des années en France, en Italie et dans la plupart des autres pays européens; l'introduction d'un mécanisme de représentation de l'enfant dans la procédure en divorce de ses parents, à l'instar du droit québécois et de plusieurs Etats américains.

La révision des règles sur la protection de la personnalité, au début des années quatre-vingt, sera mon avant-dernier exemple, parmi une liste qui serait bien plus longue, de l'influence des codifications étrangères sur notre droit civil. A cette occasion, le droit de réponse contre la présentation de faits par un média périodique a été introduit en droit suisse.¹⁸⁶ L'examen de l'institution dans l'ordre juridique de plusieurs pays européens (notamment en Allemagne, France, Italie, Autriche et Espagne) révèle que c'est le modèle allemand qui a séduit le législateur: droit de réponse limité à l'affirmation de faits, à l'exclusion des opinions; droit ouvert contre la presse écrite et la radio ou la télévision; réponse à formuler par écrit et à signer; gratuité de la réponse; refus d'un droit de réplique de la part du média; exclusion de la reproduction de documents officiels; exécution par des voies civiles selon une procédure rapide.¹⁸⁷

Enfin, l'introduction de la propriété par étages au début des années soixante a aussi pu s'inspirer de modèles et expériences des pays voisins.¹⁸⁸ Du point de vue formel, le législateur suisse a décidé d'intégrer les nouvelles dispositions sur la propriété par étages dans le code civil (et dans l'ordonnance sur le

183 Voir le Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995, FF 1996 I, p. 1 ss, 10.

184 Voir à ce sujet Révision du droit du divorce. Expériences étrangères récentes, Colloque de Lausanne du 12 octobre 1987, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 9, Zurich 1988.

185 Message du 15 novembre 1995, FF 1996 I, p. 1 ss, 38 ss.

186 Quelques cantons (Grisons, Schaffhouse, Tessin, Vaud) connaissaient auparavant dans leur législation le droit de réponse.

187 Voir le Message du Conseil fédéral du 5 mai 1982, FF 1982 II, p. 661 ss, 674 s.

188 Voir le Message du Conseil fédéral du 7 décembre 1961, FF 1962 II, p. 1445 ss, 1458 où sont examinés les droits français, allemand, autrichien, italien et belge.

registre foncier), alors que des pays voisins avaient fait un choix inverse peu de temps auparavant.¹⁸⁹ Matériellement, il a retenu une solution qui s'écarte de la conception traditionnelle, que l'on trouvait notamment en droit italien et français, consistant à considérer les choses communes comme des accessoires qui suivent le sort juridique des étages, regardés comme le principal. Il a préféré construire la propriété par étage sur la base de la conception de la copropriété ordinaire ancrée dans le code civil.¹⁹⁰

On voit à travers ces quelques exemples à quel point les révisions importantes du code civil, surtout les plus récentes, se sont déjà inscrites dans un contexte de comparaison internationale: prise en compte du droit comparé, observation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, depuis une vingtaine d'années, attention soutenue accordée au droit communautaire.¹⁹¹ Le caractère identitaire du code civil, essentiel il y a un siècle, s'en trouve inévitablement atténué.¹⁹² Mais ce processus n'est que le reflet des transformations de l'identité culturelle et sociale des habitants de notre pays. Dans ces conditions, la question d'une codification du droit civil à un échelon supérieur à celui des nations ne peut pas être esquivée.

On notera encore que l'influence des droits civils étrangers sur le code civil suisse peut aussi s'exercer de manière indirecte, à travers les sources d'inspiration du Tribunal fédéral appelé à interpréter le code civil. Dans ce domaine, l'examen attentif de la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral rendue ces dernières années sur les quatre premiers livres du code civil montre assez clairement une influence prépondérante du droit allemand. Alors que la jurisprudence et la doctrine germaniques sont régulièrement citées par le Tribunal fédéral dès qu'il se livre à des considérations de droit comparé, la jurisprudence et la doctrine françaises ne reçoivent pas la même attention des juges, tandis que la jurisprudence et la doctrine italiennes sont quasiment ignorées.

189 Loi allemande de 1951 sur la propriété d'appartements et le droit d'habitation; loi autrichienne de 1948 sur la propriété d'appartements et de locaux commerciaux; loi française de 1938. Voir les considérations du Message, FF 1962 II, p. 1445 ss, 1451.

190 Voir AMEDEO WERMELINGER, La propriété par étages: commentaire des articles 712a à 712t du code civil suisse, Fribourg 2002.

191 Remarque analogue chez COMMAILLE (note 8), p. 74, qui juge cette évolution conforme «au phénomène de déterritorialisation touchant les Etats nations et à l'avènement concomitant de cette société civile de plus en plus mondialisée».

192 De même RÉMY (note 159), p. 114, note-t-il une «dénationalisation» du droit civil, terme qu'il préfère à «internationalisation ou européenisation». Mais il est vrai que le droit français subit une influence plus forte du droit communautaire (par exemple en ce qui concerne le droit de la consommation) que le droit suisse.

III. De l'aire nationale à l'espace européen?

L'idée d'une codification européenne du droit civil flotte dans divers cénacles d'Europe depuis un certain temps déjà. Pour le moment, les efforts d'unification, ou au moins d'harmonisation, ont porté presque exclusivement sur le droit des obligations, en particulier sur le droit des contrats. Les principes UNIDROIT¹⁹³, les principes Lando, l'avant-projet de Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens¹⁹⁴ et le projet de code civil européen du groupe d'études von Bar figurent parmi les principales propositions faites à ce jour.¹⁹⁵

Les diverses initiatives privées qui viennent d'être évoquées ont incité l'Union européenne à engager une réflexion sur l'harmonisation du droit des contrats, voire du droit civil. Dans une première Communication du 11 juillet 2001, complétée les 12 février 2003 et 11 octobre 2004¹⁹⁶, la Commission européenne a défini un plan d'action qui visait à présenter d'ici fin 2007 un cadre commun de référence en droit des contrats. Les discussions au niveau européen se sont appuyées sur les travaux et recherches des différents groupes d'experts.¹⁹⁷

Les détails du contenu et les buts précis du projet de cadre commun de référence proposé par la Commission européenne ne sont pas encore définitivement arrêtés. Si la Commission entendait initialement simplifier l'acquis communautaire à travers l'élaboration de principes fondamentaux et de modèles de règles uniformes, elle semble à présent mettre davantage l'accent,

193 Voir à leur sujet PIERRE WIDMER, Les principes UNIDROIT. Une nouvelle forme de «codification» au niveau transnational, *in*: Le code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 235 ss.

194 Voir notamment GIUSEPPE GANDOLFI, Le code européen des contrats, *in*: Le code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 275 ss; GIUSEPPE GANDOLFI (éd.), Code européen des contrats. Avant-projet. Livre premier, Milan 2004; FRANZ WERRO, Vers un code européen des contrats?, *in*: Le contrat dans tous ses états, F. Bellanger, C. Chappuis et A. Héritier Lachat (Eds), Berne 2004, p. 34 ss; YVES LEQUETTE, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de Monsieur von Bar, *Dalloz* 2002 Chron. p. 2202 ss.

195 Voir CHRISTIAN VON BAR, Le groupe d'études sur un code civil européen, *Revue internationale de droit comparé* 2001, p. 127 ss; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, Principles of European Law, Munich 2005– (13 volumes sont prévus); THOMAS KADNER GRAZIANO, Le futur de la codification du droit civil en Europe: harmonisation des anciens codes ou création d'un nouveau code?, *in*: Le code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 257 ss.

196 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 11 juillet 2001, concernant le droit européen des contrats, COM(2001) 398, *Journal officiel* C 255 du 13 septembre 2001; ainsi que la communication du 12 février 2003 COM(2003) 68, *Journal officiel* 65 du 15 mars 2003 et celle du 11 octobre 2004 COM (2004) 651, non publiée au *Journal officiel*.

197 HUGH BEALE, The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law, *Juridica international* 2005 I, p. 4 ss mentionne le Study Group on a European Civil Code de von Bar, le Restatement of European Insurance Contract Law et le European Research Group on Existing EC Private Law.

plus modestement, sur le processus de révision de l'acquis communautaire dans le domaine de la protection des consommateurs.¹⁹⁸

L'an dernier, le Parlement européen a toutefois adopté une nouvelle résolution¹⁹⁹ dans laquelle il enjoint la Commission d'exploiter les travaux de recherche en cours pour, dans un premier temps, réviser l'acquis communautaire en droit privé, avant d'élaborer dans un second temps un droit civil communautaire. Le Parlement européen semble ainsi acquis à l'idée d'harmoniser à l'avenir le droit civil européen. Il n'a du reste pas manqué de relever dans sa Résolution du 23 mars 2006 que de nombreux chercheurs engagés dans le projet actuel ont bien à l'esprit d'élaborer, à terme, un code européen des obligations, voire un véritable code civil européen.

En principe, le «cadre commun de référence» en matière contractuelle devrait être adopté en 2009. En revanche, l'harmonisation des autres matières du droit civil n'est, pour l'instant du moins, pas encore officiellement programmée par l'Union européenne. Elle se heurtera du reste vraisemblablement à un scepticisme beaucoup plus prononcé.

Ce bref survol aura suffi pour montrer que dans tous ces projets, les matières régies par les quatre premiers livres du code civil suisse (personnes, famille, successions, droits réels) sont quasiment absentes. Il paraît dès lors plus juste de parler de projet de code européen des obligations plutôt que de projet de code civil européen. Les moteurs principaux du projet relèvent au premier chef de l'Europe des marchands. Les dispositions unifiées sont en effet appelées à répondre aux besoins de l'intégration économique européenne bien plus qu'à cimenter une identité européenne, qui reste dans les faits clairement secondaire par rapport aux diverses identités nationales.

Pour que l'entreprise de codification aboutisse au niveau européen, il faut que la conviction soit suffisamment répandue dans les pays y participant qu'un droit unifié apportera dans la pratique des avantages notables.²⁰⁰ Or, une telle conviction n'existe pour le moment – sans du reste être unanimement partagée – qu'à l'égard du droit des contrats et de quelques autres matières liées directement au commerce, par exemple les garanties mobilières. Elle n'est en revanche pas aussi répandue s'agissant de matières beaucoup plus liées aux identités culturelles et aux convictions morales, comme le droit des personnes

198 Voir le Premier rapport annuel de la Commission européenne sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, COM(2005) 456, accessible sur le site de l'Union européenne.

199 Résolution du Parlement européen du 23 mars 2006, A6–0055/2006. Voir en outre la Résolution du 4 septembre 2006, B6–0464/2006.

200 Voir par exemple WINIGER (note 87), p. 169.

et de la famille.²⁰¹ Dans l'optique d'une Europe pensée en premier lieu en des termes économiques, la nécessité d'harmoniser ces domaines est du reste moins pressante.²⁰² Les instruments classiques du droit international privé permettent de trouver des solutions acceptables à la diversité réglementaire, d'autant plus que l'exception d'ordre public parfois opposée à la reconnaissance de décisions étrangères a tendance à être interprétée de manière plus restrictive.

C. L'inscription du code civil dans les valeurs

I. Les valeurs au cœur du code civil de 1907

En Suisse comme dans les pays qui nous entourent, l'adoption du code civil a donc été un acte politique autant qu'un accomplissement juridique. Avec raison, Carbonnier a parlé du code civil français comme de la constitution civile de la France²⁰³, dont la stabilité s'est d'ailleurs révélée plus grande que celle de la Constitution, révisée une dizaine de fois en moins de deux siècles. Un code civil est ainsi porteur des valeurs que le législateur a estimées fondamentales à l'époque de son élaboration.

Le code civil français de 1804 avait tiré son souffle principal de la Révolution: laïcité du droit civil, individualisme, égalité, liberté et défense de la propriété individuelle.²⁰⁴ En Suisse, le code civil de 1907 a puisé son inspiration dans les idées libérales et républicaines de son époque. Il véhiculait des valeurs encore analogues à celles du code civil français, que Yung a résumées en une phrase: le code visait à «assurer la paix dans les relations entre individus

201 De même, BASEDOW (note 41), p. 321, estime qu'une des options actuelles est un code civil européen sans le droit des personnes et de la famille, le droit des successions et les droits réels immobiliers. En la forme, il propose ensuite, p. 327 s., un code hybride, élaboré sous forme d'un règlement laissant aux Etats membres la liberté d'insérer ses dispositions dans leur propre code civil national. Voir aussi les réflexions de FRANZ WERRO, L'unification du droit privé en Europe: une question de légitimité culturelle, *in*: Le code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 287 ss.

202 L'harmonisation du droit de la famille est cependant régulièrement débattue. Voir notamment MASHA GANTOKOLSKAIA, The harmonisation of family law: old and new dilemmas, *European Review of Private Law* 2003, p. 28 ss; INGEBORG SCHWENZER, Die Europäisierung des Familienrechts, *in*: Festgabe für Franz Hasenböhler, Zürich/Bâle/Genève 2004, p. 25 ss. INGEBORG SCHWENZER, Model family code: from a global perspective, Berne 2006, propose même un code-modèle de la famille qui pourrait inspirer des travaux européens.

203 JEAN CARBONNIER, Le code civil, *in*: Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004, p. 17 ss, 33, a écrit que le code civil français était la «véritable constitution (...) au sens matériel» de la France. Voir aussi NIORT (note 5), p. 285.

204 CARBONNIER (note 61), p. 124 s.

en restreignant le moins possible la liberté».²⁰⁵ Il accordait une grande importance au respect de la parole donnée, notamment à travers le principe de la bonne foi.²⁰⁶ Il reconnaissait une liberté étendue aux personnes tout en assurant leur protection contre d'éventuels excès de cette liberté. Il confirmait la laïcité du droit civil, déjà reconnue dans la loi de 1874. Il ancrant un modèle patriarcal de la famille et du mariage (le mari était le chef de l'union conjugale, imposant son nom, fixant le domicile de son épouse, représentant l'union conjugale, détenant la puissance paternelle, devenant propriétaire et gérant de certains biens de son épouse).

S'inspirant de l'exposé des motifs du code civil suisse, Yung «ramène les principes du code à trois, que j'appelle les principes de l'universalité, de la liberté et de la moralité».²⁰⁷

Par l'universalité du code, il entend que le droit privé doit constituer un modèle de conduite universel propre à régir l'ensemble de la vie sociale puisqu'il s'adresse à tous. Il en découle aussi que tout intérêt légitime doit être protégé.²⁰⁸

La liberté de l'homme raisonnable est garantie et protégée par le code civil dans quatre domaines fondamentaux: la liberté personnelle, la libre propriété, la liberté de tester et la liberté contractuelle. Le code a ainsi introduit un minimum de règles impératives et laisse si possible à la personne le choix entre plusieurs institutions ou régimes (par exemple pour les gages immobiliers, les dispositions pour cause de mort et les régimes matrimoniaux).²⁰⁹

Enfin, le code civil est bâti sur le postulat que l'homme doit agir selon le bien. De là dérive par exemple la protection contre les engagements excessifs ou l'interdiction de l'abus de droit. Dans une belle formule, Yung affirme que «l'article 2 condamne l'absolutisme des droits subjectifs», comme «l'article premier abolit l'absolutisme de la loi écrite».²¹⁰

Yung conclut son étude des principes fondamentaux du code civil par cette phrase: «le droit privé est la source et le réservoir des principes qui font la noblesse du droit tout entier: la fidélité à la parole donnée, la responsabilité de l'individu pour ses actes, le respect de la personne et des biens d'autrui, la défense de s'enrichir d'une façon illégitime, l'observation de la bonne foi».²¹¹

205 YUNG (note 10), p. 344.

206 YUNG, (note 9), p. 44, a écrit que «le code civil suisse est le code de la confiance» et que «l'esprit du code civil, c'est la justice par la liberté, la liberté à cause de la confiance».

207 YUNG (note 9), p. 37.

208 Le code civil «n'est pas un droit savant mais un droit proche de l'équité»: YUNG (note 9), p. 38.

209 YUNG (note 9), p. 40.

210 YUNG (note 9), p. 43.

211 YUNG (note 9), p. 45 s.

II. L'évolution des valeurs

Les valeurs ancrées dans le code civil en 1907 ont été préservées au cours du siècle écoulé. La protection d'intérêts légitimes, notamment de personnes se trouvant dans des situations de vulnérabilité, la priorité reconnue à la liberté dans les rapports privés, le respect de la bonne foi et la prise en compte de l'équité sont des principes aussi pertinents aujourd'hui qu'il y a cent ans.²¹² Par exemple, le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence considérable sur l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), faisant prévaloir des considérations d'équité et de protection d'intérêts légitimes sur la stricte application de la loi écrite dans les situations les plus variées du droit civil, et même au-delà du droit privé.²¹³

On peut dès lors affirmer que le souci de la personne manifesté par les auteurs du code civil a été traduit dans la réalité par les tribunaux. Ce souci exprime une certaine représentation que la société se fait de l'être humain. Compte tenu des développements dans les mœurs et dans les technologies rappelés au début de cette contribution, il vaut la peine de s'interroger aujourd'hui sur la possible évolution de cette image de la personne humaine dans notre droit civil.

Savatier écrivait il y a une cinquantaine d'années que «l'homme du Code civil [français] est conçu comme un être noble, maître de lui-même et de son destin, fidèle à ses engagements, conscient de ses responsabilités».²¹⁴

Malgré le siècle qui sépare les deux codes, on pourrait certainement en dire autant à propos de l'homme du code civil suisse. C'est dire qu'il y a une permanence de certains concepts fondateurs du droit privé, en particulier la liberté, la dignité et l'égalité. Ces trois concepts déterminent largement l'image juridique de la personne humaine, qui demande toutefois à être réactualisée constamment, à la lumière des développements que connaît la société.

Avant d'évoquer ces trois valeurs et leur signification dans le contexte du droit civil actuel, il m'a paru toutefois important de revenir sur la notion même de «personne» qui demeure la raison d'être d'un code civil.

212 Voir à ce sujet BRUNO HUWILER, *Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB)*, in: Bruno Schmidlin (éd.), *Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Bâle 1994, p. 57 ss.

213 Voir notamment THEO MAYER-MALY, *Basler Kommentar-ZGB I*, 3^e éd., Bâle 2006, N 44 ss *ad* art. 2. Par exemple en procédure: PHILIPPE SCHWEIZER, *De minimis curabat ille praetor*, in: Olivier Guillod et Philippe Schweizer (éds), *Instants d'instances*, Neuchâtel 1992, p. 123 ss, 128.

214 RENÉ SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Série 2: *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, 1959, p. 10, en parlant du Code Napoléon.

1. La notion juridique de «personne»

Simple à la surface, complexe dès qu'on la décortique, la notion juridique de «personne» n'a guère fait l'objet d'exploration approfondie dans la doctrine suisse²¹⁵, à part les controverses relatives aux personnes morales. Il s'agit pourtant de la notion la plus fondamentale du droit, qui se fondait sur ce qui était considéré comme des évidences. Or, plusieurs certitudes d'il y a un siècle relatives à l'humain pourraient bien vaciller dans le courant des décennies à venir, devant l'évolution scientifique et technologique. En même temps, la notion juridique normative de «personne» est souvent mal comprise dans la population qui peine à la différencier du sens descriptif général que le langage courant donne au terme de personne («individu de l'espèce humaine»).²¹⁶

Au sens juridique, le terme «personne» est synonyme de «sujet de droit». ²¹⁷ Selon une classification que l'on retrouve à l'étranger, les sujets de droit se répartissent en personnes physiques (êtres humains) et en personnes morales (groupements de personnes et établissements).²¹⁸ On a souvent prétendu que la qualité de sujet de droit se déduirait de l'observation pour les premières alors qu'elle résulterait d'un choix normatif pour les secondes, fondé sur des nécessités sociales plus que sur un choix moral (malgré leur nom en français!). Sans nier que le législateur bénéficie d'une liberté plus grande

215 Les auteurs se contentent en général de dire que la qualité d'être humain est suffisante pour devenir une «personne» au sens juridique, ajoutant parfois que la naissance, au sens de l'art. 31 CC, en est le signe irréfutable. Voir notamment EUGEN BUCHER, *Die natürlichen Personen* (Art. 11–26 ZGB), Berner Kommentar, Band I/2/1, 3^e éd., Berne 1993, N 58 *ad* art. 11; HEINZ HAUSHEER et REGINA AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Berne 2005, p. 5 s.; DESCHENAUX/STEINAUER (note 75), p. 13. La réflexion est bien plus nourrie à l'étranger: voir par exemple JACQUELINE POUSSON-PETIT, *La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres*, in: *Liber amicorum M.-T. Meulders-Klein*, Bruxelles 1998, p. 505 ss; NGAIRE NAFFINE, *Who are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects*, *Modern Law Review* 2003, p. 346 ss; Note: *What we talk about when we talk about persons: The language of a legal fiction*, 114 *Harvard Law Review* 1746 (2001).

216 L'origine même du terme recelait une ambivalence: *prosopon*, en grec, marquait la dualité du corps, réalité physique, et de l'âme, figure abstraite; *persona*, en latin, était d'abord le masque de l'acteur puis est devenu aussi le personnage et son rôle. L'ambiguïté naissant de la signification normative donnée à un mot qui a un sens descriptif dans le langage courant est bien connue des juristes.

217 (Re)voir RENÉ DEMOGUE, *La notion de sujet de droit*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1909, p. 611. En droit suisse, la qualité de sujet de droit, qui se confond selon moi avec la notion de capacité civile passive ou de jouissance des droits civils, est appelée personnalité dans divers articles du code civil (note marginale des art. 11 et 57, art. 31, 52, 60 et 62), même si le terme a aussi une autre signification juridique (art. 28 et 28g CC: ensemble des attributs essentiels d'une personne).

218 La terminologie fluctue selon les langues: personne physique, natürliche Person, Einzelperson, persona fisica; personne morale, juristische Person, Verbandsperson, persona giuridica. Eugen Huber utilisait volontiers les termes Einzelperson et Verbandsperson. Sur le lien entre sujet de droit et personne humaine, voir KOHLER-VAUDAUX (note 71), p. 27 ss.

dans la détermination du cercle des personnes morales, on tentera en quelques paragraphes de montrer tout de même quelques-unes des difficultés intrinsèques à la notion de «personne» appliquée aux êtres humains.

La personne, au sens de sujet de droit, est une notion technique indispensable à la théorie juridique et au fonctionnement du droit, une entité servant de point d'ancrage des droits et des devoirs.²¹⁹ Dans une simple perspective d'application du droit positif, cette définition est parfaitement suffisante. Mais elle esquivait la question préalable de fond: à qui le législateur reconnaît-il la qualité de personne et sur la base de quel choix de valeurs?

L'être humain est reconnu comme le sujet de droit par excellence.²²⁰ Sous cette évidence se cachent cependant au moins trois questions: premièrement, à quoi reconnaît-on un être humain? Deuxièmement, un être humain doit-il être doté de certaines qualités pour être qualifié de personne? Troisièmement, dès l'instant où l'Homme n'est pas la seule espèce vivant sur terre, quels sont les arguments justifiant qu'il soit l'unique créature vivante accédant juridiquement au rang enviable de personne?

Dans une perspective biologique, l'être humain est un membre de l'espèce humaine reconnaissable par trois faits: il est le résultat de la fusion d'un ovule et d'un spermatozoïde eux-mêmes humains²²¹; il a été mis au monde par une femme; il a un génome spécifique, formé d'environ 30 000 gènes répartis sur vingt-trois paires de chromosomes. Aujourd'hui, chacun de ces trois éléments a perdu une partie au moins de son pouvoir d'identification. A terme, la stricte application de ces critères pourrait même devenir problématique.

Le développement des méthodes de reproduction médicalement assistée bouleverse en effet les certitudes d'antan. Un gamète mâle et un gamète femelle ne sont plus forcément nécessaires pour produire un nouvel être humain. On parle déjà de la fusion de deux ovocytes et du clonage. Pourtant, bien que n'étant pas nés de la fusion d'un ovule et d'un spermatozoïde, un enfant cloné et un enfant issu de parthénogenèse seraient assurément aussi des êtres humains devant accéder au statut juridique de personne.

219 Comme l'écrit MYRIAM HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Aix-en-Provence 2004, p. 146: «la personne s'inscrit d'emblée dans une relation». Comme d'autres auteurs, GUIDO ALPA et PAOLO GAGGERO, *Profili istituzionali del diritto privato. Persona e famiglia – Successioni – Diritti reali*, Padova 2006, p. 1 ss, soulignent que le concept juridique de «personne» n'a pris un sens sur l'île de Robinson Crusoé que lorsque ce dernier a rencontré Vendredi.

220 Sous le titre «angeborene Rechte», le § 16 du code civil autrichien déclare ainsi: «Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten».

221 Dans ce sens, MARIO PEDRAZZINI et NIKLAUS OBERHOLZER, *Grundriss des Personenrechts*, 4^e éd., Berne 1993, p. 29, après avoir écrit que «der Begriff des Menschen bedarf als solcher keiner näheren Erörterung».

On annonce aussi qu'au courant de ce siècle, on pourra se passer de l'utérus d'une femme pour la gestation d'un être humain. Là encore, l'enfant sorti d'un ventre artificiel, même si au surplus il avait été cloné, appartiendrait à l'espèce humaine et serait considéré comme une personne au sens juridique.

La spécificité du génome humain est elle aussi remise en question. D'abord, le matériau de construction d'un être humain et les «instructions de montage» n'ont rien de spécifique à l'espèce humaine. Les gènes de toutes les créatures vivantes sont formés d'une molécule d'ADN combinant les quatre mêmes bases azotées (adénine, guanine, cytosine, thymine). Cela permet, grâce aux techniques du génie génétique, d'insérer dans le génome d'une espèce un gène pris chez une autre espèce, aussi éloignée soit-elle de la première. Si des gènes provenant d'autres espèces étaient insérés un jour dans le génome d'un être humain, perdrait-il à partir d'un certain seuil son humanité? Et comment évoluera le génome de l'Homme, dont on sait par ailleurs qu'il présente une certaine variabilité entre les êtres humains²²²? Et que penser du fait que notre génome serait à 99% semblable à celui du chimpanzé²²³? Un critère purement biologique ou génétique semble dès lors insuffisant.

Aux critères biologiques d'appartenance à l'espèce humaine, il faut ajouter des critères anthropologiques d'appartenance à la «famille» humaine. Des critères anatomiques étaient volontiers mis en avant autrefois: de la forme se déduisait l'essence, en d'autres termes, ce qui avait forme humaine était humain.²²⁴ Mais au simple critère anatomique doit s'ajouter une reconnaissance sociale: l'être humain est celui qui est reconnu par la société des Hommes comme l'un des siens. Il s'inscrit alors dans la dimension historique et culturelle d'une civilisation qui a développé un ensemble de règles de conduite (qui, en soi, ne sont naturellement pas propres à l'Homme) faisant la part belle à des principes d'ordre moral, comme le juste et l'injuste.²²⁵

Dans la perspective juridique, les attributs décisifs de la personne le plus souvent mentionnés sont la raison, la conscience²²⁶, la volonté, la capacité de ressentir et celle de communiquer avec autrui. Ne reconnaître la qualité juri-

222 Variation dans le nombre (cas de trisomie par exemple) et la structure des chromosomes (cas de mosaïcisme par exemple) et variations dans les gènes eux-mêmes.

223 Voir notamment IAN TATTERSALL, *Becoming human: Evolution and Human Uniqueness*, New York 1998.

224 Ce qui explique les discussions sur les «monstres», menées par les juristes romains et poursuivies jusqu'au début du vingtième siècle. Le critère de la forme, envisageable pour un nouveau-né, est en revanche sans pertinence pour l'embryon, qui passe par des stades de développement où sa forme est analogue à celle de bien d'autres créatures.

225 Voir à ce sujet BERNARD BAERTSCHI, *Enquête philosophique sur la dignité*, Genève 2005, p. 175 ss, 179.

226 L'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 dit que «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience (...).».

dique de «personne» qu'aux êtres humains possédant ces attributs ne tiendrait cependant pas compte du caractère évolutif ou fluctuant de ces derniers et exclurait notamment du statut de personne des individus plongés dans le coma. C'est pourquoi le droit suisse ne tient compte de certains de ces attributs que dans la détermination de la capacité civile active (exercice des droits civils), mais non pas de la capacité civile passive (jouissance des droits civils).²²⁷

Pour être reconnu comme sujet de droit, l'être humain doit donc simplement être venu au monde²²⁸ et être encore en vie.²²⁹ C'est sans doute la meilleure manière d'assurer l'impératif éthique et juridique d'égalité des personnes inscrit dans le premier article du livre premier du code civil suisse (art. 11 CC).

Du seul point de vue de la technique juridique, rien n'empêcherait de reconnaître comme sujets de droit d'autres créatures vivantes et de les qualifier par conséquent aussi de «personnes physiques». Mais l'attribution de la personnalité constitue d'abord un choix de valeurs qui doit se fonder sur des faits objectifs et sur des considérations éthiques et sociales pertinentes. Comme l'a écrit Baertschi, il y a une raison d'attribuer «le statut de personne aux humains et non aux poireaux». ²³⁰ En même temps, les choix de valeurs d'une société ne sont pas figés et peuvent être remis en cause, comme on l'a vu ces dernières décennies avec le mouvement pour la reconnaissance des droits de l'animal.

Selon certains philosophes, si l'on admet qu'un être humain dans le coma est une personne, alors même qu'il ne possède plus ni raison, ni conscience, ni volonté, ni capacité de communiquer avec autrui ni, surtout, capacité de ressentir, on doit alors reconnaître aussi, par un principe utilitaire de prise en compte égale des intérêts, un statut équivalent aux animaux qui, au minimum, possèdent la capacité de ressentir.²³¹ Pour d'autres, les animaux ont, à l'instar

227 Sur la nécessité de distinguer les deux formes de capacité et sur les diverses approches de la capacité civile passive (*Rechtsfähigkeit*), voir EUGEN BUCHER (note 215), N 7 ss *ad* art. 11.

228 La naissance est l'événement déterminant pour le droit car elle individualise l'enfant en le détachant de sa mère et le rend visible aux yeux de tous. Cela n'empêche pas, comme le fait l'art. 31 CC, de reconnaître une personnalité conditionnelle à l'embryon et au fœtus, de la conception à la naissance.

229 Un cadavre n'est donc pas un sujet de droits, pas davantage qu'une créature de l'au-delà (*«jenseitige Wesen»*), comme le Tribunal fédéral a curieusement tenu à le préciser: ATF 116 II 351, 354.

230 BAERTSCHI (note 225), p. 179.

231 Par exemple PETER SINGER, *Animal Liberation*, 3^e éd., New York 2002. Voir aussi R. GODLOVITCH, S. GODLOVITCH et J. HARRIS, *Animals, men and morals: An enquiry into the maltreatment of non-humans*, New York 1971.

des êtres humains, une valeur inhérente et, en tant que créatures vivantes, ont des droits comme les êtres humains.²³²

Le législateur suisse a eu la sagesse en 2002 de ne pas suivre les propositions des promoteurs des droits des animaux et de refuser clairement de conférer le statut juridique de personne aux animaux.²³³ Il a cependant introduit quelques règles spéciales à leur égard (comme l'insaisissabilité des animaux domestiques: art. 92 al. 1 ch 1a LP²³⁴). Dans le domaine du génie génétique, l'art. 120 de la Constitution évoque en outre, comme une valeur que le législateur doit respecter, «l'intégrité des organismes vivants» ou, selon les textes allemand et italien, «la dignité de la créature».²³⁵

Il faut assumer et défendre la vision anthropocentrique du droit: l'appartenance à la famille humaine reste en effet une raison suffisante pour réserver aux seuls êtres humains le statut juridique de «personne». Le droit a été créé par les hommes pour les hommes. Il s'est construit sur les notions de droits subjectifs, de devoirs, de libertés et de responsabilités qui n'ont un sens qu'à l'égard d'acteurs ayant une conscience, une raison, une volonté et un sens moral. Or, seuls les individus appartenant à l'espèce humaine peuvent, pour le moment du moins, réunir ces qualités.²³⁶

Le fait que certains êtres humains ne les possèdent pas encore, ou ne les possèdent plus, voire pas du tout ne change rien aux destinataires des règles juridiques puisqu'il reste une majorité d'autres humains détenant ces qualités et pouvant agir pour eux. Ce qui compte, c'est qu'un nouveau-né aura plus tard les qualités requises, que le vieillard dément les a possédées antérieurement et qu'un individu atteint de graves déficiences mentales congénitales aurait pu les posséder s'il n'avait pas été frappé par la malchance. Un chat ou

232 Par exemple TOM REGAN, *The case for animal rights*, Los Angeles 1985; TOM REGAN, *Empty cages: Facing the challenge of animal rights*, Lanham 2004. Pour un regard critique, voir notamment M. H. KRAMER, *Do animals and dead people have legal rights?*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2001, p. 29.

233 Il a simplement affirmé symboliquement que «les animaux ne sont pas des choses», ajoutant immédiatement et non sans quelque ambiguïté que «sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux» (art. 641a CC).

234 L'*Obergericht* soleurois en a déduit qu'il fallait tenir compte, dans le calcul du minimum vital, d'un supplément pour l'entretien d'un animal domestique: décision du 8 décembre 2004, RSJ 2006 p. 285.

235 «Würde der Kreatur», «dignità della creatura»; voir FF 2000 p. 2297. La notion a inspiré surtout les auteurs germanophones: voir notamment INA PRAETORIUS et PETER SALADIN, *Die Würde der Kreatur*, Berne 1996; PHILIPP BALZER, KLAUS PETER RIPPE et PETER SCHABER, *Was heisst Würde der Kreatur: Expertenbericht*, Berne 1997; PETER KREPPER, *Zur Würde der Kreatur in Gentechnik und Recht*, Bâle 1998.

236 Voir aussi HANS HUBER, *Das Menschenbild des Rechts*, RDS 1961 I, p. 1 ss, 25; GROSSEN (note 1), p. 4, notant que «toute règle de droit ne s'adresse qu'à des hommes, capables de choisir entre son observation et sa transgression».

un chien, quel qu'il soit, n'avait pas, n'a pas, n'aura pas et n'aurait jamais pu avoir ces qualités, compte tenu de l'espèce à laquelle il appartient.

2. *L'image de la personne humaine*

Le droit véhicule une certaine conception de l'être humain qui puise ses sources dans les courants philosophiques²³⁷ les plus largement acceptés à une époque donnée au sein d'une société.²³⁸ A partir de là, il construit une image spécifique de l'être humain et de ses rapports aux autres qui, à son tour, va alimenter les réflexions des philosophes.

En adoptant des perspectives très diverses, plusieurs auteurs ont cherché à mettre en relief un paradigme juridique spécifique de l'être humain. Par exemple, Grzegorzczyk l'a trouvé dans une combinaison de trois modèles juridiques de l'homme: l'homme-propriétaire, qui exerce une maîtrise privée sur les biens²³⁹, l'homme-acteur juridique, dont la volonté joue un rôle créateur, l'homme-responsable, qui s'inscrit comme acteur moral dans la société. Il voit en outre émerger un quatrième modèle de l'homme, l'homme protégé, qui marquerait le passage de l'individualisme possessif des Lumières à l'individualisme sécuritaire moderne.²⁴⁰ Alpa et Gaggero constatent en droit communautaire une tendance à réduire l'être humain à un rôle de consommateur.²⁴¹ Gauch voit l'homme raisonnable comme le paradigme du droit des obligations.²⁴² Pousson-Petit disserte sur la dimension corporelle de l'être humain, entre personnification et réification.²⁴³ Hans Huber note la multiplicité des

237 Pour une brève, mais dense, présentation des courants principaux qui animent dans ce domaine la philosophie du droit, voir CARBONNIER (note 61), p. 73 ss et 379 s. (à propos du personnalisme et de l'individualisme en philosophie). Voir aussi HUNTER-HENIN (note 219), p. 75 ss.

238 Cette dimension historique, philosophique et culturelle est essentielle. Dans le même sens notamment HANS HUBER (note 236), p. 20 ss. GROSSEN (note 1), p. 4 s., souligne le «rapport nécessaire entre l'image de l'homme et l'ordre juridique». Voir aussi XAVIER MARTIN, *Le droit privé révolutionnaire: essai de synthèse*, Revue trimestrielle de droit civil 2006 p. 239 ss.

239 L'art. 2 al. 1 du Code civil du Québec souligne ce rôle en prévoyant que «toute personne est titulaire d'un patrimoine».

240 CHRISTOPHE GRZEGORCZYK, *Trois modèles de l'homme juridique*, in: *L'image de l'homme en droit*, Fribourg 1990, p. 205 ss, 236.

241 ALPA/GAGGERO (note 219), p. 197, 237 ss. L'art. 13 BGB définit le consommateur, donnant à ce rôle particulier de la personne un poids symbolique accru.

242 PETER GAUCH, *Der vernünftige Mensch – ein Bild aus dem Obligationenrecht*, in: *L'image de l'homme en droit*, Fribourg 1990, p. 177 ss.

243 POUSSON-PETIT (note 215), p. 506 ss. «Le corps humain fait la personne» écrit CARBONNIER (note 61), p. 381. On mesure l'évolution des idées en un quart de siècle en relisant par exemple les diverses contributions nationales aux Travaux de l'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le corps humain et le droit*, Paris, 1975, ainsi que, dans le même ouvrage, le Rapport général sur le corps humain et la liberté individuelle de ROBERT GROSEMANS, p. 423 ss.

modèles, selon les domaines du droit, et souligne l'influence qu'exercent sur eux la technologie et l'économie.²⁴⁴

Tous ces regards sur la condition juridique actuelle de l'être humain en révèlent la complexité, entre continuité et ruptures. Ils forment un éventail de représentations juridiques de l'Homme qui, d'une manière ou d'une autre, sont toutes reliées aux trois valeurs fondamentales ou aux trois attributs intrinsèques à la personne humaine: la liberté, l'égalité et la dignité.

a. *La liberté*

Le droit moderne tout entier s'est construit sur une image de l'homme libre. La Constitution fédérale garantit la liberté individuelle, conçoit de manière très large.²⁴⁵ Le droit privé consacre le principe de l'autonomie de la volonté; il interdit en outre à quiconque d'aliéner sa liberté ou de s'en interdire l'usage de manière excessive (art. 27 al. 2 CC)²⁴⁶, protégeant ainsi une sorte de «noyau dur» de la liberté civile. Garantir la liberté de la personne humaine, c'est reconnaître la valeur intrinsèque de cette dernière et accepter que la personne devienne un acteur juridique dont la voix compte.²⁴⁷

La liberté, en tant que pouvoir d'agir à son gré, n'est pas un droit subjectif mais une sorte de virtualité de droits, appelant à chaque fois qu'elle est exercée une concrétisation spécifique dans les divers domaines du droit privé.²⁴⁸ La liberté civile²⁴⁹ se définit donc le mieux par les limites qui lui sont assignées (tant par le droit privé lui-même que par le droit public), limites indispensables si l'on veut éviter que la liberté ne devienne la tyrannie du plus fort.²⁵⁰ Ces

244 HANS HUBER (note 236), p. 3 ss, 23.

245 Avant que la liberté individuelle soit ancrée dans l'art. 10 Cst., le Tribunal fédéral disait qu'elle englobait «toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine»: voir AUBERT/MAHON (note 40), N 2, 14 ss *ad* art. 10 et leurs références.

246 Le § 16, 2^e phrase, du code civil autrichien interdit explicitement l'esclavage et le servage: «Sklaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet».

247 Dans le même sens GROSSEN (note 1), p. 11, écrit que reconnaître à chaque personne «une part inaliénable d'autonomie», c'est «le signe juridique le plus évident de la dignité de la personne humaine».

248 C'est pourquoi CARBONNIER (note 61), p. 513 et 530, note qu'il ne faut pas tant s'occuper d'un concept général et abstrait de la liberté civile, mais de libertés civiles concrètes. Voir aussi AUGUST EGGER, *Die Freiheitsidee im schweizerischen Zivilrecht*, in: *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, tome I, Zurich 1957, p. 187 ss; HANS MERZ, *Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit*, Karlsruhe 1970.

249 Dont le corollaire est la responsabilité qui, tout comme elle, est liée «à un certain mode de penser les rapports entre l'individu et la société», selon l'expression de Y.-P. THOMAS, cité par GRZEGORCZYK (note 240), p. 229.

250 En ce sens, EGGER, cité par GROSSEN (note 1), p. 11 s., avait certainement raison d'affirmer «auch alles Privatrecht ist Sozialrecht».

limites, qui déterminent l'équilibre qu'une société veut trouver entre liberté individuelle, protection du plus faible et intérêts collectifs, font l'objet d'une réinterprétation constante par les tribunaux, en fonction de l'évolution des idées et des mœurs.

Le mouvement général des dernières décennies en droit privé est allé vers l'accroissement de la liberté de chacun et le respect plus large de la volonté individuelle. Cette évolution se retrouve aussi bien en droit des personnes (par exemple dans le rôle central du consentement dans les atteintes à la personnalité, dans le choix plus libre du nom) qu'en droit de la famille (par exemple aménagement plus libre des relations matrimoniales, libéralisation du divorce, «désinstitutionnalisation» de la famille) ou, dans une mesure moindre certes, en droit successoral (liberté accrue du testateur). Elle est également au cœur de la révision récente du droit de la tutelle. Le projet de révision adressé aux Chambres fédérales en automne 2006 introduit en effet un nouveau chapitre sur les mesures personnelles anticipées. Ces dernières sont les manifestations directes de l'autonomie plus grande que l'on veut reconnaître aux adultes prêts à anticiper l'évolution de leur état de santé et la perte probable du discernement.²⁵¹

L'exaltation de la liberté individuelle a fait craindre à certains une hypertrophie de l'ego dans les rapports juridiques de droit privé. En filigrane se dessine en effet le dilemme constant des libertés civiles: leur élargissement s'accompagne inévitablement d'un risque accru d'abus. La liberté de l'être humain à l'égard de son corps permettra d'illustrer le propos.

Pendant longtemps, on a affirmé le principe de l'indisponibilité du corps humain, prolongement logique de l'indisponibilité de la personne puisque le corps était vu comme «le *substratum* de la personne».²⁵² Les actes de disposition de la personne sur son corps étaient donc considérés comme nuls.²⁵³ L'avancée des connaissances biomédicales et le développement consécutif de nouvelles méthodes thérapeutiques (génie génétique, transplantation d'organes, de tissus et de cellules notamment) a considérablement modifié la perception juridique du corps. D'entité indisponible, il est devenu assemblage de

251 A ce sujet, voir notamment KURT AFFOLTER, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006 p. 1057 ss.

252 CARBONNIER (note 61), p. 381. Sur ces principes, voir notamment HUNTER-HENIN (note 219), p. 57 ss, 90 ss et 153 ss; l'auteur souligne (68 ss) le contraste entre l'approche empirique utilitariste de la *common law* et l'approche dogmatique rationaliste des droits français et allemand.

253 Voir ANDRÉ DECOCQ, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Paris 1960. Le code civil italien a toujours eu une disposition explicite à ce sujet: l'art. 5 CCI prévoit en effet que: «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Le Code civil français n'a accueilli des dispositions analogues qu'en 1994: voir les art. 16-1 et surtout 16-5 CCF: «Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles».

pièces démontables et remplaçables dont la personne peut, dans certaines limites bien sûr, disposer, pavant ainsi la voie à une forme de réification du corps.²⁵⁴ Surplus de liberté ou nouvel asservissement? On laissera ici la question ouverte.

L'indisponibilité de l'état des personnes était un autre principe sur lequel s'appuyait le droit civil pour construire des relations familiales stables. Dans ce domaine aussi, la liberté de l'individu gagne du terrain, sans toutefois que la volonté individuelle puisse à elle seule modifier le statut de la personne. Depuis longtemps en Suisse, la demande de personnes dont le sexe psychologique ne correspond pas à leur sexe physique de modifier leur état civil (sexe et prénom) a été accueillie par les tribunaux. Le Tribunal fédéral a précisé dans une décision de 1966 qu'il fallait intenter une action d'état *sui generis*, le code civil n'ayant rien prévu à ce sujet.²⁵⁵

Sur ce point, l'évolution a été plus lente dans de nombreux pays européens. Il a fallu finalement une décision de la Cour européenne des droits de l'homme de 2002 pour que le droit des transsexuels de faire reconnaître leur véritable identité sexuelle soit pleinement reconnu, sur la base de l'art. 8 CEDH. L'arrêt de la Cour ne prête en effet pas à conjectures sur sa portée exacte: «La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sur le terrain de l'art. 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain. Au XXI^e siècle, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu. En résumé, la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer».²⁵⁶ La Cour a souligné dans sa décision qu'il existait désormais en Europe une communauté de vue sur la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels

254 A ce sujet, voir notamment PELET (note 70); JÜRIG HELLRIGL, *Privatrechtliche Aspekte von Veräusserungsgeschäften bezüglich menschlicher Organe: unter besonderer Berücksichtigung der Sittenwidrigkeit*, Zürich 2000.

255 ATF 92 II 128, 132. Il ne s'agit pas selon les juges «de redresser une erreur matérielle qui affecterait l'inscription dès le moment où elle a été opérée, ni à faire rectifier une inscription qui, exacte à l'origine, ne l'est plus parce que l'état d'une personne s'est modifié en droit (...), mais à corriger une inscription dont le requérant prétend qu'elle ne correspond pas à la situation de fait réelle».

256 Affaire Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, § 90.

opérés, communauté de vue qu'elle avait en revanche niée seize ans plus tôt dans l'affaire Rees.²⁵⁷

La filiation est un autre élément traditionnellement indisponible de l'état de la personne. Selon une règle que l'on croyait immuable, chaque enfant pouvait avoir à un moment donné²⁵⁸ une seule mère et un seul père juridiques. C'est d'ailleurs encore le principe qui découle du code civil suisse. La consécration des unions de personnes de même sexe, sous la double influence de la liberté personnelle et de l'égalité, a cependant eu des répercussions également sur l'établissement des liens de filiation. La première étape, franchie déjà par de nombreux pays²⁵⁹ (mais pas par la Suisse dans la loi fédérale sur le partenariat enregistré entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007²⁶⁰), a consisté à ouvrir l'adoption conjointe aux partenaires de même sexe, permettant ainsi à un enfant d'être doté juridiquement de deux mères ou de deux pères. Le Canada est allé un pas plus loin, en acceptant que deux femmes mariées deviennent dès la naissance les mères «naturelles» de l'enfant mis au monde par l'une d'elles. Le 3 janvier 2007, la Cour d'appel de l'Ontario²⁶¹ a poussé l'audace juridique jusqu'à ajouter à ces deux mères juridiques un père juridique, à savoir le donneur du sperme utilisé pour inséminer l'une des partenaires!

La liberté de 2007 n'est donc plus tout à fait la même que la liberté d'il y a un siècle. D'abord, les revendications concrètes qu'elle fonde ont bien changé. Ensuite, la liberté s'affranchit progressivement des limites que le droit lui imposait autrefois de manière quasi consubstantielle. L'idée de responsabilité sociale, jadis liée à celle de liberté, s'efface devant la réalisation d'une multitude de désirs individuels érigés en véritables prétentions juridiques.²⁶²

257 § 84 s. Par contraste, voir l'affaire Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986.

258 L'adoption plénière est un exemple de maternités (et paternités) juridiques successives, et non simultanées, pour le même enfant. L'adoption simple permettait d'avoir simultanément deux familles mais sans que les liens dans chacune déploient tous les effets du lien de filiation ordinaire.

259 Notamment la Suède, les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne, le Canada. Voir notamment EYLEM COPUR, Homoparentalité, in: A. Ziegler et al. (éds), Droits des gays et lesbiennes en Suisse, Berne 2007, p. 283 ss, 301 ss. L'Allemagne admet depuis fin 2004 l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe.

260 L'art. 28 LPart prévoit que «les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas autorisées à adopter un enfant ni à recourir à la procréation médicalement assistée». A ce sujet, voir notamment COPUR (note 259), p. 291 ss qui soulève la question de la reconnaissance des liens de filiation découlant d'adoptions valablement prononcées à l'étranger.

261 Les juges ont souligné que les deux mères vivaient ensemble depuis 1990 et qu'elles avaient décidé en 1999 de fonder une famille avec l'aide d'un ami qui avait accepté de donner son sperme en vue d'une insémination artificielle. Ils ont estimé que leur décision allait dans le sens du «best interest» de l'enfant. Voir notamment le site: www.radio-canada.ca/nouvelles/regional/modele.asp?page=/regions/Ontario/2007/01/03/001-jugement-parent.shtml.

262 De même COMMAILLE (note 8), p. 61 s., note-t-il l'émergence d'un nouvel individualisme, une «philosophie individualiste se traduisant par une prolifération des droits subjectifs».

On pourrait parler à cet égard, pour reprendre la jolie formule de deux auteurs étrangers, de la «pulvérisation du droit en droits subjectifs».²⁶³

b. L'égalité

La liberté de la personne humaine, concept essentiellement individualiste, est complétée par une valeur plus communautaire: l'égalité. En désarmant l'envie et la rancœur, l'égalité de traitement assure une certaine paix sociale et, finalement, le maintien des libertés civiles.²⁶⁴ L'égalité est au cœur du droit et de la justice; elle figure aussi au centre des théories sur le droit.²⁶⁵

L'égalité est d'abord une garantie constitutionnelle, ancrée à l'art. 8 Cst..²⁶⁶ et à l'art. 14 CEDH pour les droits et libertés garantis par la Convention.²⁶⁷ On sait qu'elle impose à l'Etat de traiter de manière identique deux situations semblables et de traiter différemment deux situations dissemblables.²⁶⁸ Elle «interdit donc à la fois les distinctions et les assimilations insoutenables»²⁶⁹, autant dans l'élaboration de la législation (égalité dans la loi) que dans son application (égalité devant la loi). Le principe constitutionnel d'égalité de traitement est complété par une interdiction de toute discrimination fondée sur l'origine, la race, le sexe, l'âge, la langue, la situation sociale,

263 FRANÇOIS OST et MICHEL VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002, p. 108.

264 «Liberté et égalité sont deux termes unis par la phraséologie politique, et il est courant de dire, après Rousseau, que sans l'égalité la liberté ne pourrait subsister»: CARBONNIER (note 61), p. 520.

265 Que ce soit par exemple celles de JOHN RAWLS, *A theory of justice*, revised edition, Cambridge (Mass.) 1999, de RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, réimpression avec une réponse aux critiques, Londres 2005 ou de MICHAEL WALZER, *Spheres of justice: a defence of pluralism and equality*, Oxford 1994 (réimpression). Voir aussi, pour une approche plus pragmatique, AMARTYA SEN, *Inequality reexamined*, Oxford 2001 (réimpression).

266 Les Constitutions de 1848 et de 1874 affirmaient déjà (art. 4): «Tous les Suisses sont égaux devant la loi». Dans la Constitution de 1999 (art. 8), la formule est devenue: «Tous les êtres humains sont égaux devant la loi», «Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich», «Tutti sono uguali davanti alla legge».

267 D'autres instruments de droit international garantissent aussi l'égalité et la non-discrimination, notamment les deux Pactes ONU (RS 0.103.1 et RS 0.103.2), les deux Conventions contre la discrimination raciale (RS 0.104) et contre la discrimination envers les femmes (RS 0.108) et la Convention sur les droits de l'enfant (RS 0.107).

268 Cette notion d'égalité, que l'on fait volontiers remonter à Aristote, a été affirmée avec constance par le Tribunal fédéral dans une multitude d'arrêts, dès le dix-neuvième siècle. Voir par exemple ATF 6/1880, 171; ATF 124 I 297; ATF 132 I 157.

269 AUBERT/MAHON (note 40), N 9 *ad* art. 8. Toute la question est donc de savoir quelles distinctions sont soutenables. Le Tribunal fédéral a prudemment dit que la question «peut recevoir des réponses différentes selon les époques et les idées dominantes»: ATF 124 I 297, 299.

le mode de vie, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques, une déficience corporelle, mentale ou psychique (art. 8 al. 2 Cst.).²⁷⁰

Les al. 1 et 2 de l'art. 8 Cst. ne déploient pas d'effet horizontal direct. L'art. 35 al. 1 Cst. donne cependant le mandat à l'Etat de réaliser les droits fondamentaux au sens large, dont fait partie l'égalité, «dans l'ensemble de l'ordre juridique». Le troisième alinéa du même article ajoute que «les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux». On en a déduit un effet horizontal indirect²⁷¹: d'une part, le législateur qui élabore des textes de droit privé doit tenir compte du principe d'égalité; d'autre part, les autorités d'application du droit doivent interpréter le droit privé à la lumière du principe d'égalité (interprétation conforme à la Constitution). Si le principe de l'immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.) empêche le Tribunal fédéral de revoir leur constitutionnalité, un contrôle est en revanche possible au regard de l'art. 14 CEDH combiné avec les autres garanties de la CEDH et des Pactes ONU.²⁷²

Dans un récent arrêt²⁷³, le Tribunal fédéral a toutefois souligné les limites du principe d'égalité dans les relations privées.

Une fondation de famille neuchâteloise créée en 1922 avait pour but de subvenir aux frais d'éducation et d'assistance aux membres de la famille «descendant en loyal mariage des fondateurs et portant le nom X.».²⁷⁴ L'organe compétent de la fondation a décidé en 1987 d'étendre le cercle des bénéficiaires «aux filles nées X et à leurs enfants (au premier degré uniquement)». Une contestation soulevée par un petit-fils d'un des fondateurs ne portant plus le même nom de famille a permis au Tribunal fédéral d'émettre quelques considérants sur la liberté du fondateur. Les juges soulignent que cette liberté s'exerce dans les mêmes limites que celles applicables aux contrats. Ils en déduisent que «des clauses qui excluent certaines personnes ne sont pas *a priori* illicites ou contraires aux mœurs». Toutefois, si le but de la fondation n'est pas légitime «ou que la discrimination n'est objectivement

270 Sur la portée de l'art. 8 al. 2 Cst., voir en particulier BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination: étude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bâle 2003. Pour une synthèse, AUBERT/MAHON (note 40), N 12 ss *ad* art. 8.

271 Une application directe (justiciabilité) du principe d'égalité dans les relations entre particuliers est impensable (il suffit de penser aux relations familiales et contractuelles) et serait au surplus contraire à la liberté personnelle.

272 Voir AUBERT/MAHON (note 40), N 5 et 9 *ad* art. 190. Pour un exemple, relatif à la conformité de l'art. 95 al. 1 ch. 2 CC à l'art. 12 CEDH (droit au mariage), voir ATF 128 III 113.

273 Affaire 5C.68/2006, du 30 novembre 2006 (arrêt destiné à la publication).

274 Comme le relève le Tribunal fédéral (consid. 4.2), une telle fondation suivait la tradition de l'ancien droit neuchâtelois. La fondation était gérée par des hommes et ses prestations étaient réservées aux descendants par les mâles. Les filles en étaient exclues parce qu'elles entraient normalement dans la fondation de leur mari, qui profitait aussi à leurs enfants.

pas nécessaire à ce but»²⁷⁵, la limitation du cercle des bénéficiaires doit être jugée inadmissible et donc nulle.

Le Tribunal fédéral reprend alors sa jurisprudence relative à l'art. 8 Cst.: «cette garantie s'adresse toutefois à l'Etat et, sous réserve de l'égalité de salaire de l'art. 8 al. 3 3^e phr. Cst., ne produit pas d'effet horizontal direct dans les relations entre personnes privées. Il n'existe pas, en droit privé, de principe général d'égalité de traitement. Les particuliers ne sont pas tenus de traiter de manière semblable toutes les situations semblables et de manière dissemblable toutes les situations dissemblables. Un tel principe n'existe en tout cas pas en matière de successions, de droits réels et de contrats (arrêt 5C.58/2005 du 23 novembre 2005, consid. 1.2.2). L'autonomie privée et la liberté de disposer, en particulier la liberté de la fondation et du fondateur, ne sont pas limitées par l'interdiction des discriminations du droit constitutionnel (...). Il s'ensuit que l'art. 335 al. 1 CC n'a pas à être interprété conformément au principe de l'égalité de traitement entre homme et femme garanti par l'art. 8 Cst. et que, par conséquent, l'exclusion des femmes du cercle des bénéficiaires de la caisse de famille ici en cause, dès qu'elles se marient et changent de nom, ainsi que de leurs descendants, n'est pas critiquable sous cet angle».²⁷⁶

L'art. 8 al. 3 Cst. garantit l'égalité entre femmes et hommes de manière plus impérative encore. D'une part, il souligne que la législation doit pourvoir à «l'égalité de droit et de fait», donc à l'égalité formelle et matérielle, notamment dans les domaines de la famille et du travail. D'autre part, et surtout, il reconnaît le droit, directement justiciable, «à un salaire égal pour un travail de valeur égale» et lui confère un effet horizontal direct (la disposition peut donc être invoquée par un particulier dans des rapports de pur droit privé).²⁷⁷

Malgré ses limites, le cadre constitutionnel qui vient d'être brièvement rappelé enlève toute portée autre que déclamatoire à l'art. 11 CC consacrant une égale aptitude à jouir des droits civils et, plus généralement le principe d'égalité de traitement en droit civil, au sens d'égalité des chances. Cette disposition a une portée essentiellement symbolique et programmatique, à la fois

275 Consid. 4.1.

276 Consid. 4.2. L'élargissement du cercle des bénéficiaires décidé en 1987 par la fondation a sans doute influencé les juges.

277 Voir AUBERT/MAHON (note 40), N 21 *ad* art. 8; MICHÈLE STAMPE, Das Verbot der indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts: Konzept, Tatbestand, verfassungsrechtliche Zuordnung unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen und europäischen Rechtsentwicklung, Zurich 2001. L'art. 8 al. 3 Cst. est concrétisé par la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (RS 151.1). Sur cette loi, voir notamment Zehn Jahre Gleichstellungsgesetz: aktuelle Fragen und Perspektiven, AJP 2006 n° 11 (cahier spécial comprenant plusieurs contributions).

pour le législateur et pour le juge.²⁷⁸ Un particulier ne peut en tout cas pas en tirer un quelconque droit justiciable. Il me paraît dès lors inutile de répéter ici l'exercice, déjà maintes fois entrepris en doctrine, de passer en revue les facteurs susceptibles d'influencer la condition juridique des personnes, pour tenter de cerner la portée de l'égalité civile.²⁷⁹

L'égalité civile postulée par l'art. 11 CC concerne les personnes physiques mais l'art. 53 CC permettrait de l'étendre aux personnes morales aussi.²⁸⁰ Sa présence dans le code civil s'explique par l'histoire: comme l'avait fait un siècle plus tôt l'art. 8 du Code civil français²⁸¹, il fallait abolir les privilèges, sujétions et discriminations qui avaient marqué le droit civil durant des siècles. Cela signifiait d'une part la disparition des statuts personnels inégalitaires selon la naissance, la nationalité, la religion, la race ou la condition sociale²⁸², d'autre part, la suppression de la mort civile, de la *Klostertod* et d'institutions analogues.²⁸³

L'art. 11 CC n'a pas empêché (pas davantage du reste que l'ancien art. 4 Cst.) le maintien dans la législation civile durant de longues années de ce qui serait considéré aujourd'hui comme des discriminations fondées sur la naissance, le sexe et le mode de vie. Jusqu'en 1978, l'enfant né hors mariage avait un statut beaucoup moins favorable que l'enfant né dans le mariage; jusqu'en

278 Voir notamment MARGRITH BIGGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar-ZGB I, 3^e éd., Bâle 2006, N 5 *ad* art. 11. Voir aussi GROSSEN (note 1), p. 7, écrivant que l'égalité ne doit pas pour autant être assimilée à un mythe.

279 Voir notamment (par ordre chronologique) GROSSEN (note 1), p. 7 ss (mentionnant l'âge, le sexe, la santé, l'honorabilité, la naissance, la nationalité, la religion et la profession); EUGEN BUCHER (note 215), N 125 ss *ad* art. 11 CC (y ajoutant l'état civil); PEDRAZZINI/OBERHOLZER (note 221), p. 53 ss; ANDREAS BUCHER (note 75), p. 6 ss (y ajoutant le domicile); CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, p. 8 ss; DESCHENAUX/STEINAUER (note 75), p. 15 ss; BIGLER-EGGENBERGER (note 278), N 8 et 13 *ad* art. 11. Le § 39 ABGB prévoit expressément le principe que «die Verschiedenheit der Religion hat auf die Privatrechte keinen Einfluss».

280 Dans ce sens, EUGEN BUCHER (note 215), N 119 *ad* art. 11.

281 La formulation ouverte du code civil suisse («toute personne...»); cf. aussi l'art. 1 du code civil du Québec: «tout être humain...» et les art. 16 et 18 du code civil autrichien: «jeder Mensch», «jedermann») est plus moderne que celle, nationaliste, du code civil français («tout Français...»), certes corrigée partiellement par l'art. 11 CCF («L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra»). Voir aussi l'art. 27 du code civil espagnol, qui postule l'égalité des étrangers et des Espagnols, sauf dispositions légales spéciales, et la solution voisine du § 33 ABGB.

282 CARBONNIER (note 61), p. 521, note que sous l'Ancien Régime, l'illustre Traité des personnes et des biens de POTHIER s'ouvrait sur la «division des personnes» en «ecclésiastiques, nobles, gens du tiers état et serfs, régnicoles et aubains».

283 Voir notamment HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (note 215), p. 9; GROSSEN (note 1), p. 10.

1988, la femme avait un statut inférieur à l'homme au sein du mariage²⁸⁴; jusqu'en 2000, hommes et femmes n'étaient pas traités en tous points de manière égale dans le divorce; jusqu'en 2006, les couples de même sexe ne pouvaient pas faire reconnaître officiellement leur communauté de vie. Ces quelques exemples démontrent à l'envi que la perception des inégalités de traitement se fonde sur un jugement de valeur susceptible d'évoluer avec le temps.

Aujourd'hui encore, il subsiste dans le droit des personnes et de la famille quelques différences de traitement difficiles à justifier, par exemple en ce qui concerne le nom de famille et sa transmission, l'acquisition du droit de cité en cas de mariage ou le statut des conjoints et celui des partenaires enregistrés. La Suisse étant soumise à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne pourra toutefois pas maintenir certaines différences de traitement, même profondément ancrées dans ses traditions (par exemple concernant le nom de famille), dès lors que ces différences de traitement seront devenues des singularités en Europe.²⁸⁵

c. La dignité

Aux deux concepts traditionnels (liberté et égalité)²⁸⁶ qui ont contribué à construire l'image de la personne humaine dans le code civil, il faut aujourd'hui en ajouter un troisième, la dignité.²⁸⁷ Ce concept, issu de la philosophie morale, présente deux faces. D'une part, dans un sens personnel, il exprime la notion d'estime et de respect de soi-même: «on doit pouvoir se regarder dans un miroir».²⁸⁸ D'autre part, dans un sens social, il traduit l'idée que chaque être humain possède une valeur intrinsèque, que chacun doit respecter et que l'ordre juridique tout entier doit contribuer à protéger. Si la

284 A ce sujet, voir notamment DOMINIQUE WANG, *La condition juridique de la femme mariée*, Lausanne 1973. Le Message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979 concernant la réforme du droit matrimonial débute par l'analyse du principe d'égalité et affirme ensuite que l'égalité des époux est le premier objectif de la révision: FF 1979 II, p. 1179 ss, 1189.

285 Voir les arrêts *Burghartz c/ Suisse*, 22 février 1993; *Ünal Tekeli c/ Turquie*, 16 novembre 2004. Voir aussi l'arrêt *F. (Fahrni) c/ Suisse*, 18 décembre 1987, qui a contraint la Suisse à abandonner l'ancien art. 104 CC qui prévoyait la possibilité pour le juge du divorce d'imposer un délai d'interdiction de remariage.

286 Sur les liens entre la dignité et les concepts de liberté et d'égalité, voir notamment DOMINIQUE MANAI, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne 2006, p. 13 s., qui se fonde, comme la plupart des auteurs s'exprimant sur le sujet, sur KANT.

287 Sur le concept de dignité, voir PHILIPPE MASTRONARDI, *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, Berne 1978. Voir aussi MARIE-LUCE PAVIA et THIERRY REVET (éds), *La dignité de la personne humaine*, Paris 1999.

288 BAERTSCHI (note 225), p. 169.

dignité au sens personnel peut se perdre, elle est consubstantielle à la personne dans le second sens et ne peut donc pas s'évanouir.²⁸⁹

La dignité humaine, prise naturellement dans son sens social, a reçu une consécration juridique et symbolique essentielle à la sortie de la seconde guerre mondiale, à l'art. 1 de la *Grundgesetz* allemande.²⁹⁰ Depuis 1999, elle figure aussi en tête du catalogue des droits fondamentaux (art. 7 Cst.) garantis par la Constitution fédérale.²⁹¹ Dans ce cadre, la doctrine propose diverses définitions de la dignité, tantôt positives (par exemple: «droit d'être traité de manière humaine et non dégradante»²⁹²), tantôt négatives (par exemple: «droit de ne pas être traité comme un objet, mais bien comme un sujet, une personne, unique et différente»²⁹³). Mais elle rejoint le Tribunal fédéral pour estimer que la portée effective de l'art. 7 Cst. se réduit pour l'essentiel à une garantie subsidiaire, lorsque les autres droits fondamentaux spécifiques n'offrent aucune protection.²⁹⁴

289 BAERTSCHI (note 225), p. 170, qui souligne le caractère ontologique de la dignité au sens social, tout en se demandant ce qu'elle ajoute au concept de personne. Sa réponse: «pas grand-chose de substantiel: elle [la dignité] est surtout un vocable honorifique que nous utilisons pour marquer la valeur ontologique particulière de la personne par rapport aux autres êtres».

290 «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt». Voir aussi, dans une optique différente, l'art. 23 de la Constitution belge affirmant que: «chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine».

291 L'art. 7, inspiré de la Constitution allemande, dit sobrement: «La dignité humaine doit être respectée et protégée» («Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen»; «La dignità della persona va rispettata e protetta»). L'impératif de la protéger est rappelé aux art. 119 al. 2 (procréation médicalement assistée et génie génétique) et 119a al. 1 Cst. (médecine de la transplantation). La dignité humaine est aussi évoquée dans de nombreux traités internationaux concernant les droits de l'homme: aux textes cités par AUBERT/MAHON (note 40), N 2 *ad* art. 7, on ajoutera la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), du 4 avril 1997, signée par la Suisse et dont la ratification, proposée par le Conseil fédéral (Message du 12 septembre 2001, FF 2002 p. 271), est actuellement à l'examen devant les Chambres fédérales.

292 Dans cette acception, la dignité humaine a un lien manifeste avec l'art. 2 CEDH (interdiction des traitements inhumains et dégradants).

293 AUBERT/MAHON (note 40), N 5 *ad* art. 7. C'est l'expression de la conception kantienne de la dignité. A ce sujet, voir BAERTSCHI (note 225), p. 168 ss, qui montre la différence avec une conception aristotélicienne qui ne limite pas la valeur intrinsèque d'une entité aux seules personnes.

294 Voir par exemple ATF 127 I 6, 14 s.; ATF 132 I 49, 54 s.; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI et MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: Les droits fondamentaux, 2^e éd., Berne 2006, p. 144 s. Cela n'empêche pas qu'elle soit reconnue comme la source des droits fondamentaux et comme un principe directeur de l'Etat de droit.

La dignité humaine ne se cantonne pourtant pas au droit constitutionnel, même si le Code civil suisse ne la mentionne jamais expressément²⁹⁵, contrairement à certains codes civils étrangers.²⁹⁶ La dignité est en effet sous-jacente à plusieurs institutions du droit civil, comme on le verra à travers deux illustrations ne prétendant aucunement à l'exhaustivité. Elle renforce la liberté humaine et protège l'humanité en l'Homme.

En premier lieu, la dignité humaine constitue le fondement philosophique de la théorie des droits de la personnalité, visant à protéger l'ensemble des attributs essentiels d'une personne, qui lui appartiennent du seul fait de son existence. En ce sens, les art. 27 et 28 ss CC représentent deux formes générales et complémentaires de protection juridique de la dignité humaine en droit privé, dont la mise en œuvre est laissée à l'initiative des personnes touchées.

Ces normes générales ont été complétées récemment par des dispositions se référant spécifiquement à la dignité humaine, en ce qui concerne les atteintes à l'intégrité physique et psychique ainsi qu'à la sphère privée découlant de l'application de nouvelles technologies biomédicales.²⁹⁷ En Suisse comme à l'étranger, il s'agit indiscutablement à l'heure actuelle du domaine privilégié d'application du concept de «dignité humaine», mais dans un sens moins subjectif, destiné à protéger l'espèce humaine autant que chaque être humain pris individuellement.²⁹⁸

L'art. 1 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine enjoint l'Etat de protéger la dignité humaine «à l'égard des applications de la biologie et de la médecine». Les art. 119 al. 2 et 119a al. 1 Cst. font de même pour les domaines spécifiques de la procréation médicalement assistée, du génie génétique²⁹⁹ et de la transplantation. Les lois fédérales adoptées sur ces bases reprennent aussi le concept³⁰⁰, au point que la section 810 du recueil systématique du droit fédéral s'intitule depuis peu «médecine et dignité humaine».

Deuxièmement, le code civil met à la charge de l'Etat une sorte d'obligation positive de porter assistance à des personnes qui se trouveraient dans des situations contraires à la dignité humaine. La dignité humaine implique donc

295 En revanche, le code civil a toujours connu la notion d'*indignité*, qui fait appel à la notion personnelle de la dignité, en particulier en droit successoral, aux art. 540 et 541 CC (indignité d'être héritier ou d'acquérir par disposition pour cause de mort); sur ce concept au contenu moral autant que juridique, voir par exemple Paul-Henri STEINAUER (note 78), p. 453 s.; ATF 132 III 305.

296 Voir notamment l'art. 16 CCF, adopté en 1994.

297 Voir en général ROBERTO ANDORNO, *La bioéthique et la dignité de la personne*, Paris 1997.

298 Dans ce sens, MANAI (note 286), p. 22 s., qui distingue une dimension subjective et une dimension objective dans le concept de dignité humaine.

299 Sur la problématique spécifique des tests génétiques, voir RIEDER (note 70).

300 Art. 1 al. 2 LPMA; art. 1 al. 2 LRCS; art. 2 *let. a* LAGH; art. 1 al. 3 loi sur la transplantation. Voir aussi l'art. 1 al. 1 de l'avant-projet de loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain.

aussi une solidarité entre les hommes.³⁰¹ L'une des causes reconnues de privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a CC) consiste en effet dans le «grave état d'abandon», qui est défini³⁰² comme toute forme de déchéance incompatible avec la dignité humaine.

d. Appréciation

Dans le code civil d'il y a un siècle (et plus encore dans le code civil français de 1804), la personne humaine était envisagée, en tant que sujet de droit et malgré son qualificatif de «physique», comme une volonté abstraite, un être désincarné. Carbonnier a décrit cette vision du droit avec son éloquence coutumière, en remarquant que l'homme, dans l'esprit du Code, «n'est pas un être de chair, passible de faiblesses, en proie à des besoins, écrasé par des forces économiques; c'est une volonté toujours forte, éclairée, tendue vers un but, et libre».³⁰³

L'évolution juridique survenue en un siècle, à vrai dire surtout depuis trois ou quatre décennies, est allée dans le sens de la redécouverte du corps matériel de la personne.³⁰⁴ Cette évolution trouve une expression très concrète dans le projet de réforme du droit de la tutelle: alors que le code civil actuel ne contient pas un article concernant spécifiquement les droits de la personne à l'égard de son corps, le projet prévoit toute une série de dispositions touchant directement cette problématique, spécialement à propos des traitements «forcés» et des mesures de contrainte physique.

La redécouverte du corps matériel de la personne est due aussi à la multiplication des atteintes, effectives ou potentielles, qui lui sont portées et à l'utilité que l'on peut tirer, spécialement en médecine, de ses différents éléments (organes, tissus) et «produits» (sang, gamètes, etc.).

La personne s'est réapproprié son corps à travers l'affirmation de la liberté personnelle et du droit de disposer de son corps qui en a été tiré, rompant ainsi avec la tradition de l'indisponibilité du corps humain. En même temps, le législateur a voulu accorder, à travers le concept de dignité humaine, une forme de protection objective à l'enveloppe corporelle de la personne, contre des utilisations jugées abusives même si elles étaient consenties par la personne

301 MANAI (note 286), p. 17 ss, s'appuyant en particulier sur RAWLS.

302 Voir notamment DESCHENAUX/STEINAUER (note 75), p. 436; THOMAS GEISER, Basler Kommentar-ZGB I, 3^e éd., Bâle 2006, N 10 *ad* art. 397a.

303 CARBONNIER (note 61), p. 125. Voir aussi Gérard CORNU, Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens, 4^e éd., Paris 1990, p. 107: «le sujet de droit est esprit, raison, volonté. Le Code exalte le pouvoir de la volonté de l'homme».

304 Voir aussi à ce sujet les considérations de JEAN HAUSER, Les difficultés de la recodification: les personnes, *in*: Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004, p. 201 ss. RÉMY LIBCHABER, (note 149), p. 342 évoque aussi la réification du corps humain.

intéressée. Il y a une forme de paradoxe à cette tendance à la réification du corps par la libre disposition de la personne d'un côté, à l'affirmation de l'intangibilité du corps à travers la dignité humaine de l'autre.

La dichotomie personne-chose soulève un certain nombre de difficultés. Le corps humain mort est considéré juridiquement comme une chose³⁰⁵ alors que le corps vivant, dans son entier, fait partie de la personne. Globalement, le corps vivant n'est pas une chose mais des organes ou d'autres éléments du corps sont considérés, dès leur séparation de celui-ci, comme autant de choses.³⁰⁶ Dans la transplantation d'organes, comment expliquer alors cette transmutation juridique: une entité matérielle incorporée à une personne devient momentanément une chose (après son prélèvement), puis est réincorporée dans une autre personne (après implantation)? Face à cette perplexité, le droit privé devra peut-être à l'avenir inventer de nouvelles catégories ou trouver des mécanismes explicatifs encore inédits.

D. L'inscription du code civil dans l'ordre juridique suisse

Comme toute autre loi, le code civil s'inscrit dans un ordre juridique national au sein duquel il doit s'insérer en respectant la cohérence globale de l'édifice ainsi que les règles de hiérarchie des normes. Un siècle après l'adoption du code civil, l'environnement juridique a presque complètement changé: il se caractérise aujourd'hui par une interpénétration croissante des normes juridiques, d'une part du droit privé et du droit public³⁰⁷, d'autre part du droit fédéral, du droit cantonal et du droit international.

En 1907, le code civil a d'abord marqué une rupture nette avec les droits cantonaux antérieurs qu'il a supplantés complètement, à l'exception de quel-

305 Comme l'a écrit laconiquement un auteur français, «le décès transforme immédiatement la personne en chose»: BERNARD TEYSSIE, *Droit civil: les personnes*, 8^e éd., Paris 2003, p. 79. Voir pour le droit suisse STEINAUER (note 74), p. 52; EUGEN BUCHER (note 215), N 67 *ad* art. 11. La doctrine suisse a mis longtemps à se rallier à cette idée. MEIER-HAYOZ (note 74), N 134 *ad* Syst. Teil, écrivait que le cadavre «untersteht vielmehr besonderen, gewohnheitsrechtlichen und auf dem Wege freier Rechtsfindung festgelegten und festzulegenden Rechtssätzen (ZGB 1 II)»; GROSSEN (note 1), p. 22, estimait que le cadavre n'est ni personne ni chose (mais sans qualifier juridiquement ce qu'il est) et ajoutait que les proches ont sur la dépouille un «droit qui n'est pas sans analogie avec la propriété» (mais dont il ne précisait pas la nature).

306 Pour quelques éléments de comparaison du droit des pays de *civil law* et de *common law*, voir par exemple DOMINIQUE MANAI, *La personne et son corps: de la symbiose à la dissociation*, in: Bruno Schmidlin (éd.), *Personne, société, nature. La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, Fribourg 1996, p. 29 ss; SARAH HILMER, *Property in a Human Body: A Common Law Approach*, *Journal of International Biotechnology Law* 2005 n° 5, p. 185 ss.

307 En droit civil italien, ALPA/GAGGERO (note 219), p. 51 soulignent aussi l'intégration progressive du droit civil et du droit public.

ques matières réservées au législateur cantonal, surtout dans le domaine des droits réels.³⁰⁸ On esquissera plus loin la marge de manœuvre restant aux législateurs cantonaux, en vertu notamment des art. 5 et 6 CC.

Par ailleurs, tout le droit privé fédéral s'épuisait il y a un siècle dans le code civil, censé constituer une réglementation unitaire, complète et systématique. Depuis lors, plusieurs lois fédérales sont venues compléter le code civil ou lui apporter des dérogations. Comme on le verra, en vertu du principe d'interprétation *lex specialis derogat generali*, le code civil ne peut même pas revendiquer le statut de *primum inter pares* en droit privé.³⁰⁹

Enfin, comme on l'a déjà relevé, le code civil a joué à l'origine un rôle important d'ancrage des valeurs sociétales, favorisé par l'absence d'un ensemble élaboré de garanties constitutionnelles des droits fondamentaux. Il a ensuite influencé (par l'art. 28 CC) le contenu donné en droit constitutionnel à la liberté personnelle, lors de sa reconnaissance comme droit fondamental non écrit par le Tribunal fédéral. Mais aujourd'hui, l'influence marquante va dans l'autre sens: c'est les droits fondamentaux qui, de plus en plus, influencent le code civil.

I. L'influence des droits et libertés fondamentales

«La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention».³¹⁰

L'idéologie des droits de la personne humaine est fondamentalement individualiste. Sa consécration dans la seconde moitié du vingtième siècle dans une multitude de textes juridiques (catalogue de droit fondamentaux dans les Constitutions, fédérale et cantonales, CEDH, Pactes de l'ONU ou encore Convention sur les droits de l'enfant) a eu des répercussions profondes dans les domaines du droit civil régissant le statut personnel et familial. L'influence la plus nette se manifeste en droit de la famille. Alors que le droit protégeait autrefois la famille comme institution, il protège aujourd'hui prioritairement, pour se conformer aux droits de l'Homme, chacun des individus qui compo-

308 Par exemple, en plus des tâches de mise en œuvre du code civil (autorités compétentes, procédure), les art. 59 al. 3 (sociétés d'allmends et autres semblables), 472 (réserve successorale des frères et sœurs; réserve supprimée en 1984), 686 et 688 (distances que les propriétaires doivent respecter) et 695 (droits de passage), 697 al. 2 (clôture des fonds), 699 al. 2 (droit de pénétrer dans le fonds d'autrui pour la chasse ou la pêche), 703 al. 3 (améliorations du sol), 795 al. 2 (taux maximum de l'intérêt des créances garanties par un immeuble), 828 (purge hypothécaire), 836 (hypothèques légales).

309 En France, un auteur a utilisé à ce propos la formule de «code résiduel», en s'interrogeant sur sa signification véritable: FRANÇOIS GRUA, Le Code civil, code résiduel?, Revue trimestrielle de droit civil 2005, p. 253 ss.

310 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 11 juillet 2002, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, § 90.

sent un groupe familial, facilitant de la sorte aussi la reconnaissance juridique de nouveaux modèles de communautés de vie.³¹¹

Il ne sera pas question ici d'explorer cette vaste thématique car elle a déjà fait l'objet d'abondantes réflexions en doctrine.³¹² De manière plus pragmatique, on évoquera quelques éléments d'influence sur le droit civil de la jurisprudence rendue en matière de droits fondamentaux par le Tribunal fédéral et par la Cour européenne des droits de l'homme.

1. *Code civil et Constitution fédérale*

a. *La réalisation des droits fondamentaux dans le droit privé*

A titre liminaire, deux dispositions de la Constitution du 18 avril 1999, sans équivalent formel dans la Constitution de 1874, méritent d'être rappelées à cause de leur relation avec le droit civil ou la mise en œuvre de ce dernier. Puis on évoquera l'interaction du droit constitutionnel et du droit civil dans la protection de la personnalité et dans la protection de la propriété.

Tout d'abord, l'art. 11 al. 2 Cst. dispose que les enfants et les jeunes «exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement». Cette disposition est pour le moins curieuse.³¹³ D'abord, elle semble énoncer une règle touchant à la capacité civile et ressortissant dès lors typiquement au droit privé. Ensuite, son interprétation littérale contredirait frontalement les règles posées par le code civil, en particulier l'art. 13 disant que «toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils». Il ne faut sans doute attribuer à cette disposition qu'une portée déclaratoire, au surplus limitée à l'exercice des droits fondamentaux, voire de certains d'entre eux seulement.³¹⁴

Ensuite, l'art. 35 al. 1 Cst. déclare que «les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique». L'al. 3 du même article précise en outre que «les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux».

311 Voir à ce sujet MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, *L'influence des droits de l'Homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Bâle 2002, p. 556 s.

312 Voir notamment PAPAUX VAN DELDEN (note 311) et son impressionnante bibliographie de quelque soixante pages.

313 AUBERT/MAHON (note 40), N 5 *ad* art. 11, qualifie d'abord cet alinéa d'«assez obscur» puis concluent qu'il «n'a guère de sens»; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999, p. 422 marque également son étonnement.

314 Dans ce sens, AUBERT/MAHON (note 40), N 5 *ad* art. 11, qui ne voient dans cet alinéa «qu'une sorte de présomption, très générale, que les mineurs capables de discernement peuvent exercer eux-mêmes certains droits fondamentaux».

Cette disposition a l'ambition louable de consacrer une unité du droit dans le respect des droits fondamentaux.³¹⁵ Ces derniers exprimant des valeurs essentielles de l'ordre juridique, on ne voit pas pourquoi, *a priori*, les sujets de droit privé, qui ne se trouvent pas forcément tous sur un pied d'égalité, seraient dispensés de les respecter. A la réflexion, on s'aperçoit tout de même assez vite que la transposition complète des droits fondamentaux en droit civil («effet horizontal direct») serait problématique, en particulier pour les garanties de l'Etat de droit et les droits sociaux.³¹⁶ C'est pourquoi jurisprudence et doctrine majoritaire ont refusé qu'un particulier puisse directement invoquer ses droits fondamentaux contre un autre particulier³¹⁷, à l'exception de l'art. 8 al. 3, 3^e phrase Cst. (égalité de salaire entre hommes et femmes). En revanche, la doctrine puis la jurisprudence ont toutes deux admis un effet horizontal indirect des droits fondamentaux³¹⁸, qui a maintenant trouvé son expression à l'art. 35 al. 3 Cst.

L'effet horizontal indirect des droits fondamentaux se traduit d'une part dans le mandat donné aux autorités d'application du droit d'interpréter les lois conformément à la Constitution. Il se matérialise d'autre part dans un mandat donné au législateur de tenir compte des droits fondamentaux dans l'élaboration des règles juridiques touchant les particuliers. Cela peut aller jusqu'à prévoir des mesures concrètes destinées à protéger certains droits fondamentaux («*Schutzpflichten*» de l'Etat³¹⁹). Mais, comme le relèvent avec pertinence Aubert/Mahon, il faut encore se demander ce qu'il advient si le législateur ne remplit pas son mandat!³²⁰

Cette question n'a pas encore reçu de réponse très claire. Evoquant la problématique des discriminations qui proviennent de particuliers, un auteur a récemment appelé à nouveau au «décloisonnement des domaines du droit».

315 JÖRG PAUL MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Berne 1964, parlait déjà, il y a plus de quarante ans, de «*einheitliches Persönlichkeitsbild*»: p. 157.

316 Voir notamment AUBERT/MAHON (note 40), N 10 *ad* art. 35.

317 Voir par exemple ATF 118 Ia 46, 56; AUBERT/MAHON (note 40), N 10 *ad* art. 35.

318 Voir notamment ATF 111 II 245 et les références citées. Le principe a été souvent réaffirmé: voir par exemple ATF 132 I 122, 133: effet horizontal indirect de l'art. 28 Cst. (liberté syndicale) dans les relations privées de travail. La portée reconnue à l'art. 28 Cst. fonde ensuite l'appréciation de la licéité d'une grève. Pour les limites de l'effet horizontal indirect, voir l'arrêt 5C. 68/2006 (à propos de la volonté du fondateur d'une fondation de famille discriminant hommes et femmes) évoqué *supra*, p. 118 s.

319 Voir notamment ATF 97 I 221, 230 (liberté de conscience et de croyance); ATF 126 II 300, 314 s.; arrêt du 22 juin 2006, 1P.109/2006, consid. 4: le Tribunal fédéral réaffirme le principe mais laisse ouverte la question de son application à la garantie de la propriété, comme il l'avait fait dans l'ATF 119 Ia 28, 31.

320 AUBERT/MAHON (note 40), N 13 *ad* art. 35: «Une autre autorité, le gouvernement ou un tribunal, peut-elle agir à sa place: le gouvernement en édictant une ordonnance sans base légale, le tribunal en condamnant l'inaction du législateur, voire en allouant lui-même des prestations?».

Constatant l'absence de dispositions spécifiques en droit privé, il a proposé, en s'appuyant sur l'art. 35 al. 3 Cst., d'admettre ce qu'il appelle un «effet horizontal prétorien» des droits fondamentaux, par le biais de l'art. 1 al. 2 CC.³²¹ L'idée ne manque pas d'intérêt et ouvrirait la voie à une jurisprudence créative. Mais il faudrait au préalable que le tribunal soit convaincu de l'existence d'une lacune proprement dite et, partant, de l'impossibilité de dégager une solution par interprétation, y compris selon l'interprétation conforme à la Constitution.

b. La convergence de la protection constitutionnelle et civile de la personne

Une des originalités du code civil de 1907 tenait à l'énoncé d'un principe général de protection de la personnalité à l'art. 28. Les biens protégés par cette disposition ont été définis il y a plus de soixante ans par le Tribunal fédéral comme «tout ce qui sert à individualiser une personne et qui est digne de protection vu les besoins des relations entre les individus et selon les mœurs».³²² La doctrine parle souvent de toutes les valeurs essentielles de la personne³²³; en font notamment partie la vie, l'intégrité physique et psychique, la liberté de mouvement, l'honneur et la vie privée. Ce que le code civil protège en fin de compte par l'art. 28 (et aussi par l'art. 27), c'est le droit individuel à l'autodétermination par rapport à tous ces biens.³²⁴

Avant d'être consacrée de manière plus précise à l'art. 10 al. 2 Cst.³²⁵, la liberté personnelle avait été reconnue par le Tribunal fédéral comme un droit fondamental non écrit. Partant de l'intégrité physique, la jurisprudence avait élargi le contenu de la liberté personnelle à l'intégrité psychique, à la liberté de mouvement, à l'honneur, à la vie privée et à «toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humai-

321 VINCENT MARTENET, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, RDS 2006 I, p. 419 ss, 445 et 457. Sur ce thème, voir aussi HERBERT TRACHSLER, Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot: Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB, St-Gall 1991.

322 ATF 70 II 127, 130.

323 Par exemple ANDREAS BUCHER (note 75), p. 108. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, (note 215), p. 110, formulent cette idée ainsi: «Der Persönlichkeitsschutz erfasst den Einzelnen umfassend in seinem gesamten *Dasein* (Grundlagen der menschlichen Existenz) aber auch in seinem *Sosein* (also in seinen individuellen Eigenschaften)».

324 Voir en général EUGEN BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Zurich 1956.

325 «Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement».

ne». ³²⁶ On ne peut qu'être frappé par la similitude à la fois du processus jurisprudentiel d'élaboration du contenu et de son résultat, c'est-à-dire le sens matériel donné au droit protégé par le droit civil et par le droit constitutionnel. ³²⁷

Cette convergence entre protection civile et constitutionnelle de la personnalité a été clairement affirmée par le Tribunal fédéral comme une exigence d'équité: «il n'existe aucune raison pour que la liberté personnelle d'un patient admis dans un établissement hospitalier public soit restreinte dans une mesure plus étendue que ne l'est celle du patient soigné dans un établissement hospitalier privé. (...) La liberté de décision du patient ne saurait dans ce domaine être différente selon qu'il séjourne dans un établissement hospitalier public ou privé». ³²⁸

On retrouve des considérants assez analogues dans d'autres arrêts consacrés par exemple aux conditions de prélèvement d'organes ³²⁹ ou au traitement psychiatrique forcé. ³³⁰ Ces décisions montrent bien à quel point les réflexions menées à partir des droits fondamentaux ou à partir de la protection civile de la personnalité s'enrichissent mutuellement. Les cadres d'analyse fournis par l'art. 36 Cst. d'un côté, par l'art. 28 CC de l'autre, pour admettre la légitimité d'atteintes aux droits de la personne présentent une parenté substantielle indéniable. Certes, la condition générale de la base légale est propre au droit constitutionnel (elle n'est qu'un motif justificatif parmi d'autres en droit privé). En revanche, l'exigence d'un intérêt public ou de la protection d'un droit fondamental d'autrui, couplé au principe de proportionnalité (art. 36 al. 2 et 3 Cst.), rejoint largement la notion de l'intérêt prépondérant, public ou privé, de l'art. 28 al. 2 CC).

Partant de critères différents, les analyses constitutionnelle et civile ont donc tendance à converger dans leur résultat. Dans le domaine des atteintes au corps humain, cela aboutit à une forme d'harmonisation de la protection

³²⁶ Par exemple ATF 123 I 112, 118, ATF 127 I 6, 11. Cela consacrait donc un droit général à l'autodétermination. Le Tribunal fédéral ajoutait que cela n'incluait tout de même pas toute possibilité de choix et de détermination, si peu importante soit-elle. Il vient, peut-être, d'illustrer cette position dans un arrêt du 28 mars 2007, 1P.541/2006, dans lequel – selon les délibérations publiques rapportées dans la presse – les juges auraient mis en doute que le fait de fumer puisse être considéré comme une manifestation élémentaire de la personne humaine dont l'exercice est indispensable à son épanouissement: voir le compte rendu de Denis Masmejan dans le journal *Le Temps* du jeudi 29 mars 2007.

³²⁷ Dans l'ATF 111 Ia 231, 234, le Tribunal fédéral s'est du reste inspiré directement du contenu donné à la protection assurée par l'art. 28 CC pour élargir la portée de la liberté personnelle en droit public.

³²⁸ ATF 111 Ia 231, 237 s. Le Tribunal fédéral souligne au passage (p. 238) «combien le concept de la liberté personnelle a évolué en parallèle avec le développement des moyens dont disposent aujourd'hui la science et la technique».

³²⁹ ATF 123 I 112, 134 ss.

³³⁰ Notamment ATF 127 I 6, 11 ss.

reconnue au droit à l'autodétermination. Dans d'autres domaines, par exemple la protection de l'honneur et de la sphère privée à l'encontre des médias³³¹ ou la protection des données personnelles, on peut observer des signes similaires de convergence entre les analyses de droit privé et de droit public.

c. La protection des données personnelles

Il vaut la peine de mettre en parallèle deux arrêts rendus récemment par le Tribunal fédéral concernant la protection de la sphère privée et le traitement des données personnelles.

Dans un arrêt du 14 décembre 2006³³², la première Cour de droit public du Tribunal fédéral a dû juger de la constitutionnalité (art. 10 et 13 Cst. ainsi que 8 CEDH) d'un règlement de police de la ville de St-Gall prévoyant une vidéosurveillance des places et des rues publiques afin de prévenir la criminalité (contrôle abstrait). La disposition réglementaire attaquée prévoyait la possibilité de conserver les images enregistrées pendant une durée maximale de 100 jours.

Dans l'examen de la proportionnalité (art. 36 Cst.) de cette mesure, le Tribunal fédéral a d'abord admis que le système de vidéosurveillance permettait de découvrir efficacement tout acte criminel et exerçait donc un effet de dissuasion. Pour assurer pleinement cet effet dissuasif, il était nécessaire que les images soient conservées assez longtemps pour permettre aux particuliers de les utiliser s'ils dénonçaient les infractions dont ils avaient été victimes. Ayant ainsi admis les critères d'aptitude et de nécessité de la mesure, le Tribunal fédéral a ensuite examiné la proportionnalité au sens étroit. A cette fin, il a procédé à une pesée d'intérêts des personnes surveillées d'un côté, des victimes d'infractions pénales de l'autre, un peu comme un juge civil le ferait dans un litige individuel entre l'auteur d'une atteinte à la personnalité et sa victime.

D'un côté, il a estimé que la conservation de données d'identification ou d'images de vidéosurveillance ne contenant pas de données personnelles n'affectait pas gravement la sphère privée des personnes concernées qui étaient par ailleurs rendues attentives aux mesures de vidéosurveillance. Une longue durée de conservation aggravait toutefois l'atteinte à leur «droit à l'autodétermination informationnelle» protégé par l'art. 13 al. 2 Cst. De l'autre côté, il a souligné que la crainte, la honte ou d'autres raisons retardaient souvent la dénonciation d'infractions contre l'intégrité sexuelle ou commises à l'encontre de jeunes. Or, les hésitations d'une victime ne devaient pas la priver

331 A ce sujet, voir FRANZ WERRO et IRENE SCHMIDLIN, La protection de la personnalité et les médias: une illustration de la rencontre du droit civil et du droit constitutionnel, *in*: Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme, Zürich 2006, p. 161 ss.

332 ATF 133 I 77.

d'utiliser comme moyens de preuve les images enregistrées par vidéosurveillance. Le Tribunal fédéral en a conclu que des raisons matérielles suffisantes justifiaient le délai de conservation maximum de cent jours.³³³ Il a déploré au passage, mais sans censurer le règlement communal, le manque de précision du règlement sur les mesures propres à prévenir tout risque d'utilisation abusive des données.

Le second arrêt du Tribunal fédéral date du 13 juillet 2004.³³⁴ Rendu par la seconde Cour de droit public sur recours de droit administratif, il concerne l'installation par une entreprise privée d'un système de localisation GPS de toutes ses voitures utilisées par ses collaborateurs, qui en avaient été dûment informés. Un travailleur s'est plaint auprès de l'Office genevois de l'inspection et des relations de travail que la mesure violait l'art. 26 OLT 3 et l'art. 328 CO. L'Office saisi puis le Tribunal administratif ont considéré que le système visait à surveiller le comportement des employés et qu'il ne respectait pas le principe de proportionnalité. L'entreprise a recouru devant le Tribunal fédéral.

Les juges notent d'abord que l'art. 26 OLT 3, disposition de droit public, influence directement le contrat de travail et les obligations de l'employeur et porte donc sur des droits et obligations à caractère civil. Cette disposition se recoupe du reste largement avec les art. 328 ss CO protégeant la personnalité des travailleurs. Les juges en déduisent que le procédé utilisé par l'entreprise pour récolter des données sur ses travailleurs, que ce soit sur la base des normes de droit privé ou de droit public, doit respecter le principe de proportionnalité. Ils considèrent qu'un système de vidéosurveillance a généralement des effets négatifs sur le bien-être des travailleurs, notamment sur leur santé psychique et, finalement, sur leur rendement. Dès lors, ils retiennent que seules des mesures de surveillance objectivement justifiées et répondant à un intérêt prépondérant de l'employeur sont admissibles. Il faut au surplus que l'employeur choisisse la mesure la moins intrusive possible.

L'art. 26 OLT 3 interdit les systèmes de surveillance destinés uniquement ou essentiellement à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail. Il permet toutefois l'installation de tels systèmes à des endroits stratégiques ou sensibles de l'entreprise si, malgré un effet objectif de surveillance, ils sont justifiés par des raisons légitimes comme des impératifs de sécurité ou des motifs tenant à l'organisation ou à la planification du travail. L'employeur est également habilité à utiliser des moyens appropriés pour contrôler le travail, en particulier la qualité des prestations de ses travailleurs

333 Les juges se sont dispensés d'examiner le délai de cent jours au regard du délai de plainte de trois mois de l'art. 29 CP.

334 ATF 130 II 425.

et leur rendement. Il doit choisir un moyen proportionné au but poursuivi et informer les travailleurs avant sa mise en service.

Le Tribunal fédéral procède alors à un examen de la proportionnalité de la mesure prise par l'entreprise privée défenderesse, en analysant les critères d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens strict.

Il estime d'abord que le système GPS contrôle de manière indirecte le temps de travail de collaborateurs et constitue un moyen utile et efficace pour vérifier que les employés se rendent chez les clients dont ils ont la charge et qu'ils y demeurent le temps nécessaire pour remplir en principe correctement leur tâche.

Il remarque ensuite que les rapports d'activité détaillés des collaborateurs contiennent des indications erronées sur les prestations de travail effectuées. Il en déduit qu'ils ne suffisent pas à contrôler efficacement les activités et les prestations des collaborateurs. Le système GPS se révélait donc nécessaire pour garantir le respect par l'employeur de ses obligations envers ses collaborateurs et envers ses clients.

Enfin, les juges ont mis en balance d'une part l'intérêt public à protéger la santé, la liberté de mouvement et la personnalité des travailleurs, d'autre part l'intérêt privé de la société à pouvoir équiper ses véhicules du système de localisation GPS contesté. Ils évaluent la gravité de l'atteinte à la personnalité des travailleurs au regard de la nature et de l'ampleur de la surveillance exercée ainsi que du type de moyen employé pour la mettre en œuvre. Si les véhicules équipés du système GPS étaient utilisés à titre privé par les travailleurs, le système GPS porterait clairement une atteinte grave et disproportionnée à la vie privée des travailleurs. En l'espèce toutefois, les véhicules n'étaient utilisés qu'à des fins professionnelles.

Le Tribunal fédéral examine encore le type de surveillance exercé par l'entreprise. Une surveillance indirecte, partielle et intermittente, consistant uniquement en un contrôle en fin de journée du contenu des rapports d'activité avec les informations fournies par le système de localisation apparaît proportionnée au but légitime visé par l'employeur. En revanche, si le système de localisation permet à l'employeur de suivre de manière continue et en temps réel le trajet emprunté par les véhicules utilisés par ses collaborateurs, il pourrait constituer un moyen de surveillance disproportionné par rapport au but poursuivi. Le système donnerait lieu à un stress chez les travailleurs, lié au sentiment d'être en permanence observés par leur employeur. Il comporterait en outre une perturbation supplémentaire, liée au risque que l'employeur demande de manière répétée et inopinée à ses collaborateurs de justifier leur position ou le choix de leur itinéraire. Le Tribunal fédéral a donc finalement renvoyé la cause à l'instance inférieure pour des compléments d'instruction à ce sujet.

Les deux arrêts rapportés concernent la protection de données enregistrées à l'aide de systèmes de surveillance. Dans les deux cas, le Tribunal fédéral a examiné si la mise en place du système constitue une mesure qui respecte le principe de proportionnalité. Dans l'arrêt saint-gallois, le principe découle directement de l'art. 36 Cst. en lien avec l'art. 13 Cst., alors que dans l'arrêt genevois, il découle de l'art. 26 OLT 3 en relation avec l'art. 328b CO qui renvoie à la LPD et, par conséquent, aux principes généraux de la bonne foi et de la proportionnalité figurant à l'art. 4 LPD. Le second arrêt utilise des arguments aussi bien empruntés au cadre d'analyse du droit privé que du droit public, au point qu'en lisant l'arrêt, on se demande parfois dans lequel des deux domaines il se situe vraiment. On retire en tout cas l'impression qu'un principe général de proportionnalité s'applique finalement tant en droit public qu'en droit privé.

Dans l'affaire de St-Gall, le Tribunal fédéral considère que la protection des victimes d'infractions pénales justifie une durée de conservation des images de 100 jours et admet que le règlement communal instituant la vidéosurveillance respecte le principe de proportionnalité. Ce principe doit être examiné non seulement au regard de la durée de conservation des images enregistrées, mais également en tenant compte des mesures prises pour la protection de ces données. L'atteinte au droit fondamental à la protection des données personnelles se trouve justifiée par un intérêt public prépondérant de protéger les victimes d'infractions pénales.

Dans l'arrêt genevois, le Tribunal fédéral considère que le système de surveillance GPS installé sur les véhicules d'une entreprise privée afin de contrôler la qualité des prestations et le rendement des travailleurs respecte le principe de proportionnalité si la surveillance se limite à un contrôle indirect, partiel et intermittent. L'atteinte illicite à la personnalité du travailleur est ainsi justifiée par l'intérêt privé et public de l'entreprise à assurer son bon fonctionnement.

d. La protection de la propriété

Dans un autre domaine, celui de la protection de la propriété, le droit privé ne peut plus être appréhendé sans être confronté à une multitude de normes de droit public et à la garantie constitutionnelle de la propriété.

L'art. 641 al. 1 CC, inchangé depuis 1907, affirme que «Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi». On laissera de côté ici les débats idéologiques sur le caractère absolu ou relatif de la propriété pour constater simplement que l'apogée de la propriété individu-

elle, manifestée par exemple dans le code civil français de 1804³³⁵, avait déjà passé en 1907. Ainsi, l'art. 641 CC affirme d'emblée que le droit de libre disposition du propriétaire est borné par l'ordre juridique. Or, depuis un siècle, les prescriptions de droit public en matière d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement, de la nature et du patrimoine se sont multipliées, relativisant encore plus le pouvoir, conçu comme absolu dans le droit rationaliste du XVIII^e siècle, du propriétaire sur sa chose.³³⁶ De manière tout aussi parlante, l'art. 679 CC institue une responsabilité du propriétaire foncier qui excède son droit, notion évidemment inconciliable avec l'idée d'un pouvoir absolu.³³⁷

Reprenant l'art. 22^{ter} aCst. adopté en 1969 seulement³³⁸, l'art. 26 al. 1 Cst. déclare sobrement: «La propriété est garantie».³³⁹ Il ancre ainsi au niveau constitutionnel, tout comme l'art. 27 Cst. sur la liberté économique, un pilier essentiel d'un système économique et juridique libéral. C'est la garantie institutionnelle de l'art. 26 Cst. qui interdit de supprimer la propriété ou de la vider de toute sa substance.³⁴⁰ Mais la disposition a aussi une fonction compensatrice (l'Etat doit une pleine indemnité en cas d'expropriation) et, bien sûr, une fonction individuelle protégeant les droits de chaque propriétaire.

Par rapport aux droits fondamentaux liés à la personne, la garantie de la propriété se distingue par le fait qu'elle ne constitue pas l'expression d'une faculté innée de la personne mais qu'elle présuppose l'établissement préalable d'un lien entre une personne et une chose, aux conditions définies par le droit civil.³⁴¹ Elle se situe ainsi d'emblée à l'intérieur du droit et se trouve de ce fait soumise directement aux restrictions qu'il prévoit. En d'autres termes, le ré-

335 Voir NIORT (note 5), p. 269 ss qui se réfère également aux débats doctrinaux du dix-neuvième siècle sur le caractère absolu ou relatif de la propriété.

336 Pouvoir absolu que CORNU (note 303), p. 330 décrit en utilisant les qualificatifs: «excès manifeste», «nostalgie de souveraineté», «rêve de maître charbonnier», «prétention folle», «vanité» et «illusion dérisoire»!

337 Le droit public a repris du reste l'idée de dédommager les voisins pour des immissions excessives: c'est l'expropriation de droits de voisinage, objet de nombreux arrêts du Tribunal fédéral. Voir par exemple ATF 132 II 427 (tunnel de base du Gothard).

338 La propriété avait été préalablement reconnue par le Tribunal fédéral comme le premier droit fondamental non écrit: ZBI 1961 p. 69 ss, 72. En outre, l'art. 23 al. 2 aCst. prévoyait une indemnisation des propriétaires expropriés par la Confédération.

339 La notion de propriété est entendue ici dans un sens plus large que dans le code civil: voir notamment AUBERT/MAHON (note 40), N 8 *ad* art. 26.

340 Sur l'admissibilité au regard de l'art. 26 Cst. d'une obligation imposée aux propriétaires par la législation cantonale de louer leur appartement vacant, voir ATF 112 Ia 382, 388 et ATF 119 Ia 348. Voir plus généralement MICHEL HOTTELLIER, La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse: fondements, contenu et fonctions, *Revue internationale de droit comparé* 1997, p. 156 ss.

341 La propriété est en outre le seul droit fondamental aliénable: voir AUBERT/MAHON (note 40), N 4 et 5 *ad* art. 26.

gime juridique de la propriété se caractérise d'abord par ses limites. Il n'est pas surprenant dès lors que l'éventail des intérêts pris en compte dans le cadre de l'art. 36 Cst. pour justifier une restriction à la propriété soit plus large que pour les autres droits fondamentaux.³⁴² Cela ne donne que plus de poids à l'appréciation du principe de proportionnalité.

Le Tribunal fédéral vient de rendre un arrêt intéressant dans l'affaire, fameuse en Suisse romande, des squatters genevois.³⁴³ Les propriétaires des immeubles occupés au centre de Genève par des squatters avaient obtenu un ordre d'évacuation signé par le procureur général. Sur recours des squatters, le Tribunal administratif genevois a jugé que les propriétaires devaient s'adresser d'abord au juge civil et qu'une mesure de police ne se justifiait que si la gravité de l'atteinte portée à leurs intérêts exigeait une intervention immédiate, impossible à obtenir à temps du juge civil. Le Tribunal a en outre réfuté l'existence d'une base légale cantonale à l'ordre d'évacuation parce que l'ordre public n'était pas troublé par l'usurpation commise par les squatters du fait que les propriétaires s'étaient accommodés de la situation (qui durait depuis 1988!).

Dans leur recours de droit public au Tribunal fédéral, les propriétaires invoquent notamment la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et en déduisent une obligation positive pour l'Etat d'intervenir pour protéger leur propriété, en expulsant les squatters.

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral rappelle d'abord que «selon les conceptions récentes, les droits fondamentaux n'ont plus seulement une fonction de défense contre les atteintes causées par l'Etat, mais ils peuvent également fonder un devoir étatique de protection contre les atteintes provoquées par des tiers». Il précise qu'il a par le passé reconnu un tel devoir d'intervention pour certains droits fondamentaux mais sans jamais trancher la question pour la garantie de la propriété.³⁴⁴ Avec prudence, il ajoute que «au demeurant, un éventuel devoir d'intervention de l'Etat, requis par un citoyen atteint dans l'un de ses droits fondamentaux, ne saurait exister de façon absolue ou inconditionnelle. Il dépend de la gravité de l'atteinte ainsi que de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'Etat est appelé à agir par l'intermédiaire des forces de police; il est ainsi subordonné à l'opportunité de l'intervention, un large pouvoir d'appréciation étant reconnu à la police ou aux autorités chargées de son commandement» (consid. 4.1).

342 Pour des détails, AUBERT/MAHON (note 40), N 10 *ad* art. 26: potentiellement, toutes les tâches de l'Etat peuvent justifier une restriction à la propriété individuelle, pas seulement celles de police. Par comparaison, voir l'art. 702 CC réservant le droit public restreignant la propriété foncière au nom de toutes sortes d'intérêts publics.

343 Arrêt du 22 juin 2006, 1P.109/2006. Pour les péripéties précédentes de l'affaire, lire aussi l'arrêt du 16 novembre 2005, 1P.723/2005.

344 La question avait notamment été laissée ouverte dans l'arrêt 119 Ia 28.

Constatant que les recourantes n'ont pas établi l'impossibilité d'obtenir une évacuation des squatters au terme d'une procédure civile, qu'elles devaient intenter en priorité, les juges fédéraux en déduisent que ce seul motif empêche de tirer en l'espèce de l'art. 26 Cst. un devoir de l'Etat d'intervenir pour évacuer les squatters. Ils rejettent ainsi «le grief tiré d'une violation de la garantie constitutionnelle de la propriété, sans qu'il soit nécessaire de trancher la question de savoir si celle-ci peut fonder un devoir étatique de protection contre les atteintes provoquées par des tiers» (consid. 4.2).

Les quelques exemples qui viennent d'être rapportés soutiennent un triple constat: l'interpénétration croissante du droit privé et du droit public, le rapprochement de certains concepts autrefois clairement identifiés comme appartenant au droit civil ou au droit constitutionnel et la convergence de la protection civile et constitutionnelle de la personne humaine.

Le code civil lui-même a toujours contenu à la fois des normes matérielles de droit privé et des normes matérielles de droit public³⁴⁵, par exemple les dispositions sur la compétence ou la responsabilité de diverses autorités, sur l'état civil, sur la surveillance des fondations, sur la tutelle et la privation de liberté à des fins d'assistance ou encore sur l'organisation du registre foncier. Ce qui a profondément changé en un siècle, c'est l'expansion quantitative des lois de droit public fédéral et leurs interactions accrues avec le droit civil.

En conséquence, ce dernier doit de plus en plus souvent être appliqué ou interprété en tenant compte du droit public, par exemple en ce qui concerne le régime de la propriété foncière ou les relations de travail. De même, la question surgit fréquemment de savoir pourquoi une même relation juridique est réglée différemment selon qu'elle est attribuée, non sans difficultés parfois, au droit public ou au droit privé. C'est typiquement le cas dans des affaires de responsabilité civile, de protection des données personnelles ou de rapports juridiques noués entre une personne et un employeur ou un prestataire de services (par exemple des écoles ou des hôpitaux) qui peuvent relever aussi bien du droit privé que du droit public.

2. *L'impact de la CEDH sur le code civil*

Dans nos sociétés démocratiques et globalisées, un accent toujours plus fort a été mis sur le respect des droits de l'homme.³⁴⁶ La Convention européenne des

345 La doctrine parle généralement à ce sujet de «formelles Bundeszivilrecht» ou de «droit civil formel»: voir par exemple PIO CARONI, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Bâle 1996, p. 236; DENIS PIOTET, *Droit cantonal complémentaire, Traité de droit privé suisse*, vol. I/II, Bâle 1998, p. 13.

346 SCHMIDLIN (note 41), p. 63, rappelle toutefois que «les codes civils d'autrefois étaient le premier champ d'expression» des droits de l'homme, rejoignant ainsi la constatation faite notamment par CARBONNIER en France.

droits de l'homme entrée en vigueur pour notre pays le 28 novembre 1974, a dès lors eu un impact croissant sur le code civil, à un double titre: d'une part, la Convention a influencé le législateur suisse à l'occasion des réformes du code; d'autre part, la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme a fait évoluer, voire a dicté l'interprétation donnée à certaines dispositions du code.

L'influence la plus directe de la CEDH sur le législateur helvétique s'est sans doute manifestée lors de l'introduction des art. 397a ss CC sur la privation de liberté à des fins d'assistance.

La réglementation de cette matière relevait autrefois pour une bonne partie du droit cantonal sur l'internement administratif, par exemple des alcooliques ou des malades mentaux, et aussi de quelques dispositions du code civil (placement du mineur et de l'interdit notamment). Sur trois points, cette réglementation ne répondait pas aux exigences posées par l'art. 5 CEDH, ce qui avait du reste conduit la Suisse à émettre une réserve à l'art. 5 CEDH au moment de ratifier la Convention. Premièrement, sur le fond, certains droits cantonaux ne respectaient pas les conditions prévues à l'art. 5 CEDH. Deuxièmement, les droits cantonaux et le code civil ne garantissaient pas l'ensemble des droits procéduraux garantis par l'art. 5 CEDH. Enfin, le code civil (art. 426 ss) et certains droits cantonaux ne prévoyaient pas une responsabilité causale de l'Etat pour le préjudice subi par une personne privée de sa liberté de manière illégale.³⁴⁷

Malgré cet effort initial d'adaptation du droit suisse aux exigences de la Convention, il demeure aujourd'hui encore quelques questions sur la compatibilité totale de la réglementation suisse avec la Convention. Par exemple, l'art. 397a CC a retenu comme cause possible d'une privation de liberté à des fins d'assistance le «grave état d'abandon», une notion inconnue de la CEDH.³⁴⁸ Par ailleurs, l'art. 5 CEDH exige que l'existence d'un trouble mental justifiant une privation de liberté soit établie par une expertise médicale. Selon l'interprétation communément admise de cette exigence, l'expertise devrait émaner d'un psychiatre ou au moins d'un médecin disposant de connaissances spécifiques dans le domaine, et pas de n'importe quel médecin, sans la moindre formation spécialisée dans le domaine des troubles mentaux, comme cela est parfois encore le cas selon les dispositions cantonales d'exécution.³⁴⁹

347 Voir le Message du Conseil fédéral du 17 août 1977, FF 1977 III 1, 3 ss, 18 ss.

348 A ce sujet, voir THIERRY CLÉMENT, Privation de liberté pour grave état d'abandon et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt H.M. c. Suisse. Un aérolithe dans la jurisprudence de la Cour, *Revue suisse de droit de la santé* 2003/1, p. 5 ss, 10 ss.

349 Voir par exemple R.O.L. et M.-J. D. c. France, 19 mai 2004; Varbanov c. Bulgarie, 5 octobre 2000, spécialement le § 48 parlant de l'avis d'un psychiatre. Voir aussi ATF 119 II 319.

D'autres réformes d'envergure du code civil ont été influencées indirectement par la CEDH, en particulier celles portant sur le droit de la famille et de la tutelle. Mais l'influence venait tout autant de la Constitution fédérale elle-même qui, surtout dans sa version du 18 avril 1999, instaure des garanties en principe équivalentes à celles de la CEDH.

Comme le Tribunal fédéral ne peut pas contrôler la constitutionnalité des lois fédérales (principe d'immunité des lois fédérales, art. 190 Cst.), sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux n'a influencé que de manière indirecte le développement du droit civil. L'art. 190 Cst. n'empêche en revanche pas le Tribunal fédéral de contrôler la conformité du droit fédéral à la Convention européenne des droits de l'homme.³⁵⁰ Pour le moment, les juges fédéraux ont cependant fait montre de beaucoup de prudence à cet égard.

La Cour européenne des droits de l'homme a pour sa part rendu un certain nombre d'arrêts, fondés principalement sur les art. 2, 5, 6, 8, 12 et 14 CEDH, qui ont eu un impact direct sur le droit civil suisse.³⁵¹ Quelques illustrations, en rien exhaustives, permettront de le montrer, après une brève mise en perspective de cette jurisprudence.

Dans ses arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme s'efforce toujours de dégager la tendance générale des droits nationaux européens sur le point qui lui est soumis, ce qui la rend particulièrement intéressante sous l'angle comparatiste. Cette approche peut l'amener soit à condamner une législation nationale devenue par trop atypique, comme dans les arrêts *Marckx*³⁵² ou *Fahrni*³⁵³, soit au contraire à admettre une large marge d'appréciation de chaque Etat, en l'absence d'un dénominateur commun³⁵⁴, comme dans les affaires *Pretty*³⁵⁵ ou *Vo*.³⁵⁶ La Cour a cependant développé une jurisprudence évolutive

350 Voir par exemple ATF 128 III 113, 116 ss, où le Tribunal fédéral examine la conformité à l'art. 12 CEDH (droit au mariage) de l'ancien art. 95 al. 1 ch. 2 CC (abrogé au 1^{er} janvier 2006) interdisant d'épouser l'enfant de son conjoint; ATF 128 I 63, sur le droit de l'enfant adopté de connaître son origine, en vertu de l'art. 8 CEDH et 7 CDE; ATF 129 III 656, 662 ss où le Tribunal fédéral estime que l'art. 267 al. 2 CC qui prévoit que l'adoption rompt les liens de filiation antérieurs (en l'espèce adoption de l'enfant du concubin) est conforme aux art. 8 et 12 CEDH.

351 Un des premiers auteurs romands à se pencher sur l'impact sur le droit suisse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (puis du droit communautaire européen) a été OLIVIER JACOT-GUILLARMOD. Voir par exemple sa contribution au recueil de travaux édité à l'occasion du congrès de la Société suisse des juristes à Neuchâtel les 11–13 septembre 1987: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Les liens familiaux dans la jurisprudence de Strasbourg, *in*: Problèmes de droit de la famille, Neuchâtel 1987, p. 79 ss.

352 *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979.

353 *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987.

354 ANDREAS ZIEGLER, Les notions de famille et du mariage dans la pratique du juge européen, *in*: L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 333 ss, 343 estime que les juges européens font preuve de prudence et usent d'un «dénominateur commun modeste».

355 *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002.

356 *Vo c. France*, 8 juillet 2004.

dans laquelle elle prend soin d'interpréter la Convention à la lumière des conditions sociales actuelles et de l'état de la science.³⁵⁷ Enfin, la jurisprudence de la Cour cherche à ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits individuels, spécialement dans son approche de la notion de traitement discriminatoire et dans l'évaluation du critère souvent décisif de la proportionnalité.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a d'abord influencé la mise en œuvre de notre droit interne, par le biais des garanties d'ordre procédural inscrites à l'art. 6 CEDH (droit à une autorité indépendante et impartiale), applicables dans toutes les contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil. Cette dernière notion a fait l'objet d'une interprétation large par la Cour, incluant bien des prétentions relevant du droit public dans notre pays, notamment dans le domaine des assurances sociales ou du droit disciplinaire professionnel.³⁵⁸ Par rapport aux matières couvertes par le code civil, l'impact de l'art. 6 CEDH s'est en particulier fait sentir en droit de la tutelle. Il a obligé tous les cantons à instituer au moins une autorité de tutelle de nature judiciaire.³⁵⁹

Le 18 décembre 1987, la Cour européenne des droits de l'homme a pour la première fois directement invalidé un article du code civil. Elle a estimé que l'art. 150 aCC, qui permettait au juge du divorce de prononcer une interdiction de remariage d'une durée d'un à trois ans était contraire à l'art. 12 CEDH (droit au mariage)³⁶⁰ qui ne fait aucune distinction entre mariage et remariage. L'élément décisif de la décision fut toutefois que le délai d'attente n'existait plus dans le droit des autres pays ayant ratifié la Convention.

Le 22 février 1994, la Cour a jugé qu'en refusant au mari qui a choisi de porter comme nom de famille le nom de son épouse (art. 30 al. 2 CC) la possibilité de le faire précéder du nom qu'il portait avant le mariage (application par analogie de l'art. 160 al. 2 CC), les autorités helvétiques avaient violé l'art.

357 Par exemple *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, § 49; *Rees c. Royaume-Uni*, Série A n° 106, p. 19 § 47 où la Cour répète qu'elle tient compte de «l'évolution de la science et de la société».

358 La Cour a répété moult fois que la notion ne s'interprétait pas «par simple renvoi au droit interne de l'Etat défendeur». L'art. 6 CEDH «s'applique indépendamment de la qualité, publique ou privée, des parties comme de la nature de la loi régissant la contestation: il suffit que l'issue de la procédure soit déterminante pour des droits et obligations de caractère privé; il en va ainsi en l'espèce, en raison de la finalité de l'action (action en responsabilité)»: *X. c. France*, 31 mars 1992, § 30. La Cour a évidemment jugé que des litiges typiques de droit civil, portant par exemple sur la capacité civile (*Matter c. Slovaquie*, 5 juillet 1999), la protection de la personnalité (*Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000) ou l'établissement et les effets de la filiation (*Mc Michael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995; *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002) entraient dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH.

359 Voir ATF 118 Ia 473, 477 ss.

360 *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987. La réforme du divorce a ensuite formellement supprimé le délai d'interdiction de remariage en 2000.

14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH. Elle a considéré en effet qu'il s'agissait d'une différence de traitement fondée sur le sexe qui manquait de justification objective et raisonnable et qui ne pouvait se prévaloir d'une longue tradition nationale, puisque l'art. 160 CC datait de 1984.³⁶¹ La Cour supprimait ainsi une petite discrimination dans le droit suisse encore très patriarcal relatif au nom de famille, sans pouvoir se prononcer sur la discrimination bien plus grande à l'encontre des femmes résultant de la règle générale posée à l'art. 160 al. 1 CC («le nom de famille des époux est le nom du mari»).

On rappellera, pour l'anecdote, que le Parlement a enterré en juin 2001 une réforme de la réglementation du nom de famille lancée sept ans plus tôt par une initiative parlementaire.³⁶² Le projet, qui supprimait les discriminations actuelles, avait pourtant recueilli l'approbation successive des deux Chambres du Parlement, avant qu'un retournement inattendu de situation survienne en dernière minute, lors de la votation finale.³⁶³ Une nouvelle initiative parlementaire³⁶⁴ a rouvert le débat en 2003 et la réglementation égalitaire qu'elle réclame se trouve confortée par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le 16 novembre 2004, dans une affaire turque, la Cour a rendu un nouvel arrêt concernant le nom de famille³⁶⁵ dont l'une des leçons vaudrait aussi pour le droit suisse. La requérante se plaignait du fait qu'une «femme mariée ne peut porter exclusivement son nom de jeune fille après le mariage, alors que l'homme marié garde son nom de famille tel qu'il était avant le mariage» (§ 55). Evoquant les principes régissant l'application de l'art. 14 CEDH, la Cour rappelle qu'elle «doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible d'apparaître quant aux normes à atteindre» (§ 54). Elle note l'évolution du droit international et des droits nationaux «vers la reconnaissance du droit pour chaque conjoint de conserver l'usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille» (§ 60). Elle conclut qu'il s'agit d'une distinction de traitement fondée sur le sexe, contraire à l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH. L'argument du gouvernement turc que la réglementation «visait le but légitime de manifester l'unité de la famille à travers celle du nom de famille emprunté à l'époux et ainsi, assurer l'ordre public» (§ 57)

361 *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1993, § 27 ss.

362 «Nom de famille et droit de cité des époux et des enfants», initiative parlementaire de Suzette Sandoz, n° 94.434.

363 Voir BO/CE 2001 471 et BO/CN 2001 951. Pour une présentation détaillée de cette réforme avortée, voir DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, (note 72), p. 89 s.

364 «Nom et droit de cité des époux. Egalité», initiative parlementaire de Susanne Leutenegger Oberholzer, n° 03.428.

365 *Ünal Tekeli c. Turquie*, 16 novembre 2004.

est clairement rejeté. A raison, les juges estiment que l'unité de la famille peut se manifester par le choix comme nom de famille du nom du mari aussi bien que de l'épouse (§ 64) et qu'il est également «parfaitement concevable que l'unité de la famille soit préservée et consolidée lorsqu'un couple marié choisit de ne pas porter un nom de famille commun» (§ 66).

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamne ainsi implicitement le droit suisse, dont le droit turc s'est d'ailleurs directement inspiré (quoique sans avoir repris l'art. 30 al. 2 CC). La solution actuelle du code civil paraît d'autant moins soutenable qu'une femme étrangère qui se marie en Suisse peut choisir de soumettre son nom à son droit national (art. 37 al. 2 LDIP) et, selon sa nationalité, conserver ainsi le nom qu'elle porte. On verra qui, du Parlement fédéral qui a repris le dossier ou de la Cour européenne des droits de l'homme, assènera le coup de grâce à la réglementation actuelle du nom de famille dans le code civil.

Il arrive aussi que la Cour conforte les dispositions légales novatrices adoptées par le législateur helvétique. Par exemple, dans un arrêt du 13 juillet 2006³⁶⁶, la Cour a renforcé le droit de connaître ses origines, prévu à l'art. 119 Cst. et déjà concrétisé à l'art. 27 LPMA pour l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée hétérologue et à l'art. 268c CC pour l'enfant adopté.³⁶⁷ La Cour a admis que les autorités ordonnent l'exhumation du cadavre d'un père présumé, en vue de pratiquer une expertise ADN. Selon la Cour, la pesée des intérêts en présence (droit de la personne à connaître son géniteur d'un côté; droits des proches au respect de leurs sentiments de pitié vis-à-vis du défunt) amenait clairement à donner un poids prépondérant au droit de connaître ses origines.³⁶⁸ Dans un arrêt précédent³⁶⁹, la Cour avait pourtant sauvé, certes de justesse, la réglementation française permettant à une femme d'accoucher sous X.

D'autres arrêts de la Cour influencent l'application du droit civil. Il en va ainsi notamment des décisions qui reconnaissent une obligation positive des autorités étatiques de permettre par exemple la réunion d'un enfant et de son parent ou la mise en œuvre effective d'un droit de visite.³⁷⁰ La Suisse elle-

366 Jäggi c. Suisse. Pour les péripéties antérieures de cette affaire, voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 22 décembre 1999, SJ 2002 I, p. 492.

367 Sur l'émergence et la portée de ce droit, voir MÉLANIE BORD et al., *Le droit à la connaissance de ses origines*, Genève/Zurich 2006.

368 Comparer en France l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 novembre 1997 dans l'affaire Yves Montand, *Dalloz* 1998 J. p. 122.

369 Odièvre c. France, 13 février 2003. La décision a été prise à 10 voix contre 7, avec une solide opinion dissidente du président de la Cour, Luzius Wildhaber, et de 6 juges.

370 Voir notamment les arrêts Görgülü c. Allemagne, 26 février 2004; Bove c. Italie, 30 juin 2005; R. c. Finlande, 30 mai 2006; Lafargue c. Roumanie, 13 juillet 2006; Koudelka c. République tchèque, 20 juillet 2006.

même a été condamnée pour l'application laxiste de la Convention sur l'enlèvement international d'enfant par des autorités cantonales.³⁷¹ En droit de la filiation, la Cour semble tirer de l'art. 8 CEDH une obligation des Etats de permettre la mise en conformité de la filiation juridique avec la vérité génétique pratiquement sans limite de temps, du moins dans certaines circonstances. Par exemple le délai pour agir en désaveu doit être restitué au père qui ne se doutait jusque là de rien³⁷²; de même, un jugement de paternité vieux de plus de trente ans doit pouvoir être révisé quand un test ADN prouve désormais la non-paternité.³⁷³

L'importance accordée par la Cour au principe d'égalité (art. 14 CEDH en lien avec un autre article de la Convention et art. 1 du Protocole 1) s'est manifestée à travers tout le droit des personnes et de la famille, d'autant plus que la Cour a souligné que l'institution même de la famille n'était pas figée, ni dans le temps, ni entre les sociétés ni au sein des ordres juridiques.³⁷⁴ Ainsi, dans le sillage du fameux arrêt *Marckx* de 1979, la Cour a répété plusieurs fois l'égalité de principe entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage, y compris les enfants adultérins. L'égalité s'étend aussi aux prétentions successorales des enfants à l'égard de leur père décédé, qui entrent dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH.³⁷⁵

Une différence de traitement, par exemple en France dans l'octroi de l'agrément pour adopter des pupilles de l'Etat, fondée sur la seule orientation sexuelle de la personne requérante a aussi été jugée contraire à la Convention.³⁷⁶ Constitue de même une discrimination injustifiée le traitement fiscal différent réservé à un père non marié par rapport à un père divorcé ou séparé.³⁷⁷

Dans d'autres domaines en revanche, la Cour n'a pas voulu empiéter sur les prérogatives du législateur national, notamment en ce qui concerne les questions très controversées liées au statut de l'embryon humain et au droit de mourir dans la dignité.

371 *Bianchi c. Suisse*, 22 juin 2006. Il avait fallu quatre mois aux autorités pour statuer sur une demande de rapatriement.

372 *Shofman c. Russie*, 24 novembre 2005.

373 *Paulik c. Slovaquie*, 10 octobre 2006.

374 *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000.

375 Voir par exemple *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, § 45; *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, 3 octobre 2000, § 36; *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004; *Merger et Cros c. France*, 22 décembre 2004.

376 Voir notamment *Frette c. France*, 26 février 2002, § 32.

377 *P.M. c. Royaume-Uni*, 19 juillet 2005 (à propos de la déduction fiscale des contributions d'entretien versées à l'enfant).

Sur le premier point, la Cour n'a pas voulu fixer le moment du début du droit de la personne à la vie, au sens de l'art. 2 CEDH.³⁷⁸ Elle s'est dit «convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une «personne» au sens de l'art. 2 de la Convention» (§ 85). En l'absence de consensus européen, la Cour a donc jugé que le «point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats» (§ 82).

Appelée à statuer sur la compatibilité avec l'art. 2 CEDH de dispositions légales nationales punissant l'assistance au suicide, la Cour a dit³⁷⁹ qu'elle n'était pas «persuadée que le «droit à la vie» garanti par l'art. 2 puisse s'interpréter comme comportant un aspect négatif», dans la mesure où elle avait toujours mis l'accent dans sa jurisprudence sur l'obligation positive des Etats de protéger la vie (§ 39). Elle en a conclu «qu'il n'est pas possible de déduire de l'art. 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique (§ 40). Cette jurisprudence ne condamne pas pour autant les législations nationales qui retiendraient une solution opposée, comme le droit suisse qui n'incrimine pas l'assistance au suicide sans motif égoïste, ou les droits belge et néerlandais, qui permettent, à des conditions exceptionnelles, de pratiquer une euthanasie active avec l'accord de la personne concernée.

Pour conclure sur ce point, j'aimerais souligner la contribution non négligeable de la Cour européenne des droits de l'homme au rapprochement des législations civiles qui touchent au statut de la personne et à la famille. L'impact de la jurisprudence de Strasbourg sur le code civil continuera certainement à se faire sentir à l'avenir. Cette harmonisation limitée aux principes fondamentaux rend vraisemblablement inutile une véritable unification européenne du droit des personnes et de la famille.

II. Code civil et législation fédérale spéciale

Dans son édition de 2004, le *vade mecum* des civilistes romands³⁸⁰ reproduisait, en appendice du code civil, quatre lois³⁸¹ et plusieurs ordonnances

378 Vo c. France, 8 juillet 2004. La position a été confirmée dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 7 mars 2006.

379 *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002.

380 GEORGES SCYBOZ, PIERRE-ROBERT GILLIÉRON et PIERRE SCYBOZ, *Code civil suisse et code des obligations* annotés, 7^e éd., Lausanne 2004. En France, GRUA (note 309), p. 253, notait à propos du code annoté Dalloz: «Il y a le droit privé en gros caractères, constitué par le Code civil proprement dit, et le droit privé en petits caractères, fait d'une multitude de textes extérieurs».

381 Loi fédérale sur le droit international privé [LDIP], du 18 décembre 1987, RS 291; loi fédérale sur le droit foncier rural [LDFR], du 4 octobre 1991, RS 211.412.11; loi fédérale sur l'acquisition

fédérales³⁸² qui complètent le code sur des points particuliers. On pourrait y ajouter quatre lois fédérales annexées au code des obligations, celles contre la concurrence déloyale, sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, et, enfin, sur les fors en matière civile.³⁸³ Les deux premières ont des liens avec la protection de la personnalité dans le domaine économique, la troisième concerne les personnes morales tandis que la quatrième participe directement à la mise en œuvre du code civil.

Depuis 2004, trois nouvelles lois spéciales touchant au droit civil sont entrées en vigueur: la loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes, la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe et la loi sur les placements collectifs de capitaux.³⁸⁴ Pour épuiser la liste des textes qui complètent le code civil, il faudrait mentionner plusieurs lois fédérales qui sont – ou seront prochainement – incluses dans la partie du recueil systématique fédéral intitulée «médecine et dignité humaine», alors que de telles dispositions matérielles sont parfois insérées, à l'étranger, dans le code civil. Il s'agit de la loi sur la procréation médicalement assistée, de la loi relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires, de la loi sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules et de la loi sur l'analyse génétique humaine.³⁸⁵ Enfin, l'adoption prochaine du code de procédure civile suisse³⁸⁶ expurgera le code civil de nombreuses dispositions de nature procédurale.

-
- d'immeubles par des personnes à l'étranger [LFAIE], du 16 décembre 1983, RS 211.412.41; loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale [LF-CLaH], du 22 juin 2001, RS 211.221.31. Etrangerement, la loi fédérale sur la protection des données [LPD], du 19 juin 1992, RS 235.1 est oubliée, alors qu'elle a un lien organique avec la protection de la personnalité au sens des art. 28 ss CC.
- 382 Notamment l'ordonnance sur l'état civil [OEC], du 28 avril 2004, RS 211.112.2 et l'ordonnance sur le registre foncier [ORF], du 22 février 1940, RS 211.432.1.
- 383 Loi fédérale contre la concurrence déloyale [LCD], du 19 décembre 1986, RS 241; loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [LCart], du 6 octobre 1995, RS 251; loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine [LFus], du 3 octobre 2003, RS 221.301; loi fédérale sur les fors en matière civile [LFors], du 24 mars 2000, RS 272.
- 384 Loi sur la stérilisation, du 17 décembre 2004, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005, RS 211.11.1; loi sur le partenariat [LPart], du 18 juin 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, RS 211.231; loi sur les placements collectifs [LPCC], du 23 juin 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 (abrogeant la loi sur les fonds de placement du 18 mars 1994), RS 951.31.
- 385 Loi sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998, RS 810.11; Loi relative à la recherche sur les cellules souches, du 19 décembre 2003, RS 810.31, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2005; Loi sur l'analyse génétique humaine, du 8 octobre 2004, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007, RS 810.12; Loi sur la transplantation, du 8 octobre 2004, FF 2004 p. 5115, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007.
- 386 FF 2006 p. 6841 ss.

Seul phare du droit privé il y a un siècle, le code civil est donc flanqué aujourd'hui d'une bonne quinzaine de projecteurs annexes, sous forme de lois fédérales spéciales. Dans cet inventaire, je n'ai pas tenu compte des lois fédérales plus nombreuses encore qui complètent le code des obligations³⁸⁷ ni des dispositions isolées, éparpillées dans toute la législation. Ce bref bilan suffit à faire surgir une question devenue incontournable: l'évolution rapportée traduit-elle une «décodification» du droit civil suisse?³⁸⁸

1. *Un mouvement de décodification?*

Natalino Irti, un auteur italien, se demandait en 1979 si l'âge de la décodification était arrivé.³⁸⁹

Depuis lors, le terme a été abondamment utilisé³⁹⁰ pour désigner la prolifération de lois spéciales empiétant sur les domaines réglés par le code civil, complétant ses règles ou y dérogeant et entamant ainsi l'édifice ordonné, systématique et global que formait le code civil à l'origine. Par contraste, ce droit privé complémentaire a été qualifié de «morcelé, sans vision d'ensemble, sans architecture».³⁹¹ Schmidlin évoque même la «dissolution du code civil unique» comme une «conséquence fatale de la dégradation de l'art législatif par des administrations prépotentes, habituées à produire des lois sans système ni cohérence» et surtout du fait que «le système unidimensionnel de l'égalité et de la liberté des citoyens ne répond plus aux attentes de la société moderne».³⁹²

Aux yeux de nombreux auteurs, la décodification se traduirait par une perte de cohérence du droit privé et un recul de la systématique législative qui caractérise un code civil.³⁹³ Elle marquerait aussi, du moins selon certains auteurs français, une forme de «désacralisation» du code civil. Elle trahirait au surplus

387 Concernant notamment la protection des consommateurs, divers contrats spéciaux et les transactions financières.

388 A ce sujet, voir surtout la thèse récente de SUSANNE GENNER., *Dekodifikation: Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht*, Bâle 2006.

389 NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.

390 Voir par exemple PHILIPPE RÉMY, *Le processus de «Dé-codification»*, in: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 197 ss.

391 GRUA (note 309), p. 253, qui se demande plus loin si le code civil ne sert plus que de «bouche-trous des textes spéciaux» (p. 254). De même en Italie, ALPA/GAGGERO (note 219), p. 53, se demandent si le code civil ne sert plus que de «semplice «collante» delle regole di diritto speciale».

392 SCHMIDLIN (note 41), p. 63.

393 Il y a cinquante ans, YUNG (note 10), p. 17, écrivait déjà «On a vu et on verra encore proliférer les lois spéciales, exorbitantes du droit commun, dont elles ne respectent ni les principes ni la logique».

une crise des sources du droit.³⁹⁴ La décodification a toutefois davantage touché les domaines régis par le code des obligations³⁹⁵, en particulier les contrats, que les quatre premiers livres du code civil.

Ces constats recèlent naturellement une part de vérité, tout en étant à mon avis formulés de manière excessive, en tout cas si on en vérifie la pertinence en les transposant en droit civil suisse.

D'abord, la connotation négative attachée par la plupart des auteurs à l'idée même de décodification exprime une sorte de nostalgie d'un âge d'or du droit, censé correspondre à l'époque où le code civil avait été élaboré. Or, je ne crois pas qu'un tel sentiment ait jamais acquis en Suisse une grande force, probablement parce que le code civil (comme le souhaitait d'ailleurs Eugen Huber) n'a jamais été considéré comme *le* monument de la science juridique. Certes, dans notre pays aussi, de nombreux juristes partagent une propension pour l'ordre, la cohérence et la systématique, trois qualités que semble offrir un code. Mais la simplicité et le caractère peu dogmatique du code civil suisse, de même que son recours assez large à des clauses générales et son renvoi fréquent au pouvoir du juge de trancher en équité ont imprégné la pensée juridique d'un certain pragmatisme, à mon avis salutaire.

Ensuite, l'époque où le code civil suffisait à régler toutes les questions de droit privé pouvant surgir est clairement révolue. Dans sa thèse récemment consacrée au phénomène de la décodification du droit civil suisse, Susanne Genner³⁹⁶ soutient même que la décodification serait nécessaire pour garantir l'adaptation adéquate du droit civil aux nouveaux problèmes sociaux nés après l'adoption du code civil. Elle estime que le code civil serait dépassé et constituerait un boulet plus qu'un tremplin pour l'avenir. L'adoption de lois spéciales permettrait mieux de répondre aux défis contemporains de nos sociétés: en remettant constamment à jour notre droit, ce processus l'expurgerait de ses éléments inadaptés ou surannés, tout en conservant les éléments qui ont fait la preuve de leur utilité.

A mi-chemin des nostalgiques et des fossoyeurs du code, je pense qu'une certaine dose de décodification est nécessaire mais qu'elle n'entame pas forcément la cohérence du droit civil. Ainsi, il n'est guère disputé qu'avec l'écoulement du temps et les changements sociétaux, des transformations du code civil sont inéluctables. D'une part, le code lui-même change, dans l'in-

394 Voir par exemple FRÉDÉRIC ZÉNATI, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, Dalloz 2002 Chron. p. 15 ss; LOUIS VOGEL, Recodification civile et renouvellement des sources internes, Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004, p. 159 ss.

395 Un auteur note par exemple qu'un des éléments constitutifs forts de la décodification a tenu à l'émergence d'un droit de la consommation, notamment d'inspiration communautaire: WOLFGANG ERNST, Le BGB en tant que codification, Le code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 141 ss, 150.

396 GENNER (note 388), p. 208.

interprétation que lui donnent les tribunaux d'abord, dans sa substance même ensuite, ne serait-ce que pour mieux résister à l'usure du temps.³⁹⁷ Le phénomène se perçoit particulièrement bien en droit de la famille. D'autre part, de nouveaux besoins nés du degré croissant de complexité et d'interdépendance des sociétés justifient l'élaboration de lois spéciales, souvent préférable à une révision qui enlaidirait le code civil ou en romprait la structure. Ces lois doivent cependant être rédigées avec le souci de conserver les principes essentiels du code.

Un certain degré d'érosion du rayonnement du code civil est donc naturel, surtout dans les domaines marqués par l'évolution des mœurs et des techniques. Mais on peut dire que le législateur suisse a globalement su, durant ce premier siècle, résister à un réformisme législatif frénétique qui aurait pu dénaturer le code civil. Les lois spéciales qui complètent le code civil restent en nombre modéré et s'appliquent généralement en harmonie avec le code.

Quelques-unes de ces lois servent à la mise en œuvre de l'ensemble du code civil: il en va ainsi de la LDIP³⁹⁸, de la LFors et du futur Code de procédure civile suisse. Ces trois lois n'altèrent en rien la systématique ou l'unité du code mais, au contraire, en confirment la pertinence puisqu'elles s'attachent à la suivre, tout en soulageant le code de la plupart de ses règles procédurales. Ces trois lois marquent au surplus la volonté de rassembler des règles de même nature dans un seul texte légal, donc de prolonger la codification au-delà du seul code civil.

La loi sur le droit foncier rural³⁹⁹ semble être l'une des seules lois dérogeant vraiment de manière directe au droit commun prévu dans le code civil et instituant un droit spécial pour une certaine catégorie de personnes. Ce faisant, elle traduit aussi la volonté d'avoir une sorte de code rural rassemblant toutes les règles matérielles relatives à la propriété et à la transmission des immeubles et des entreprises agricoles.

D'autres lois régissent des thématiques qu'il paraissait opportun de régler dans un seul texte législatif spécial, plutôt que dans le code civil, car ces thématiques ne relèvent matériellement qu'en partie du droit privé. Par exemple, les lois contre la concurrence déloyale et sur les cartels⁴⁰⁰ posent les principes qui doivent guider une concurrence loyale et efficace. Elles ont aménagé des voies de droit à la fois civiles, pénales et administratives. L'expérience a cependant montré que les voies civiles, destinées à protéger la personnalité

397 Selon la formule de RÉMY (note 390), p. 198: «les codes changent pour durer».

398 Qui a remplacé la vieille LRDC (loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour) de 1891.

399 Adoptée en 1991 pour remplacer deux autres lois, la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale de 1951 et la loi sur le désendettement de domaines agricoles de 1940.

400 Dont les premières versions dataient de 1943 et de 1962, avant leur révision en 1986 pour la LCD et en 1985 puis 1995 pour la LCart.

économique et, par conséquent, calquées sur les moyens de droit prévus à l'art. 28a CC pour la protection générale de la personnalité, ne jouent qu'un rôle secondaire par rapport aux moyens de droit administratif.

La loi fédérale sur la protection des données comporte elle aussi un volet de droit civil et un volet de droit public. Elle institue en outre un organe spécial, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, dont les compétences s'étendent aux deux domaines, quoique dans une mesure différente. Même si d'autres pays ont choisi d'intégrer les dispositions de droit privé sur la protection des données dans leur code civil⁴⁰¹, l'option d'une loi spéciale me paraît défendable, dans la mesure où les principes fondamentaux de protection des données valent autant en droit privé qu'en droit public.

La loi sur la fusion concerne en priorité la restructuration de sociétés commerciales⁴⁰², bien que ses dispositions s'appliquent aussi aux associations et, surtout, aux fondations, notamment aux institutions de prévoyance professionnelle. Elle régit de manière relativement détaillée (plus d'une centaine d'articles!) les modalités de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine des sociétés et des fondations. Comme les règles s'appliquent simultanément à plusieurs types de sociétés, l'option d'une loi spéciale évite les redites que l'insertion de dispositions dans le code civil et le code des obligations aurait inmanquablement entraînées.

Deux autres lois auraient en revanche tout aussi bien pu être intégrées dans le code civil. En premier lieu, la loi fédérale qui met en œuvre la Convention de La Haye sur l'adoption internationale⁴⁰³ porte sur une matière relevant typiquement du code civil. L'adoption internationale a pris un essor considérable ces dernières décennies, notamment en raison du manque d'enfants adoptables en Suisse. Elle présente des risques particuliers pour l'enfant⁴⁰⁴ qui justifient un encadrement strict de la procédure et des activités d'intermédiaires. L'aménagement des structures et des procédures internes pour se conformer à la Convention internationale tout en tenant compte du fédéralisme et des spécificités de l'adoption internationale a paru justifier une loi spéciale.⁴⁰⁵ Il est vrai aussi que l'insertion de ces règles dans le code civil aurait hypertrophié le

401 Par exemple les art. 37 à 41 du code civil du Québec.

402 L'art. 1 al. 1 LFus prévoit que la loi «règle l'adaptation des structures juridiques des sociétés de capitaux, des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite, des sociétés coopératives, des associations, des fondations et des entreprises individuelles par voie de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine».

403 Une loi de mise en œuvre d'une convention internationale est inhabituelle puisque le droit suisse est fondé sur le monisme. Voir les explications du Message du Conseil fédéral du 19 mai 1999, FF 1999 p. 5129 ss, 5141 s.

404 Voir notamment MARIE-FRANÇOISE LÜCKER-BABEL, *Adoption internationale et droits de l'enfant. Qu'advient-il des laissés-pour-compte?*, Fribourg 1991; ANDREAS BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Genève/Bâle 2003; Message, FF 1999 p. 5129 ss, 5139 s.

405 Voir les arguments donnés dans le Message, FF 1999 p. 5129 ss, 5142.

chapitre du code sur l'adoption par rapport aux autres chapitres formant le titre consacré à l'établissement de la filiation.

L'élaboration d'une loi spéciale, plutôt que la modification du code civil, pour régir le partenariat enregistré de personnes de même sexe se fonde à mon avis sur des arguments juridiquement beaucoup moins persuasifs. Le Conseil fédéral affirme, sans nullement convaincre, que l'intégration des nouvelles dispositions dans le code civil était «impossible, ne serait-ce qu'en raison de la densité de la réglementation».⁴⁰⁶ Il précise ailleurs que «du point de vue des sciences sociales, la création d'une réglementation juridique pour les couples homosexuels constitue une tâche complexe».⁴⁰⁷ Le Conseil fédéral voit encore un argument supplémentaire contre l'insertion des dispositions dans le code civil dans le fait que «le partenariat enregistré ne permet pas de fonder une famille».⁴⁰⁸ Enfin, il allègue que l'ouverture du mariage aux couples homosexuels supposerait «une révision de la Constitution (art. 14), étant donné que la différence de sexe constituait l'une des caractéristiques marquantes du mariage aux yeux du constituant».⁴⁰⁹

L'affirmation que le droit au mariage n'est garanti qu'à des personnes de sexe biologiquement différent n'implique pas nécessairement que le législateur ne puisse pas ouvrir le mariage aux couples de même sexe.⁴¹⁰ Une telle évolution est d'autant plus facilement imaginable quand on l'examine dans une perspective de droit comparé: un nombre croissant de pays ont, ces dernières années, décidé d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe bien qu'ils eussent auparavant considéré pendant très longtemps que le mariage consistait nécessairement en l'union d'un homme et d'une femme.⁴¹¹ Même si on suivait le Conseil fédéral, il aurait été possible d'apporter quelques modifications au code civil, ni denses ni complexes, pour reconnaître par exemple une union civile⁴¹² produisant, sauf exceptions, les mêmes effets que le mariage. Le code civil constituait en effet l'emplacement logique où insérer de telles dispositions. On peut s'étonner en tout cas que les idées d'intégration et d'égalité à la base de l'intervention législative ne se soient pas traduites également du point de vue formel et systématique. En adoptant une loi spéciale, le législateur

406 Message du 29 novembre 2002, FF 2003 p. 1212.

407 Message, FF 2003 p. 1192 ss, 1196.

408 Message, FF 2003 1192 ss, 1212.

409 Message, FF 2003 1192 ss, 1210. Dans le même sens, JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Préface, *in*: Andreas Ziegler et al. (éds), *Droits des gays et lesbiennes en Suisse*, Berne 2007, p. V ss, VII.

410 Dans ce sens, ANDREAS ZIEGLER, La protection constitutionnelle des gays et lesbiennes, *in*: Andreas Ziegler et al. (éds), *Droit des gays et lesbiennes*, Berne 2007, p. 15 ss, 30. Mais la doctrine majoritaire estime – pour le moment? – qu'une révision constitutionnelle serait au préalable nécessaire.

411 C'est le cas notamment aux Pays-Bas, en Belgique, en Suède, en Espagne ou encore au Canada.

412 A l'instar de ce qu'avait fait par exemple le Québec en 2002, avant l'extension du mariage aux couples de même sexe: voir les art. 521-1 à 521-19 du code civil québécois.

a probablement voulu marquer symboliquement que le partenariat enregistré restait une bien pâle copie du seul «vrai» mariage unissant un homme et une femme.

Enfin, une vague législative récente (depuis une dizaine d'années) a doté notre pays d'un «biodroit» ou «droit biomédical»⁴¹³ touchant directement à des questions de droit civil telles que la naissance, la mort, le statut du corps humain, la protection de la personnalité ou encore la filiation. Ces questions ont d'ailleurs paru si fondamentales aux yeux de bon nombre de législateurs étrangers qu'ils ont inséré des dispositions nouvelles directement dans le code civil. Par exemple, le code civil français contient depuis 1994 des dispositions dans son premier titre («Des droits civils») du premier livre, sur l'utilisation en médecine du corps humain (art. 16 à 16-9) et sur l'analyse génétique (art. 16-10 à 16-13); plus loin, il énonce des règles relatives à la procréation médicalement assistée (art. 311-20). Le code civil québécois de 1991 a de nombreuses normes sur le consentement aux soins médicaux (art. 11 ss), le don de tissus ou d'organes et l'expérimentation médicale (art. 19 ss), l'évaluation psychiatrique (art. 26 ss), le sort du corps après le décès (art. 42 ss), le changement de sexe (art. 71 ss) et la procréation médicalement assistée (art. 538 ss). Le BGB allemand contient quelques règles sur le consentement aux soins et la stérilisation de personnes sous curatelle (§ 1904 et 1905). Le code civil néerlandais de 1992 a été complété en 1995 par un chapitre entier (art. 446 à 468) sur le contrat de soins et les droits du patient qui, pour l'essentiel, reprend les principes que la jurisprudence avait posés.⁴¹⁴

Les diverses lois spéciales adoptées en Suisse depuis 1998 présentent la singularité de régler chacune dans son domaine d'application (procréation médicalement assistée, stérilisation, recherche sur l'embryon, transplantation d'organes, de tissus ou de cellules, analyse génétique et, bientôt, recherche médicale) des points tels que l'information du patient et les modalités de son consentement, y compris quand il n'est pas capable de discernement. Or, ces points ne font pour le moment toujours pas l'objet de dispositions générales de droit fédéral dans le cadre des traitements médicaux ordinaires.⁴¹⁵ Le résultat est quelque peu paradoxal: alors que les règles juridiques sont claires et

413 La première expression s'inspire naturellement de la «bioéthique», terme forgé dans les années 1960 pour désigner les réflexions morales sur les nouvelles applications de la biologie et de la médecine. Voir notamment CLAIRE NEIRINCK (éd.), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris 1994; MANAI (note 53), p. 53 ss.

414 Voir notamment LOES F. MARKENSTEIN, *Country Report. The Netherlands*, in: Jochen Taupitz (éd.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Berlin 2000, p. 741, 742 ss.

415 Quand elle aura été ratifiée par la Suisse, comme l'a proposé le Conseil fédéral (Message du 12 septembre 2001, FF 2002 p. 271 ss), la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine fournira au moins un socle de règles générales (art. 5 ss).

précises pour des procédures médicales hautement spécialisées, elles conservent une marge d'incertitude pour la médecine quotidienne, en particulier à l'égard des personnes incapables de discernement. Cette insécurité tient d'une part au caractère jurisprudentiel des règles déduites des droits fondamentaux et des principes généraux du droit privé (art. 10 Cst., art. 28 CC notamment⁴¹⁶), d'autre part aux velléités souvent peu coordonnées des cantons de réglementer le domaine par des normes de droit public de la santé⁴¹⁷, admissibles dans les limites de l'art. 6 CC.⁴¹⁸

La réforme en cours du droit de la tutelle propose justement d'introduire dans le code civil un certain nombre de règles générales à cet égard. D'une part, elle a prévu que chaque personne pouvait prendre des «mesures personnelles anticipées», telles que la constitution d'un mandat pour cause d'incapacité (art. 360 P CC) et la rédaction de directives anticipées (art. 370 ss P CC), destinées spécifiquement aux décisions de soins.⁴¹⁹ D'autre part, elle ancre des mécanismes de représentation légale propres au domaine médical (art. 377 ss P CC).⁴²⁰ Enfin, elle propose de régler les conditions auxquelles des soins médicaux peuvent être administrés à une personne placée à des fins d'assistance en raison de troubles psychiques (art. 433 ss du projet de réforme du code civil).⁴²¹

L'adoption des dispositions prévues dans la réforme du droit de la tutelle, ajoutée à la probable ratification de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, permettrait de donner une meilleure assise au biodroit que le législateur fédéral construit pierre par pierre depuis une quinzaine d'années.⁴²²

L'idéal proclamé il y a un siècle était celui d'un code simple, clair et concis mais néanmoins complet. La vie, heureusement, se révèle plus complexe, plus nuancée et plus riche. Comme l'écrit un auteur italien, «lorsque l'on codifie, il faut regarder bien au-delà du texte. Il faut regarder si loin que personne n'y

416 Pour quelques exemples, voir ATF 105 II 279; ATF 127 I 6; ATF 119 II 456.

417 Pour une idée de la diversité des règles cantonales, voir ARIANE AYER, THIERRY CLÉMENT et CHRISTIAN HÄNNI, DOMINIQUE SPRUMONT, *La relation patient-médecin: état des lieux*, Rapport IDS n° 1, Chêne-Bourg 2003. En France aussi, CARBONNIER (note 61), p. 553 a relevé que les règles de droit public du droit sanitaire et social deviennent peu à peu le droit commun des incapacités civiles.

418 Sur la portée de l'art. 6, voir notamment GABRIELLE STEFFEN, *Article 6 CC: un écheveau à dé mêler? L'exemple de la carte santé*, AJP 2003 p. 963 ss.

419 Message du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6635 ss, 6659 ss et 6664 ss.

420 Message, FF 2006 p. 6635 ss, 6669 ss.

421 Message, FF 2006 p. 6635 ss, 6700 ss.

422 Voir à ce sujet OLIVIER GUILLIOD, *Droits et libertés de la personne: le droit suisse face à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, in: *L'arbre de la méthode et ses fruits civils*, Zurich/Bâle 2006, p. 27 ss.

parvient»⁴²³! Ainsi, doctrine et jurisprudence se sont d'abord chargées de montrer la part d'illusion contenue dans l'idéal de jadis. Puis le législateur a dû se résoudre à adopter des lois spéciales pour compléter le code civil. Malgré cela, l'impression globale qui ressort de l'examen des lois fédérales spéciales relevant, au moins partiellement, du droit privé n'est pas tant celle d'une décodification chaotique que celle d'un prolongement de la codification d'il y a un siècle.

Dans l'ensemble, les lois spéciales s'appuient en effet sur les concepts utilisés par le code civil et révèlent le souci de maintenir une cohérence avec le code. Plusieurs d'entre elles renvoient à des articles du code civil, en particulier la loi sur le droit foncier rural (en de nombreux articles) et la loi sur le partenariat enregistré (art. 25, 27, 33, 34, 35), mais aussi la loi sur la protection des données (art. 15), la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (art. 17) et la loi contre la concurrence déloyale (art. 14). Le même souci de veiller à la cohérence de la législation a aussi conduit le législateur à insérer dans une quinzaine de dispositions modifiées du code civil un renvoi à des lois fédérales spéciales.⁴²⁴

2. *Des tentations de recodification?*

Le bicentenaire du code civil français a donné l'occasion à d'éminents civilistes de mener de grands débats sur l'opportunité d'une recodification, dans le prolongement logique des réflexions sur la décodification.⁴²⁵ Ainsi, J.-L. Aubert estime que l'éclatement du droit civil français «impose non seulement la rédaction d'un nouveau Code civil mais aussi l'organisation rationnelle d'un ensemble de textes et de codes satellites qui couvrent ensemble la totalité de la matière civile».⁴²⁶ L. Vogel arrive à une conclusion analogue, estimant que «la rénovation du Code civil serait un signal fort de l'identité de la France»; il propose alors une codification-innovation et non pas seulement une codification-compilation.⁴²⁷ Au contraire, Lequette considère que la prolifération des sources internationales, notamment le droit communautaire avec sa logi-

423 MAURIZIO LUPOI, Les origines conceptuelles du code civil italien à l'exemple du droit des successions, *in*: Le code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 171 ss, 177.

424 Voir notamment les art. 43, 46, 86a, 89^{bis}, 122, 135, 142, 256, 612a, 619, 654a, 682a, 728 et 934 CC.

425 Voir notamment les quatre contributions sur ce sujet parues dans Le code civil. 1804–2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004: JEAN-LUC AUBERT, La recodification et l'éclatement du droit civil hors le code civil, p. 123 ss; JACQUES ARRIGHI DE CASANOVA, Le Conseil d'Etat et les travaux de (re)codification, p. 141 ss; VOGEL (note 394), p. 159 ss; YVES LEQUETTE, Recodification civile et prolifération des sources internationales, p. 171 ss.

426 JEAN-LUC AUBERT (note 425), p. 139 s.

427 VOGEL (note 394), p. 163, 165 est convaincu «que le Code civil cimente l'unité nationale» et s'exclame avec emphase: «Nous n'avons plus le franc, mais il nous reste le Code!» (p. 163).

que de marché et la Convention européenne sur les droits de l'homme avec son culte de l'individualisme, constitue un obstacle quasi insurmontable à une recodification civile nationale qui lui paraît en conséquence un objectif inatteignable, à son grand regret.⁴²⁸

Le phénomène de décodification n'ayant à mon avis pas touché le droit civil suisse dans la même mesure que le droit français, la question d'une recodification ne se pose pas avec la même acuité dans notre pays, à tout le moins en ce qui concerne les quatre premiers livres du code civil.

On pourrait bien sûr aller chercher l'inspiration pour une recodification dans les codes civils adoptés ou révisés dans les cinquante dernières années à l'étranger. Les exemples ne manqueraient pas, en particulier dans les pays d'Europe centrale et orientale (par exemple le code civil hongrois de 1959 et le code civil polonais de 1964, tous deux révisés dans les années nonante; les codes civils récents de Russie, de Lituanie ou d'Estonie, etc.).⁴²⁹ Les codifications intervenues après la chute du Mur de Berlin, en 1989, présenteraient *a priori* un intérêt marqué puisque ces textes ont participé directement à la reconstruction politique et juridique de ces pays sur de nouvelles bases, démocratiques et respectueuses des droits de l'homme.

D'autres exemples intéressants de codification seraient le code civil des Pays-Bas, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992 et complété plusieurs fois depuis lors, et le code civil du Québec de décembre 1991.

Le code civil néerlandais entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992 constitue une refonte complète du droit préalable. Il marque ses distances, aussi bien matériellement que formellement, avec le modèle suivi antérieurement, à savoir le code civil français.⁴³⁰ Le code est composé de huit livres (contre trois au code civil français): personnes (y compris la famille), personnes morales, droits patrimoniaux en général, successions, droits réels, obligations en général, contrats nommés, transport. Il intègre le droit civil et le droit commercial. Il utilise une terminologie renouvelée et contient de nombreuses normes ouvertes.

Le code civil néerlandais révisé certaines approches dogmatiques, par exemple en réduisant la distinction entre biens mobiliers et biens immobiliers au profit d'une nouvelle distinction entre biens enregistrés et biens non enregistrés.⁴³¹ Il attache une importance accrue au rôle de la bonne foi et fait appel aux règles de la raison et de l'équité lorsqu'il n'existe aucune règle légale

428 LEQUETTE (note 425), p. 196: «l'objectif d'une recodification civile (...) apparaît hors d'atteinte».

429 Voir le site <<http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/legis.php>>.

430 Voir notamment DENIS TALLON, The New Dutch Civil Code in a Comparative Perspective – a French View-Point, *European Review of Private Law* 1993, p. 189 ss.

431 DIANA DANKERS-HAGENAARS, Le nouveau code civil néerlandais. Un cousin lointain dans la famille du droit français, in: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 179 ss, 188.

détaillée.⁴³² En droit des obligations, il codifie la théorie de l'imprévision et donne au juge le pouvoir de modifier un contrat à la demande de l'une des parties. Pour répondre aux besoins de la pratique commerciale, il introduit un droit de gage sur une chose mobilière, sans dépossession ni enregistrement dans un registre public.⁴³³

Les modifications que le code civil néerlandais a connues depuis son entrée en vigueur il y a quinze ans sont essentiellement dues aux directives communautaires d'une part (en particulier en droit de la consommation) et aux changements sociaux d'autre part. Ainsi en 1997, le législateur néerlandais a consacré le partenariat enregistré de couples de même sexe, puis leur a ouvert l'adoption, finissant au début du siècle par reconnaître le mariage homosexuel. En 2003, de nouvelles dispositions du code sur le bail et sur le droit successoral, touchant spécialement le conjoint survivant, sont entrées en vigueur.

Le code civil du Québec de décembre 1991, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, a remplacé le code civil du Bas-Canada de 1866 qui «avait subi l'usure du temps».⁴³⁴ Le code de 1991 penche davantage du côté des codes-innovation que des codes-compilation, mais sans révolution fondamentale du droit civil québécois. Selon des auteurs, 40% environ du code est véritablement nouveau, le reste reprenant des règles et institutions du code précédent.⁴³⁵ Le code est divisé en 10 livres, dont les cinq premiers, couvrant les articles 1 à 2643, suivent la même systématique que le code civil suisse: personnes, famille, successions, droits réels, droit des obligations. Les cinq livres suivants sont consacrés aux hypothèques et priorités, à la preuve, à la prescription, à la publicité des droits et au droit international privé. La lecture du code révèle un effort de rigueur analytique dans l'ordonnancement des matières. Par ailleurs, on sent une volonté générale de rédiger les articles de manière simple, concise et claire.⁴³⁶

Sur le fond, alors que le code de 1866 était directement influencé par le code civil français, celui de 1991 prend quelque distance avec lui. Il s'inspire en effet aussi de plusieurs droits étrangers de tradition de droit civil, cherche l'harmonisation avec la *common law* canadienne et suit même occasionnellement une directive de l'Union européenne.⁴³⁷ Ce caractère de «pont» entre la

432 DANKERS-HAGENAARS (note 431), p. 190.

433 DANKERS-HAGENAARS (note 431), p. 189.

434 JEAN-LOUIS BAUDOUIN et PIERRE-GABRIEL JOBIN, *Le code civil français et les codes civils québécois*, in: *Le code civil. 1804–2004. Livre du bicentenaire*, Paris 2004, p. 629 ss, 637.

435 BAUDOUIN/JOBIN (note 434), p. 640.

436 Ainsi, de nombreux articles consistent en une simple phrase. Le code ne présente cependant pas une homogénéité de ce point de vue: voir aussi les critiques formulées au terme de leur analyse du code sous l'angle formel par BAUDOUIN/JOBIN, (note 434), p. 642 ss.

437 BAUDOUIN/JOBIN (note 434), p. 640 citent la directive européenne en matière de responsabilité du fabricant, à l'origine des art. 1468, 1469 et 1473 du code civil du Québec.

tradition de droit civil et la *common law* rend le code civil du Québec particulièrement intéressant pour un pays qui voudrait recodifier son droit civil en veillant à assurer la meilleure compatibilité possible avec à la fois les grands codes et la *common law*. Il n'est donc pas surprenant que le code québécois ait été en partie repris par plusieurs pays d'Europe centrale et d'Amérique du Sud.⁴³⁸

A l'instar du code néerlandais, le code québécois brandit le principe de bonne foi comme une règle essentielle du droit privé.⁴³⁹ Il connaît aussi l'hypothèque mobilière sans dépossession (art. 2696) et la fiducie (art. 1260 ss), rangée dans le concept de patrimoine d'affectation (art. 1256 ss). Il a introduit nombre d'institutions ou d'instruments originaux, comme le mandat en cas d'incapacité (art. 2166) ou l'union civile (art. 521.1 ss), ouverte aux couples homosexuels comme hétérosexuels. Il règle en outre des problèmes apparus récemment et souvent absents des codes plus anciens. Par exemple, il contient une section consacrée aux droits de la personne face aux soins en général et face à des traitements particuliers (art. 11 ss), un chapitre sur le respect des droits de l'enfant (art. 32 ss), un autre chapitre sur le respect du corps après le décès (art. 42 ss) ou encore une section sur le changement de sexe (art. 71 ss).

Même si des idées intéressantes peuvent manifestement être puisées dans des codes étrangers, une recodification ne se justifie pas à l'heure actuelle en Suisse. D'une part, on ne perçoit aucun besoin de marquer une rupture, politique ou juridique, avec la situation existante. D'autre part et surtout, le droit civil en vigueur ne soulève pas de difficultés d'accès, de compréhension ou d'application qui justifieraient une si vaste entreprise.

Mieux vaut dès lors poursuivre la voie suivie jusqu'à présent, consistant à actualiser constamment la codification, au gré des changements continuels auxquels se trouve confrontée notre société, en retenant à chaque fois l'instrument le plus approprié: une révision du code civil ou l'élaboration d'une loi spéciale. Il faudrait un événement fort, par exemple l'adhésion à l'Union européenne ou l'adoption d'un code civil européen par les pays qui nous entourent pour déclencher en Suisse un mouvement de recodification.

Au-delà de ces contingences historiques, l'idée même de recodification devrait être discutée de façon critique. D'abord, l'idée volontiers entretenue de l'exhaustivité d'un code, à savoir que le législateur devrait s'efforcer de résoudre «toutes les controverses dont l'existence lui est connue»⁴⁴⁰ présente un caractère utopique. Ensuite, les vertus traditionnellement prêtées aux codes

438 BAUDOUIN/JOBIN (note 434), p. 650, mentionnent l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie.

439 Art. 6 du code; voir aussi l'art. 1375 qui répète le principe en matière contractuelle.

440 ERNEST ROGUIN, Observations sur la codification des lois civiles, in: Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne à l'occasion de l'Exposition nationale suisse, Lausanne 1896, p. 73.

civils (clarté, sécurité, accessibilité notamment) ne constituent peut-être pas un avantage comparatif décisif. Probst a récemment soutenu par exemple que la sécurité juridique offerte par un code civil était en partie illusoire et en tout cas pas supérieure à celle de la *common law*, dans laquelle la théorie de *stare decisis* confère une plus grande stabilité à la jurisprudence.⁴⁴¹ Enfin, dans bien des domaines, la souplesse de la loi est de nos jours une vertu presque aussi appréciée que la sécurité du droit.

III. Code civil et droit cantonal

1. *Le principe d'exclusivité de la codification civile fédérale*

Dès l'adoption du code civil puis du code des obligations, le droit fédéral a réglé en principe de manière exclusive le droit privé. On admet que ce principe d'exclusivité s'applique également aux matières régies par des lois spéciales de droit privé édictées par la Confédération. En principe, les législateurs cantonaux n'ont dès lors plus la possibilité d'intervenir législativement dans les matières relevant du droit privé fédéral édicté, même s'il existe une lacune proprement dite en droit fédéral.⁴⁴²

En revanche, les cantons gardent la possibilité d'adopter des règles de droit privé dans des domaines nouveaux qui ne sont pas du tout couverts matériellement par le code civil ou par des lois spéciales de droit privé fédéral. L'un des meilleurs exemples⁴⁴³ était encore une fois le domaine des applications des progrès de la médecine et de la biologie (procréation médicalement assistée, analyse génétique, transplantation d'organes, recherche biomédicale). Dans ces domaines, la plupart des cantons avaient adopté, en ordre dispersé, des dispositions légales à la fois de droit public et de droit privé. Ces dispositions cantonales se trouvent abrogées au fur et à mesure de l'entrée en vigueur des lois fédérales régissant ces thématiques.

Comme le signale l'art. 6 al. 1 CC, les cantons gardent en outre la possibilité d'adopter des dispositions de droit public dans les domaines couverts par les lois civiles de la Confédération. La doctrine⁴⁴⁴ parle souvent à ce propos de la «force expansive» du droit public cantonal, dont les dispositions peuvent, à certaines conditions, s'appliquer à des situations relevant normalement du droit privé fédéral. L'art. 6 CC ne vise en revanche pas les domaines où le

441 THOMAS PROBST, *Civil law et common law: code contre case?*, in: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 217 ss, 224 s.

442 Voir DENIS PIOTET (note 345), p. 11. Par ailleurs, l'art. 51 du Titre final du code civil a abrogé toutes les lois civiles des cantons au 1^{er} janvier 1912.

443 Déjà donné par DENIS PIOTET (note 345), p. 11 s., il y a bientôt dix ans, avant l'élaboration de lois fédérales sur ces matières.

444 Par exemple CARONI (note 345), p. 233; DENIS PIOTET (note 345), p. 14.

législateur fédéral a adopté des normes relevant matériellement du droit public (droit civil formel). Dans ce cas, c'est le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.) qui détermine la validité éventuelle des règles de droit public cantonal.⁴⁴⁵

Les dispositions de droit public cantonal qui empiètent sur le domaine du droit privé fédéral doivent naturellement répondre aux conditions de l'art. 36 Cst. dès qu'elles restreignent un droit fondamental, par exemple la liberté personnelle (art. 10 Cst.) ou la liberté économique (art. 27 Cst.). Elles doivent en outre respecter trois conditions que la jurisprudence⁴⁴⁶ a tirées avec constance de l'art. 6 CC, mais dont la concrétisation n'est pas toujours aisée.

En premier lieu, les dispositions de droit public cantonal doivent être justifiées par un intérêt public pertinent, comme la protection de la santé, de la moralité ou de la sécurité publiques. Cela ne fait en somme que confirmer la nature publique de la règle cantonale adoptée. Deuxièmement, elles ne doivent pas éluder le droit civil fédéral, c'est-à-dire ne pas en contredire la lettre ou l'esprit, ni les principes essentiels. Enfin, elles ne doivent pas empiéter sur un domaine que le droit fédéral entendait régir de manière exclusive.⁴⁴⁷ Le Tribunal fédéral a par exemple admis que la réglementation du code civil sur la publicité du registre foncier (art. 970) était exhaustive⁴⁴⁸, alors que les mesures de protection de l'enfant prévues dans le code civil laissaient la place à des règles de droit public sanitaire cantonal.⁴⁴⁹

En plus du tempérament apporté par l'art. 6 CC au principe d'exclusivité de la codification civile fédérale, l'art. 5 al. 1 CC maintient une compétence législative cantonale en matière civile dans les domaines où le droit fédéral l'a réservée. Les deux dispositions ne s'excluent pas mutuellement, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé récemment: «Alors que le droit privé cantonal doit, en principe, s'appuyer sur une réserve expresse, le droit public cantonal n'est pas soumis à une telle restriction, de sorte qu'un canton est habilité à édicter des normes de droit public même dans les domaines qui connaissent une réserve en faveur du droit civil cantonal».⁴⁵⁰

445 Dans ce sens, CARONI (note 345), p. 236 s.; HENRI DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, *Traité de droit privé suisse*, vol. II/1, Fribourg 1969, p. 19 s.; HANS SCHMID, *Basler Kommentar-ZGB I*, 3^e éd., Bâle 2006, N 9 *ad* art. 6. D'un autre avis, DENIS PIOTET (note 345), p. 13.

446 Voir notamment ATF 114 Ia 350; ATF 119 Ia 59; ATF 124 I 107; ATF 132 III 6.

447 La jurisprudence a successivement utilisé en français les adjectifs exhaustif et exclusif, peut-être à la suite d'une traduction approximative de l'allemand. A ce sujet, et aussi sur la différence de signification des deux termes, voir STEFFEN (note 418), p. 966. Sur les trois conditions en général, voir HANS SCHMID, *Basler Kommentar-ZGB I*, 3^e éd., Bâle 2006, N 13 *ss ad* art. 6.

448 ATF 112 II 422.

449 ATF 118 Ia 427.

450 ATF 132 III 6, 8.

2. *Le droit cantonal réservé*

Selon la classification généralement admise, il existe trois types de réserves en faveur du droit civil cantonal: la réserve du droit cantonal dont le droit fédéral exige l'adoption, la réserve habilitante qui permet aux cantons de déroger à la réglementation fédérale et la réserve attributive qui permet aux cantons de légiférer dans un domaine où il n'existe aucune norme de droit civil fédéral. Pour que la compétence du législateur civil cantonal soit reconnue, il faut en principe une réserve expresse en faveur du droit cantonal. Comme le préconise la doctrine dominante⁴⁵¹, une interprétation pertinente du droit fédéral peut cependant conduire à admettre à titre exceptionnel l'existence de réserves implicites.

Le droit cantonal d'exécution, notamment les règles d'organisation et de procédure, constitue une réserve de droit cantonal dont le droit fédéral exige l'adoption pour sa réalisation.⁴⁵² Une partie de ces règles cantonales disparaîtra d'ici quelques années, avec l'entrée en vigueur du code de procédure civile suisse.

La distinction, théoriquement simple, entre réserves habilitantes et attributives n'est pas toujours aisée à appliquer.⁴⁵³ Les réserves habilitantes ont un caractère facultatif: si le canton ne les utilise pas, la règle ordinaire du droit fédéral s'appliquera. On en trouve notamment en droit tutélaire (par exemple art. 423 al. 3 CC) et dans les droits réels (par exemple art. 688, 828 et 843 al. 1 CC).

Les réserves attributives donnent en principe un mandat aux cantons de légiférer; s'ils ne l'exécutent pas, la lacune du droit cantonal doit être comblée par le droit coutumier, voire les usages ou les bonnes mœurs, sans que le droit fédéral ne puisse venir combler la lacune. La plupart de ces réserves se trouvent dans le domaine des droits réels (par exemple art. 664 al. 3, 686, 695, 709, 740, 796 al. 2, 844 al. 1 et 953 CC) ainsi qu'à l'art. 59 al. 3 CC (sociétés d'allmends et autres corporations analogues⁴⁵⁴).

La somme du droit cantonal réservé est ainsi très variable selon les livres du code civil. Très limitée (sous réserve bien sûr du droit d'exécution) en droit des personnes, en droit de la famille et en droit des successions, elle est en revanche non négligeable dans le domaine des droits réels, comme le montre la lecture de certaines lois cantonales d'introduction au code civil.⁴⁵⁵ Des rai-

451 Notamment DESCHENAUX (note 445), p. 40; DENIS PIOTET (note 345), p. 18.

452 Pour plus de détails, voir DENIS PIOTET (note 345), p. 20 ss.

453 Voir DENIS PIOTET (note 345), p. 23.

454 Il s'agit de corporations de droit cantonal qui poursuivent un but social rattaché à l'économie traditionnelle de la région, en principe l'exploitation collective de biens immobiliers agricoles ou forestiers ou encore le maintien ou l'extension de réseaux de distribution d'eau.

455 Pour un inventaire complet, voir DENIS PIOTET (note 345), p. 189 ss.

sons historiques, notamment la volonté de conserver diverses institutions typiques des anciens droits civils cantonaux, expliquent la plupart des réserves attributives, notamment celle de l'art. 59 al. 3 CC.

3. *Bref bilan*

Les réserves en faveur du droit privé cantonal et, surtout, la tolérance vis-à-vis des compléments que le droit public cantonal peut apporter aux matières régies par le code civil ont permis aux cantons de servir parfois de laboratoire d'essais législatifs. Une telle fonction peut se révéler fort utile au moment de réviser le code civil.⁴⁵⁶ La réforme en cours du droit de la tutelle permet d'illustrer ce propos.

Le Tribunal fédéral avait jugé que l'art. 397a CC ne constituait pas une base légale pour administrer un traitement contre la volonté d'un patient privé de liberté à des fins d'assistance.⁴⁵⁷ Plusieurs cantons se sont alors dotés d'une base légale, le plus souvent dans leur législation sanitaire. Ces dispositions ont d'abord donné l'occasion au Tribunal fédéral d'enrichir sa jurisprudence sur la constitutionnalité de restrictions à la liberté personnelle et sur la densité requise d'une base légale dans ce domaine.⁴⁵⁸ Elles ont ensuite servi d'inspiration pour l'élaboration d'une base légale à insérer dans le code civil (art. 434 du projet de réforme de la tutelle).⁴⁵⁹

Le même projet de réforme adopte également à l'art. 370 une institution nouvelle, d'abord introduite dans les droits cantonaux pour pallier le flou du droit fédéral en ce qui concerne les décisions à prendre pour un patient incapable de discernement. Il s'agit de la possibilité laissée à une personne de rédiger des directives anticipées, pour exprimer à l'avance ses choix de traitement et/ou pour désigner un représentant thérapeutique ayant le pouvoir de décider pour elle.⁴⁶⁰ Les art. 383 et 384 du projet, qui déterminent les conditions matérielles et formelles auxquelles des mesures restreignant la liberté de mouvement peuvent être prises dans des institutions médico-sociales ont pareillement pu s'inspirer de dispositions cantonales adoptées depuis une douzaine d'années. Il en va de même de l'art. 438 applicable aux personnes privées de liberté à des fins d'assistance. Enfin, l'art. 432 permettant à une personne placée dans une institution de faire appel à une personne de confiance pour

456 Ou d'élaborer une loi fédérale spéciale, comme par exemple la loi sur la stérilisation.

457 ATF 125 III 169.

458 Voir notamment ATF 126 I 112; ATF 127 I 6; ATF 130 I 16.

459 FF 2006 p. 6635 ss, 6787.

460 A ce sujet, voir notamment MAX BAUMANN, *Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung*, RDT 2005, p. 58 ss.

l'assister durant son séjour reprend une figure que connaissent plusieurs droits cantonaux.

Ainsi, les espaces de compétence législative laissés aux cantons ne servent pas seulement à préserver des particularismes cantonaux d'antan, mais ils favorisent aussi l'émergence de solutions créatives que le droit fédéral peut ensuite reprendre.

E. Réflexions conclusives

«L'evoluzione rapida dei meccanismi che governano il mercato, il succedersi di innovazioni scientifiche e tecnologiche, l'emergere di esigenze sociali nuove, fa sì che le «tavole della legge civile» non possano considerarsi più dotate di stabilità, come avveniva nell'Ottocento e ancora nella prima metà del Novecento».⁴⁶¹

Le code civil est né il y a un siècle de la volonté de cimenter l'identité nationale et de faciliter les échanges à l'intérieur du pays en mettant fin au morcellement du droit privé sur des territoires cantonaux exigus. Sur le fond, il devait ancrer les valeurs principales sur lesquelles s'étaient édifiés les rapports sociaux et économiques et servir de texte de référence unique et ordonné. Dans sa forme, il poursuivait l'idéal d'offrir un texte régissant de manière systématique tous les problèmes de droit privé dans un langage simple, clair et accessible même aux non-juristes.⁴⁶²

Aujourd'hui, le code civil n'est plus tout à fait le même, sous l'effet conjugué de forces externes et internes à l'ordre juridique.

En premier lieu, le libéralisme, dans sa dimension philosophique (consécration des droits de l'homme) et économique-politique (économie de marché) s'est imposé, en Suisse et dans les pays environnants. L'intégration économique s'est déplacée du niveau national au niveau européen, voire mondial. Les phénomènes migratoires ont brassé les populations, les cultures et les idées. Les mœurs ont considérablement évolué, tout comme les connaissances scientifiques et les techniques.

Ces facteurs externes au droit ont largement dicté l'évolution du droit lui-même. Le code civil n'est plus la pierre de Rosette du droit privé fédéral mais est devenu l'une des pièces d'une mosaïque plus large. Il subit l'influence croissante de la Constitution fédérale et de la Convention européenne des droits de l'homme, qui l'ont supplanté dans sa fonction constitutionnelle d'origine. Il doit tenir compte de nombreux traités de droit international,

⁴⁶¹ ALPA/GAGGERO (note 219), p. 52.

⁴⁶² Comme bien d'autres auteurs, MARTIN (note 238), p. 242 a souligné ce que cet idéal, qui rendrait superflus doctrine et juges, avait d'utopique.

embryonnaire il y a un siècle, voire du droit de l'Union européenne qui, en cette année de commémoration, est exactement deux fois plus jeune que lui.⁴⁶³

Le phénomène juridique est donc devenu plus complexe, les lois ont logiquement proliféré, la jurisprudence s'est étendue. De son côté, la science juridique a pris une ampleur considérable tout en devenant plus éclectique, profitant notamment d'un accès facilité, grâce à la télématique, aux droits étrangers.

Malgré ces transformations, les auteurs du code civil reconnaîtraient aisément leur création, à l'exception sans doute du droit de la famille qui, matériellement, ne ressemble plus du tout au droit d'il y a un siècle. L'architecture générale du code a été conservée, de même que ses principales institutions. Plus important encore, l'esprit du code civil, qui transparaît en particulier dans ses art. 1 à 4 demeurés intacts, a été maintenu. C'est ce mélange de pérennité et d'adaptation au changement qui fait la force d'un code. De ce point de vue, le code civil suisse est un alerte centenaire.

Il y a deux siècles, Portalis avait déclaré dans le cadre des travaux d'élaboration du code civil français que «l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir les principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître de chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application».⁴⁶⁴

Les pères du code civil suisse avaient dans l'ensemble assez bien suivi ces préceptes, qui me paraissent sages pour une législation de droit privé. Depuis quelques décennies toutefois, on peut remarquer une tendance à élaborer des réglementations plus minutieuses dans la loi. Le souci de la densité des normes en droit public, l'évolution de la technique législative, l'influence d'un certain dogmatisme germanique voire des *restatements* entrepris dans les pays de *common law* fournissent probablement quelques éléments explicatifs de cette évolution.

Mais cette évolution est peut-être due aussi à une certaine forme d'impérialisme juridique auquel les juristes devraient prendre garde. Certes, les relations sociales et la vie en général se sont «juridifiées», aucun domaine n'échappant désormais à l'emprise du droit.⁴⁶⁵ Le droit médical et le droit du

463 On sait que le Traité de Rome a été signé le 25 mars 1957 par la France, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg. Cinquante ans plus tard, l'Union européenne est forte de 27 Etats (adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie au 1^{er} janvier 2007), au milieu desquels flotte l'étendard de l'îlot helvétique.

464 PORTALIS, cité par BARRIÈRE (note 8), p. 116.

465 Pour autant, personne ne voudrait retourner au code civil prussien de 1794, fort de quelque 19 000 articles et qui régissait jusqu'aux actes les plus banals de la vie quotidienne. Voir notamment DUNAND (note 2), p. 11 ss.

sport en fournissent deux bons exemples. Les relations entre professionnels de la santé et patients, autrefois largement gouvernées par des règles de nature déontologique, font maintenant l'objet de règles juridiques détaillées. Les compétitions sportives ne se déroulent plus à l'abri des juges, selon les seules règles fixées par des fédérations privées, mais doivent respecter le droit étatique, sous l'œil vigilant des tribunaux.

L'idée qu'aucune activité humaine n'échappe *a priori* au droit marque à la fois l'attachement au principe d'égalité et d'abolition des privilèges et le souci d'offrir une protection aux personnes les plus vulnérables. Elle ne doit cependant pas nécessairement conduire à réglementer en détail et par les seuls instruments du droit toutes les activités humaines. L'efficacité des règles juridiques dépend davantage des contraintes externes au droit que de leur perfection formelle. Le juriste doit rester conscient des limites de sa discipline.⁴⁶⁶ Il doit veiller par conséquent à ne pas raisonner en vase clos mais à intégrer d'autres visions de l'humain, des institutions et des thématiques sociales.⁴⁶⁷

Plus encore qu'une loi «ordinaire», le code civil doit établir les «principes féconds en conséquences» dont parlait Portalis, sans entrer dans le détail de toutes les situations qui peuvent surgir. Le code civil doit exprimer la sollicitude de la société civile envers les personnes les plus faibles et prévoir les mécanismes essentiels propres à assurer la protection de leurs intérêts. Il doit faire confiance à la sagacité des juges chargés de traduire concrètement les principes et valeurs qu'il pose.

Reste une question, plus spéculative: comment évoluera le code civil dans les cent ans à venir?

Se projetant dans l'avenir, Schmidlin⁴⁶⁸ a prédit que «les nouvelles codifications se développeront sur différents niveaux (...): nationaux dans les domaines plutôt étroits et stables des rapports personnels et des biens immeubles, unifiés dans les domaines qui touchent les libertés des citoyens européens et universalisés en forme de conventions et d'accords internationaux là où les réseaux économiques et politiques ont atteint un niveau mondial».

Je partage son point de vue que l'avenir du code civil est étroitement lié au destin politique de la Suisse et de l'Europe. Pour le surplus, en l'absence de

466 Selon LUPOI (note 423), p. 177, une seule certitude existerait quand on légifère: «tout principe, et même toute règle spécifique, peut être détourné sans grande difficulté du but que le législateur a poursuivi». Et il conclut: «c'est bien là la beauté du droit!».

467 Dans un sens apparemment voisin, EWALD (note 8), p. 98, appelle à une nouvelle «civilisation du droit» qui agrégerait «au monde proprement juridique celui des disciplines qui cherchent à comprendre les institutions: économie, sociologie, anthropologie».

468 SCHMIDLIN (note 41), p. 63. Voir aussi les questions sur l'avenir du code que pose DUNAND (note 2), p. 42.

parchemins prophétiques⁴⁶⁹, je me garderai bien d'esquisser un scénario pour le futur qui, comme le disait Coluche, n'est de toute façon plus ce qu'il était.

469 Relire les dernières pages de GABRIEL GARCIA MARQUEZ, *Cent ans de solitude*, Paris 1968.