

STUDIA
UNIVERSITATIS BABE -BOLYAI
IURISPRUDENTIA



EDITURA SFERA JURIDICA

**Str. Baba Novac nr. 20 ap.7
400080, Cluj-Napoca**

**Tel. 0730 131176
www.sferajuridica.ro
office@sferajuridica.ro**

Adresa redacției:

**Universitatea Babeș-Bolyai, Facultatea de Drept
Redacția revistei "Studia UBB - Iurisprudentia"
str. Avram Iancu, nr. 11, cod 400089, Cluj-Napoca
tel./fax: (0040)-264.59.55.04, 0264.405300, int. 5913, 5914
e-mail: mbocsan@law.ubbcluj.ro, sgolub@law.ubbcluj.ro**

Abonamente și comenzi:

**EDITURA SFERA JURIDICA
Str. Baba Novac nr. 20 ap.7
400080 Cluj Napoca
Tel. +40730 131176
www.sferajuridica.ro, office@sferajuridica.ro**

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 2/2008
iulie-decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: conf.dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

REDACTOR-ȘEF ADJUNCT: lector dr. Sergiu BOGDAN

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI :

profesor dr. Liviu POP

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Dan CHIRICĂ

conf.dr. Florin STRETEANU

lector Șerban DIACONESCU

lector dr. Ovidiu PODARU

asist. Juanita GOICOVICI

asist. Cosmin COSTAȘ

asist. Diana IONESCU

REFERENȚI:

George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română

Jacques BÉGUIN - profesor, Université Paris I „Panthéon-Sorbonne”

Tudor DRĂGANU - profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Michel GRIMALDI - profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Philippe MALAURIE - profesor, Université Paris I „Panthéon-Sorbonne”

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal



La recodification et les tendances actuelles du droit privé

Bălți, 9-12 octobre 2008

Entre le 9 et le 12 octobre 2008, le groupe roumain de l'Association « Henri Capitant » des amis de la culture juridique française, en collaboration avec la Faculté de Droit de l'Université « Babeş-Bolyai » Cluj-Napoca et la Faculté de Droit de l'Université « Alecu Russo » de Bălţi (Moldavie) ont organisé le colloque internationale ayant comme thème

La recodification et les tendances actuelles du droit privé

Comité scientifique

Vladimir HANGA, Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca

Président d'honneur de l'Association Capitant - Roumanie

Jean PINEAU, Université de Montréal

Eugeniu PLOHOTNIUC, Recteur, Université « Alecu Russo » de Bălţi

Victor VOLCINSCHI, Université d'Etat de Moldavie, Chişinău

Gheorghe NEAGU, Université « Alecu Russo » de Bălţi, doyen de la Faculté de Droit

Paul VASILESCU, Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca, doyen de la Faculté de Droit

Comité d'organisation

Mircea Dan BOB, Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca

Secrétaire général de l'Association Capitant - Roumanie

Veaceslav PÎNZARI, Université « Alecu Russo » de Bălţi

Ion GAGIM, vice recteur Université « Alecu Russo » de Bălţi

Sergiu GOLUB, Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca

Cornel VRABIE, Université « Alecu Russo » de Bălţi

Motivation. Les mouvements législatifs importants qui ont eu lieu dans l'est du continent européen après 1989 justifient un rassemblement des scientifiques pour leur apprécier la portée et en tirer des enseignements. La chute d'un régime politique et juridique, le passage à l'économie de marché et les tendances de mondialisation ont réclamé une refonte du cadre législatif. La révision des codes a été un des principaux buts suivis en vue de moderniser la législation. Presque deux décennies après la dissolution du bloc communiste, un aperçu s'avère possible et nécessaire.

L'extension de l'Union Européenne vers l'est met les futurs avocats en contact avec ces aspects. Leur connaissance sera hautement utile pour les futurs juristes, en vue de comprendre le phénomène juridique dans cette partie du continent et le mettre en relation avec les évolutions dans leurs pays respectifs.

Sujets à débattre. Les présentations ont été concentrées sur les points suivants:

- la politique législative des gouvernements et son efficacité;
- la technique législative employée pour la révision ou, selon le cas, pour la refonte des codes;
- l'apport des doctrinaires à l'élaboration et à l'application des nouveaux codes;
- l'apport des praticiens (magistrats, avocats, notaires etc.) à l'élaboration et à l'application des nouveaux codes;
- les modèles occidentaux suivis dans la recodification;
- l'influence des solutions nord-américaines.

Méthodologie. Les présentations ont été faites par des spécialistes du droit renommés, en provenance de l'est européen. L'échange d'expérience ne pouvant être que bénéfique, les conférenciers provenant d'autres régions que l'Europe centrale et orientale y ont été invités. La langue des travaux a été le français, avec une seule exception.

Le colloque s'est déroulé en même temps comme école d'été pour les étudiants présents. Les destinataires des cours ont été tout étudiant intéressé par la problématique législative postcommuniste et par sa comparaison avec les problèmes généralement posés lors de la recodification en Europe. Trente deux étudiants roumains et seize étudiants moldaves ont assisté aux conférences.

TABLE DES MATIERES

Actes du colloque internationale La recodification et les tendances actuelles du droit privé

Présentation du colloque	5
PREMIERE PARTIE: THEORIE DE LA RECODIFICATION	11
• Csaba VARGA, <i>Codification et recodification – idées, tendances, modèles et résultats contemporains</i>	11
• Pascale DEUMIER, <i>La re-codification à droit constant: outil de légistique ou de réforme?</i>	30
• Ferenc SZILÁGYI, <i>Common Frame of Reference: Towards a Nowadays European Identity in Private Law</i>	32
• Raluca BERCEA, <i>Le paradoxe de la codification européenne</i>	65
• Gianmaria AJANI, <i>Codification du droit privé européen et multilinguisme: deux principes qui s'opposent?</i>	85
DEUXIEME PARTIE: LA RECODIFICATION ET SES MODELES	101
• Christian BALDUS, Thomas RAFF, <i>La capacité du «système des pandectes»</i>	101
• Marian NICOLAE, Mircea-Dan BOB, <i>La recodification du droit civil roumain en quête de modèle</i>	115
• Aurel BĂIEȘU, <i>L'harmonisation des réglementations en matière de sanctions de l'inexécution du contrat</i>	122
• Remy CABRILLAC, <i>L'expérience française de recodification du droit civile</i>	131
• Diana DANKERS-HAGENAARS, <i>Le nouveau code civil néerlandais de 1992: aspects de la politique et de la technique législatives</i>	139
• Sebastian SPINEL, <i>La cassation et le recours réglementés par la procédure civile roumaine</i>	155
• Veaceslav PÎNZARI, <i>Le respect de la Loi sur la technique législative dans le Code civil et dans le Code de la famille de Moldavie</i>	166
• Manuel GUȚAN, <i>Le droit civil roumain entre recodification „nationale” et uniformisation européenne</i>	171
• Corneliu VRABIE, <i>La codification – élément implicite dans le processus de réforme du droit international privé</i>	190
PRÉSENTATIONS RÉSUMÉES EN RÉGIME POSTER	195
• Roman ANTROPOV, <i>Regard sur la codification récente en matière de propriété intellectuelle dans la Fédération Russe</i>	195
• Valeriu BABĂRĂ, <i>Réflexions sur les réglementations de droit international privé en République de Moldova</i>	195

Table des matières

- Flavius BAIAS, *Le réglementation du divorce dans le projet du Code civil roumain* 196
- Sergiu BĂIEȘU, *Aquisition de la propriété d'un non dominus (quelques idées sur la propriété apparente)* 196
- Joan MARSAL, *La recodification en Espagne – l'expérience catalane* 197
- Dien NGUYEN, *La propriété immobilière en droit socialiste vietnamien: vers une propriété au sens du droit français* 199
- Shi JIAYOU, *La Codification chinoise* 200
- Florin STRETEANU, *La codification roumaine en matière pénale: à la recherche d'un modèle* 200
- Ștefan S. VĂCĂRELU, *Les systèmes et les méthodes de codification du droit privé en Louisiane et aux Etats-Unis* 201

PREMIÈRE PARTIE: THÉORIE DE LA RECODIFICATION

Codification et recodification Idées, tendances, modèles et résultats contemporains

Csaba VARGA*

I. Codification: le présent (1. Ses données / 2. Avec un éthos changé / 3. Avec une espérance tremblée / 4. Avec systémicité dans le centre); II. Codification: le futur (5. Défi par l'Union Européenne / 6. L'énigme de la convergence); III. Codification: le passé (7. Les origines reconsidérées / 8. La modernité reconsidérée / 9. La fonction du code transsubstantiée) IV. Codification: en face d'un nouvel âge (10. Une conclusion méthodologique / 11. Avec des questions perpétuelles)

Résumé La suprématie de la loi, avec sa prétention d'incarner de manière exhaustive le droit, montre les signes du déclin. L'exigence développée il y a un demi-siècle en tant que perfection logique de l'idéal européen de la codification, c'est-à-dire le remaniement récurrent et périodique des codes pour accorder la définition codifiée du droit aux conditions du moment, s'affaiblit. Dans l'abandon de la codification (en vue d'arriver à l'état de décodification), l'accent se déplace du code lui-même à la fonction que le code peut remplir. Le code en tant qu'une forme systémique de l'objectivation juridique susceptible de donner une réponse sans lacune à toute question inscrite à l'intérieur de son cadre de régulation, est finalement remplacé par l'actualité de toute réponse canalisée par le code, peut-être en ne proposant rien d'autre qu'un topos systémique, auquel conceptuellement ou institutionnellement cette réponse librement contextualisée peut renvoyer. En même temps, le noyau de la codification demeure l'idée de système telle qu'elle se manifeste dans sa composition et sa structure, mais aussi dans la réflexion doctrinale et les constructions conceptuelles qui l'entourent, y compris la jurisprudence.

I. Codification: le présent

(1. Ses données) Que s'est-il passé sur le terrain de la codification pendant ce dernier quart de siècle? ¹ La pratique juridique semble suivre un sentier battu sans trop de soucis, mu par

* Professeur et directeur de l'Institut de Philosophie du Droit à l'Université Catholique de Pázmány Péter de Hongrie [H-1428 Budapest 8, B.P. 6: varga@jak.ppke.hu] et conseiller scientifique à l'Institut des Sciences juridiques de l'Académie des Sciences de Hongrie [H-1250 Budapest, B.P. 25: varga@jog.mta.hu] WEB-page: <http://varga.jak.ppke.hu>.

¹ Comme antécédents, cf. Csaba Varga, *Codification as a Socio-historical Phenomenon* [1979] (Budapest: Akadémiai Kiadó 1991) viii + 391 pp. {sommaire: 'La codification en tant que phénomène historico-sociale' *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 23 (1983) 1-2, pp. 219-224 et reprint en Csaba Varga, *Études en philosophie du droit / Estudios en filosofía del derecho* (Budapest: ELTE "Comparative Legal Cultures" Project 1994), pp. 294-299 [Philosophiae Iuris], et, plus récemment, un court article, « Codification », in *The Philosophy of Law, an Encyclopedia*, ed. Christopher Berry Gray (New York & London: Garland 1999), pp. 120-122 [Garland Reference Library of the Humanities, vol. 1743]. Comme compte-rendus de cette monographie ou de ses pré-publications, voir Gérard Conac in *Revue internationale*

une dynamique interne. En revanche, la doctrine – posant de nouvelles cibles en réactivant des rêves européens millénaires et en reprenant des images partagées afin de répondre aux politiques actuelles de l'Union Européenne – semble prête à réviser, voir même à renverser des perspectives conventionnelles antérieures que l'on croyait fermement établies, espérant ainsi frayer de nouveaux chemins. La contestation en termes politiques et méthodologiques de la codification est redevenue très à la mode: elle est au cœur de la controverse, ses dilemmes apparaissent comme vitaux et déterminant en ce qui concerne la prise de décision ayant trait à notre avenir.

En considérant les épisodes distincts du passé récent comme des indications pures, on peut constater que plus d'une cinquantaine de codes a été promulguée à partir de la fin de la Deuxième Guerre Mondiale. Durant une période relativement courte, nous avons assisté à la refonte complète des codes civils classiques au Portugal (1967), aux Pays-Bas (1992)¹, au Québec (1994)², à la réélaboration complète du code pénal en Espagne (1995)³ et aussi en France qu'en Belgique, aussi bien qu'à la recodification du droit civil en Louisiane, en Allemagne (le droit des contrats) mais également en Europe Centrale et Orientale,

de Droit comparé 29 (1977) 4, pp. 861-862, Braun-Otto Bryde in *Rabels Zeitschrift für ausländisches Privatrecht* 42 (1978) 3, pp. 587-588, Karl-Eckhart Heinz in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXV (1979) 1, pp. 146-148, María del Refugio González in *Boletino Mexicano de Derecho Comparado* XII (1979), No. 34, pp. 300-302, Fausto E. Rodríguez in *Boletino Mexicano de Derecho Comparado* XII (1979), No. 35, pp. 672-673, Jörgen Dalberg-Larsen in *Retfaerd* [København] (1978), No. 8, pp. 86-93, F[erenc] Majoros in *Revue internationale de Droit comparé* 32 (1980) 4, pp. 873-876, J[ózsef] Szabó in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 32 (1981) 1, pp. 123-128, Stefan Šipoš in *Universitate Babeş-Bolyai - Iurisprudentia* 26 (1981) 1, 76-78, L[eonard] Bianchi in *Právny Obzor* 64 (1981) 1, pp. 60-63, Реферативный Журнал за Рубежём 4: Государство и Право [Moscow] 1981/4, pp. 26-29, Vera Bolgár in *The American Journal of Comparative Law* 30 (1982) 4, pp. 698-703, Georg Brunner in *Rabels Zeitschrift für ausländisches Privatrecht* 46 (1982) 3, pp. 579-580, Denis Tallon in *Revue internationale de Droit comparé* 44 (1992) 3, pp. 740-741, Paolo Cappellini in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* XXI (1992), pp. 595-599, N. S. Marsh in *International and Comparative Law Quarterly* 42 (July 1993) 3, pp. 747-748, Pierre Legrand, «Strange Power of Words: Codification Situated », *Tulane European & Civil Law Forum* 9 (1994), pp. 1-33 et Paolo di Lucia in *Sociologia del Diritto* 21 (1994) 1, pp. 201-203.

¹ Cf. Arthur Hartkamp, «Statutory Lawmaking: The New Civil Code of The Netherlands », *De Lege* 1995, pp. 151-176.

² A cet égard, par exemple, voir Pierre Legrand, « De la profonde incivilité du Code Civil de Québec », pp. 1-13 et Sylvie Parent, « Le Code civil de Québec: Incivilité ou opportunité », pp. 15-25, les deux publiés dans *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques* (1996), No. 36. Le fait que l'étude savante du code civil, avec une précision exemplaire, ait été achevée presque au dernier moment avant que le nouvel code n'entre en vigueur – *Quebec Civil Law, An Introduction to Quebec Private Law*, ed. John E. C. Brierley & Roderick A. Macdonald (Toronto: Edmond Montgomery Publications Ltd. 1993) lviii + 728 pp. –, pour être remplacé par un concept parfaitement nouveau et sa réalisation par le code, montre bien l'impuissance de la théorie juridique.

³ Voir à cet égard Marta Gracia Blanco, «Codification et droit de la postmodernité: La création du nouveau Code pénal espagnol de 1995 », *Droit et Société* (1998), No. 40, pp. 509-534.

notamment en Russie, en Pologne et en Hongrie (auxquelles nous pouvons ajouter la décision de refondre du code pénal en Hongrie)¹.

(2. *Avec un éthos changé*) Tout d'abord et de manière générale on peut formuler une observation plutôt choquante. Alors que la fin du second millénaire approchait, la codification elle-même perdait graduellement de sa pureté et de sa consistance par rapport aux idéaux classiques qui naguère formaient un système rigoureux et cohérent. Ceci se vérifie à plusieurs égards. D'un côté la suprématie de la loi, avec sa prétention d'incarner de manière exhaustive le droit, montre les signes du déclin². D'un autre côté (et par suite du constat précédent) l'exigence développée, il y a un demi-siècle en tant que perfection logique de l'idéal européen de la codification, c'est-à-dire le remaniement récurrent et périodique des codes pour accorder la définition codifiée du droit aux conditions historiques, économiques et sociales du moment, s'affaiblit. Comme il est connu, s'étant fixé comme objectif l'incarnation du droit dans un code, la codification socialiste réalisa cette exigence de la manière la plus doctrinale, la plus pure et la plus conséquente. Par ailleurs, elle est devenue un schème qui – sous la pression de la modernisation – s'est transformé en modèle suivi avec enthousiasme par les pays en voie de développement d'Afrique et d'Asie.

Pour des considérations pratiques, nous pouvons comparer ce basculement dans l'extrême opposé à un mouvement de pendule. Dorénavant, il ne sera plus question de recodification, mais de la négation complète de la codification même (c'est-à-dire l'abandon de la codification en vue d'arriver à l'état de « d é c o d i f i c a t i o n ») qui avance au premier plan de manière de plus en plus marquée pour constituer un nouveau point de repère³. Plus précisément, l'accent se déplace de manière progressive du code lui-même à la fonction que le code remplit. Autrement dit, le code en tant qu'une forme systémique de l'objectivation juridique susceptible de donner une réponse sans lacune à toute question inscrite à l'intérieur de son cadre de régulation, est finalement remplacé par l'actualité de toute réponse canalisée par le code, peut-être en ne proposant rien d'autre qu'un topos

¹ Voir par exemple *Renaissance der Idee der Kodifikation, Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992*, hrsg. Franz Bydlinski, Theo Mayer-Maly, Johannes W. Pichler (Wien, Köln, Weimar: Böhlau 1992), pp. 157 [Schriften zur Rechtspolitik 5]; Rodolfo Sacco, « Codificare: mode suprato di legifare? », *Rivista di diritto civile* XXIX (1983) 1, pp. 117 et s., et particulièrement p. 120; Konrad Zweigert & Hans-Jürgen Puttfarcken, « Allgemeines und besonderes zur Kodifikation », in *Festschrift für Imre Zajtay* (Berlin: Duncker & Humblot 1982), pp. 569 et s.; Ildikó Basa « Re-codification of the Civil Code? Conception for Drafting the New Civil Code », *Acta Juridica Hungarica* (2005) 1-2, pp. 73-93 et István Sándor « Certain Issues of the Codification of the New Hungarian Civil Code » *Studia Iuridica Caroliensa* (2007), pp. 179-190.

² F. Kübler, « Kodifikation und Demokratie », *Juristenzeitung* (1969), pp. 645 et s., surtout la page 651. D'après lui, la crise du droit en général « n'est qu'un phénomène ordinaire dans une société démocratique industrielle [où] le caractère fragmentaire et périodique de la loi est dans l'ordre des choses ». On peut trouver une opinion similaire chez, par exemple, Josef Esser, « Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute », in Hans-Jochen Vogel & Josef Esser, *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde, Vom Reichjustizamt zum Bundesministerium der Justiz* (Tübingen: Mohr 1977), pp. 13 et s. [Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 470].

³ Natalino Irti, *L'età della decodificazione* 3^{ème} éd. (Milano: Giuffrè 1989) 195 pp.

systémique, auquel conceptuellement ou institutionnellement cette réponse librement contextualisée peut renvoyer¹.

Selon l'opinion la plus répandue actuellement, celle que les idéologies postmodernes considèrent comme seule justifiable, le soi-disant « autoritarisme de la codification » du passé devrait céder la place (à la fois comme idéal et comme technique de la régulation pratique) à une sorte d'« ouverture démocratique », poursuivant certaines typologies du développement² dont les racines se prolongent surtout dans l'expérience américaine généralisée de manière à comprendre également la pratique européenne³.

Comme conséquence logique, les législateurs d'aujourd'hui ont tendance à abandonner toute tentative de pureté et de cohérence systémique (comme si cela relevait d'une sorte d'atavisme doctrinaire), laissant la voie ouverte aux emprunts pragmatiques de n'importe où, ce qui revient à admettre le caractère partiel et fragmenté du résultat⁴. A cela s'ajoutent de nouvelles sortes de localisme, de transitionalisme et de pragmatisme qui font leurs chemins sous l'égide postmoderne de la mondialisation et qui expliquent la tentative d'absolutiser les efforts persistants actuels y compris le souhait de réécrire le passé (ce qui ne semble pas

¹ Selon l'expression de SACCO, p. 125, ce n'est plus le code-forme qui est supérieur mais l'idée de sa capacité à fournir une solution: « Le code n'est pas dépassé. C'est l'idée qu'un code puisse être sans lacune qui est dépassée, et que ses paroles seules puissent résoudre tous les cas possibles de l'avenir. [Il codice non è {...} superato. È superata l'idea che un codice possa nascere privo di lacune, e che la sua sola lettera possa offrire una buona soluzione per tutti i possibili casi del futuro.] »

² Voir la première formulation de cette idée que j'ai proposé dans le même esprit – principalement inspirée par Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision, Toward a Theory of Legal Justification* (Stanford: Stanford University Press 1961), pp. 122 et s.; Per Olof Bolding, « Reliance on Authorities or Open Debate? Two Models of Legal Argumentation », *Scandinavian Studies in Law* 13 (Stockholm: Almqvist & Wiksell 1969), pp. 65 et s.; Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society, Toward a Criticism of Social Theory* (New York & London: The Free Press 1976), ch. II; et particulièrement Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition, Toward Responsive Law* (New York: Harper & Row 1978) – dans mon « Átalakulóban a jog? » [Le droit en transformation?], *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 4, pp. 670–680 et « Logic of Law and Judicial Activity: A Gap between Ideals, Reality, and Future Perspectives », in *Legal Development and Comparative Law*, ed. Zoltán Péteri & Vanda Lamm (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981), pp. 45–76, spécialement para. 5.

³ Selon Kübler, p. 651, « l'Etat-codificateur autoritaire se transforme en un système qui aspire à l'ouverture démocratique où la législation devient un instrument politique qui requiert un ajustement permanent ». Selon Valérie Lasserre-Kiesow – « La codification allemande au XVIII^e siècle: Réflexions sur la codification d'hier et d'aujourd'hui », *Archives de Philosophie du Droit* 42 (1998), pp. 215–231, citation dans les pp. 223 et 231 – « l'avenir ne se trouve pas dans le passé [...]. [L]a codification fondée sur les paradigmes de l'étatisme et de perfection formelle et matérielle [est] très certainement sans avenir ».

⁴ Selon Jean-Louis Bergel, « Les méthodes de codification dans les pays de droit mixte », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte* (Aix-Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1989), pp. 21–34, « il n'y a plus désormais que des droits mixtes » (p. 34), car « la mixité se répand et devient la règle générale » (p. 35).

inédit, une telle pratique n'étant pas totalement inconnue anciennement en France). Il s'agit d'un tournant paradigmatique, d'une tendance qui semble se généraliser: cela est symptomatique, notamment dans le pays natal de la codification classique, le code amené par NAPOLEON, tout splendide et pérenne en tant que type (dans ses caractéristiques structurales), semble courir le risque d'effacement de la mémoire collective pour ne demeurer qu'un événement historique exceptionnel. La notion même de « codification » donc se relativise (ainsi que l'idée et la réalisation historique qu'elle accomplit) par l'assimilation réductrice de sa signification à la rationalisation d'un aspect du management de masse qu'implique l'administration publique de nos jours, c'est-à-dire de la consolidation ininterrompue du droit en vigueur (des lois aux actes de l'exécutif, y compris les règles administratives)¹. Cette analyse à court terme, cette simplification extrême (qui rejoint la prédiction de « la fin de l'histoire » avec toutes les représentations conceptuelles erronées et a-historique inhérentes à l'utopisme contemporain de FRANCIS FUKUYAMA) – à quoi s'ajoute la nature controversée de la « codification » comprise comme une consolidation véritable qui doit d'abord « transcrire », ensuite « transgresser » la matière juridique positivée qu'elle traite en son sein, arrachant la matière juridique à son contexte originaire et la plaçant dans un autre contexte, pour ainsi passer à la « transdiction »² – constitue non seulement un « abus conceptuel » total, mais un signe évident de déclin³. Tout cela contribue

¹ Par Guy Braibant, le président adjoint de la Commission supérieure de la codification – « Codification », in *Encyclopaedia Universalis* 6 (Paris: Encyclopaedia Universalis 1995), pp. 39-42 –, rêvant la pratique juridique actuelle (mue par l'hygiène journalière et dépourvue de toute armature conceptuelle), déclarait que la codification est un accomplissement magnifique et universel de l'humanité. Car, même si « la codification est une vieille ambition de l'humanité » (p. 39), ses manifestations « n'ont pas d'autre valeur que celle des textes que [elles] reprennent ou que [elles] édictent ». Il ajoute que « Quant à la codification, elle n'est rien d'autre qu'une opération ou une politique de fabrication de codes par regroupement de normes anciennes ou création de normes nouvelles » (p. 39). Par conséquent, le terme de « codification » lui-même possède une signification double. Même s'il existait une « grande oeuvre codificatrice », le *Code civil*, seuls les « codes systématiques » nous sont aujourd'hui disponibles. Etant donné, ajoute-il, que « la renaissance [de la codification] vient d'après la guerre » (p. 40).

² Gérard Timsit, « La codification: transcription ou transgression de la loi? », in Gérard Timsit, *Archipel de la norme* (Paris: Presses Universitaires de France 1997), ch. V, pp. 145-159, cf. à cet égard les pp. 151, 155 et 159 – citant la codification, néanmoins comme preuve de l'actualisation inhibitive, il parle de la consolidation sans arrêt [on retrouver cela chez Elisabeth Catta dans sa « Codification et la loi fétiche », in *Interpréter le droit: Le sens, l'interprète, la machine*, sous la dir. Claude Thomasset & Danièle Bourcier (Bruxelles: Bruylant 1997), pp. 63-69, mais aussi chez Denys de Béchillon, « L'imaginaire d'un code », *Droits* (1998), No. 27: La codification 3, pp. 173-184] – et il réprovoque la consolidation en raison du « dépassement des limites de la loi » (p. 151) et de la « momification de la loi » (p. 159) qu'elle opère. C'est-à-dire, il critique cette fausse codification car tout en fonctionnant avec la source originaire du droit, elle la falsifie de manière tacite, parce qu'elle la reformule par un autre moyen.

³ Par exemple, cette extension conceptuelle est explicitement considérée comme un abus conceptuel par Dominique Gaurieu, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », *Revue générale de droit* [Ottawa] 31 (2001) 1, pp. 1-85.

progressivement à caractériser notre temps jusqu'au point où certains commentateurs croient déceler des tendances inverses, opposant celles des États-Unis à celles de l'Union Européenne. En somme, ils tendent à découvrir que si *là-bas* on observe une réaffirmation voire même le lancement de la codification, *ici*, sur notre continent, la décodification est à l'ordre du jour¹.

Une sorte de scepticisme domine donc aujourd'hui, d'abord sous la forme de la désillusion, ensuite comme un réveil général provoqué par la disparition des mythes entourant l'idéal européen de codification. S'étendant aussi au passé, ce scepticisme s'est transformé lentement mais sûrement en une perte de confiance dans la force régulatrice du droit et de sa prévoyance normative et a abouti à une *d é c e p t i o n g é n é r a l e* quant à la codification elle-même². Certaines analyses contemporaines tempérées la ramènent aux attentes exaltées et donc propres aux puristes (et à cet égard également doctrinaires), excessives en tout (et par conséquent non pratiques: elles se trouveront nécessairement inadaptées lorsqu'elles seront mises à l'épreuve du temps) fixées à l'époque des Lumières, au commencement de la période de la codification classique³. De cette reconnaissance, on n'hésite pas à tirer une conclusion immédiate: seule la codification envers laquelle ses créateurs se sont montrés les moins enthousiastes, les moins ambitieux, peut espérer un succès et une applicabilité durables⁴.

(3. *Avec une espérance tremblée*) Mais justement, à quoi ressemble la codification à l'aube du nouveau millénaire et vers où se dirige-t-elle? La plupart des réponses semblent confirmer la position théorique que j'ai tenue ailleurs⁵. Quelques rêveurs qui se penchent sur notre avenir la jugent comme une chose désespérément encastrée dans (en tant qu'elle est constituée par) nos idéaux du passé, et par conséquent la qualifient d' *é t a t i s t e* et d' *a u t o r i t a i r e* puisqu'elle proclame ce qu'est le droit – en bref, ma position serait empreinte d' *atavisme* et, en tant que telle, *devrait être dépassée*. Par contraste, on pourrait lui opposer de manière justifiée l'image d'un code élastique, investi de beaucoup d'espoir projeté dans un futur code civil européen esquissé de manière vague, avec l'incertitude liée aux phases exploratoires et encore flou à beaucoup égards.

(4. *Avec systémicité dans le centre*) Selon la littérature théorique sur la matière (sans tenir compte pour le moment des reconstructions déconstructives de demain), le noyau de la

¹ Shael Herman, « The Fate and the Future of Codification in America », in *Essays on European Law and Israel*, ed. Alfred Mordechai Rabello (Jerusalem: The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law [Hebrew University] 1996), pp. 89–129, surtout p. 124.

² Par exemple André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne* (Paris: Presses Universitaires de France 1991), p. 294 [Les voies du droit], parle des « mythes lénifiants et sécurisants de la simplicité, de la permanence et du caractère abstrait du droit ».

³ Par exemple Karsten Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee: Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts* (Heidelberg: Müller 1992).

⁴ « La raison pour laquelle les pays possédant de vieux codes civils sont encore capables de trouver leur chemin est liée au fait que leurs législateurs n'en ont pas trop fait. » Werner Lorenz, « On the "Calling" of Our Time for Civil Legislation », in *Questions of Civil Law Codification*, ed. Attila Harmathy & Agnes Németh (Budapest: Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences 1990), p. 128.

⁵ Cf. Varga, *Codification ...*, op. cit.

codification demeure l'idée de système¹ telle qu'elle se manifeste dans sa composition et sa structure, mais aussi dans la réflexion doctrinale et les constructions conceptuelles qui l'entourent, y compris la jurisprudence qui se réfère aux définitions codifiées des institutions, à des construits et à des dispositions juridiques:

« C'est en finir avec le flou, le vague, les frontières mal tracées et les divisions approximatives en produisant des classes claires, en opérant des coupures nettes en établissant des frontières tranchées »².

D'ailleurs, la codification comme système apparaît invariablement comme (1) un corps exclusif du droit qui met en oeuvre (2) l'unité dans son terrain régulateur (3) avec cohérence logique et de manière conséquent³; ou, possédant des caractères de (1) complétude, (2) d'absence de contradictions et (3) d'économie régulatrice⁴; ou, en outre, comme un (1) énoncé du législateur (2) compréhensif et (3) systématique, (4) promulgué sous la forme d'un code⁵. En ce qui concerne donc cette question, l'attitude théorique reste conservatrice: lorsque d'une part la voie de la collection pure et de l'incarnation textuelle du droit – que j'ai eu l'occasion de qualifier de quantitative – et d'autre part celle du remodelage systémique du droit selon un idéal logique – que je distingue sous le terme de qualitative – divergent en tant que types de codifications, les notions comprises sous les appellations de 'code' et de 'codification' se rapprochent à tel point que le deuxième terme finit par englober le premier, soit le type qualitatif, portant ainsi comme élément conceptuel *sine qua non* du droit traité dans sa systémité.

En fait, c'est précisément cette distinction qui semble en voie de disparition, telle une réalisation du passé maintenant dépassée, selon les visions postmodernes et le volontarisme politique de l'Union Européenne qui n'est pas encore dotée d'une quelconque expérience pratique encourageant une régulation codificatrice et toute compréhensive.

¹ A l'égard du développement historique des concepts de 'système' et du 'système juridique', voir par exemple René Sève, « Introduction », pp. 1-10, et concernant leur analyse à travers l'exemple du *Code civil*, voir son « Système et code », pp. 22-86, les deux publiés dans *Archives de Philosophie du Droit* 31: Le système juridique (1986).

² Pierre Bourdieu, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales* (1986), No. 64, pp. 4-44, citation p. 42. « Le système [...] participant à la fois de la logique positive de la science et de la logique normative de la morale, donc capable de s'imposer universellement à la reconnaissance par une nécessité inséparablement logique et éthique. » (p. 4.)

³ Michel Humbert, « Les XII Tables, une codification? », *Droits* (1998), No. 27: La codification 3, pp. 87-112, relève la présence collective de ces caractères dans la *lex duodecim tabularum* afin de la qualifier de code (pp. 110-111).

⁴ François Ost, « Le code et le dictionnaire: Acceptabilité linguistique et validité juridique », *Sociologie et sociétés* XVIII (avril 1986) 1, pp. 59-75.

⁵ Reinhard Zimmermann, « Codification: History and Present Signification of an Idea », *European Review of Private Law* 8 (1995) 1, pp. 95-120, surtout les pp. 96-97.

II. Codification: le futur¹

(5. *Défi par l'Union Européenne*) Le premier cobaye dans l'expérimentation que représente cette immense tâche actuellement en cours est l'effort d'élaboration d'une *codification européenne du droit privé*, quelle que soit la manière dont on s'y prend. En ce qui concerne les contours de cette codification, nous savons ce qui suit:

- elle n'aspire ni à la clarté conceptuelle, ni à la consistance, ni à la poursuite exclusive d'un modèle concret (existant) ou idéal²: néanmoins, on suppose qu'elle devra représenter l'héritage européen entier, voire même l'héritage atlantique, dans la tradition des valeurs et techniques envisagées comme un *tout pratique* (peut-être à la manière d'une mosaïque) dans une nouvelle qualité. En même temps,
- elle ne peut tendre ni à la perfection ni prétendre à une quelconque complétude exclusive³. En raison de la nouvelle définition du droit, il faut que cette codification accepte ouvertement – dans un contexte particulier de variation constante des intérêts et de dépendance par rapport aux mouvements institutionnels qui peuvent survenir à tout moment – le caractère *transitoire et médiateur* de sa tâche. Par conséquent, ayant tiré un enseignement des fiascos que la codification a rencontrés jusqu'à présent,
- elle ne peut avancer que de manière « *rampante* »⁴. Dès lors que cette expression métaphorique opère un consensus parmi les théoriciens qui participent au débat (révélant aussi le poète, le rêveur, l'innovateur ou le révolutionnaire social caché en chacun de nous, en dépit de son refoulement par notre formation académique), le raisonnement doctrinal (peut-être sec mais systématique) que nous trouvons dans les traités de théorie juridique, a cédé la place (de manière jusque ici inconnue dans la

¹ Pour un traitement monographique tout récent, voir Csaba Varga, *Jogrendszerek, jogi gondolkodásmódok az európai egységesülés perspektívájában* (Magyar körkép – européen uniós összefüggésben) [Systèmes juridiques et mentalités juridiques dans la perspective de l'unification européenne: Un panorama hongrois dans un contexte européen] (Budapest: Szent István Társulat 2008), ch. V: Közös jog: harmonizálás és kodifikáció [Droit commun: harmonisation et codification] et ch. III: Konvergencia? A kontinentális és az angolszász mentalitás sorsa [Convergence? Le destin des mentalités du continent et du common law] {sous presse} [Az uniós tagság következményei a magyar jogrendszerre és a közigazgatásra {Les conséquences de l'adhérence à l'Union sur le système juridique et l'administration publique hongrois}].

² Jürgen Basedow, « Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid », *European Review of Private Law* 9 (2001) 1, pp. 35–49.

³ D'après Lasserre-Kiesow, ce que durant la période de la codification classiques incarnait « la totalisation des connaissances » (p. 221) n'est rien d'autre qu'une « exaltation juridique patriotique et habituelle [...], un obstacle à l'idéal d'une Europe juridique » (p. 223). Pour un sens proche, voir également Wolfgang Wiegand, « Back to the Future? », *Rechtshistorisches Journal* (1993), Nr. 12, p. 283.

⁴ Le terme 'ramper' renvoi au terme anglais 'to creep' qui signifie « to develop slowly and steadily [...] in the hope of advancement » (se développer de manière lente mais régulière dans l'espoir d'avancer). Le terme anglais a été utilisé au premier fois par Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (The Hague: Kluwer Law International 1999).

littérature juridique) à une sorte de subjectivisme rhapsodique qui comprend une multitude de rêves et le caractère illimité (qui rappelle à bien des égards l'extase de la soi-disant « lune de miel » des révolutions), voire même effréné et aléatoire, du credo suivant: « Tout est possible, car en vertu du pouvoir d'un club aussi grand, nous sommes en position d'atteindre nos objectifs, quels qu'ils soient ». D'un côté, d'aucuns continuent à rêver les yeux ouverts, espérant aboutir de manière ou d'une autre et sous une forme ou une autre au résultat final escompté: ils considèrent que ce résultat sera atteint suivant le modèle et avec l'automatisme du *Volksgeist* cher à la pensée de SAVIGNY, grâce à la clarification émergente de principes à travers leur mise à l'épreuve par la pratique juridique, leur continuel remaniement, leur inlassable réajustement par la combinaison du travail de la communauté scientifique et de la doctrine avec celui de la force de socialisation de la jurisprudence vivante et les efforts dans l'enseignement disponible par le biais de formations générales et spécifiques¹. D'un autre côté, des opinions divergentes croient que l'unité souhaitée de l'Union Européenne se réalisera à travers l'accumulation laborieuse de principes (qui devront par la suite être remodelés, réaffirmés et représentés par une véritable profession juridique transnationale européenne qui puisse s'élever au-dessus de la fragmentation nationale). Cette accumulation verra le jour au sein d'un enseignement professionnel et d'une pratique commerciale proprement européens, avec comme arrière plan une science juridique et une doctrine unificatrice. Par conséquent, c'est à la p r a t i c a b i l i t é que le nouveau credo européen appelle et non au scientisme pur ou à la complaisance égoïste et satisfaite de l'auteur, puisque ceci conduit inéluctablement à l'égoïsme, n'entraînant qu'une plus grande complexité et des contradictions superflues, c'est-à-dire un conceptualisme abstrait et doctrinaire semblable à ces fruits desséchés et inertes, incapables de répondre véritablement aux défis actuels et pratiques. En revanche, nous avons besoin de nouveaux PORTALIS, car seule l'humilité de la tradition peut proposer les fondements d'une codification au niveau des *principes fondamentaux*². Et enfin, certains auteurs – et ils sont exceptionnels si nous prenons en considération également les convictions personnelles – soulignent qu'il est un peu audacieux de rêver au-delà – et évoquent l'exemple du *American Restatement of the Law* et de la législation uniforme – d'une préparation expérimentale de projets tels que celui des *Principes du droit européen des contrats* ou celui des *Principes de procédure civile européenne*, afin qu'on arrive à décider, après avoir appris grâce à l'expérience pratique nouvelle, comment continuer (à condition d'avoir décidé d'aller plus en avant)³. En même temps et en liaison étroite avec ce constat,

- la question de la dualité et/ou de la convergence de la *common law* (anglaise) et du *droit civil* (continental) est posée comme un sujet vital toujours d'actualité⁴. Ce vieux-nouveau

¹ Klaus Peter Berger, « The Principles of European Contract Law and the Concept of 'Creeping Codification' of Law », *European Review of Private Law* 9 (2001) 1, pp. 21-34.

² Ole Lando, « Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium », *Scandinavian Studies in Law* 40 (Stockholm: Almqvist & Wiksell 2000), pp. 343-402, spécialement les pp. 361-363.

³ Ewond Hondius, « Towards a European Civil Code », in *Towards a European Civil Code*, ed. Arthur Hartkamp, 2nd ed. (Nijmegen: Ars Aequi Libri & The Hague, Boston: Kluwer 1998) xiii + 652 pp., pp. 3-19.

⁴ Cf. The Clifford Chance Millennium Lectures, *The Coming together of the Common Law and the Civil Law*, ed. Basil S. Markesinis (Oxford & Portland, Oregon: Hart 2000) vii + 255 pp.,

dilemme (auparavant la friandise préférée des seuls comparatistes, source de jouissances purement intellectuelles) est désormais une condition nécessaire d'une décision politique et de la possibilité de sa réalisation future, alors qu'il ne représentait hier qu'un vague pressentiment des conséquences présumables d'une telle décision. Dans cette optique, l'administration européenne commune de la justice telle qu'elle fonctionne à Luxembourg, à Strasbourg, etc., depuis quelques décennies ne requiert qu'un résultat partagé, commun à tous, sans mettre l'accent sur la manière par laquelle on est arrivé à ce résultat. Les modalités, la procédure et les sources de références qui ont servi durant ce processus ne sont pas jugées pertinentes. Néanmoins, une codification commune européenne, aujourd'hui envisagée, pénètre déjà au cœur du droit. Elle présuppose l'unification des esprits, des approches sous-jacentes, de la réflexion conceptuelle, subordonnés aux formes logiques et systémiques – c'est-à-dire la sensibilité, le talent et le style – qui à leur tour et tout au long des siècles passés ont non seulement offert à notre continent toute une palette des positivations du droit qui diverge en nature par rapport à celles qui sont développées sur les îles britanniques, mais par ailleurs, incarnent une voie et une direction diamétralement opposées aux attentes placées dans la future convergence européenne, tant dans l'expérience historique que dans la reconstruction théorique, dans les cadres de la pensée politique et constitutionnelle, dans l'enjeu et la nature de la réflexion philosophique, soit, en somme, faisant un choix entre la dépendance pragmatique à l'expérience humaine et sociale ou la poursuite de la logique aride des schèmes conceptuels préconçus, et par conséquent dans les réalisations de la révolution accomplie de la pensée scientifique naturelle¹.

En résumé et pour simplifier tout en demeurant précis: il y a parmi nous, d'un côté, ceux qui, prêts à agir, attendent les ordres pour s'exécuter et ceux qui s'occupent les uns des autres en espérant que la diligence et la minutie qu'ils apportent à leur travail – invisible de l'extérieur – et leur sens des responsabilités produiront un jour le résultat longtemps espéré. Tous peuvent au meilleur des cas être des spécialistes du *droit comparé* qui se retranchent obstinément derrière les textes juridiques: mais aucunement des théoriciens, par ailleurs, sensibles aux approches historiques et anthropologiques qui tiennent également compte des fondements des *cultures juridiques comparées*². Ces derniers sont ceux qui savent

puis spécialement l'article suivant dans le même ouvrage: Basil S. Markesinis, « Our Debt to Europe: Past, Present, and Future », pp. 37-66; Vivian Crosswald Curran, « Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union », *The Columbia Journal of European Law* 7 (2001) 1, pp. 63-126. Un des contributeurs – R. H. Helmholz, « Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions? », *Duke Law Journal* 1990/6, pp. 1207-1228 – remarque en concluant que « les juristes de *common law* ont toujours préféré éviter certains aspects du droit continental, cependant ils le considèrent habituellement comme une ressource ou une référence à laquelle on peut faire appel au besoin, pas comme un étranger » (p. 1228).

¹ Pour les opinions divergentes voir Csaba Varga, *Lectures on the Paradigms of Legal Thinking* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1999) vii + 279 o. [Philosophiae Iuris]. Pour ses applications voir aussi Csaba Varga, *Theory of the Judicial Process: The Establishment of Facts* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1995) vii + 249 pp., avec l'aperçu critique par Massimo Vogliotti in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques* (1997), No. 38, pp. 235-237.

² Pour les distinctions conceptuelles et disciplinaires, et les exigences des approches nouvelles, cf. Csaba Varga, « Comparative Legal Cultures: Attempts at Conceptualization », *Acta Juridica Hungarica* 38 (1997) 1-2, pp. 53-63 et « Comparative Legal Cultures? Renewal

déjà – ou au moins ceux qui prévoient au niveau de leurs hypothèses pour soutenir leurs démarches et leurs explorations – que le droit est loin d’être un mécanisme, construit par des éléments interchangeables selon un étalon fabriqué et fonctionnant comme une machine. Il est en revanche un aspect de la culture humaine vivante, de manière relative et à des fins professionnelles des autres facteurs et porteur de l’ordre en création de la communauté, seulement pour – ayant tiré de la circulation journalière des intérêts – être capable, avec une sécurité prévisible, de diriger, d’influencer et de contrôler la pratique de la résolution des conflits en accord avec des modèles préconstitués, et par là, rendant cet exercice impersonnel, dans l’esprit de l’ethos de l’ordre lui-même, c’est-à-dire, d’un Ordre extérieur qui est nécessairement dépersonnalisé, semblable à l’image du voile de la *Justitia*.

(6. *L’énigme de la convergence*) Un examen hâtif de la littérature abondante sur ce sujet suffit pour relever l’existence de recherches ardues et détaillées sur d’une part « l’européanisation »¹ intensive de la théorie juridique britannique et sur d’autre part tous ces « mythes de la codification » – à propos desquels, nous nous contenterons de citer un seul exemple:

« I. La codification peut proposer une formulation accessible et complète du droit, et peut faciliter le développement du droit de manière ordonnée. II. Les régimes juridiques codifiés sont rigides, et non susceptibles d’adaptation. III. L’accent que la *common law* met sur les techniques de *case law* la rend admirablement adaptable aux circonstances nouvelles »²

– qui, bien entendu, pareilles aux chimères et aux attentes utopiques, ne peuvent être justifiées ni sur le terrain du droit civil ni sur celui de la *common law*.

Ce type d’avis se présente le plus souvent mêlé d’arguments qui relèvent de la croyance euphorique en une Europe Commune³ ou au contraire d’arguments extrêmes qui rejettent

by Transforming into a Genuine Discipline », *Acta Juridica Hungarica* 48 (2007) 2, pp. 95–113. Ces deux articles traitent de la thématique développée dans *Comparative Legal Cultures*, ed. & introd. Csaba Varga (Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth & New York: The New York University Press 1992) xxiv + 614 pp. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Legal Cultures 1] et *European Legal Cultures*, ed. Volkmar Gessner, Armin Hoeland, Csaba Varga (Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth 1996) xviii + 567 pp. [Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures I].

¹ Par exemple, Reinhard Zimmermann, « Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen *civil law* and *common law* », *Zeitschrift für Europäisches Recht* I (1993), pp. 4 et s.; J. Levitsky, « The Europeanization of the British Legal Style », *The American Journal of Comparative Law* 42 (1994), pp. 347 et s.

² Basil A. Markesinis, « The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer », [originellement paru dans *Rabels Zeitschrift* (1993), pp. 438–448], in Basil A. Markesinis, *Foreign Law and Comparative Methodology, A Subject and a Thesis* (Oxford: Hart 1997), pp. 36–46, citation aux pp. 37–38.

³ Basil Markesinis, *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century* (Oxford: Clarendon Press 1994); James Gordley, « “Common Law and Civil Law”: Eine überholte Unterscheidung », *Zeitschrift für Europäische Privatrecht* I (1993), pp. 498 et s.

cette thèse¹. Les analyses des signes, des étapes et des événements du rapprochement éventuel du droit civil et de la *common law* (ou, au moins d'une interaction effective et d'une influence réciproque) sont relativement sporadiques. Certaines analyses prétendent par exemple qu'en Allemagne, la jurisprudence du *Bürgerliches Gesetzbuch* est passée de l'exégèse abordée anciennement comme « jeu d'échec juridique » à une approche en termes de « révolution de case-law »², alors qu'en même temps, « l'auto-affirmation d'une sorte de doctrinarisme s'accroît » dans la pensée juridique britannique (cela indique que « ces particularités et les aspérités de leurs contours sont en train de disparaître des deux côtés de la Manche »³). Toutefois, ce qui se révèle nécessaire est une voix calme qui désillusionne: sans applaudir ni s'opposer, elle devrait nous rappeler que, comparé à l'écoulement du second millénaire de l'histoire européenne, ce qui s'est passé jusqu'à présent n'est pas beaucoup ni nécessairement nouveau. Par conséquent, on peut constater que,

« conclure sur cette base que la *common law* est en voie "d'eupéanisation" est sans doute aussi imprudent que d'envisager qu'elle était isolée pour commencer »⁴.

Et en effet, nous ne pouvons nous permettre d'oublier qu'il y a quelques décennies, l'idée même d'appliquer n'importe quelle formulation abstraite universelle, comme par exemple dans l'hypothèse de l'application directe et uniforme par un tribunal d'une charte des droits de l'homme, aurait paralysé d'effroi la Chambre des Lords. De manière semblable, les juristes britanniques ont prouvé leur incapacité ou leur opposition à proposer (peut-être par prétention) un moyen pour la division interne du droit anglais, plus convenable et plus pratique que la classification factuelle (c'est-à-dire la disposition ordonnancée des faits à

¹ Cf., par exemple, Pierre Legrand, « Legal Tradition in Western Europe: The Limits of Commonality », in *Transfrontier Mobility of Law*, ed. Robert Jagtenberg, Esin Öricü, Annie de Roo (The Hague, London, Boston: Kluwer 1995), pp. 63-84 et « How to Compare Now », *Legal Studies* 16 (1996), pp. 232 et s. Par exemple Luigi Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* [L'Europe des codes, ou un code pour l'Europe?] (Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero 1993), p. 3 [Saggi, conferenze e seminari 7], exclue du cercle des alternatives possibles l'unification par voie de codification: « reconnaître qu'un code pour l'Europe n'est pas une alternative réelle ». Pierre Legrand, « Brèves réflexions sur l'utopie unitaire en droit », *Revue de la common law* 3 (2000) 1-2, pp. 111-125 cite de l'œuvre de P. d'Oribane, *Cultures et mondialisation* (Paris: Seuil 1998), pp. 324-325, selon lequel « la raison, dont les Français ont le goût est plus noble, plus vouée à la beauté de la théorie, plus attachée à ce qui est pur et gratuit, plus éprise de systèmes généraux et d'idées, plus brillante, plus féconde en démonstrations élégantes, plus vouée à la grandeur que la raison que cultive les [Anglais] ».

² Josef Partsch, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität* (Bonn: Cohen 1920), p. 39, et John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor: University of Michigan Law School 1968), p. 432, cités parmi d'autres par Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today* (Oxford: Oxford University Press 2001) xx + 197 pp. [Clarendon Law: Lectures].

³ Reinhard Zimmermann, « Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science », *The Law Quarterly Review* 112 (October 1996), pp. 576-605, surtout p. 590. La citation se trouve à la page 589.

⁴ Xavier Lewis, « The Europeanisation of the Common Law », in *Transfrontier Mobility of Law*, pp. 47-61., citation p. 61.

partir des initiales de leur dénomination anglaise)¹ – convenant avec complaisance que la pensée humaine n’a jamais produit et ne produira probablement jamais quelque chose de plus adéquat que ce « chaos avec un index »² purement alphabétique qui identifie le topos et les contextes juridiques.

III. Codification: le passé

(7. *Les origines reconsidérées*) Maintenant, à l’aide d’un regard jeté sur le passé, à partir des problèmes d’aujourd’hui et de demain, nous pouvons nous demander comment la codification des différentes époques historiques est représentée dans la littérature récente à ce sujet.

En ce qui concerne ses plus anciennes manifestations, celles antérieures aux formes grecques et romaines, il est certain qu’elles ne constituaient, pour la plupart, pas des sources normatives du droit³, mais des « vœux pieux et des résolutions morales plutôt que du droit effectif »⁴, voire parfois, de simples et traditionnels manuels littéraires servant à la formation du personnel juridique⁵.

¹ Le but de *The Division and Classification of the Law*, ed. J. A. Jolowicz (London: Butterworths 1970) vi + 90 pp. est de l’aveu général rien d’autre qu’un « plaider en faveur d’une classification factuelle du droit [...] une division factuelle du contenu du droit » (p. 7).

² Cette expression de Sir Thomas Holland est citée par N. Marsh, in *International & Comparative Law Quarterly* 30 (1981), p. 488.

³ « Les codes juridiques n’ordonnent nulle part, ni dans leur prologue, ni dans leur post-face, à quiconque d’obéir à leurs dispositions. Les jugements de procès ne prêtent nullement attention aux codes juridiques. » A. Walther, *Das altbabylonische Gerichtswesen* (Leipzig: Hinrichs 1917), p. 227.

⁴ J. J. Finkelstein, « Ammisaduqa’s Edict and the Babylonian “Law Codes” », *Journal of Cuneiform Studies* 15 (1961), pp. 91–104, citation en p. 102.: « leurs objectifs primaires étaient de démontrer au public, aux générations et rois futurs et en premier lieu, aux dieux, la preuve de l’exécution par le roi du mandat qu’il a reçu des dieux » (p. 103). – Autrement dit, « Le code d’HAMMURABI [...] – similairement à l’ensemble des codifications Acadiennes et Sumériennes antérieures – n’avait rien à voir avec la pratique juridique de son temps. Dont le contenu peut être interprété à partir de plusieurs points de vue principaux, comme la formulation littérale et traditionnelle des obligations sociales du Roi et comme la traduction de la conscience du Roi dans la différence entre la situation existante et la situation souhaitée ». A. Leo Oppenheim, *Ancient Mesopotamia: Portrait of a Dead Civilization*, rev. ed. (1977). (Je note que cette œuvre comprend une remarque qui nous amène à réfléchir et à mieux comprendre le développement européen: l’approche fatale qui consiste à tenter de faire correspondre la réalité au texte était inconnue en Mésopotamie et probablement ailleurs au Proche-Orient antique. Cette approche, fruit d’un changement de grille comportemental, n’est apparue qu’ultérieurement et dans un développement certainement périphérique, précisément dans le judaïsme qui désirait produire des rapports sociaux spécifiques pour des motivations idéologiques précises.)

⁵ A. Leo Oppenheim, *Ancient Mesopotamia* (Chicago: University of Chicago Press 1964), pp. 14–21. En ce qui concerne toutes ces formes primitives, voir Raphael Sealey, *The Justice of the Greeks* (Ann Arbor: The University of Michigan Press 1994) xiii + 164 pp.

En fait, surtout dans le cas des grandes œuvres qui ont marqué l'émergence de la codification de type *classique* (comme par exemple l'*Allgemeines Landrecht*¹ et le *Code civil*), et en dépit de l'origine autoritaire du premier et révolutionnaire du second, leur *enchaînement dans la tradition*² est de plus en plus redécouvert et accentué – particulièrement à la lumière des défis intellectuels et institutionnels actuels qui se réfèrent plus à SAVIGNY qu'à THIBAUT³, en raison d'un « intérêt européen » commun ou, plus précisément, sous la pression du temps et faute de pouvoir faire autrement.

(8. *La modernité reconsidérée*) Partant, ce n'est pas par hasard qu'aujourd'hui la contribution personnelle de PORTALIS à la rédaction du *Code civil* est sous le feu de la rampe – ce qui contraste avec le ton dépréciatif utilisé antérieurement lorsqu'on la mentionnait⁴ – et fait l'effet d'une révélation (révoquant son traité acrimonieux et désillusionné à l'aide d'une description de son époque sortant des sentiers battus, ce que jadis lui valait l'oubli). Ensuite, il n'est en rien étonnant qu'à travers l'interprétation du *Code NAPOLEON* en tant que phénomène sociologique nous commençons aujourd'hui à collecter les faits suivant sur J. E. M. PORTALIS (1746–1807) comme autant d'éléments qui nous renseignent sur sa personnalité: il s'était réfugié dans la partie septentrionale de l'Allemagne pendant la Révolution où il a établi des relations avec les Piétistes; son intérêt pour les œuvres de PASCAL et de MONTESQUIEU s'y était approfondi; enfin, c'était aussi durant cette période qu'il s'était mis à critiquer sévèrement la misère passée de son pays natal dans un essai publié après sa mort. Car en Allemagne, il avait, de son propre aveu, vu une excellente matérialisation de ce que l'on appelle l'*esprit philosophique*: des petites universités, des cercles intellectuels fermés dépourvus de toute irradiation sociale ou politique significative où les idées n'étaient pas mues par la possibilité de leur réalisation, mais de ce fait ne pouvaient devenir véritablement dangereuses. La Révolution Française de son côté trouvait ses racines dans les *salons* parisiens, tels qu'ils avaient été lancés par les *sophistes*. Toute l'atmosphère des Lumières en France avec la diffusion directe d'idées, la mobilisation de son élite politique, la focalisation sur l'idée de système conceptuel conçu mentalement par anticipation et animé d'une pulsion d'application systémique, était susceptible d'attirer, à la fois, l'irresponsabilité et l'extrême cohérence. Imposée à la Nation en tant que pratique

¹ Selon Peter Stein, *Roman Law in European History* (Cambridge: Cambridge University Press 1999) pp. x et 137, à la page 112, le rédacteur principal de l'*Allgemeines Landrecht* était CARL GOTTLIEB SUAREZ, qui partageait les idées de CHRISTIAN WOLFF selon lesquelles l'empereur doit guider ses sujets pour qu'ils mènent une vie parfaitement raisonnable. Par conséquent, le Code prussien devait avoir un objectif éducatif et s'adresser au citoyen ordinaire, il devait être compréhensible, clair et résolu.

² James Gordley, « Myths of the French Civil Code », *The American Journal of Comparative Law* 42 (1994), pp. 459 et s.

³ Anton Friedrich Justus Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland* (Heidelberg 1814) et Friedrich Carl von Savigny *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1814), tous les deux parus dans *Thibaut und Savigny: Ihre programmatische Schriften*, hrsg. Hans Hattenhauer (München: Vahlen 1973) 298 pp., pp. 61 et s., pp. 95 et s. En ce qui concerne le mouvement qu'ils représentent et leur débat, voir Hans Wrobel, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny im Jahre 1814 und ihre Deutung in der Gegenwart* [Diss.] (Bremen 1975) v + 307 pp.

⁴ Par exemple, Marcel Planiol *Traité élémentaire de droit civil I* (Paris: Pichon & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1900), 80. §: « n'a point dépassé la médiocrité ».

vivante, elle pouvait provoquer l'éventuelle (in)fortune d'une nation entière. Enfin, ce cri¹ qui se dégage des plaintes de PORTALIS pourrait rappeler au lecteur les critiques contemporaines concernant l'entière inutilité et l'intellectualisme aride qui marque notre modernité². Ainsi, PORTALIS semble-t-il arrivait à

« une conviction philosophique; c'était l'empirisme mis en philosophie. Pas de système, mais une adaptation, une adaptabilité de la pensée aux différents besoins du moment. »³

Reconnaître à nouveau le moment de la t r a d i t i o n , incarné entre autres par la percée révolutionnaire française en matière de codification, mais aussi par le moment de l' e x p é r i e n c e indispensable, même à côté de la raison et de la logique, ou réexaminer les controverses qui entourent la codification et qui ont donné naissance en

¹ « Quel bien n'eut-on pas continué [3^e éd., p. 301] de faire, si l'esprit de système n'eut pas jeté des erreurs dangereuses au milieu des vérités les plus utiles et si les théories exagérées et absurdes n'eussent pas étouffé les sages leçons de l'expérience? ». « Ce ne sont pas des sophistes, mais des hommes de génie, des hommes à grand caractère et à vues profondes, qui ont fondé les sociétés, bâti les villes et institué les peuples. Les sophistes ne viennent jamais qu'à la suite de la corruption; ils en naissent; ils sont peu propres à la corriger, sous leur triste influence, les esprits se dégradant autant que les cœurs. Dès qu'on a rédigé une [3^e éd., p. 403] idée, on croit avoir fait un établissement. Mais comme les idées que l'on rédige n'ont aucune prise sur les hommes, elles ne peuvent prendre aucune racine sur le sol où on les sème. On est forcé de multiplier les lois, on avilit la législation. En attendant, tout se perd car le faux esprit philosophique est une lime sourde qui use tout ». J. E. M. Portalis (1746–1807), *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle* (Paris 1820, 3^e éd. 1834), dans une réédition de textes assemblés, J. E. M. Portalis, *Écrits et discours juridique et politique* (Aix-Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1988), pp. 398–399.

² Concernant les positions actuelles à propos de l'intellectualisme, cf. spécialement Jeanne J. Kirckpatrick, « Introduction », in Jean J. Kirckpatrick, *Dictatorship and Double Standards: Rationalism and Reason in Politics* (New York: Simon and Schuster 1982), pp. 1–18. Concernant ma position, voir « A racionális jogszemlélet eredendő ambivalenciája: Emberi teljességünk széttörése a fejlődés áraként? » [L'ambivalence inhérente à l'approche juridique rationaliste: Un développement au prix de la fragmentation de notre intégrité humaine?], in *A jogtudomány és a büntetőjog dogmatikája, filozófiája. Tanulmánykönyv Békés Imre születésének 70. évfordulójára* [Philosophie du droit et droit pénal: Mélange offert au professeur Imre Békés], sous la dir. de Béla Busch, Ervin Belovics, Dóra Tóth (Budapest: [Osiris] 2000), pp. 270–277 [A Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának könyvei], également Csaba Varga « Önmagát felemelő ember? Korunk racionalizmusának dilemmái » [L'homme qui s'élevait lui-même? Les Dilemmes de rationalisme à notre époque], in *Sodródó emberiség* [La dérive de l'espèce humaine: autour de l'œuvre de Nándor Várkonyi *Le cinquième homme*] sous la dir. Katalin Mezey (Budapest: Széphalom 2000), pp. 61–93. Pour la signification théorique de la transition, cf. Csaba Varga, *Transition to Rule of Law: On the Democratic Transformation in Hungary* (Budapest: ELTE "Comparative Legal Cultures" Project 1995) 190 pp. [Philosophiae Iuris] et *Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe* (Pomáz: Kráter 2008) 292 pp. [PoLiSz series 7].

³ Jean Carbonnier, « Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique », *Revue de la Recherche juridique: Droit prospectif* 1981/3, p. 335.

Allemagne à l'École historique du droit à partir de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle — eh bien, tout cela ne peut être aujourd'hui considéré comme relevant de manière exclusive de l'intérêt de l'histoire des idées. Après tout, nous devons chercher des points fixes qui nous aident à identifier les voies, les directions, qui seront empruntées à l'avenir. Plus précisément, nous réaliserons que la voie que nous emprunterons en tant qu'européens dans un avenir proche et dont nous pouvons déjà affirmer avec certitude son caractère unique et sans précédent, n'est en fait que l'extension au niveau européen — et avec une complexité tout européenne — de la décision aussi difficile que risquée à laquelle l'Allemagne du XIX^{ème} siècle était confrontée au niveau national, et donc du dilemme intellectuel que l'exemple de l'école historique allemande illustre le mieux¹.

(9. La fonction du code transubstantiée) En tout cas, la reconstruction historique de la genèse de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* en Autriche reflète bien l'idée selon laquelle l'époque de la codification étatique était limitée au sens non seulement social mais également politique par le fait qu'elle incarnait et accentuait un niveau supérieur du développement universel. D'après son interprète contemporain,

« la codification du droit civil correspond à une tentative de réconciliation de la notion moderne de l'Etat en tant qu'autorité publique suprême exerçant un monopole de gouvernement, avec l'idée de l'Etat de droit en tant que catégorie objective et, en effet, absolue de la cohésion sociale, et en tant que telle autonome par rapport à la volonté suprême de l'autorité publique [...]. En Europe continentale, le droit civil codifié a assuré le fondement juridique d'un modèle social et politique durant le XIX^{ème} et la première moitié du XX^{ème} siècle: celui de l'Etat absolument souverain qui n'en était pas moins un *Rechtsstaat*. »²

A cette époque et dans ces circonstances la fonction qu'avait accomplie le code a été analysée par moi dans un travail antérieur, d'un côté comme la fonction socio-juridique principale de la codification nationale du droit et de l'autre comme la fonction non seulement strictement juridique et technique de la domination (étatique et centralisée) par le droit mais également par la déterminante de la vie « quotidienne » du droit, et par conséquent produisant des effets sociaux³.

Une approche rétrospective adoptée par la critique actuelle nous permet d'observer jusqu'à quel point ces attentes majeures, cette pluralité de vocation, se sont réalisées.

« Evidemment, un certain nombre d'espairs et d'attentes entretenus à l'époque des Lumières ne s'est pas réalisé; les codifications n'ont ni rendu superfétatoires les travaux des juristes qualifiés ni conduit à une consolidation durable (ou à une fossilisation, dans sa version négative) du droit civil. Pourtant, ces codifications ont contribué à la fragmentation nationale de la tradition juridique européenne. »⁴

¹ Particulièrement cf. Zimmermann, *Roman Law ...*, *op. cit.*, pp. 14-17.

² Henry E. Strakosch, *State Absolutism and the Rule of Law: The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria, 1753-1811* (Sydney: Sydney University Press 1967) vii + 267 pp., citation dans l'épilogue p. 219.

³ Voir Varga, *Codification ...*, *op. cit.*

⁴ Zimmermann, *Roman Law ...*, *op. cit.*, p. 1.

En fait, le commentaire ci-dessus illustre parfaitement comment certaines évaluations peuvent se révéler fausses et diamétralement opposées au résultat produit en raison de l'évolution historique et des développements concrets. En effet, à la lumière du processus international d'unification qui s'effectue au niveau européen, ce qui représentait (il y a juste un siècle ou deux) le symbole et le jalon de l'unification européenne est aujourd'hui (et non sans fondement) réinterprété comme une fragmentation nationale. L'affirmation suivante émise par l'historien du droit européen précédemment cité (qui se trouve bien versé en droit anglais) est tout aussi paradoxale:

« ce que les Allemands avaient réalisé par les armes sur les champs de bataille en France – l'unité politique – s'est maintenant accompli de manière pacifique en matière de droit civil: "Un Peuple. Un Empire. Un Droit." »¹.

En effet, l'exigence de la *connaissance populaire générale de la loi*, de même que sa *plénitude* ne figurent plus parmi les rêves classiques et les aspirations placées dans la codification – tout au moins au sens où elle est accessible, connaissable et gérable². Ce vœu rêveur de son *caractère systémique parfait*³ et de son *absence de lacunes*⁴ qui conduit à la notion d'exhaustivité régulatrice des principes (de leur caractère compréhensif), s'est révélé également vain. La tentative de son application concrète par l'interdiction de la

¹ *Ibid.*, p. 53, citant Ernst Zittelmann, « Zur Begründung des neuen Gesetzbuches », *Deutsche Juristenzeitung* (1900), p. 2. De plus chez Windscheid dans « Das römische Recht in Deutschland », in Bernhard Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* sous la dir. de Paul Oertmann (Leipzig: Duncker & Humblot 1904), p. 48. on trouve le même souhait: donner un « droit allemand à la nation allemande » en édifiant « une cathédrale de splendeur national ». Cela peut sembler ironique, mais trouve sans doute son explication dans le contexte historique des critiques: le premier projet du *Bürgerliches Gesetzbuch* (1888) allemand « avait été condamné pour son caractère trop abstrait et pédant, il était dénoncé comme un manuel pandectiste coulé dans un moule légaliste et par conséquent comme non-germanique; on l'accusait d'être trop loin des réalités de la vie et de manquer totalement de considérations sociales. » Cf. aussi Varga, *Codification...*, op.cit., p. 135, note 84.

² « Aujourd'hui, on n'espère plus qu'un citoyen ordinaire saisisse le droit. [...] Un code peut être souhaitable ou pas: qu'il échoue à promouvoir une connaissance générale du droit ne peut en aucune manière être considéré comme un argument décisif dans cette controverse ». Zimmermann, « Codification... », op. cit., p. 108.

³ « En lisant les travaux préparatoires, on s'amusera à constater que le débat le plus virulent était celui qui entourait deux simples mots, 'petits lièvres', dans une section relative aux dommages causés par les animaux sauvages: des mots durs étaient échangés, et à un moment donné, l'ensemble de ce projet grandiose risquait d'être emporté par un conflit d'intérêts concernant le sport et l'agriculture. C'est la touche d'humour qui vise à soulager de tant de vertu civique. » – note Frederic William Maitland « The Making of the German Civil Code », in Frederic William Maitland, *The Collected Papers* ed. H. A. L. Fisher, vol. III (Cambridge: University Press 1911), p. 482 – qui par la suite déclare qu'en dépit de cela, le tout l'emporta sur les parties.

⁴ Cf. Heinz Hübner, *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts* (Königstein: Hanstein 1980) 74 pp. [Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte 8].

jurisprudence (la négation du pouvoir d'interprétation du juge)¹ s'est révélée encore plus dérisoire.

Toutes ces nouvelles manifestations avaient d'une part certainement pour but le déplacement de la *confiance* du législateur à ceux qui administraient la justice² et subséquentement de rappeler le principe de la « construction en escalier » de l'ordre juridique. Elles empruntent au principe de la *division du travail*, couvrant toutes les étapes du processus de la formation du droit, les ramenant conceptuellement au « processus de la création du droit en deux étapes » (pour utiliser une expression KELSENIENNE qui figure dans son second grand ouvrage de 1922)³. D'autre part, elles continuent d'affirmer une des fonctions du code, celle que nous avons eu l'occasion de caractériser – à propos de la présentation de l'évolution qu'ont connu le Code civil et les autres codes classiques depuis la Seconde Guerre Mondiale – comme la fourniture de topoi systémiques à travers la construction de la jurisprudence qui se réfère au texte du code dans le développement pratique du droit, et qui devient au plus une sorte de guide régulateur sans exclure toutefois la pluralité d'alternatives⁴.

IV. Codification: en face d'un nouvel âge

(10. *Une conclusion méthodologique*) Voilà, avec tout cela, nous retournons à notre problématique originaire, aux aspirations en vue d'une codification européenne commune en matière de droit privé, à la méthodologie de sa réalisation vraisemblable, à la formulation de sa fonction principale. Par suite,

« la codification [...] assure un système dans lequel tous ceux qui appliquent et interprètent la loi peuvent découvrir une "*varietat[es] inter se connexa[e]*"⁵, apprécier et faire attention au contexte normatif dans lequel une décision spécifique doit être vue, pour éviter toute inconsistance et arriver à des solutions qui en plus d'être justes et équitables en tant que telles, s'intègrent pleinement aux solutions trouvées à d'autres problèmes. [...] Elle assure un foyer qui lui permet de relier entre eux des problèmes apparemment disparates et d'incorporer de nouveaux pans de pensée de manière harmonieuse »⁶.

¹ Pour Frederic le Grand – *Publikationspatent* (1794), art. XVIII –, les juges ne doivent pas « s'autoriser à s'écarter arbitrairement des termes précis et explicites de la loi, même de manière réduite, en prétendant poursuivre un raisonnement logique ou sous prétexte d'une interprétation fondée sur le but et les finalités de la loi. »

² Cet échec obligatoire est vérifiable tout au long de notre histoire, comme l'analyse de Hans-Jürgen Becker, « Kommentier- und Auslegungsverbot », in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* hrsg. Adalbert Erler et al., II (Berlin: Schmidt 1978), pp. 963 et s., le montre.

³ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Wien: [als Manuskript gedruckt] 1922).

⁴ Et il s'agissait d'un déplacement radical, équivalent à l'abandon de la fonction originelle qui a amené la codification, puisque par conséquent, le code perd le rôle qu'il avait dans la définition du droit pour se limiter à l'indication toute simple du topos systémique du modelage pratique du droit. Cf. Varga, *Codification ...*, op.cit., particulièrement ch. V, para. 5.

⁵ Christian Wolff, *Institutes juris naturae et gentium*, § 62.

⁶ Zimmermann, « Codification ... », p. 110.

Ce faisant, nous avons également formulé le nouveau credo de la profession judiciaire à la lumière des conditions nouvelles et actuelles de la codification. Car,

« des problèmes difficiles peuvent tout simplement être analysés de manière erronée parce que, sans discipline conceptuelle, il est impossible de s'assurer que les procès antérieurs ressemblent vraiment à celui présent devant la cour. Le principe élémentaire de justice formelle, que des procès semblables reçoivent la même solution, n'est pas donc respecté non plus. Par conséquent, des domaines entiers du droit peuvent être négligés si, en l'absence d'une carte, soit d'une manière justifiée soit sans raisons suffisantes, personne ne peut les visiter. [...] Il existe aussi un genre de risque d'un niveau plus abstrait: qu'en l'absence d'une structure conceptuelle commune, des juristes cessent de croire au caractère rationnel de leurs entreprises. [...] C'est sans doute le point le plus important qu'il faille garder en mémoire: un code doit être ramené à la vie, et adapté, accordé au changement des demandes de l'époque à l'aide d'une jurisprudence et d'une élaboration doctrinale active et imaginative. Ceci demande que le législateur exerce sur lui-même une retenue considérable »¹.

(11. Avec des question perpétuelles) La leçon que nous pouvons tirer en toute sécurité en dépit de la poursuite des pratiques nationales, est que nous nous rapprochons de l'abord d'une croisée des chemins. La perspective d'une codification commune en droit privé à l'intérieur de l'Union Européenne ramène (à travers les murs de silence de plusieurs siècles) des souvenirs de réalisations et d'attentes d'un passé long de mille ans à l'intérieur duquel la validité universelle avait une dimension continentale comme expérience effective. Mais en même temps cela nous renvoie à ces points et moments (que pendant des siècles l'on estimait enterrés dans un passé à jamais révolu) à partir desquels les voies du droit civil et de la *common law* ont divergé partant d'un héritage gréco-romain acquis en commun et partagé, et de ses réadaptations séparées (mais en quelque sorte unifiées). Au fur et à mesure que l'unification européenne progressera, l'évaluation de la codification européenne s'inversera, revenant à des tendances, des valeurs et des techniques de régulation anciennes. Ainsi, suggère-t-on aujourd'hui de plus en plus que sur le continent, nous sommes moins devenus des unités étatiques unifiées par une séquence de droits nationaux, que des unités isolées les unes des autres et donc plutôt fragmentées, ayant été trop orgueilleux de notre héritage collectif prometteur durant la période transitoire d'un désordre infantile. Le sens véhiculé par notre passé et les chemins parcourus prêtent désormais à équivoque en raison de la multitude de versions alternatives proposées.

Le problème de la codification en Europe avait semblé plus ou moins résolu pour toujours il y a quelques décennies. Aujourd'hui, à la lumière des nouveaux défis qui proviennent des effets de la convergence européenne, nous devons non seulement reprendre nos investigations passées, mais en même temps réexaminer les fondements et les présuppositions derrière notre pensée, sans doute pas pour la dernière fois dans notre monde en perpétuel changement.

¹ *Ibid.*, p. 114. Cf. également au sens similaire dans Heinrich Kötz, « Taking Civil Codes Less Seriously », *Modern Law Review* 50 (1987), pp. 1 et s., particulièrement pp. 13 et s. et dans Peter Birk, « The Need for the Institutes in England », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 108 (1991), pp. 708 et s.

La re-codification a droit constant: outil de légistique ou de réforme?

Pascale Deumier*

Résumé: *Le mouvement intense de codification et re-codification à droit constant du droit français suscite des réactions qui surprennent par le contraste opposant ceux qui louent un remède miracle à la crise de la loi et ceux qui dénoncent un outil de réforme insidieuse. Pour tenter de prendre une mesure des vices et vertus de cette codification, il est possible de l'apprécier à l'aune des ambitions qu'elle prétend poursuivre: en tant que codification, elle garantirait une meilleure accessibilité du droit; en tant que droit constant, elle assurerait une absence de réforme du droit: la codification à droit constant est-elle fidèle à ces deux promesses?*

Des codifications – La France et le Code, c'est une longue histoire d'amour. La France et les codes, en revanche, c'est une courte histoire passionnelle, tiraillée entre aveuglement sur les qualités prêtées et reproches amers sur les tares irrémédiables. Il existe ainsi, en droit français, une codification noble et une codification commune, une « codification du pauvre », l'a-t-on appelée¹. La première est la « véritable codification » ou « codification réformatrice » ou novatrice: elle porte une doctrine, un esprit, une cohérence. Elle est illustrée par le Code civil, symbole parmi les symboles, mais aussi par de grandes refontes comme celles du code de procédure civile ou du code pénal. La seconde est la « codification formelle » ou « codification à droit constant ». Elle n'a conservé de l'idée de codification que sa nature d'outil formel, censé rendre le droit plus accessible en opérant un rassemblement et un classement des textes existants sur une matière, mais elle a laissé en chemin sa nature d'instrument de réforme, d'où son appellation de « droit constant ». Elle permet d'opérer des rassemblements inédits d'une matière, en procédant à sa recodification, ou de redonner vie à un code existant, en réintégrant en son sein les textes éparpillés alentour, autour d'un nouvel agencement, opérant ainsi une re-codification.

Histoire de la codification à droit constant – Tâche aussi ingrate qu'herculéenne, la codification à droit constant, si elle a souvent été tentée, proposée et entreprise en France, a longtemps souffert d'être mal aimée par le Parlement²: outre qu'il est peu stimulant de voter le nouvel agencement de centaines d'articles préexistants, il est difficile de ratifier un code sans adopter le point de vue de l'auteur du texte d'origine³. Ainsi, le rapport sur le premier projet de codification à droit constant, en 1905, devant la Chambre des députés présentait la méthode comme une « œuvre de confrontation, de coordination, de classification » (...) « qui n'est guère du ressort, ni, pourquoi ne l'avouerions-nous pas, de la compétence du Parlement, agité par trop de passions, absorbé par trop de soucis, et nous ne dirons pas qu'il ait de quoi mieux employer son temps, mais qu'il pourrait l'employer autrement (...). Si l'on n'y mêle pas le Parlement, il n'y a

* Professeur à l'Université Jean Monnet (Saint Etienne), France. Elle est vice doyenne de la faculté de droit et enseigne l'introduction au droit, grands systèmes contemporains, droit international privé et philosophie du droit; pascale.deumier@univ-st-etienne.fr.

¹ Philippe Malaurie, dans son *Introduction générale au droit*. Cependant, l'auteur reviendra sur ces propos sévères, reconnaissant des qualités à la méthode, « Rapport de synthèse », in *La codification*, dir. B. Beignier, Dalloz, 1996, p. 197, sp. 198.

² M. Suel, « Les premières codifications à droit constant, 1901-1948 », *Droits*, n° 26, 1998, 19.

³ G. Braibant, « L'expérience française de codification », *RFDA* 1994, 663.

pas de code, et s'il s'en mêle trop, il n'y en a pas non plus »¹. En France, dès 1934, la procédure des décrets-lois fut utilisée pour sortir des échecs successifs des codes proposés au Parlement. En 1948, en confiant à une Commission spécialisée la relance de la codification, le gouvernement nourrissait l'ambition de parvenir à la codification de l'intégralité du droit français. Pour autant, seules les codifications « administratives », par voie réglementaire, parvenaient à des résultats, voyant notamment l'avènement du code de la santé publique et du code de l'organisation judiciaire, les parties législatives restant en jachère. Lors de la relance du mouvement en 1989², l'idée du recours aux ordonnances avait été évoquée mais finalement écartée, la voie législative semblant plus démocratique et plus sûre après plusieurs codifications faites décret. Ce nouvel élan parvint dans un premier temps à l'adoption du code de la propriété intellectuelle, du code de la consommation, de plusieurs livres des codes rural, des juridictions financières, et des collectivités territoriales, avant de s'assécher. Encombrement de l'ordre du jour, alternance politique, priorité aux réformes de fond, les projets de codifications s'entassaient sur le bureau du Parlement. Le Conseil d'État en vint à refuser de donner son avis, n'ayant pas le temps d'examiner des projets de codes laissés sans suite. Les codifications déjà préparées, dans l'intervalle, voyaient leur résultat dépassé: entre le dépôt du code de l'environnement au Parlement et son vote, 7 lois nouvelles étaient venues enrichir la matière. Aussi, lors de la re-re-relance de la codification en 1999, le rapporteur au Sénat d'une loi qui prévoyait la réalisation de 20 codes en trois ans³ souleva le fait que pas un seul code n'avait été adopté les 3 dernières années. Pour surmonter cet obstacle, le gouvernement choisit de recourir à la procédure des ordonnances, par laquelle le Parlement habilite le gouvernement à intervenir, par voie d'un règlement (l'ordonnance), dans le domaine normalement réservé à la loi, habilitation qui n'est autorisée que pour un objet et une durée limités⁴. Une procédure allégée, en France comme dans d'autres systèmes, est donc l'une des clés de la réussite de la codification à droit constant⁵.

Succès de la codification à droit constant – Depuis, la fièvre codificatrice française peut se déployer dans tout le corps du droit. Les résultats sont impressionnants. Qu'on en juge: au 1^{er} juillet 2008, la part du droit codifié en France s'élevait à 40,8 % du droit. Une large majorité des textes législatifs est désormais codifiée mais les textes réglementaires restent plus souvent hors des codes⁶. En 2007 et 2008, ont été adoptés un nouveau code du travail,

¹ Ch. Benoît, rapporteur du premier projet de codification à droit constant, cité par M. Suel, précité p. 21.

² Qui devait remplacer la Commission supérieure de précodification par la Commission supérieure chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit, décret du 12 septembre 1989.

³ Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration

⁴ Pour cette évolution, G. Braibant, « Le gouvernement relance la codification », LPA 15 sept 1999, n° 184, 3: 1999

⁵ Dans d'autres systèmes, elle a pu prendre la forme d'une procédure parlementaire allégée, par exemple, une habilitation générale de l'exécutif en Belgique, mais pour une codification très stricte, J.-P. Duprat, « Conclusion générale », in *La confection de la loi*, dir. R. Drago, PUF, 2005, 217; pour la codification du droit communautaire, M. Petite, A. Caeiros et L. Cimaglia, « L'accessibilité du droit, la méthode communautaire », AJDA 2004, 1862

⁶ Pour tous ces chiffres, voir la rubrique « Evolution du volume des textes » accessible sur Legifrance. Pour les lois, 23.2 millions de signes codifiés contre 17.9 millions de signes non

un code de la défense, la dernière partie des dispositions réglementaires du code de l'environnement, du code de l'action sociale et des familles, du code de commerce, du nouveau code de justice militaire, du nouveau code de l'organisation judiciaire, du code du sport. Sont attendus un code de la sécurité intérieure, un code de l'énergie, un code des voies civiles d'exécution, un code de la comptabilité publique, la refonte du code de l'expropriation, la recodification du code de la consommation, du code électoral et du code de procédure pénale. L'engouement français n'est donc pas à démontrer.

La codification à droit constant, miracle ou fléau? – La raison de ce succès tient aux vertus prêtées à la codification, qui a toujours été perçue, dans la tradition rationnelle française, comme un moyen de rendre le droit plus accessible. Rousseau, père d'une conception de la loi malmenée mais toujours latente dans la culture française, vantait déjà le code comme antidote de ces « *foules de lois qui souvent se contredisent, dont le nombre rend les procès éternels et dont le conflit rend également les jugements arbitraires* »¹. Plus de deux siècles après, l'idée demeure que, faute de résorber l'inflation législative, à laquelle il faut bien se résigner, il reste possible d'amortir ses effets collatéraux les plus néfastes. C'est parce qu'elle est portée par cet idéal de réponse à la crise de la loi et par ce besoin « *presque animal* » de sécurité juridique, selon l'expression du Doyen Carbone, que la codification à échelle industrielle est à l'œuvre². Pourtant, loin de satisfaire ce besoin d'un droit organisé et rassemblé, la codification fait l'objet de critiques très majoritaires, et parfois virulentes, dénonçant le « *travail secret de pontifes digne des temps les plus rétrogrades* » ou l'introduction « *à la sauvette des exigences d'un tout autre ordre qui (...) contredisent de manière frontale l'entreprise si vantée par ses auteurs infatués* »³. Si la recodification du code de commerce, en son temps⁴, et celle du code du travail, plus récemment, ont fait l'objet du plus grand nombre de réactions, tout nouveau code promulgué a droit au même déluge de reproches. Le condensé des critiques tient finalement à cette ligne: la codification à droit constant ne se fait pas à droit constant. Au degré supérieur, les pouvoirs publics prennent prétexte d'une codification à droit constant, pour opérer d'insidieuses réformes, en déposant le Parlement de ses prérogatives⁵.

Si le débat est naturel en droit, un tel écart entre les vertus de nature presque magiques prêtées par les uns et les dangers les plus terribles décriés par les autres intrigue. Qu'en est-

codifiés. Pour les règlements, 37,4 millions de signes codifiés contre... 85,6 millions de signes non codifiés. Le site propose également une représentation de la part du droit codifié par matière, le secteur de la santé étant largement le plus codifié, suivi par la fiscalité et les transports.

¹ Cité par B. Oppetit, « De la codification », in *La codification*, 7; l'auteur fait remonter le réflexe de remède à la dispersion du droit et de meilleur accès à l'Antiquité.

² L'argument se trouve souvent dans les positions des pouvoirs publics, v. les rapports du Conseil d'Etat 1991 et 2006, les différents rapports de la Commission supérieure de codification, les différents articles de G. Braibant, ancien Président de cette Commission

³ F. Terré, *Introduction générale au droit*, 7^e, 2006, n° 437

⁴ pour lequel il fut espéré que l'Assemblée nationale « *devrait renvoyer ce monstre à l'expéditeur* » par F. Terré et A. Outin-Adam, « Codifier est un art difficile (à propos d'un ... « code de commerce ») », D. 1994, chron., 99, sp. 100; en effet, le Code fut repoussé par le Parlement en 1994, avant d'être adopté par ordonnance en 2000

⁵ V. également, pour les pouvoirs donnés à « *une institution dépourvue de toute légitimité, purement technocratique* », N. Molfessis, RTD civ. 2000, 186

il dès lors de la codification à droit constant? La codification devient-elle l'alibi pour déléguer les tâches qui ne se distinguent pas par leur nature réformatrice mais par leur degré d'ingratitude? Est-elle le remède miracle aux maux de la loi ou la méthode malfaisante d'une manipulation juridique? Outil précieux de légistique¹ ou instrument hypocrite de réforme? Source de sécurité juridique ou source d'instabilité normative? La codification à droit constant tient-elle ses promesses ou les trahit-elle? Pour tenter de prendre la mesure, ou une mesure, de la capacité de la codification à droit constant à répondre aux ambitions qui lui sont prêtées, il faut mettre en question chacune des prétentions annoncées par l'opération même: la codification à droit constant est une codification, et elle est à droit constant. D'une part, la codification à droit constant est une codification; en tant que telle, elle est un outil de légistique et sa prétention est de donner au système juridique une meilleure accessibilité: la codification à droit constant permet-elle une meilleure accessibilité? D'autre part, la codification à droit constant est à droit constant: en tant que telle, elle est un outil de légistique mais rien qu'un outil de légistique et ne prétend opérer aucune réforme²: la codification à droit constant est-elle étrangère à la réforme du droit?

I. Une codification, outil de légistique pour une meilleure accessibilité?

Re-codifier, rassembler et classer: quoi de plus doux à l'esprit juridique que ces perspectives d'un droit ordonné proprement? L'opération intellectuelle est parée de toutes les vertus d'un droit plus accessible. Concrètement, la codification est présumée rendre les textes existants plus facilement identifiables, d'une part, parce qu'elle les regroupe, d'autre part, parce qu'elle les classe. La première vertu tient au projet même, à savoir disposer du droit applicable en un corps unique (A). Mais un rassemblement en vrac serait insuffisant: il permet un accès matériel aux textes mais pas nécessairement un accès intellectuel à la norme pertinente. Ces opérations doivent répondre à des règles logiques, afin d'être maniables par tous et d'assurer une structure permanente à l'œuvre (B).

A. LE RECOURS AU CODE, MOYEN D'ACCESSIBILITE MATERIELLE DU DROIT?

Accessibilité du droit et codification semblent aller de paire, l'une fondant l'autre, et inversement. Si cette accessibilité devait être mise en cause, c'est la légitimité de l'entreprise même de codification qui en serait ébranlée.

1. L'accessibilité, fondement intellectuel et fondement juridique de la codification

Les justifications du recours à la codification sont connues: il s'agit de permettre au citoyen d'accéder au droit. Le mythe de la connaissance du droit par tous est tenace. Il fut incarné par le Code Napoléon et reçu dans la société du XIX^e. Or, le besoin d'accès au droit devait croître dans les mêmes proportions que l'augmentation des textes, et donc beaucoup. Cette

¹ Définie par le Guide de légistique comme « *les techniques de conception et de rédaction des textes normatifs et les principes juridiques qui inspirent celles-ci* ». Sur le développement de celle-ci, v. J.-P. Duprat, « Genèse et développement de la légistique », in *La confection de la loi*, p. 9

² Soulignant l'inadéquation du terme de « code » à la pratique française contemporaine, se rapprochant plus du « *texte unique compilateur* », B. G. Mattarella, « La codification du droit: réflexions sur l'expérience française contemporaine », RFDA 1994, 668

³ G. Derobert, *Le code civil à travers l'art*, th. Montpellier (dir. R. Cabrillac), 2005

inflation a justifié la relance de la codification moderne en 1948 car « *De ce fait, les administrés ont le plus grand mal à ne pas ignorer la loi, et ils sont fréquemment contraints, soit de faire appel à des agents d'affaires gravitant autour des véritables hommes de loi dont l'activité professionnelle ne peut plus satisfaire toutes les demandes, soit de constituer au sein de leurs entreprises des services juridiques spéciaux (...) dont la rémunération souvent fort élevée augmente les prix de revient des éléments productifs. Quant aux fonctionnaires eux-mêmes, malgré leur spécialisation, ils n'arrivent pas sans peine à se reconnaître dans le dédale de la législation, et perdent un temps précieux à rechercher les textes applicables et à déterminer leur portée* »¹. L'instruction générale sur la codification consécutive (juillet 1949) s'inquiète à son tour: « *bientôt verra-t-on apparaître – et sans doute commence-t-il à en être ainsi – de véritables professions dont le seul rôle sera de guider le public dans le dédale des prescriptions réglementaires* »². Le souci d'accès au droit est alors envisagé d'une manière pour le moins concrète et gestionnaire et son destinataire reste le citoyen. Or, cette dimension de la codification allait prendre une nouvelle dimension, plus impérieuse, avec le développement de la sécurité juridique.

Transfugée du droit allemand *via* les juridictions européennes, l'idée d'une protection du citoyen contre un état du droit ne lui garantissant pas accessibilité et prévisibilité fut lente à conquérir le droit français, malgré le soutien de la doctrine³. Il n'est dès lors pas anodin que sa réception par le Conseil constitutionnel se soit faite à l'occasion de la re-re-relance de la codification, sous la forme normative qui devait assurer son succès, l'ordonnance. Le Conseil constitutionnel était saisi de la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de 9 codes, aux motifs qu'une telle habilitation méconnaîtrait les exigences constitutionnelles, quant à sa précision, sa justification et sa finalité⁴. Or, le Conseil devait justifier à cette occasion un assouplissement de sa jurisprudence, en admettant que l'urgence était caractérisée par « *l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf codes mentionnés, auquel faisait obstacle l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire; que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables* »⁵. Le souci de connaissance du droit venait de passer du statut de préoccupation de gestionnaire à celui de droit constitutionnellement protégé. Raillant l'hommage ainsi rendu à la codification, certains ont suspecté la décision de laisser entendre qu'il y aurait un « *miracle* » de la codification à droit constant⁶. Miracle ou non,

¹ Rapport accompagnant le décret n° 48-800 du 10 mai 1948 instituant une Commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, publié à l'annexe 27 du 18^e Rapport annuel de la Commission supérieure de codification, 2007 (cité ici *Rapport annuel*).

² *Ibid.*, annexe 28

³ B. Mathieu, LPA, 13 mars 1996, n° 32; A. Cristau, "L'exigence de sécurité juridique", D. 2002, chr., 2814

⁴ Décision 76-72 du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la Chambre des députés du territoire français des Afars et des Isaas*, RDP 1977, 470, note L. Favoreu; puis Décision 86-207 DC des 25-26 juin 1986, *Privatisations, Grandes décisions*, n° 39.

⁵ Décision 99-421 du 16 décembre 1999, Rec., p. 136, cons. 13.

⁶ N. Molfessis « Quelques effets pervers de la codification à droit constant », in *La confection de la loi*, 175

avec un tel encouragement du juge constitutionnel, la codification prenait un nouveau tournant. Pourtant, sa capacité réelle à faciliter l'accès au droit est régulièrement mise en cause, la recodification étant souvent accusée, à l'inverse, d'ajouter à l'instabilité normative.

2. L'accessibilité, fondement bousculé par la codification

L'existence des codes – Pour aller au plus simple, la codification à droit constant est accusée de nourrir l'inflation de la loi au lieu de l'endiguer et d'être devenue « *un formidable accélérateur des maux dont souffre le corpus législatif et réglementaire français: inflation et plus encore instabilité; augmentation considérable du volume des textes, même si elle est principalement formelle: ainsi, par la scission des articles longs en articles courts, la partie législative du code du travail est passée de 1891 à 3652 articles; hyper-spécialisation et fragmentation du droit au détriment du droit commun* »¹, tous défauts auxquels s'ajoute, dommage collatéral de la multiplication des codes, la recrudescence du recours à la technique, peu digeste, du code pilote et du code suiveur (le second renvoyant aux dispositions du premier). Ainsi, à la prolifération des lois s'ajoute celle des codes, le tout concourant à l'instabilité de l'ensemble, les textes changeant à une fréquence stupéfiante. La (présumée) constance du fond va de paire avec une frénétique inconstance de forme.

Maintenance des codes – Et puis, il reste la très délicate question de la maintenance des codes, qui est pour l'instant à l'état de jachère. En effet, pour atteindre son but d'accessibilité, la codification à droit constant doit être conçue non comme une fin en soi mais comme une base: la législation d'une matière ayant enfin été rassemblée et mise au propre, chaque nouvelle intervention normative pourra être plus facilement élaborée. Ces bénéfices de la codification dans le temps ont parfois été surévalués. Souvent ressentie comme un remède à la crise de la loi, il est attendu d'une codification à droit constant un état durablement clair, l'opération se voyant parfois prêter les vertus de tarir les réformes en la matière². Or, droit constant ne signifie pas droit cryogénisé et les critiques dénonçant des modifications de codes à peine adoptés se trompent de cible³: un code à droit constant ne garantit pas la permanence des solutions qu'il porte. Les codes, comme les autres outils normatifs, doivent faire face aux modifications incessantes: en 2006, 22.5 % des articles codifiés ont été créés, modifiés, renumérotés ou supprimés, soit 19 502 articles. S'ils ne peuvent empêcher les réformes, les codes sont en revanche supposés permettre leur insertion plus aisée dans l'édifice. Par exemple, la nouvelle numérotation, calée sur les divisions du plan, permet de modifier un code sans entraîner une renumérotation de l'ensemble. Malheureusement, le législateur n'est pas plus soucieux de la qualité de son œuvre au lendemain de la codification qu'à la veille et les modifications oublient souvent de s'intégrer au corpus, à l'instar de la création de l'observatoire national des effets du

¹ H. Moysan, « La consolidation des codes, lois, décrets: positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'Etat? », JCP G 2006, I, 196, n° 8; sur l'excès de particularisme des codes, J. Fourré, « Les codifications récentes et l'unité du droit », LPA 18 nov. 1985, n° 138

² B. G. Mattarella, précité, sp. 681; également, « *on est moins enclin à modifier les dispositions d'un code, à plus forte raison à l'abroger dans sa totalité, qu'à changer, même entièrement, les éléments d'un texte séparé. La codification opère une certaine sacralisation du droit* », L. Bach, « Lois et décrets », Rép. Droit civil Dalloz, n° 234

³ F. Terré, *op. cit.*, n° 437, qui prend pour exemple le code de justice administrative, amplement réformé peu de temps après son adoption pour introduire le référé administratif.

réchauffement climatique, maintenue hors du code de l'environnement. A ces errements s'ajoutent des lois nouvelles modifiant des textes dans leur forme non codifiée¹ ou abrogés par codification, des dispositions qui figurent en doublon et qui n'évoluent pas parallèlement², des articles qui renvoient à d'autres articles mais ne sont pas modifiés en conséquence³, etc. Ces négligences obligeront alors à une recodification-mise à jour⁴. Dès lors, l'objectif, souvent poursuivi, d'une codification de l'intégralité du droit français s'éloigne sans cesse et plusieurs codes ont connu différentes vagues de recodification. L'opération même de codification implique donc des myriades de modifications formelles, sans cesse remises en chantier: on est loin de la stabilité, pourtant élément constitutif de l'accessibilité. Ces premières entorses aux ambitions de la codification seront peut-être compensées par les qualités prêtées à la méthode de codification.

B. LES METHODES DE CODIFICATION, MOYEN D'ACCESSIBILITE INTELLECTUELLE DU DROIT?

Il ne s'agit pas seulement d'accéder au corps du droit mais aussi d'y trouver la règle de droit pertinente. Cette recherche peut-être facilitée de deux manières: en proposant un rassemblement cohérent autour d'une matière; en articulant cette matière autour d'une organisation logique.

1. La matière rassemblée

Le périmètre des codes - La confection d'un code commence par la détermination de son périmètre; un code de quoi, et qu'y met-on? L'accessibilité exige un équilibre entre « maxi » et « mini » codes, selon l'expression de Monsieur Braibant⁵: des matières suffisamment précises, pour être homogènes, mais pas trop, pour éviter l'éparpillement des codes. Cet équilibre est souvent contesté. Certains codes n'auraient ainsi pas lieu d'être, comme le code du tourisme, essentiellement constitué d'une compilation de textes d'autres codes⁶. Quant aux codes dont on ne doute pas de l'utilité, leur périmètre doit ensuite être soigneusement délimité: où commence et où s'arrête une matière? La re-codification du code du travail a ainsi fait le choix de n'y maintenir que les règles générales applicables à tous les salariés, en renvoyant les statuts spécifiques aux codes applicables à ces secteurs (par exemple, les articles relatifs aux marins ont été transférés dans le futur code des transports)⁷. Mais ces périmètres peuvent être discutés sans fin: fallait-il intégrer l'enseignement par correspondance dans le code de la consommation? le statut des artistes interprètes, présent dans le code du travail, dans le code de la propriété intellectuelle?⁸ La difficulté a atteint son

¹ Décrets du 3 septembre 1991 qui visent les lois codifiées au lieu de viser le code de la consommation, J.-H. Robert, *Dr. pénal*, oct. 1993, n° 214

² H. Moysan, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *JCP G* 2002, I 147

³ *Rapport annuel*

⁴ Sur le débat entre modification continue des codes ou révision périodique, G. Ardant, « La codification permanente des lois, règlements et circulaires », *RDP* 1951, 54

⁵ *RFDA* 1990, 307

⁶ N. Molfessis, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », *Rapport public Conseil d'Etat* 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, 391

⁷ Les secteurs ne disposant pas d'un code pouvant accueillir de telles dispositions ont été maintenus dans le code du travail et regroupés dans une partie VII (ex, journalistes)

⁸ P.-Y. Gautier, « De l'art d'être furtif », *in La codification*, 107

son paroxysme avec la recodification du code de commerce, la définition même du droit commercial étant sujette à de nombreuses variantes et le « choix » d'un code de commerce et non du commerce ou des affaires ou des activités économiques ayant été souvent contesté¹. Faute de rassembler le droit d'une matière bien délimitée, le citoyen risque de s'égarer dans un code inadéquat.

Les normes codifiées - Un autre reproche récurrent soutient que la codification n'en est pas une: elle donne au citoyen l'illusion d'une matière toute entière réunie dans un corpus alors que la réalité offre le spectacle de très nombreuses règles laissées hors du rassemblement, droit européen², international, voire jurisprudence³. Pourtant, il n'est pas de la compétence du législateur de réécrire les textes supranationaux ou de se substituer aux autorités administratives indépendantes et il n'est pas de la vocation de la jurisprudence d'être consacrée sans choix politique⁴. La codification à droit constant n'offre pas plus que ce qu'elle promet: un rassemblement des textes législatifs et réglementaires. Dès lors, elle opère à doses homéopathiques des consécration jurisprudentielles, le plus souvent de façon indirecte, le choix de la place d'une disposition dans un plan tenant compte du champ d'application qui a été accordé à cette disposition par la jurisprudence⁵. Elle a, de façon tout à fait exceptionnelle, codifié les dispositions du Règlement européen *Reach* sur la fiche de données de sécurité au nom de son importance pour les usagers⁶ ou fait figurer le règlement sanitaire international en annexe du code de la santé publique.

Au sein même des lois et règlements objets de codification, la critique n'est pas en reste: les lois oubliées, les lois dépecées, qui d'unitaires sont éclatées en plusieurs codes, les lois qui ont été codifiées mais pas entièrement, et restent dès lors en vigueur pour les dispositions abandonnées, qui risquent l'oubli⁷, ou, très exactement à l'inverse, la restitution de tous les textes présents, « *empêchant par là même qu'un sage oublie fasse le tri des règles inutiles* »⁸. La codification a laissé abandonnées plusieurs dizaines de milliers de dispositions renvoyant à des textes qui n'existent plus, qui doivent être traqués et réécrits, souvent par les éditeurs privés⁹. On n'aura évidemment pas fini de se moquer de l'oubli dans la recodification du code de commerce de l'article qui fixait le taux de premier et dernier ressort des juridictions consulaires. Les normes rassemblées laissent donc après le passage du codificateur un spectacle de désolation, du moins pour certains.

¹ V. not. D. Bureau et N. Molfessis, « Le nouveau code de commerce? Une mystification », D. 2001, chr., 361, sp. n° 5

² F. Terré, *op. cit.*, n° 437; Bureau et Molfessis, précités, n° 9; N. Molfessis, RTD civ. 2000, 186

³ B. Oppetit, précité.

⁴ D. Bureau, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », D. 1994, 291, qui regrette néanmoins cette exclusion, n° 10

⁵ Y. Robineau, « A propos des limites d'une codification à droit constant », AJDA 1997, 655

⁶ *Rapport annuel*, p. 53

⁷ H. Moysan, précité, qui cite des dispositions codifiées dans une rédaction qui n'était plus en vigueur, des dispositions abrogées ayant été codifiées, des dispositions codifiées sans être abrogées, etc.

⁸ R. Libchaber, RTDciv. 1997, 778

⁹ H. Moysan, précité

2. La manière de rassembler

La « logique utilisateurs » - Les règles de présentation des codes ont progressivement évolué en suivant le dogme désormais admis de la « logique utilisateurs »¹, qui consiste à retenir le plan, le regroupement, la numérotation et la rédaction supposés les plus rationnels du point de vue des utilisateurs du code. Le Guide de légistique du législateur français et la Commission supérieure de codification affinent sans cesse la proclamation des « principes » et « usages » de codification, constante ou non. Les règles ainsi dégagées sont: parallélisme de la structure et du plan entre les parties L et R²; numérotation décimale, les trois premiers chiffres de chaque article correspondant au livre, titre et chapitre auquel ils appartiennent; scission de tout article trop long³, également appelé principe « une idée, un article »⁴ (ainsi, l'ancien art. L. 432-1 du code du travail relatif aux attributions des comités d'entreprise a été scindé en 14 nouveaux articles); rassemblement dans une même partie des décrets pris en Conseil d'Etat et des décrets simples⁵; principe selon lequel un texte ne peut pas se référer à un autre texte expressément identifié qui lui est hiérarchiquement inférieur⁶.

Neutralité sur le fond des modifications de forme: le débat - A priori, rien dans tout cela que de très neutre: pour atteindre un objectif haut placé, la codification procède à une nouvelle présentation formelle des textes existant. La tâche semble moins relever du législateur que du logicien, voire de l'informaticien, tant il est admis que « *on aurait aujourd'hui le plus grand mal à rédiger de nouveaux codes sans le secours des technologies contemporaines* »⁷. Pourtant, le droit n'est que difficilement affaire de logicien et l'accessibilité devient rapidement cause d'instabilité. Ces changements discrets de forme sont d'autant plus souvent décriés qu'ils induisent des incidences sur le sens des règles et révéleraient l'usurpation à l'œuvre dans les codifications à droit constant: « *tout changement formel, c'est le propre du droit, porte en lui une modification du fond et donc de la portée d'une règle* »⁸.

La réécriture - La critique vise d'abord les modifications rédactionnelles, qui permettent de rafraîchir les textes, par exemple de remplacer le « procureur royal » par « le procureur de la République », de transformer tous les « chefs d'entreprise » et « entrepreneurs » du code du travail en autant d' « employeurs ». Aussi insignifiantes puissent-elles paraître, ces modifications sont de tous temps critiquées: le code des douanes, en substituant en 1972 aux termes « relations financières avec l'étranger » celui de « changes », aurait considérablement étendu le domaine répressif de la matière; l'apparition des « gérants de succursales » aux lieu et place de travailleurs particuliers en état de dépendance économique dans le code du

¹ Rapport au président de la République, ordonnance du 12 mars 2007 (nouveau code du travail), J.O. 13 mars 2007, 47437

² Rapport annuel, p. 29, 38, 40

³ Ibid. p. 36

⁴ Ibid. p. 56

⁵ Ibid. p. 38

⁶ Ibid. p. 55, (un R ne peut se référer à un D)

⁷ Ibid. p. 3. Magicode est le logiciel ayant permis les codifications massivement réalisées ces dernières années.

⁸ Bureau et Molfessis, précités, n° 18; « *Penser le contraire, c'est ignorer les acquis de la linguistique, de l'herméneutique et de la sémiologie* », F. Terré et A. Outin-Adam, précités, 1994

travail a été accusé de restreindre le champ d'application du droit du travail¹. Encore, le changement de singulier au pluriel serait porteur de sens cachés: le Chapitre du code de la propriété intellectuelle consacré au droit moral devenant dédié aux « droits moraux », insinuerait un rapprochement avec les droits anglais – et donc un affaiblissement du droit moral². Enfin, les changements de conjugaison sont également critiqués: le passage du futur au présent de l'indicatif, souhaité par le Conseil d'Etat, « *ravale la loi au rang de document administratif* »³; le passage de l'impératif au présent de l'indicatif, pour la re-codification du code du travail, dispenserait l'employeur de certaines obligations.

L'organisation – La critique du plan d'un nouveau code⁴ est inévitable. Parce que son élaboration implique un choix, elle s'expose, comme tout choix, à des contestations. Certaines remettent en cause leur pertinence, notamment d'un point de vue de politique juridique, et ne concernent donc pas directement la méthode même de codification. En revanche, il y a bien une critique de cette méthode lorsque le choix du nouvel enchaînement et découpage est accusé de priver les textes de leur logique initiale et d'induire des conséquences sur l'interprétation des textes, « *à propos de laquelle on enseigne que les dispositions s'interprètent les unes par rapport aux autres, en fonction de leur juxtaposition, de leur emplacement ou de leur enchaînement* »⁵. Ainsi, l'inclusion des vices cachés dans un titre dédié à la conformité dans le code de la consommation aurait mis fin à « *des années de controverse jurisprudentielle et des milliers de pages de littérature juridique* »⁶. Plus généralement, l'insertion des dispositions sous une nouvelle bannière permet, selon Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier, de manier « *la stratégie de l'étiquette* »⁷

Le Conseil constitutionnel et l'absence de modification – L'argument de la modification de fond induite par le changement de forme fut tel qu'il soutint la requête portée devant le Conseil constitutionnel, selon laquelle la recodification du code du travail, « complexe » et « confuse », méconnaissait l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Loin de condamner les modifications ainsi faites, le Conseil constitutionnel leur donne à toutes une bénédiction constitutionnelle, en soulignant leur conformité à ce même objectif. La restructuration et les déplacements, par exemple le regroupement de toutes les formes de rupture du contrat de travail dans un bloc homogène, ont été admis au nom de la « *logique utilisateurs* »⁸. Quant à la scission d'articles, « *approuvée par la Commission supérieure de codification* », elle « *améliore la lisibilité des dispositions concernées* ». Enfin, pour la délicate question de conjugaison, « *l'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur impérative, la substitution du présent de l'indicatif à une rédaction formulée en termes d'obligation ne retire pas aux dispositions du nouveau code du travail leur caractère impératif* ».

¹ N. Ferrier, « A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail – Une pierre dans un « jardin à la française »... », D. 2008, 2011

² P.-Y. Gautier, précité, sp. 110

³ J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, 25^e, 1997, n° 115

⁴ La possibilité d'améliorer le plan du code du travail a été ajoutée par la loi du 30 décembre 2006, art. 57, venu octroyer un délai supplémentaire de 9 mois aux 18 mois initialement prévus.

⁵ Bureau et Molfessis, précités, n° 12

⁶ P.-Y. Gautier, précité, sp. 110

⁷ précité, sp. 108 et s. L'auteur précise néanmoins à plusieurs reprises que les modifications telles qu'il les recense ne sont pas légion dans les codifications administratives

⁸ Décision précitée, cons. 8

Il n'en demeure pas moins que des modifications peuvent être induites par les changements formels mais elles ne sont pas aisément constatables car elles relèvent plus d'un changement de logique, de perception d'ensemble, de ressenti, de tout ce qui fait du droit un art. A cette impression de mutation s'ajoute la complexité des choix de rassemblement et l'ensemble se conjugue pour créer des doutes sur la sincérité de l'objectif de protection du citoyen: privilégiée pour les matières les plus techniques, la codification n'est pas tant une garantie d'accès au citoyen, que l'on imagine aisément perdu dans le code de la santé publique, mais une commodité pour le juriste¹, de préférence spécialisé. L'argument du droit devenu magiquement accessible au citoyen par son rassemblement en un code doit donc être sérieusement relativisé² et la CEDH elle-même, lorsqu'elle envisage la prévisibilité de la loi, a en perspective un citoyen se faisant aider de conseils éclairés... rendant incontournable la situation qui voulait justement être évitée en 1948. L'ambition d'accessibilité promise par le recours à la codification n'est donc pas réalisée sans sérieuses nuances. Il reste à espérer que la codification à droit constant sera plus fidèle à son autre vœu: opérer à droit constant.

II. Un droit constant, outil d'amélioration sans modification?

La codification à droit constant est-elle à droit constant? C'est derrière cette question *a priori* fort simple que se cachent les critiques les plus vives, dénonçant un outil de réforme insidieuse, d'autant plus malfaisante qu'elle opère sans s'annoncer et qu'elle bénéficie de vastes recours aux ordonnances. Pourtant, la constance du droit, à l'instant même de sa codification, ne semble pas remise en cause. Et si des modifications réelles devaient avoir eu lieu, le temps devrait venir au secours de la constance du droit.

A. LE DROIT CONSTANT DANS L'INSTANT

La codification à droit constant n'est pas, et ne prétend pas, être une reprise littérale et à l'identique des textes existants. Au contraire, des modifications sont expressément autorisées. Au-delà de cette autorisation, la nature très particulière des modifications permises oblige à se demander si elles ne traduiraient pas des changements de normes sans effets sur le droit.

1. Les modifications autorisées

Une recherche commune - Le rassemblement des textes en vue de leur classement fait nécessairement émerger les incohérences, contradictions, textes oubliés, dépassés, désuets, inappliqués, inapplicables. Dès lors, un choix doit être fait: soit, au nom de l'ambition purement formelle de l'opération, les textes sont malgré tout maintenus dans le code, puisqu'il n'appartient pas aux codificateurs de modifier le droit; soit, au nom d'une certaine cohérence du droit et de son amélioration, la codification se fait en procédant aux aménagements nécessaires. La première solution, outre qu'elle oblige à se résigner à codifier les incohérences les plus patentées de la matière, conduit au ralentissement du processus de codification. Ainsi, en droit communautaire, la « codification officielle » interdit tout modification de la substance, serait-ce la correction d'erreur formelles³. Aussi, lorsqu'à cette

¹ Truchet, *in La confection de la loi*, p. 176

² Pour la réfutation d'un code de la consommation à destination des consommateurs, D. Bureau, précité, n° 6

³ M. Petite, A. Caeiros et L. Cimaglia, précités

occasion des anomalies ou incohérences sont révélées, un acte modificatif doit rectifier l'état du droit communautaire avant l'adoption de l'acte de codification. L'expérience a ainsi souvent démenti l'idéal d'une possible codification « pure »¹ et les systèmes juridiques sont nombreux à avoir fait le choix² d'autoriser les aménagements nécessaires à une codification « utile », selon la loi anglaise³, ou une codification « intelligente », selon un éminent codificateur français⁴. La question est dès lors celle des limites dans lesquelles ces modifications peuvent être admises. A cet égard, des divergences, au moins dans l'expression, apparaissent entre les systèmes. En droit anglais, une loi de 1949 rend possible, lors du rassemblement de textes épars, des « corrections et améliorations mineures ». La Law Commission anglaise dispose par ailleurs d'un large pouvoir d'abrogation des dispositions dépourvues d'« utilité pratique ». La loi canadienne de 1985 autorise pour sa part les modifications rédactionnelles « mineures nécessaires pour mieux exprimer l'intention du Parlement » ou harmoniser les versions linguistiques, ainsi que les changements de forme « nécessaires à l'uniformité de l'ensemble ».

L'amélioration du droit, fondement des modifications autorisées – En droit français, la loi du 12 avril 2000 dispose que la « codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ».

Le respect de la hiérarchie des normes joue à divers étages de la pyramide. Le plus souvent, il s'agit d'un déclasserement, des articles passant de la partie législative à la partie réglementaire: il s'agit notamment de tous les articles concernant la désignation d'autorités administratives, les formalités d'information ou des organismes consultatifs. De tels déclasserements sont, là encore, objet de critiques⁵. Parfois, il s'agit d'un reclassement et, dans ce cas, il faut une assise législative, donnée généralement par la loi de ratification: ainsi, une disposition réglementaire du code de l'aviation civile permettant de faire abattre des arbres, en ce qu'elle porte atteinte au droit de propriété, relève du domaine de la loi et donc de la partie législative du code. Autre exemple, épisode célèbre de la saga de la codification, l'article 173 du décret du 27 décembre 1985, déclaré illégal par le Conseil d'Etat, a été codifié dans la partie législative du code de commerce, reclassement approuvé par le Conseil d'Etat⁶. Le respect de la hiérarchie des normes est également invoqué pour éradiquer des normes législatives incompatibles avec des normes supérieures. Parfois, une disposition

¹ Sur ce constat sur la base du droit comparé, J.-P. Duprat, « Conclusion générale », précité

² Pour le droit communautaire, de tels aménagements imposent de délaissier la procédure de codification officielle au profit de celle, déclarée préférable par les institutions, de la refonte.

³ L'expression était également employée par l'instruction de 1949 pour désigner les modifications pouvant être faites (les « modifications utiles »).

⁴ G. Braibant, *in La codification*, p. 99

⁵ Il leur a été ainsi reproché par les organisations syndicales consultées pour le code du travail de nuire à l'accessibilité, les articles changeant de place et, surtout, de porter atteinte aux « garanties fondamentales » des salariés, les dispositions n'étant plus à l'abri d'une simple modification par voie réglementaire ». Certains déclasserements n'ont donc pas été opérés pour rassurer les intéressés, C. Maugué, « La méthode et le processus de recodification », AJDA 2008, 842

⁶ CE 9 fév. 2000, A. Lienhard, « La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 (ou les surprises de la codification à droit constant) », D. 2000, n° 34, Point de vue.

n'est pas reprise en raison de son inconstitutionnalité, à l'instar de l'article qui attachait une incapacité élective de plein droit aux jugements prononçant une faillite personnelle ou une interdiction de gérer. Parfois, une disposition n'est pas codifiée, pour être inconventionnelle, pouvoir du codificateur expressément reconnu par le Conseil constitutionnel¹. Le codificateur a ainsi mis fin à des discriminations envers les femmes subsistant dans le code du travail (suppression de la non-application aux femmes des dérogations au repos hebdomadaire). L'inconventionnalité ne mène pas nécessairement à l'exclusion de la norme: elle peut être codifiée après avoir été réécrite dans une version compatible avec les exigences européennes, par exemple pour la codification d'une procédure de sanction devant une autorité administrative (communication de la proposition de sanction de la commission pour que l'intéressé soit en mesure de présenter ses observations²) ou l'extension d'un droit aux ressortissants communautaires (suppression de l'exigence de nationalité française pour exercer les fonctions de conciliateur ou de médiateur en droit du travail).

L'harmonisation du droit permet quant à elle de débarrasser le système de doublons ou, à l'inverse, de contradictions, exercice qui, avec le rafraîchissement de la rédaction se partage la troisième mission d'amélioration de la cohérence rédactionnelle. Pourrait aussi être rangé au rang de l'harmonisation du droit l'ajout, à quelques occasions, de définitions: ainsi, pour le code des transports, des définitions des aéronefs, de la circulation aérienne ou du transport aérien; pour le code du travail, celle du travail temporaire. Ces initiatives sont, là encore, critiquées, en ce qu'il appartiendrait au seul législateur de décider de définir ou pas³. Pourtant, les définitions législatives sont reconnues, lorsque la codification n'est pas en débat, comme étant faiblement normatives. Par ailleurs, lorsque la codification à droit constant ne porte pas de définition, faute de texte préexistant, il sera alors critiqué pour ne pas avoir proposé une telle définition, à l'instar du code de la consommation auquel manque une définition du consommateur⁴ ou de la codification du droit des sociétés dans le code de commerce sans définition des sociétés⁵.

Une dernière modification est généralement autorisée. La définition de la codification par la loi du 12 avril 2000 prévoyait la codification des dispositions « en vigueur ». Or, une règle désuète ou obsolète est officiellement en vigueur et devrait donc être en principe codifiée. C'est pourtant l'une des vertus de la codification de faire émerger, lors du rassemblement, les textes oubliés. Les habilitations ajoutent dès lors souvent de nouvelles prérogatives pour « *abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet* »⁶. Le code de l'éducation avait ainsi pu utilement abroger la loi du 10 avril 1867 prévoyant des exercices militaires pour les garçons ou des travaux d'aiguille pour les filles, toujours en vigueur en juin 2000; le code du travail a abandonné en 2008 l'article R.234-6 qui interdisait aux femmes de moins de 18 ans le transport sur tricycles porteurs à pédales.

¹ 16 décembre 1999, précité

² En matière de nuisances sonores, l'ANCNUSA, intégrée au Codes des transports

³ H. Moysan, H. Moysan, « Le droit constant n'existe pas - L'exemple du nouveau Code du travail », JCP S 2007, act. 185

⁴ J.-L. Raynaud, « A propos du Code de la consommation », Gaz. Pal. 26-27 janvier 1994, 4

⁵ D. Bureau et N. Molfessis, précités, n° 8

⁶ Pour le code du travail, loi 9 décembre 2004 de simplification du droit, art. 84

2. La constance du droit, changement dans la stabilité

Constance autorisée ou inhérente? – Il serait possible de rassurer les tenants d’une vision formelle et légaliste du système en rappelant que c’est le législateur qui définit les modifications qu’il accepte de tolérer. Il n’y a dès lors ni usurpation, ni atteinte à la mission de codification, bien au contraire. Hors de telles autorisations, le codificateur exécutif ne peut procéder qu’aux améliorations réglementaires¹ et signaler la possibilité d’améliorations législatives, méthode adoptée pour la codification administrative de l’instruction générale de 1949. A l’inverse, l’habilitation peut dépasser les modifications traditionnelles pour autoriser franchement une « *codification dynamique* »², ce qui fut le cas pour le code général de la propriété des personnes publiques³. Pour autant, l’expérience codificatrice antérieure à l’habilitation délivrée en 2000 témoigne que, de longue date, abrogations, mises en cohérence, respect de la hiérarchie des normes, ont guidé le projet de codification⁴. Qui plus est, dans la loi du 12 avril 2000, les modifications ne relèvent pas d’une habilitation spéciale des auteurs mais de la définition même de la codification à droit constant, qui ne s’entend donc tout simplement pas sans ces ajustements. Cette inhérence peut s’expliquer par deux remarques. La constance est celle du droit, non des textes. Dès lors, les modifications normatives sont en fait formelles.

Changements de textes, constance du droit – L’essentiel des critiques vient peut-être de l’ambivalence de l’expression « droit constant », qui laisse entendre à une absence totale de modification. Souvent comprise comme impliquant une reprise littérale des textes, elle est assimilée à une codification à lettre identique⁵. Or, elle est à « droit constant ». Ce qui détermine le droit constant, c’est que, derrière le changement de la lettre, le droit n’est pas modifié, la solution est demeurée. Une règle est modifiée (abrogée, harmonisée, déclassée) mais le système juridique dans son ensemble n’en est pas modifié. Une règle inconventionnelle était de droit inapplicable, une règle désuète était de fait inappliquée, une règle en doublon redevenue unique reste appliquée: à chaque fois, la solution n’a pas été

¹ C.E., 12 février 2007, AJDA 2007, 398: « le « principe de codification à droit constant » (...) n’a pas la valeur d’une règle s’imposant au gouvernement dans l’exercice de son pouvoir réglementaire ». En revanche, si à l’occasion d’une codification, elle procède à de telles modifications, elle devra suivre la procédure prévue et notamment procéder « aux consultations auxquelles l’édition des dispositions est en principe soumise »

² N. Molfessis, RTDciv. 2004, 159

³ « Dans les conditions prévues par l’article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre, par ordonnance, les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter les dispositions relatives à la définition, aux modes d’acquisition, à l’administration, à la protection et au contentieux du domaine public et du domaine privé, mobilier comme immobilier, de l’Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes publiques dotées de la personnalité morale, à l’authentification des actes détenus en jouissance par ces personnes publiques, au régime des redevances et des produits domaniaux, tant en ce qui concerne leur institution que leur recouvrement, ainsi que celles relatives à la réalisation et au contrôle des opérations de prises en location, d’acquisition et d’aliénation poursuivies par ces personnes publiques, afin de les simplifier, de les préciser, de les harmoniser, d’améliorer la gestion domaniale et de les codifier », art 48 loi 2005-842 26 juillet 2005.

⁴ V. notamment les divers témoignages de G. Braibant, et l’instruction générale de 1949.

⁵ Refusant la possibilité d’amélioration de la substance par la codification à droit constant, D. Bureau et N. Molfessis, précités

réformée. D'ailleurs, selon certains, justement en raison de cette absence de modification réelle du droit applicable, cette forme de codification est inutile, puisqu'elle s'en prend à de faux problèmes, qui ne génèrent en pratique aucune difficulté d'application, en laissant intactes les vraies difficultés (rédactions ambiguës, entrées en vigueur complexes, abrogations implicites)¹.

Les clarifications, entre forme et fond – Ce qui est rectifié à l'occasion de la codification, ce sont des malfaçons, qui évoluent quelque part entre le fond et la forme. Aussi, réduire les contradictions, éluder les dispositions inapplicables, rétablir la hiérarchie des normes sont des modifications, certes, mais qui participent de l'accessibilité sans faire œuvre de pouvoir créateur: entre aménagement formel et transformation matérielle, les opérations de simplifications et clarifications maintiennent l'ambition de la codification à droit constant: « on ne dit pas ce que le droit doit être, on dit ce qu'il est »². Ainsi entendue, la constance du droit serait très probablement mieux acceptée, nombres d'auteurs étant prêts à admettre toute modification, surtout pour une amélioration, mais à la condition qu'elle soit admise ouvertement³.

Une constance encadrée – Le codificateur est soucieux de respecter la mission qui lui est confiée. Ainsi, pour l'élaboration du code minier, « le respect du principe de la codification à droit constant impose de laisser subsister les incertitudes relatives à l'interprétation des dispositions combinées ». De la même manière, lorsque les soupçons d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité sont douteux ou lorsque la réponse à y apporter implique un choix, le codificateur préfère s'abstenir pour ne pas outrepasser son habilitation (par ex., faire bénéficier les partenaires de PACS des avantages conjoints en matière de transports). Enfin, lorsque la clarification demanderait de trop nombreux changements, la codification à droit constant est abandonnée, comme celle des textes relatifs à la gestion des aéroports, « n'étant ni comprise par les membres de la Commission ni explicitée par les représentants de l'administration »⁴. En cas de dépassement, l'excès de pouvoir pourra être sanctionné – il est vrai par l'exercice de contrôles très fermés. Selon le Conseil constitutionnel, le moyen contestant la ratification d'une ordonnance n'ayant pas respecté la règle de codification à droit constant est « inopérant à l'égard d'une loi de ratification de grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation »⁵. Le Conseil d'Etat, compétent tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée, saura en revanche censurer des « harmonisations du droit » prenant un peu trop de libertés, par exemple l'article du code de la santé publique élargissant les compétences d'inspecteurs en matière de vaccinations obligatoires pour les faire correspondre à d'autres dispositions⁶. Cependant, ce contrôle n'est possible que tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée: au-delà, les inconstances de la codification sont-elles définitivement acquises? Bien au contraire, et par divers leviers, le temps va venir renforcer la constance de la codification.

¹ H. Moysan, précité, 2002.

² G. Braibant, « *Réflexions, méthodes et prospectives, la codification française* », Rev. Ad. 1994, 173

³ G. Drago, « De la codification à l'évaluation », JCP 1996, I, 3953

⁴ *Rapport annuel*, p. 42

⁵ Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, cons. 12

⁶ CE, 26 novembre 2001, RTD civ. 2002, 592, obs. N. Molfessis

B. LE DROIT CONSTANT DANS LE TEMPS

Les critiques, le plus souvent formulées à l'instant de la promulgation du nouveau code, méritent d'être réévaluées dans le temps. Il est fort probable que l'expérience cumulée de quelques années jouera en faveur des vertus des recodifications et que les inconvénients ne soient finalement que transitoires¹.

La rectification des erreurs – Le temps permet de réparer des maladroites de codification. Le plus souvent, les erreurs de codification, identifiées par les éditeurs privés ou dénoncées par la doctrine, font l'objet de corrections en rafale à l'occasion de la loi de ratification: ainsi, la loi ratifiant le nouveau code de commerce procède à des rectifications par dizaines². Si la correction est urgente, ou tardive, elle peut être insérée dans une autre loi, ainsi qu'il fut fait pour ressusciter le taux de premier et dernier ressort des tribunaux de commerce. Enfin, mais il faut se garder de généraliser ce qui a été essentiellement un fait d'armes, le Conseil d'Etat a accepté de réécrire une disposition mal codifiée, qui renvoyait à l'article L. 761-18 du code rural pour une catégorie d'assurés qui n'existait qu'à l'article suivant, et, pour faire bonne mesure, d'ordonner la publication de sa décision au JO³, aux motifs que « *compte tenu tant de l'absence de tout doute sur la façon dont les auteurs de l'ordonnance auraient dû transcrire les dispositions antérieures à la codification, que de l'impossibilité – la durée de l'habilitation prévue par la loi du 16 décembre 1999 – de prendre une ordonnance qui rectifierait l'erreur entachant l'article L. 761-21, il y a lieu pour le Conseil d'Etat, pour donner le meilleur effet à sa décision, non pas d'annuler les dispositions erronées de cet article, mais de conférer aux dispositions codifiées leur exacte portée et de prévoir que le texte ainsi rétabli sera rendu opposable par des mesures de publicité appropriées* ».

La familiarisation avec le nouveau code – Le temps permettra également à chacun de s'habituer au nouvel agencement des règles – étant entendu qu'il n'y a aucun besoin de s'accoutumer aux abrogations de règles qui étaient déjà oubliées de tous ou inapplicables. Les critiques faites aux codes à droit constant déplorent souvent la difficulté de mémorisation des nouvelles présentations⁴. L'influence de l'effort ainsi demandé sur le regard très critique posé sur les nouveaux codes est peut-être sous-estimée. La recodification impliquant l'existence d'un premier code et d'habitudes à son égard, le poids des « *freins psychologiques* », décrits par Monsieur le Professeur Cabrillac⁵, joue pour beaucoup dans les réactions d'hostilité contre les nouveaux codes. Lorsque lesdits codes étaient chargés d'un poids symbolique, les freins se doublent⁶.

La constance, nouvelle méthode d'interprétation – Enfin, la constance du droit est devenue une méthode d'interprétation. Toute codification à droit constant est interprétée par les juridictions comme n'ayant pas voulu modifier l'état antérieur du droit. Selon la Cour de cassation, « *l'abrogation d'une loi à la suite de sa codification à droit constant ne modifie ni la teneur des dispositions transférées ni leur portée* »⁷. Ainsi, par exemple, supposons une loi abrogée car

¹ Truchet, précité

² Voir la cinquantaine de corrections du code de commerce faites par la loi du 3 janvier 2003.

³ CE 25 mars 2002, JO, 6 juin 2002, p. 10119

⁴ Ex. D. Bureau, précité

⁵ « Recodifier », RTD civ. 2001, 833

⁶ *Ibid.*

⁷ Cass. civ. 1^e, 27 fév. 2001, D. 2001, 1025, obs. A. Lienhard

codifiée. Mais supposons encore, et ce n'est pas hypothèse d'école, que les décrets d'application n'aient pas encore été codifiés. Ces décrets renvoient donc pendant ce laps de temps à des lois abrogées et sont privés de fondement. Pourtant, par la neutralité de la codification à droit constant, la Cour de cassation fait survivre ces règlements¹. La rigueur des juridictions dans l'utilisation de cette méthode est propre à rassurer ceux qui craignent des modifications implicites dans l'acte de codification puisque le juge refusera de prêter à un changement de formule, ou à un déplacement du texte, un sens autre que celui qui dominait avant sa codification: toute modification potentielle est ainsi neutralisée au moment de son interprétation et le temps joue dans le sens de la constance. L'absence de révolution judiciaire provoquée par une codification à droit constant a pu faire observer, pour l'abrogation par erreur commise lors de la codification du code de commerce, que « *la virulence des effets (...) aura, en définitive, davantage été ressentie dans les colonnes de la presse (...) que dans les prétoires, les juges ayant le plus souvent joué la « continuité des solutions »* »².

La constance, naissance d'un droit sans âme – Mais il existe un dernier rapport du code au temps: la re-codification aligne temporellement des dispositions d'époques différentes, consacrant ainsi une « *régression du droit* »: « *les dégâts attachés aux premiers codes « à droit constant » ont bien vite témoigné non seulement d'un stakhanovisme législatif qui n'a nulle part au moins fait ses preuves, mais d'une incompréhension majeure du rôle du temps dans le droit et de la signification des existants* »³. Le traçage des dispositions contenues dans un code, la confection confection soigneuse de tables de références et de concordances, assurée par exemple en droit belge, manque largement aux codes récents. Ils sont accusés de rompre avec la composante historique et la recherche du juste⁴, qui étaient toutes entières contenues dans la la loi absorbée par la codification, sa date et ses travaux préparatoires. Le travail de recherche de l'intention du législateur devient un travail de recherche du texte dans son état antérieur à sa codification et consacre un triomphe du légalisme formel, l'interprétation du texte étant coupée de toute politique juridique. On retrouve ici les critiques vives de Savigny envers toute œuvre de codification: outre qu'elle fige un droit par nature évolutif, elle empêche l'enracinement au passé et rompt l'Esprit du peuple. Changement des méthodes d'interprétation, oubli des racines textuelles, la codification à droit constant ne l'est finalement pas, puisqu'elle prend un texte ancré dans un contexte et le transforme en texte formellement articulé dans une logique d'ensemble.

*
* *

En définitive, si l'on voulait tenter d'expliquer la tension entre louanges et critiques entourant la codification à droit constant, il serait possible de distinguer deux zones de perturbations. D'une part, la codification à droit constant brouille les frontières que l'on voudrait nettes entre la forme et le fond et est dès lors sans cesse suspectée de les enfreindre. Des changements apparemment de forme peuvent entraîner des changements de fond –

¹ « *les arrêts ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils portent application, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation nouvelle* », Cass. crim., 4 mai 1995, D. 1995, IR, 181

² A. Lienhard, obs. sous Paris, 17 oct. 2001, D. 2001, act., 3438

³ F. Terré, *op. cit.*

⁴ B. Oppetit, précité, sp. p. 17; R. Cabrillac, précité

tous les commentateurs le relèvent abondamment; mais la doctrine est moins empressée à se demander si l'inverse ne se vérifie pas et si des changements de norme peuvent ne pas entraîner de réforme.

D'autre part, parce que la codification à droit constant a été envisagée comme un remède miracle aux crises du droit, il a été attendu d'elle tout et son contraire et elle ne pouvait donc que décevoir: quand elle ne modifie pas tel point mal aimé, on lui reproche d'avoir manqué l'occasion de simplifier; quand elle opère ces modifications, elle est soupçonnée d'abus de pouvoir¹; lorsqu'elle consacre une jurisprudence établie, elle dépasse sa mission; mais si elle laisse la jurisprudence hors du code, elle usurpe son titre de codification du droit. Ainsi, celui-là même qui avait qualifié la codification à droit constant de « *codification du pauvre* » devait par la suite avouer cet excès de sévérité et reconnaître les effets bénéfiques de l'œuvre... réclamant dès lors qu'y soit associées des modifications de fond pour ne pas gaspiller cet énorme travail². Peut-être faut-il alors espérer moins de la codification à droit constant, pour être moins déçu et se résigner à une simple remise en ordre cohérente des textes: « *ce n'est déjà pas si mal, et ce n'est pas si facile* »³. Peut-être aussi cette résignation est-elle impossible, car la tension entre souci de légistique et tentation de la réforme n'est pas celle de la codification à droit constant, mais celle de la culture juridique, au moins de la culture française.

¹ Ph. Reigné et Th. Delorme, « Une codification à droit trop constant », JCP E 2001, 1

² Ph. Malaurie, précité.

³ Ph Rémy, « La recodification civile », Droits, n° 26, 1998, 3, sp. 4; rappelant que la codification d'un droit de mauvaise qualité donne un code de mauvaise qualité, B. Oppetit, précité; La codification « *n'a jamais eu la prétention de résumer à elle seule l'ambition de simplifier et de clarifier le droit. Elle y contribue à sa manière en s'attaquant à l'un des symptômes e la complexité de l'édifice juridique, la prolifération de textes et l'opacité des rapports qu'ils entretiennent parfois entre eux* », Y. Robineau, précité

**Common Frame of Reference:
Towards a Nowadays European Identity in Private Law¹**

Ferenc SZILÁGYI*

This article addresses the Common Frame of Reference in the light of the recently adopted resolution of the European Parliament.² It focuses on the ongoing process in the field of contract law in Europe, emphasizing the importance of this process not only from the point of view of legal scholarship, but also from that of European integration as a development towards the *finalité politique*. In short, as this paper outlines, it aims to provide “the form Europe with an additional content”.³

Résumé: Les travaux préparatoires du projet scientifique du Cadre commun de référence⁴ étant bientôt terminés, un projet intermédiaire du texte est paru au début de cette année, servant de base pour les futurs débats. L'objectif de l'élaboration du Cadre commun de référence (CFR) est de remédier aux contradictions au domaine du droit privé en Europe affectant le fonctionnement correct du marché intérieur. Le deuxième éventuel domaine d'application du CFR serait d'assister le législateur national en deux sens, à savoir dans le contexte de transposition des directives communautaires, ainsi que lors de la révision générale du corpus du droit civil domestique. A présent un nombre des nouveaux États-membres ont entrepris la révision du corpus de leur droit civil domestique, ce qui s'analyse comme l'acte de clôture d'un processus de transition politique et économique. Cet article vise à exposer certaines utilités et fonctions du CFR au profit du législateur national (II), ce qui sera précédé par la présentation du progrès actuel (I) et suivi par la synthèse des pronostics concernant l'avenir du CFR (III).

Abstract: The phase of elaborating the academic Common Frame of Reference approaches its end, while an outline edition of the academic CFR has already been published early this year, providing the basis for future discussion. Once created the CFR, it is envisaged, may help overcome the discrepancies existent in the field of private law in Europe, which in many respects affect the smooth functioning of the Internal Market. Another possible role of

¹ I am grateful to my distinguished colleague Dr Stephen Swann (Osnabrück) for the linguistic support

* Etudiant en école doctorale à l'Institut d'études juridiques européennes, Osnabrück, Allemagne, sous la direction du professeur von Bar; fszilagy@uni-osnabrueck.de. Member of the Working Team on Extra-Contractual Obligations, Study Group on a European Civil Code.

² Resolution of the European Parliament B6-0374/2008 of 3 September 2008 – as accessible online

³ Christian von Bar, “Ein gemeinsamer Referenzrahmen für das marktrelevante Privatrecht in der Europäischen Union” [A Common Frame of Reference for the Market Relevant Private Law in the European Union]. Festschrift Erik Jayme, Vol. 2 by Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (ed.), Sellier München 2004, p1222.

⁴ Distinction doit être faite entre le projet du Cadre commun de référence (*Draft Common Frame of Reference* ou DCFR) élaboré par le groupe de chercheurs chargé de la rédaction et le véritable Cadre commun de référence (CFR), qui sera adopté au niveau de l'Union européenne

the future CFR may be to operate as a *helping hand* for the national legislator while transposing European legislation into national law. Furthermore, it may also serve as a *helping hand* when undertaking a comprehensive revision of domestic private law. Many of the new Member States are currently pursuing a general reform of their national legislation in the field civil law as a final closing act of the successful post-Communist political and economic transformation process. This article attempts to outline some functions and advantages provided by the DCFR for the national legislator (II), preceded by a brief presentation on the ongoing process (I) and followed by a conclusion on the prospects for the (D)CFR (III).

Rezumat: Cadrul comun de referință: Spre o identitate europeană de astăzi în dreptul privat. Faza de elaborare a Cadrului comun de referință academică¹ (DCFR) se apropie de sfârșit, în timp ce ediția de schiță interimară acestei fiind deja publicată la începutul acestui an, furnizând baza pentru viitori discuții. După elaborare Cadrul comun de referință (CFR) are în vedere de a promova coplesirea discrepanțelor existente în domeniul dreptului privat în Europa, care afectează sub mai multe aspecte funcționarea coreapuzătoare a Pieței interne. Un alt rol posibil al viitorului CFR este cel de a servi o mână de ajutor pentru legiuitorul național la transpunerea legislației Europene în dreptul național, iar mai de parte ar mai putea servi mână de ajutor și în timp ce se străduie revizuirea amplă a dreptului privat intern. Mulți dintre noile State Membre urmează la ora actuală o revizie generală a legislației naționale în domeniul dreptului civil, în sensul unui act final la sfârșitul procesului de transformare politico-economică absolută cu succes. Articolul urmărește ca obiectiv prezentarea unelor funcții și avantaje oferite de (D)CFR pentru legiuitorul național (II), precedată de o scurtă prezentare a procesului în curs (I) iar urmat de concluziile legate de perspectivele (D)CFR-ului (III).

Összefoglaló. A Közös referenciakeret tudományos tervezetének² kidolgozási munkálatai a végéhez közelednek, miközben az év elején megjelent a Közös Referenciakeret közbenső szöveg-tervezete, amely alapot szolgáltat a további vitákhoz. Célját tekintve a Közös referenciakeret (CFR) az európai magánjog területén jelentkező ellentmondások kiküszöbölését tartja szem előtt, amelyek számos vonatkozásban hátrányosan befolyásolják a belső piac zavartalan működését. A jövőbeni CFR másik lehetséges alkalmazási köre a nemzeti jogalkotó számára segítő kézként történő funkcionálása két tekintetben is: segítő kézként szolgálhat az európai jogalkotás nemzeti jogba történő átültetése alkamával éppúgy, mint a hazai magánjog átfogó felülvizsgálata során. Jelenleg számos új Tagállamban zajlik a nemzeti polgári jogi joganyagának általános felülvizsgálata, amely leginkább záróaktusként értelemezendő egy sikeresen lezajlott politikai és gazdasági átlakulási folyamat végén. A cikk célja, hogy kiemeljen és bemutasson néhány a (D)CFR által a nemzeti jogalkotó számára képviselt funkciót, illetve a (D)CFR által nyújtott előnyt (II), amelyet megelőz a jelenleg zajló folyamat rövid bemutatása (I), valamint amelyet a (D)CFR-el kapcsolatos kilátások összefoglalása követ (III).

¹ Se referă la așa zisul Proiect Cadrul comun de referință, Draft Common Frame of Reference (prescurtarea aplicată în literatură „DCFR”), cel care trebuie diferențiată de Cadrul comun de referință propriu zisă (prescurtare aplicată „CFR”), urmând de a fi adoptat pe planul Uniunii Europene

² A kidolgozással megbízott tudóscsoport által elkészített tervezet értendő, az ún. Közös referenciakeret tervezete értendő (Draft Common Frame of Reference, vagy az irodalomban alkalmazott rövidítéssel DCFR), amely megkülönböztetendő a tulajdonképpeni Közös referenciakerettől (alkalmazott rövidítés CFR), amelyet az Európai Unió szintjén fogadnak majd el

I. The Europeanization process in the field of private law

1. Cornerstones

Although the idea has featured within legal scholarship in Europe earlier as well,¹ the pioneer steps towards a contemporary European private law were taken by the Commission on European Contract Law under the leadership of Ole Lando. Considering these developments, the European Parliament in its resolutions in 1989 and 1994 called for steps towards a European private law on a Community level too.² The real political debate was initiated by the European Council's Conclusions of Tampere of 15-16 October 1999, requesting the Commission assess whether or not there is a need to harmonise the procedural and substantive private law rules of the Member States.³ The European Commission complied with the request formulated by the Council in three subsequent Communications (COM (2001) 398 final,⁴ COM (2003) 68 final,⁵ and COM (2004) 651 final⁶), characterized by gradual concretisation, and in related progress reports (COM (2005) 456 final, COM (2007) 447 final)⁷. The European Commission's third communication has already made specific proposals in relation to the content of the CFR, and defined general methodical approaches for its elaboration. Furthermore, a time schedule for the adoption of the CFR has been established, according to which the adoption by the Commission is planned for 2009. According to the structure envisaged by the Communication, the CFR would consist of three central parts: the fundamental principles of contract law, definition of the most important abstract legal terms and model rules of contract law. As regards the structure the Commission has obviously been inspired by the Principles of European Contract Law.⁸ In accordance with the objective set out in the third Communication, the Commission established in May 2005 the so-called "Joint Network on European Private Law", financed under 6th Framework Programme, which was commissioned with the task of

¹ These preoccupations are rather characterized by the aspect of comparative law and focus on common roots, as for example René David has criticised the nationalization of law in Europe both from an intellectual and practical point of view, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol. II. Ch. 5 p180; addressing the idea of creating a common European private law, see Franz Gschnitzer, "*Geschichte des europäischen Zivilrechts im 19. und 20. Jahrhundert*" (History of European Private Law in 19th and 20th Century), in, *Juristische Blätter* 1960, p215; a manifesto by Hein Kötz, "*Gemeineuropäisches Zivilrecht*" (Common European Civil Law), in, *Festschrift für Konrad Zweigert*, Mohr Tübingen 1981, pp481-500; the historical aspect is elaborated, with a focus on the Roman law foundations, by Paul Koschaker, "*Europa und das römische Recht*" (Europe and the Roman Law), C.H.BECK München and Berlin 1966.

² Resolution EP A2-157/89, OJ of EC 1989/C 158/400; Resolution EP A3-0329/94, OJ of the EC 1994/C 205/518

³ Paragraph 39 of Presidency Conclusions

⁴ OJ of the EC 2001/C 255/01

⁵ OJ of the EU 2003/C 63/01

⁶ OJ of the EU 2005/C 14/06

⁷ OJ of the EU 2006/C 49/27, OJ of the EU 2007/C 191/21

⁸ Ole Lando and Hugh Beale (eds.), "*Principles of European Contract Law Parts I and II, prepared prepared by the Commission on European Contract Law*", Kluwer Law International, Hague 1999; furthermore Ole Lando, Eric Clive, André Prüm & Reinhard Zimmermann (eds.), "*Principles of European Contract Law, Part III*", Kluwer Law International, Hague 2003.

elaborating the materials which would form the basis for a CFR. The network integrates various research groups, most of them already existent prior to the establishment of the network: the *Study Group on a European Civil Code*¹ (*Study Group*) and the Research Group on the Existing EC Private Law (*Acquis Group*), which together constitute the two pillars of the network, and additionally the *Project Group on the Restatement of European Insurance Contract Law* (*Insurance Group*), the *Association Henri Capitant* in cooperation with *Société de Legislation Comparée* and *Conseil Supérieur du Notariat*, the Common Core Group, the Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (also referred to as the Economic Impact Group), the Data Base Group and the European Law Academy (also referred to as ERA). The work of the Study Group and Acquis Group are brought together by the so-called "Compilation and Redaction Team". The two groups delivered the preliminary Draft CFR to the European Commission at the end of 2007 and subsequently published the interim outline edition of the Draft Common Frame of Reference in book form.² The model rules of the DCFR – also referred to as the Academic CFR – are set out in seven books. Books I-III comprise rules of general contract law (in essence a revised version of the Principles of European Contract Law I-III); Book IV is devoted to specific contracts, Book V to *negotium gestio*, Book VI to non-contractual liability and Book VII to unjustified enrichment; Annex 1 provides a list of definitions and Annex 2 is on rules of prescription. The final (composite) academic CFR to be submitted by the end of 2008 to the European Commission will comprise three additional areas as well: the rules on transfer of movables, the rules on proprietary security rights in movable assets and trust law.

2. Aims and perspectives

The text to be delivered by the end of this year constitutes the academic (draft) of the CFR and is to be distinguished from the political one to be adopted by the European Commission. In accordance with the Communications of the Commission the CFR will serve two purposes: primarily it is destined to help overcome incoherence in the field of pointillist Community private law, serving the Community legislator and the academic community in the function of a toolbox. In a next step the CFR or some part(s) of it might form the basis of a so-called optional-instrument in the sense of a particular autonomous Community contract law regime. However, the Justice and Home Affairs Council has granted support only for the first alternative (the toolbox).³

¹ See Christian von Bar, "The Study Group on a European Civil Code", in, *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT)* 2000, pp323-337, the same in Portuguese "Um Código Civil para Europa". *Boletim da Faculdade de Direito Coimbra. STUDIA IURIDICA* 64.Colloquia - 8, pp65-78; Mary-Rose McGuire, "Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code", in, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 5/2006, pp163-174.

² Von Bar/Clive/Schulte-Nölke (eds.) "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition", Sellier. European Law Publishers, Munich 2008, also accessible at www.law-net.eu; a French translation of Books I-III prepared by Jacques Ghestin is also available and accessible at <http://www.fondation-droitcontinental.org/Documents/Traduc-vBar-livre%20I-II-III-%2008-2008.doc> (17.10.2008).

³ Council Document 8092/08.

a) The role of the CFR in the function of a “toolbox”

The primary aim of the CFR is to guide the hands of the Community legislator for purposes of better lawmaking. A CFR in this sense is also envisaged in the JHA Council Position of 28 April 2008 on the fundamental aspects.¹ The toolbox function for the Community legislator springs from the CFR as a general infrastructure prepared on the basis of comparative law research and taking account also of the principles governing the present Community private law. The CFR in this sense could be apostrophized a “masterplan” provided for the Community legislator while also carrying out the consolidation of the existing scattered Community private law and thus acting as a guiding line while preparing future Community measures in this field. In order to fit for this purpose it is envisaged the CFR should include not only rules on general contract law, but also rules on special contracts, extra-contractual obligations and movable property as well.² A field testing of the CFR as a “toolbox” may take place while pursuing the objectives set out in the Commission’s Green Paper on the Review of Consumer Acquis of 2006.³ The Green Paper proposes in this respect optional vertical and horizontal approaches: the vertical approach focuses on the individual revision of each directive concerned, whereas the horizontal approach aims to establish a common regulatory framework implying the common features in a “Framework Directive”. It is worth noting that the Commission’s inclination is clearly in favour of the latter approach.⁴ Two further functions which the CFR may serve can be mentioned: it may operate as a model instrument while transposing Community law for the Member State legislator, or in the process of enacting private law legislation outside the scope of Community law and, furthermore, it could also serve the European Court of Justice as a set of guiding principles while interpreting Community private law.⁵

b) The CFR as a possible basis for an Optional Instrument

The idea of an alternative genuine European contract law regime (a so-called Optional Instrument) has been supported since the beginning of the political debate.⁶ The Commission’s last (third) Communication presented a tempered position; nonetheless the Optional Instrument remained on the agenda.⁷ However, by contrast, the Position adopted by the JHA Council of 18 April 2008 seems to abandon such an attempt and rather considers

¹ Council Document 8092/08 – paras. 9, 14: (a) Purpose of CFR: a tool for better lawmaking targeted at Community lawmakers, (b) content: a set of definitions, general principles and model rules in the area of contract law to be derived from a variety of sources, (c) scope: as general contract law including consumer contract law and (d) the legal effect as a set of non-binding guidelines to be used by the lawmakers at Community level on a voluntary basis as a common source of inspiration or reference in the lawmaking process.

² Stefan Leible, “Europäisches Privatrecht am Scheideweg” [European Private Law at crossroads], in, *Neue Juristische Wochenschrift* 2008 Heft 35, p2561.

³ GREEN PAPER on the Review of the Consumer Acquis - COM (2006) 744 final – OJ of the EU 2006/C 138/15

⁴ Speech held by EC-Commissioner Dr. Meglena Kuneva on 28 April 2008 at the Walter Hallenstein Institut für Europäisches Verfassungsrecht – accessible at www.whi-berlin.de/documents/Rede-Homepage-Kuneva.pdf (01.10.2008)

⁵ COM (2004) 651 para. 2.1.2.

⁶ COM (2001) 398 para. 61 et seq; COM (2003) 68 para. 92 et seq.

⁷ COM (2004) 651, para. 2.3

the CFR an instrument exclusively for better lawmaking purposes on behalf of the Community legislator.¹ Notwithstanding this, paragraphs (13) and (14) of the Preamble of the new Rome I Regulation² of 17 June 2008 already mirror a permissive approach, while paragraph (14) explicitly addresses the possible adoption of an appropriate Community instrument which may be opted for by way of choice of law by the parties, as follows:

“(13) This regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention.

(14) Should the Community adopt, in an appropriate legal instrument, rules of substantive contract law, including standard terms and conditions, such instrument may provide that the parties may choose to apply those rules.”

Beside this, the idea of an Optional Instrument is continuously supported both by a number of academics³ and legal practitioners⁴. An optional instrument may be understood as an alternative legal order provided for the contracting parties, which is based exclusively on Community law. The optional instrument would be elaborated to operate with universal scope, appropriate to regulate B2B, B2C, and C2C relations. Parallels may be drawn as between certain Community instruments in the field of intellectual property law and company law and the Optional Instrument inasmuch as these are not directed at setting aside the national regulatory framework, but rather are provided to enrich the offer.⁵ An optional instrument could serve especially as a stimulus for SMEs to enter cross-border transactions and in this way to exploit optimally the opportunities offered by the internal market.⁶ However, actors in other market sectors have also complained that there is still a lack of uniform and reliable rules for cross-border transactions.⁷ Another area where the

¹ Council Document 8092/08, paras. 5-7.

² REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ of the EU 2008/L 177/6-16

³ See in this sense Hugh Beale, *“The Future of Common Frame of Reference”*, in ERCL (European Review of Contract Law) Vol. 3 (2007), pp269-272; Hans Schulte-Nölke, *“EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the “Blue Button”*, in ERCL Vol. 3 (2007) No. 3 pp348-349; Stefan Leible, *“Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument”* [What to do with the Common Frame of Reference for European Contract Law? – A plea for an Optional Instrument], in, Betriebs-Berater Heft 28/2008, pp1469-1475; Hugh Beale, *“The Nature and Purposes of the Common Frame of Reference”*, in JURIDICA INTERNATIONAL XIV/2008, pp15-16.

⁴ Stefan Vogenauer and Stephen Weatherill, *“The European Community’s Competence to Pursue Pursue Harmonisation of Contract Law – an Empirical Contribution to the Debate” – “IV. 2 on Business Survey and 3 on Results of the Survey”*, in, VOGENAUER and WEATHERILL (eds.): *The Harmonisation of European Contract Law: Implications For European Private Laws, Business and Legal Practice*, pp117-119.

⁵ Leible, *ibid*, p2561.

⁶ In this sense Leible, *ibid*, p2561, Beale, *ibid*, pp270- 271,

⁷ See in this sense the Response to the GREEN PAPER on the Review of Consumer Acquis of the Union of German Banks (Verband Deutscher Banken e.V.) from 13. April 2007 – also Leible, *ibid*, p2561.

Optional Instrument could help overcome discrepancies is that of online transactions: the consumer from another Member State could opt for the Optional Instrument where the seller is not familiar with the consumer's domestic law (which may turn out to be required according to Art. 6 of Rome I Regulation, determining the minimum standard of consumer protection in the domestic law of the consumer).¹ The potential application of the Optional Instrument in this particular context is also called a "Blue Button" function.² With regard to the Community legal instrument best suited to enacting the Optional Instrument, the adoption of a regulation under Art. 308 EC appears to offer the most appropriate basis.³

c) *A Civil Code for Europe no, post-national codification yes*

Although the first two Resolutions of the European Parliament⁴ called for steps towards elaborating a European Codex of private law relevant for the internal market, the current process cannot be considered as aiming at a European Civil Code dedicated to replacing the Member States' private law systems. This view has been repeatedly expressed on a political level, most recently by the JHA Council of 18 April 2008, rejecting the option to use the CFR to harmonise the various contract laws by creating a European Civil Code.⁵ The same may also be asserted with regard to the academics involved in the project.⁶ Beside this, the ongoing elaboration process of the Academic CFR may be denoted "codification" from an academic point of view, aiming to establish a model for the market-relevant private law in Europe. In this respect the CFR should rather be described as model law than a "Restatement of Law".⁷ The need for a coherent system of contract law in order to improve and serve future developments, is considered uncontested, both among academics in Europe⁸ and on the

¹ In this sense Beale, loc. cit. p271, Schulte-Nölke, loc.cit. p349.

² Under the "Blue button" function one may imagine electronic commerce where, in order to overcome discrepancies of contract law regimes in the internal market, the consumer is offered to choose a "Blue button" and thereby to agree to the European contract law as governing law, including its mandatory provisions (in place of national mandatory provisions). The button in blue stands for the EU flag. Prerequisite for such a construction is the elimination of Art. 6 Rome I Regulation

³ Leible, *ibid*, p2561

⁴ See footnote 3

⁵ Council Document 8092/08, para. 5; comments by Hans Schulte-Nölke, "Rat der Europäischen Union gegen ein Europäisches BGB, aber für einen Gemeinsamen Referenzrahmen zum Europäischen Vertragsrecht" [The Council of the European Union against a European Civil Code, but in favour of a Common Frame of Reference for European Contract Law]. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS)* 2008, 6th issue of 5.6.2008, p. 201.

⁶ See in this sense Beale, *ibid*, p275; Christian von Bar/Hans Schulte-Nölke, "Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht" [Common Frame of Reference for a European Law of Obligations and Property Law], in, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005 Heft 5, p167; Leible, *ibid*, p2562; Christian von Bar, "Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference", in, *ERCL Vol. 3 (2007) No. 3*. p352.

⁷ Leible, *ibid*, p2561.

⁸ So for example Beale, *ibid*, pp257-265, in the same sense "The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law", in, *JURIDICA INTERNATIONAL*, X/2005, pp9-16; von Bar/Schulte-Nölke, *ibid*; Christian von Bar footnote 2.

European political scene.¹ Conclusively, the codification in this context is to be understood as an academic, scientific process, aiming at the preparation of a well functioning regulatory framework for private law relevant for the smooth functioning of the internal market. Thus the term “Code” may describe in this respect, at most, a comprehensive coherent system of European private law, focussing rather on the technical meaning of the term. Moreover, it may be noted that the 67. German Jurist Assembly² even included the topic “A European Civil code” in its Discussion Forum on European Law.³

I. (European) Principles as a source of influence in national reforms in Europe

The influence of European Principles on the development of national private laws is uncontested today. Both old Member States⁴ and new Member States experience the guiding role of various European Principles while modernizing their private law. This section seeks to illustrate the influence the Principles had on the development of private law in Germany, Estonia and Hungary.⁵ Beside developments in these legal systems, the Scottish Law Commission and the Spanish Civil Code Reform Committee have also resorted to PECL.⁶ Furthermore, the Principles also had a certain influence on the *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, aiming at the reform of the law of obligations in the Code civil. However, the influence of the Principles is considered rather restricted in this context.⁷ Model rules such as PECL could prove especially valuable while reforming private law in Eastern European countries⁸ with the effect of adjustment of the system to build on a common standard. One may also refer to the gap filling role of fundamental principles of law in the judicial practice of transitional societies, where the lack of special tradition renders inevitable resort to general principles while solving legal disputes.⁹ The Principles of European Contract Law have also been considered by the

¹ European Commission’s Communications 2001, 2003, 2004; JHA Council Position of 18 April 2008.

² 67. Deutscher Juristentag held between 23-26 September 2008 in Erfurt organised by the German Jurist’s Association - www.djv.de (01.10.2008).

³ See the flyer on the discussion event http://www.djt.de/files/djt/67/djt_67_forum_europarecht.pdf (01.10.2008).

⁴ Prior to the EU Eastern-Enlargement in 2004 and 2007

⁵ Of course, the focus here only serves an illustrative purpose and should not be interpreted as a detailed analysis of the rules presented.

⁶ Christian von Bar/Ole Lando/Stephen Swann, “Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code”, in, *European Review of Private Law* 2/2002, p226.

⁷ Bénédicte Fauvarque-Cosson, “Towards a New French Law of Obligations and Prescription? About the *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2007 p430, see also Ole Lando, “*L’avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences*”, in, *Revue des Contrats (RDC)* 2006/1, pp167-175.

⁸ Ole Lando, “Principles of European Contract Law. An alternative or a Precursor of European Legislation”, in, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2002, p266.

⁹ Irene Kull, “European and Estonian Law of Obligations – Transposition of Law or Mutual Influence?”, in, *JURIDICA INTERNATIONAL* IX 2004, p36.

commission set up in 2006 to elaborate the amendments of the legislative proposal on new Romanian Civil code adopted by the Senate in 2004.¹

1. The *Schuldrechtsmodernisierung* in Germany

Although the discussion on modernizing the law of obligations in the BGB lasted overall about twenty-three years (1978-2001)², the principles – here referring to the Principles of European Contract Law and UNIDROIT – were considered only in the very last phase. In autumn 2000 the Federal Ministry of Justice presented for public debate the so-called Discussion Draft, which had corresponded to a large extent to the Reform Commission's Draft of 1992, revised to take account of eight years of legal development. As a reaction to the deficits of the Discussion Draft, at the beginning 2001 the Government set up two working groups in order to review the Draft and to formulate their deliberations. The working group on undue performance carried out its review following mainly the criticism formulated by Ulrich Huber on the occasion of a symposium on the *Schuldrechtsmodernisierung* held in Regensburg in autumn 2000. The suggestion made by the working groups were incorporated, which resulted in the so-called consolidated version of the Draft, whereas the consolidated version from a substantive point of view again had to be measured against the principles³. The Government Draft was presented in May 2001, largely largely accepting the suggestions made in the consolidated version and thus by the working groups. The Government Draft suffered changes even in course of the parliamentary process, and finally was passed in November 2001.⁴ The principles have played the role of yardstick of the desired reform objective.⁵ Some examples about how the principles, especially PECL, had influenced the modernization law of obligations are provided below in regard to certain topics on non-performance and rules on prescription.

a) Concept of non-performance – especially remedies – in the light of the Principles

Generally, the concept of non-performance in the BGB has been changed from the *cause approach*, meaning that the regulation is focussing on the reason for non-performance⁶, to the *remedy approach* based on a uniform rule – a general clause – for non-performance, described by the general term of breach of duty.⁷ An example of the orientation towards PECL may be seen in treatment of the issue of impossibility: the Discussion Draft dispensed with the explicit regulation of impossibility, taking the CSIG as a point of reference, whereas the consolidated version – later part of the Government Draft and the *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* – returned to the initial concept of impossibility⁸ in the sense of a ground of dispensation from the requirement of performance (a defence). In this respect the

¹ Flavius Baias, "*Le nouveau code civil roumain*" [The New Romanian Civil Code], in *Recueil Dalloz* 2008, p2336.

² Reinhard Zimmermann, "*The New German Law of Obligations*", Oxford University Press 2005. pp30-35.

³ Olaf Meyer, "*Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht*", Nomos Baden-Baden 2007, p162.

⁴ Zimmermann, op. cit. pp33-35.

⁵ Meyer, op. cit. p162.

⁶ The main categories were impossibility, delay and undue performance.

⁷ Meyer, op. cit. p163.

⁸ The Principles use the term "impediment" in this context.

Government Draft identified the parallel between § 275 I BGB on the one hand and Art. 9:102 subsection 2 (a) PECL and Art. 7.2.2 (a) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (hereinafter "PICC") on the other.¹ The so-called factual impossibility as in § 275 II is also synchronized to the Principles (Art 9:102 Subsection 2 lit. (b), Art. 7.2.2 lit. (b) PICC); moreover, it even attempts to improve the principles. As compared to PECL and PICC, § 275 II BGB is furnished with exact criteria in order to determine the appropriateness of releasing from the duty to perform as a result of impediment (e.g. impossibility to perform). However, whether the extensive wording of § 275 II BGB in its periphrasis is really desirable and useful may constitute matter of dispute.² The explanatory explanatory statement explicitly calls the approach an attempt to correct the negative counterexample provided by the Principles.³ With regard to the so-called initial impediment impediment (i.e. where the event of impossibility to perform existed initially), the modernized law of obligations abandons the principle *impossibilium nulla est obligatio*, deeming the contract null and void, and, in § 311 a I BGB, declares the contract effective regardless of the initial impediment to perform. Here the Government Draft explicitly refers to the example of Art. 4:102 PECL. In this context it should be pointed out that the initial deliberation even intended using a wording closer to PECL, providing that the contract is not deemed ineffective only for initial impediment; however, this attempt was gave up for linguistic reasons.⁴ Nonetheless, as compared to the Principles differences have also been kept: in contrast to the Principles (both Art. 9:501 (1) PECL and Art. 7.4.1 UNIDROIT) § 280 I second sentence BGB has maintained a fault-based concept of breach of duty. The explanatory statement to the Government Draft notes the no-fault contractual liability approach in the Principles, but nonetheless advocated maintaining the fault-based approach as a well proven one⁵, while liability in the case of a generic obligation is clearly not fault based according to § 276 I first sentence BGB.⁶ Breach of duty in the sense of § 280 I BGB only covers non-compliance with a duty arising under contract, whereas damages relating to an initial impediment to perform will fall under § 311 a II BGB.⁷ However a change in this respect also appears inasmuch as the presumption of fault in connection with the fault-based system now operates generally and is not restricted to certain cases of breach of duty. Furthermore, as regards price reduction as a remedy the *Schuldrechtsmodernisierung* did not follow either the approach in Art. 9:401 PECL providing this kind of remedy generally nor the approach in UNIDROIT renouncing entirely this kind of remedy.⁸

Another topic where the influence of the PECL becomes apparent relates to the legal consequences in a case of delay in performance: beside the damages for delay the creditor is also entitled to interest where payment of a sum of money is delayed (§ 288 I, II BGB correspondent to Art. 9:508 (1) PECL). The creditor is also entitled to recover further damages as specified in Art. 9:508 (2) PECL, whereas according to § 287 BGB at this stage (i.e. while the debtor is in delay) the debtor is liable regardless of his fault and this applies

¹ German Federal Assembly - Printed Document (Bundestag Drucksache) 14/6040, p129; Meyer, op. cit. p167.

² Meyer, op. cit. p167.

³ German Federal Assembly - Printed Document 14/6040, p129; Meyer, op. cit. p168.

⁴ German Federal Assembly - Printed Document 14/6040, p164; Meyer, op. cit. p168.

⁵ German Federal Assembly - Printed Document 14/6040, p131; Meyer, op. cit. p169.

⁶ Meyer, op. cit. p169; Zimmermann, op. cit. p52.

⁷ Zimmermann, op. cit. p52.

⁸ Meyer, op. cit. p169; Zimmermann, op. cit. p76.

subsequently also for the event of impossibility of performance, unless the damage would have occurred even if he had performed in due time. Accordingly, § 287 second sentence can be ranked with Art. 8:108 PECL in so far as the matter turns on the fact the debtor in default could not have avoided an impediment that was both unforeseeable and beyond his control. However, in contrast to the BGB, the Principles do not require any warning in relation to delayed performance for the legal consequences to apply,¹

b) Rules on prescription in the light of the Principles

The draft version of Chapter 4 of PECL Part III is considered to have had a great impact on the deliberations made by the committee commissioned with the revision of the Discussion Draft by the German Ministry of Justice at the beginning of 2001. The German Government has explicitly acknowledged² in this field that it followed significantly the model proposed by the Commission on European Contract Law.³ The UNIDROIT Principles could not play any role in the *Schuldrechtsmodernisierung* since it was adopted officially in April 2004. The law of prescription was the area continuously changed during the elaboration process, thus the exact influence of PECL can hardly be reconstructed.⁴ First of all, unlike the discussion draft, the consolidated version opted for a change in approach and established the subjective system by making the running of prescription conditional on the criterion of awareness as in § 199 I BGB as in force, whereas as compared to the consolidated version, the version adopted (and now in force) kept the policy, however, with numerous breaches.⁵ Subsequently, the outcome may be characterized as having a distinctive air of compromise⁶, without consistent alignment to the Principles. An example for deviation from PECL relates to the point in time when the prescription begins to run: under § 202 I BGB prescription starts to run at the end of the year in which the creditor becomes aware of the circumstances constitutive for the claim, whereas under Art. 14:301 PECL the unawareness has only a dilatory effect, subsequently, the period of time being only suspended while the unawareness lasts.⁷

2. Estonia

a) Private Law in Estonia

Estonian private law belongs to the group of Baltic-German law, whereas the first codification dates back to 1863 when the Baltic Private Law Code was created, modelled largely on the Common Land Law for Prussian States (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten - ALR*) of 1794. After Estonia became independent in 1918, the elaboration of an Estonian Civil Code was soon started, which, despite the legislative proceedings continuing until 1940, due to political reasons, was never adopted. Estonia

¹ Zimmermann, op. cit. pp57-58.

² German Federal Assembly – Printed Document 14/6040, p96, p103; also in the Recommendation for Adoption by the Juridical Committee – German Federal Assembly – Printed Document 14/7052, p178.

³ Zimmermann, op. cit. p123.

⁴ Meyer, op. cit. p169.

⁵ Meyer, op. cit. p171; Zimmermann, op. cit. p138.

⁶ Zimmermann, op. cit. p131.

⁷ Meyer, op. cit. p171.

regained its independence in 1990 and began the gradual step-by-step adjustment of private law to Western-European standards. As private ownership constitutes the essential basis for a market economy, among fragments of a gradual reform the Law of Property Act enjoyed absolute priority, being adopted in 1993, followed by the General Part of the Civil Code Act, the Family Law Act in 1994, the Commercial Code in 1995, and the Law of Succession in 1996. These fragments of private law were based largely on the draft of the Civil Code elaborated in the interwar period.¹ With regard to the law of obligations a different approach has been chosen, directed to constructing the conceptual basis of modern civil law.²

b) The Law of Obligations Act in the light of the Principles

The Law of Obligations Act³ (“LOA”) was adopted after a six year process of elaboration in autumn 2001 and entered into force in July 2002. The LOA is considered the most modern codification in the EU and additionally also the one most influenced by and based on the Principles.⁴ In order to illustrate the influence the Principles had on the birth of the LOA, I will focus on the system of remedies for breach of contract, one of the “hearts” of contract law. Estonian law adopts the unitary concept of non-performance in § 100 LOA in line with Art. 8:801 PECL and Art. 7.1.1 PICC, although the application of a legal remedy may depend on the nature of non-performance.⁵ § 108 (1) LOA provides an unconditional claim for specific performance where the obligation is directed to payment of a certain sum of money, a policy in conformity with Art. 9:101 PECL and Art. 7.2.1 PICC. This general entitlement is also provided for in the case of non-monetary obligation (§ 108 (2) LOA). Here the claim will be limited if the performance would be unlawful or impossible or would impose an unreasonable burden, the creditor may fairly obtain performance from other sources, or the performance is of a highly personal character, corresponding with Art. 9:102 PECL and Art. 7.2.2 PICC. The right to cure in § 108 (6) follows the Principles as well (Art. 9:102 (1) PECL). Termination as a consequence of breach of contract is coupled to the notion of fundamental breach as defined in § 116 (1) LOA, including also the failure to perform during the additional term granted (pursuant to § 116 (1) 5)). In comparison, both systems of Principles provide a definition of fundamental breach (Art. 9:301 on termination, Art. 8:103, and Art. 8:106 (3) PECL, and Art. 7.3.1 (2)-(3) PICC). As regards the claim for damages as a consequence of non-performance the LOA also follows the policy as in the Principles: pursuant to § 103 (1) LOA the debtor is liable for non-performance unless not excused, the non-excused character being presumed, whereas according to § 115 (1) LOA the creditor may claim damages in conjunction with or instead of performance. Under Estonian law the liability for non-performance is based on the type of legal remedy applicable. The liability concept in § 103 LOA constitutes the reception of the so-called controlled liability in Art.

¹ Villu Kõve, “Applicable Law in the Light of Modern Law of Obligations and Bases for the Preparation of the Law of Obligations Act”, in JURIDICA INTERNATIONAL VI/2001, pp30-31.

² Kõve, loc. cit. p 35.

³ The Law of Obligations Act is accessible in English at <http://www.legaltext.ee/text/en/X30085K2.htm> (01.10.2008).

⁴ Kõve, loc. cit. p37; Irene Kull, loc. cit. p35; see for a detailed analysis of contractual liability: Villu Kõve, “Draft Common Frame of Reference and Estonian Law of Obligations Act: Similarities and Differences in the System of Contractual Liability”, JURIDICA INTERNATIONAL XIV/2008, pp199-208.

⁵ Kull, loc. cit. p42.

8:108 (1) PECL and Art. 7.1.7 (1) PICC. (The influence of German civil law is evident in regulating compensation instead of performance: § 115 (2) LOA.) A final example is to be found in price reduction, which is provided as a general remedy in § 112 (1) LOA in conformity with the policy in Art. 9:401 PECL.¹

3. Hungary

a) Private Law in Hungary

As compared to the special socio-historical background in Estonia, the starting point in Hungary will be self-evidently a different one. The re-codification of private law in Hungary is regarded as a closing “ceremony” at the end of a successful process of transformation in the political and economical spheres and subsequently in the legal domain.² The start of the preparatory work on the new Civil Code dates to 1998, when it was initiated by the Government Decision on the Codification of Civil Law³; the final concept of the new Civil code was adopted by the Government at the beginning of 2003⁴. Hungarian private law existed on a customary basis until 1959, when the first Civil Code was adopted. Of course, the idea of codification was vivid and had been on the agenda since the second half of the 19th century. In 1928 the fourth revised Draft Private Law Code came before the House of Representatives, but the Draft was not adopted. Despite the uncontested influence of socialist ideology, the high quality of the Civil Code of 1959 facilitated its continued application subsequent to the transformation of the system without facing serious problems. Its feature of compatibility is seen especially in the highly abstract character of the provisions.⁵ Due to the changed status-quo of private ownership as compared to the conditions prevailing at the time of elaboration, the Civil Code necessarily experienced

¹ Peter Schlechtriem, “The New Law of Obligations in Estonia and the Developments Towards Unification and Harmonisation of Law in Europe” in, JURIDICA INTERNATIONAL VI/2001, pp20-21.

² See on this topic Attila Harmathy, “Transformation of Hungarian Civil Law (1985-2005)”, in, András Jakab, Péter Takács, Allan F. Tatham (eds.): The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005. Transition to Rule of Law and Accession to the European Union. Kluwer International 2007. pp279-286. - unabridged original version in Hungarian “A polgári jog 1985-2005 között bekövetkezett változásairól”, in, Jakab András és Takács Péter (szerk.): A magyar jogrendszer átalakulása 1985/1990-2005, I. kötet. Gondolat - ELTE ÁJK, Budapest 2007. pp577-590; also Attila Harmathy, “Law of business in transition in Hungary”, in, Ross Cranston, Jan Ramberg, Jacob Ziegel (eds.), Commercial Law Challenges in the 21st Century. Iustus Förlag, Uppsala 2007. pp123-135.

³ 1050/1998 (IV. 24.) Kormányhatározat a polgári jogi kodifikációról [Government Decision on the Codification of Civil Law]

⁴ 1003/2003 (I. 25.) Kormányhatározat az új Polgári Törvénykönyv koncepciójának elfogadásáról, valamint a polgári jogi kodifikációról szóló 1050/1998. (IV. 24.) Kormányhatározat időarányos végrehajtásáról és módosításáról [Government Decision on the Approval of the Concept of the New Civil Code, as well as on the pro rata temporis execution and on the amendment of the Government Decision no. 1050/1998]

⁵ Lajos Vékás, “Einige Grundzüge der ungarischen Privatrechtsreform” [Some main features of the Hungarian Reform of Private Law], in, Constanze Fischer-Czermak (ed.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend: Reformbedarf und Reform; Symposium, Manz Wien 2003, p219.

several adjustments during the last two decades. The area of credit securities has probably suffered the most fundamental changes, whereas the area of property law has proven to a great extent compatible to serve also in the new conditions. Other significant amendments concern the law of obligations as a consequence of transposition of EC directives into national law.¹ The role of comparative law in legal development in the East Central European region is confirmed by long established tradition.² One *leitmotif* of the codification was not to follow a particular national legal system as a general model, but rather to create a civil code based on the existing code and national legal traditions, by also considering the results of civil law codifications or other legal developments.³

b) Academic Draft Civil Code⁴ for Hungary in the light of the Principles

In order to illustrate the influence of the Principles on the (Academic) Draft Civil Code, in parallel with experiences in Germany and Estonia, some examples will be taken from the area of remedies in case of non-performance. In accordance with Hungarian tradition in private law, the Draft operates with the notion of breach of contract. Breach of contract is defined objectively as a pure statement of fact, including non-conformity, impossibility or denial of performance, regardless of whether it has been excused or not, as stated in § 5:116. As a consequence of breach of contract the creditor is entitled to specific performance (according to the Hungarian term *in natura*) pursuant to § 5:118 (1), but in contrast to the Principles the Draft does not distinguish between monetary and non-monetary obligation, but regulates as general entitlement, followed by the exceptions in subsection (2). A general option to fix an additional period for performance is also provided by subsection (3). Thus the Draft provision on specific performance is in conformity with Art. 9:102 (1) PECL and also with Art. 9:102 (2) concerning the exceptions⁵, and Art. 8:106 (1)-(3) on the additional period.⁶ The right to withhold the counter-performance provided for in § 5:119 (1)-(2) is envisaged as a general entitlement in case of breach of contract, in line with Art. 9:201 (1)-(2) PECL.⁷ The norm on the liability for damage caused by breach of contract is provided for in § 5:121, while the standard of excuse setting out the fulfilment of three conditions conjunctively is modelled on the grounds of Art. 8:108 (1) PECL and Art. 7.1.7 PICC.⁸ The amount of damage is determined within the limits set out by foreseeability (§ 522 (2)), in conformity with Art. 9:503 PECL and Art. 7.4.4 PICC.⁹ The procurement of performance from another source may constitute an element of damage, as provided for in § 5:123; this is

¹ Vékás, loc. cit. pp32-34.

² Lajos Vékás, “*Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung*” [Integration of East Central Europe in the Way of Renewal of Private Law Based on Comparative Law], in, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2004, pp457-458.

³ András Kisfaludi, “*The Influence of Harmonisation of Private Law on the Development of the Civil Law in Hungary*” in, *JURIDICA INTERNATIONAL XIV/2008*, pp132-133.

⁴ The Academic Draft is referred to and is to be distinguished from the legislative proposal: Lajos Vékás (ed.), “*Szakértői Javaslát az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*” [Draft of a New Civil Code for Hungary: An Expert Proposal], Complex Budapest 2008

⁵ For particular systematic reasons performance of a personal character is not listed here.

⁶ Expert Proposal, pp806-807.

⁷ Expert Proposal, p807.

⁸ Expert Proposal, p809.

⁹ Expert Proposal, p811.

in conformity with Artt. 9:506 - 9:507 PECL.¹ Regarding impossibility, the Draft abolishes the *impossibilium nulla est obligatio* principle. Both initial and subsequent impossibility are considered an instance of breach of contract. This approach also corresponds to Art. 4:102 PECL and Art. 3.3 PICC.² Another area where the influence of the Principles is conspicuous is that regulating the conclusion of contract. By § 5:39 subsection (3) the Draft supplements the current provision with usage and practice becoming part of the contract in line with Art. 1:105 PECL and Art. 1.9 PICC.³ The irrevocable offer (§ 5:41 (2)) is regulated in conformity with Art. 2:202 (3) PECL; furthermore the manner of acceptance in § 5: 42 (1)-(2) is also regulated in accordance with Art. 2:204 PECL.⁴ The conclusion of a contract by *concludent factum* in § 5:45 (1) is regulated in line with Art. 2:205 (2) PECL.⁵ Although the merger clause is frequently used in contractual practice, there is currently no normative regulation of it. The Draft regulates the merger clause in § 5:66; the models are clearly identifiable in PECL Art. 2:105 and Art. 2.1.17 PICC. Nonetheless, the concept in the Draft also shows divergence from PECL in two respects: firstly, there is no difference made between merger clauses individually negotiated and those not individually negotiated; and secondly the Draft excludes the possibility that prior statements of the parties may be used for interpretation of the contract.⁶ These divergences appear contradictory and may lead to serious problems in application.⁷

Of course, these are only exemplifications, and the list is not exhaustive.

III. Evolving European identity in private law: the (academic) CFR as an integrative *lingua franca*

Finally, the following outlines some prospects for the (academic) CFR.

a) The contour in general

The DCFR is envisaged as serving both intellectual and practical objectives. The practical objective is connected to a possible model for the political CFR, which is the most current aspect. Nonetheless, the DCFR may stand on its own and maintain its significance regardless of the political CFR. The DCFR constitutes an academic text, developed as result of a large European research project. In the light of this is hoped that it will promote knowledge of private law in the jurisdictions belonging to the European Union and demonstrate how much national private laws resemble one another and how much they may be regarded as regional manifestations of a common European legacy. In this sense the most important objective of the DCFR can be seen in tis ability to furnish the notion of a European private law with a new foundation which increases understanding for “the others” and promotes collective deliberation on private law in Europe. Furthermore, the

¹ Expert Proposal, p813.

² Expert Proposal, p823.

³ Expert Proposal, p760; the influence at this point is also outlined by Kisfaludi, loc. cit. p135. p135.

⁴ Expert Proposal, p761.

⁵ Expert Proposal, p763.

⁶ Expert Proposal, p774.

⁷ Kisfaludi, loc. cit. p136.

DCFR may also serve as a source of inspiration outside the academic world as a text offering appropriate solutions for private law questions, e.g. for courts and for official bodies charged with preparing the modernisation of the relevant national law of contract or even some other aspects of private law. In this respect the DCFR could contribute to and promote a harmonious and informal Europeanisation of private law.¹ Note may be taken in this context of the treatment of PECL by Spanish and Dutch Courts.²

b) Aims of the DCFR

The elaboration of the DCFR is based on detailed comparative research of national laws of the Member States and Community law, and consequently it also reflects the underlying values in these legal systems. The DCFR may also operate as mediator between the different views and takes a balanced position. These underlying values may also be called fundamental principles, whose purpose is to provide practical guidance on how to read and interpret the model rules and definitions. Nonetheless, such principles also imply issues of policy, for there is presently no political understanding. Thus whether such fundamental principles should precede the CFR or not remains a subject of debate. However, underlying aims and values which any work on principles of private law have to address include at least the following: justice, freedom, protection of human rights, economic welfare, and solidarity and social responsibility. With the European Union as context, some particular aims must also be addressed such as the promotion of the Internal Market and preservation of cultural and linguistic plurality. Overall aims which govern a set of model rules are rationality, legal certainty, predictability and efficiency.³

c) A dictionary in favor of multilingualism

The DCFR will be published first in English, for this has been the working language of the network of academics approving the rules and also of the various Workings Teams responsible for the initial formulation of the rules. The formulation of the model rules has striven towards a plain and clear wording. Emphasis has been placed on avoiding the use of technical terms from particular legal system and on trying to find and apply descriptive language which can be readily translated into other languages.⁴ Thus English as a language appears as an instrument but not as a technical legal language, for the language used will be a new one to an English lawyer as well. Working towards a *lingua franca* for private law in Europe also implies a development, the creation of something distinctive, even absolutely innovative. The author of this paper has also experienced this innovation at close hand while the members of the Working Team carried out the translation of the text of articles written in English into the other official languages of the European Union. The emphasize was put on the most authentic "transposition" of the rules into the other language, meaning even, if it was indicated, abandoning the use of the particular national legal terminology.

¹ Von Bar/Clive/Schulte-Nölke, "DCFR Interim Outline Edition" – paras. 7-8, pp6-8.

² Carles Vendrell Cervantes, "The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts", in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 3/2008, pp530-548; Danny Busch, "The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands – On the Influence of the PECL in Dutch Legal Practice", in *ZEuP* 3/2008, pp549-562.

³ Von Bar/Clive/Schulte-Nölke, "DCFR Interim Outline Edition" – paras. 15-23, pp10-13.

⁴ Von Bar/Clive/Schulte-Nölke, "DCFR Interim Outline Edition" – para. 49, p23.

This may also result in the emergence of a *sui generis* technical language for private law in each language. From this aspect, the Common Frame of Reference pursues the establishment of a new tradition for a common European legal thinking in the field of private law,¹ paving the way towards a nowadays *ius commune*.

d) Functionality and practical importance of the lingua franca

Nonetheless, it may not be forgotten that the purpose of the DCFR in a narrow sense focuses on the coherence of Community private law, i.e. improvement of the existing and future Community law through the model rules provided. By stating clearly and in a systematized way the principles underlying the Community private law, the model rules show how the existing Community legislation – here referring to Directives – can be made more consistent, and how various sectoral provisions might be given a wider application, thereby eliminating gaps and overlaps. The DCFR in this respect would assist the “horizontal approach” as defined in the Green Paper on the Revision of the Consumer Acquis. However, the DCFR does not identify particular rules; rather it aims to provide rules from which the legislator may draw inspiration. National legislators implementing the Directive, as well as national courts and other official bodies faced with application (interpretation) of the transposed Community law could consult the CFR in order to understand how the particular rules work.² Another important feature of the DCFR relates to the national notes accompanying the particular model rules: they work like a dictionary as between the model rules and the national private laws, providing in fact a translation of the model rules into the “language” of the national legal system. In this respect, the harmonisation efforts and the CFR must be regarded not only as an effort of legal engineering, but also as an effort to engage society in inter-cultural communication,³ an instrument highly needed within the context of European integration as an ongoing process.

¹ As interpreted also by Nils Jansen, “Traditionsbegründung im europäischen Privatrecht” [Establishing Tradition in European Private Law], in *Juristenzeitung* 11/2006, pp536-546.

² Von Bar/Clive/Schulte-Nölke, “DCFR Interim Outline Edition” – paras. 63-64, pp30-32.

³ Irene Kull, “Reform of Contract Law in Estonia: Influences of Harmonisation of European Private Law”, in *JURIDICA INTERNATIONAL* XIV/2008, p129.

Le paradoxe de la codification européenne

dr. Raluca BERCEA*

Le projet du Code civil européen, démarche qui a déjà pu être qualifiée de « diabolique » dans le sens étymologique du terme, relève plutôt du paradoxe.

La présente étude argumente que l'envisagée codification de la matière privée européenne est non seulement douteuse au point de vue de sa constitutionnalité et légitimité, mais aussi artificielle, non-conforme à la logique même du système communautaire, inappropriée au point de vue instrumental et inouïe diachroniquement.

I. Du paradoxe

Dans sa forme originarie, le paradoxe (l'aporie) connote l'impasse¹.

Au point de vue logique, il se définit comme contradiction prouvée².

Intrinsèquement, c'est le signe de la relativité, voire de l'impuissance (du savoir), les concepts affectés par des paradoxes devant être considérés comme impossibles et, par conséquent, rejetés non seulement pour étant dépourvus d'un certain type d'existence (mathématique ou physique, par exemple), mais comme privés de toute existence autre que celle verbale³.

Le propre du paradoxe est la tension insurmontable entre les entités qu'il abrite; si chacune de celles-ci, prise individuellement, génère du sens, l'ensemble en est, néanmoins, contradictoire.

Dans ce contexte, la projetée codification de la matière privée européenne⁴ est un paradoxe

* Chargé de cours à la faculté de Droit de l'Université d'Ouest de Timisoara, Roumanie ; elle enseigne le droit comparé et le droit communautaire ; bercea_raluca@drept.uvt.ro

¹ Dans le sens étymologique; voir G. Enescu, *Paradoxuri, sofisme, aporii*, Editura Tehnică, București, 2003, p. 26.

² Ou „théorie contradictoire” (*Id.*, p. 121).

³ *Id.*, p. 141.

⁴ Plusieurs tentatives doctrinales sont connues, dont certaines mentionnées par E. Hondius, *Towards a European Civil Code*, dans Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (éd.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, pp. 3-20: les travaux de la Commission Lando matérialisés dans *Les Principes du Droit Européen des Contrats*, décrit comme étape décisive dans le processus progressif de codification du droit des contrats en Europe; le principal adversaire de la Commission Lando, Gandolfi, *Académie des privatistes*, qui, en 2001, fait paraître le *Code européen des contrats, Avant-projet*; le groupe Spier et Koziol (établi en Hollande et en Autriche), qui réalise le set de *Principes de Droit Privé Européen*, utilisant la méthode du questionnaire; le projet privé de Bussani et Mattei, aboutissant au *Trento Common Core of European Private Law*; l'expérience la mieux connue, celle de certains membres de la

épistémologique. *A priori*, le Code civil européen est censé rassembler deux traditions juridiques distinctes¹, matérialisées par deux manières différentes (et contrapuntiques) de créer le sens juridique. Comme entité totalisante, il ne franchira sa condition existentielle paradoxale qu'à condition de concilier l'irréconciliable.

II. Du sens (juridique)

II.1. LA TRADITION ROMANISTE

La tradition romaniste est nomothétique, c'est-à-dire construite autour du texte. Ses doctrinaires consacrés² la décrivent comme s'appuyant sur la primauté de la loi, trait qu'ils estiment essentiel. De surcroît, la figure centrale d'une telle manière de penser le droit est le code, « acte majeur de maîtrise du juridique construit »³, qui exprime la préférence, dans cet espace juridique, pour la catégorisation de la pensée, la conceptualisation de l'information, la systématisation du propos, ce que l'on a pu appeler « prédilection pour l'apodicticité »⁴.

Le « style » évoqué se traduit en particulier par « la prééminence de la définition, l'importance accordée aux axiomes nets et concis, la valorisation des développements fondés sur la clarté et l'ordre, la prépondérance de la démarche déductive et la prédominance de schémas dichotomiques procédant par division des parties selon des degrés de généralité descendante »⁵.

Le droit, dans ce paradigme, est une science se rattachant à un système⁶.

Le système en tant que tel est logique et proactif.

Il se fonde sur la loi entendue comme texte à caractère axiomatique. Le sens légal en découle par interprétation entreprise selon des règles strictes.

Bien qu'occasionnée par des faits concrets, la règle de droit s'en délimite, pour mener une existence autonome, accédant ainsi à un statut ontologique supérieur : elle seule compte

Commission Lando, en coopération avec d'autres professeurs d'université, le Projet du Code civil, dont le coordonnateur est le professeur Christian von Bar (Université d'Osnabrück).

¹ Selon P. Legrand, *Le droit comparé*, 2e éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2006, p.3, la configuration juridique européenne a, notamment, favorisé „l'avènement de deux mentalités (de deux constellations de dispositions orientant le rapport à soi et à l'autre, intériorisées, consciemment ou non, à partir des structures pré-individuelles méta-stables, structurées et structurantes) ou de deux types d'épistémologie juridique, chacun, dans sa contingence historique, avec ses mécanismes propres de répétition et sa force disséminante particulière: d'une part, la tradition dite « romaniste », de facture nomothétique; d'autre part, la tradition de *common law*, d'allégeance idiographique”.

² Voir, par exemple, R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 2002.

³ P. Legrand, *Le droit comparé*, 1ère éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1999, p. 95.

⁴ P. Legrand, G. Samuel, *Introduction au common law*, Éditions La Découverte, Paris, 2008, p. 3.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Selon Heidegger, „la systématité constitue la scientificité d'une science” (M. Heidegger, *Schelling: le traité de 1809 sur l'essence de la liberté humaine*, Paris, Gallimard, 1977, p. 73).

pour le juriste. Le sens de la norme ne dépend plus des faits l'ayant générée, voici la fierté du juriste appartenant à la tradition romaniste, pour qui la contingence factuelle connote négativement. Le fait n'engendre pas le droit, mais se dissout de manière indifférenciée dans la règle de droit posée par le législateur. Corrélativement, le raisonnement par lequel le sens de la norme est déduit et celle-ci devient opératoire dans une situation concrète subséquente à son énonciation se déroule exclusivement au niveau des concepts juridiques abstraits, la solution ainsi établie étant appliquée par la suite par le juge dans le concret.

Le sens est inhérent à la norme et posé d'avance par la figure abstraite du législateur, qui anticipe sur toutes les configurations factuelles à venir. Coextensif à la norme, le sens est définitivement figé par l'acte de réglementation et posé axiomatiquement, si bien que le juge ne saurait ni y ajouter ni l'approximer. Aussi, le sens de la norme est-il non seulement indifférent par rapport aux faits concrets ultérieurs, mais aussi immuable. En revanche, la norme est proactive et suffisante : elle émet une prétention de complétude, la règle du jeu dans le système voulant qu'elle couvre toute situation factuelle future qui pourrait survenir; comme preuve, le juge n'a pas le droit de refuser de juger sous prétexte qu'une situation quelconque n'est pas couverte juridiquement.

Par effet de réglementation, le sens légal est purifié : il est structuré par le législateur non seulement par rapport aux faits, mais aussi par rapport aux sujets - juges, avocats, professeurs de droit, politiciens etc. - les conceptions, idéologies, choix interprétatifs de ceux-ci devenant juridiquement indifférents une fois que la règle a été posée. Stylistiquement, la règle de droit est neutre, impartiale, objective et le sens juridique qui en découle l'est aussi.

II.2. LA TRADITION DE *COMMON LAW*

Souvent décrite comme contrapuntique par rapport à la tradition romaniste, la tradition de *common law* est idiographique, c'est-à-dire construite autour des faits. Plus largement, si la tradition romaniste participe du droit scientifique, donc du système, cette tradition-ci relève du droit artisanal, donc de l'herméneutique et de la décision¹.

Historiquement, elle s'est développée non pas comme droit matériel, mais comme gamme de remèdes autour de la procédure écrite, obligeant *de plano* le requérant de marier sa configuration factuelle à une configuration factuelle type.

C'est pourquoi le fait est inhérent aux jugements de *common law* en particulier et à la normativité en général. Si la tradition romaniste fonctionne par des axiomes, la tradition de *common law* opère par transduction, le raisonnement juridique passant d'un cas à d'autres cas. Toute décision de justice est liée aux faits l'ayant engendrée, nulle n'existant et ne produisant de sens en dehors de ceux-ci.

Le sens juridique n'est pas posé. La figure du législateur manque. Seuls existent, donc, les faits, dont les jugements dépendent indéfiniment : il y a, d'abord, les faits fondateurs, ayant engendré la première décision et en l'absence desquels celle-ci n'a pas de sens. Il y a,

¹ Pour une perspective contrastive exhaustive, voir P. Legrand, G. Samuel, *Brèves épistémologiques sur le droit anglais tel qu'en lui-même*, dans *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, no. 54/2005.

subséquentement, les faits ultérieurs, qui exercent une contrainte, forçant la décision d'englober d'autres cas d'espèce. Dans ce contexte, si la tradition romaniste est centripète, essayant de ramener le particulier à la règle, la tradition de *common law* est centrifuge, le sens dépendant existentiellement de la capacité d'une décision de s'appliquer à des configurations factuelles toujours nouvelles¹.

Le sens juridique n'est ni fixé, ni stable. C'est le juge qui, en fin de compte, décide du sens d'une jurisprudence précédente, et les avocats qui le suggèrent en essayant d'établir l'analogie. Des juges différents, décidant dans des moments différents, peuvent y voir différemment. De même, le sens d'un jugement n'est jamais là, acquis ou posé; on ne le saura qu'au moment où, dans le *common law*, l'on aura rendu le dernier jugement². Chaque nouvelle interprétation d'une décision, chaque nouvel usage de celle-ci en diachronie, en précise le sens.

En *common law*, en effet, le sens est différé; il est reporté toujours et projeté dans l'avenir. Comme les règles de l'interprétation herméneutique le requièrent, il est le vecteur de tous les sens que l'on a pu déceler pour la décision fondatrice. Toute décision instaure le sens provisoirement, entrant, par la suite, en intertexte avec les décisions à venir : il n'y a pas de vérité sans l'histoire³.

Toute imbrication des faits dans la dimension normative exclut le paradigme dans son ensemble de la sphère de la science⁴, ce pour quoi celui-ci a pu être décrit comme « ascientifique », « i-logique » ou « a- logique ». Subséquentement, le manque de sens stable et figé se traduit par un manque de système. Le *common law* est par excellence fragmentaire, non unitaire et dépourvu des concepts dans le sens classique (codique). L'on propose, d'ailleurs, en Angleterre, des classifications juridiques reposant sur la différenciation factuelle⁵. Les jugements, qui abritent et véhiculent le sens légal, sans pourtant le figer, n'ont, en effet, aucune velléité nomologique. Le sens est fissipare et ajourné, le fluide faisant le propre du *common law*.

III. De l'existence paradoxale de la codification européenne

En général, le paradoxe marque une crise, étant l'expression directe des contradictions du contenu du savoir. Le plus souvent, il annonce également l'inadéquation des concepts traditionnels censés rendre compte d'entités nouvelles, qu'ils ne maîtrisent plus⁶.

¹ G. Samuel, *Epistemology and Method in Law*, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 104, *apud Id.*, p. 27: „le raisonnement juridique consiste non pas à appliquer des règles générales préétablies, mais à pousser vers l'extérieur à partir des faits”.

² Voir M. Rosenfeld, *Just Interpretations*, Berkley, University of California Press, 1998, p. 32, qui, parlant du sens en *common law*, estime que celui-ci ne sera pas fixé „tant que le crépuscule ne sera pas retombé sur le dernier des jugements à venir”.

³ *Id.*, p. 26.

⁴ *ReT (A Minor)*, [1997] 1 WLR 242 (CA) 254, *apud Id.*, p. 27: « tous ces litiges sont tributaires de leurs propres faits et rendent les généralisations – si séduisantes soient-elles aux yeux du commentateur juridique ou social – complètement déplacées » (Court of Appeal).

⁵ *Id.*, p. 29.

⁶ Le cas le plus connu est celui des paradoxes qui ont subminé les constructions mathématiques traditionnelles; voir G. Enescu, *Paradoxuri, sofisme, aporii*, op. cit., p. 121:

Dans le cas particulier du Code civil européen, le concept « code » renvoie à un instrument ayant un sens et un poids juridiques bien précis, issus du contexte historique, politique et culturel très particulier des grandes codifications européennes. Or, ce concept se voit mis à l'épreuve par son utilisation dans un contexte complètement différent, d'où son fonctionnement brouillé, qui connote le paradoxe.

III.1. ARTIFICIALITE

La codification de la matière privée européenne frappe en premier lieu par son caractère artificiel : si une codification suppose impérativement l'homogénéité, la codification européenne apparaît dans un contexte très difficile et ambigu.

(1) *Equilibre du système.* Selon la maxime de Portalis, « les codes des peuples se font avec le temps. A proprement parler, on ne les fait pas ». Il faut convenir que tout code marque, par soi-même, le moment d'équilibre d'un système juridique, dont il représente l'avènement. Or, le projet de l'Union Européenne en tant que tel est couramment décrit comme ambigu et compliqué, se caractérisant par une évolution imprévisible, parfois en dépit de la volonté des Etats Membres, dont il dépasse les attentes de départ¹. En effet, l'Europe n'est pas homogène, alors que tout projet unificateur suppose, *a priori*, l'homogénéité.

(2) *L'âge d'or européen ?* Les promoteurs du projet de la codification européenne renversent parfois cet ordre des choses, ce qui n'est pas, pour autant, susceptible d'aider à l'unification. Ainsi, dans son discours devant La Grande Chambre de la Cour de Cassation française, du 12 avril 2002, le Professeur von Bar implique (et son entendement est tellement apprécié qu'il est explicitement repris par des politiciens comme Jacques Delors) : « Charlemagne nous rappelle que l'Europe est plus ancienne que les Etats qui la composent. Avec notre communauté (code) nous redécouvrons l'Europe dans sa totalité »². Le propos du professeur

„Multă vreme paradoxurile gândirii păreau să fie un simplu joc. Studiul lor sistematic s-a impus abia atunci când ele, pe neașteptate, au apărut chiar în corpul construcțiilor matematice. Rând pe rând, paradoxurile lui Burali-Forti, Cantor, Russell, Richard ș.a., au spulberat ideea despre caracterul „ideal” al construcțiilor matematice, impunând și aici, ca pretutindeni, principiul relativității cunoașterii”. („Longtemps, les paradoxes de la pensée ont semblé être un simple jeu. Leur étude systématique s'est imposée seulement lorsque, de manière inattendue, ils ont apparu dans le corps même des constructions mathématiques. Tour à tour, les paradoxes de Burali-Forti, de Cantor, de Russell, de Richard et des autres ont détruit le mythe du caractère „idéal” des constructions mathématiques, imposant ici, comme partout, le principe de la relativité du savoir” – notre trad.).

¹ Eu égard aux traits mêmes qui assurent l'originalité du projet de l'Union Européenne – effet direct et immédiat du droit communautaire, prééminence de celui-ci sur les droits nationaux, caractère constitutionnel de l'ordre juridique communautaire – les auteurs parlent du plan machiavelique de la Cour Européenne de Justice, qui aurait poussé l'évolution de l'Union dans une direction non entièrement assumée par les Etats Membres fondateurs. Voir, dans ce sens, Z. Bankowski, E. Christodoulidis, *The European Union as an Essentially Contested Project*, dans *European Law Journal*, no. 4/1998.

² La conférence a été annoncée sous le titre „Vers un Code civil européen ?” et, plus précisément, intitulée „From principles to codification: prospect for European private law”. La traduction française du discours a été publiée dans *Les annonces de la Seine*, 3 juin 2002, no. 33, p. 1. Nous tenons les références de Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar*, D. 2002. Chr. 2202, pp. 2202-2213).

a été interprété dans le sens que c'est par le code européen que l'on découvrira l'Europe de l'an 800¹. Or cette idée, caractérisée de passéiste et rétrograde², est surtout contredite par la réalité : actuellement, il n'existe pas un système légal européen équilibré, mais plutôt un système en voie de se construire, dont l'essence même est le mouvement³, et que, par conséquent, il est impossible de figer, soit l'effet principal de toute codification.

(3) Union économique et politique européenne ? En fait, tout en Europe paraît s'opposer à l'idée de centralisme, les Etats Membres eux-mêmes étant réticents à l'homogénéité⁴. Par ailleurs, plusieurs voix dans la doctrine montrent à quel point les concepts traditionnellement utilisés pour cerner la notion d'Etat (l'Etat nation, donc centralisé et homogène) sont inappropriés dans l'hypothèse très particulière de l'Union Européenne⁵.

¹ *Id.*, p. 2207: „En d'autres termes, comme projet d'avenir pour le XXe siècle, M. Von Bar nous propose le retour à l'an 800 et par-delà le Saint Empire romain-germanique à l'Empire carolingien”.

² P. Legrand, *A Diabolical Idea*, dans Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (ed.), *Towards a European Civil Code*, *op.cit.*, pp. 259 et suiv.

³ Pour une synthèse des opinions exprimées dans la doctrine internationale relativement au type de constitutionalisme propre à l'Union Européenne, voir R. Bercea, *Drept comunitar. Principii*, CH Beck, 2007, chap. III, pp. 98 et suiv.

⁴ Les arguments contraires à cette thèse vont dans le sens qu'il n'y a pas de domaine qui, en 1950, relevait de la compétence exclusive de l'Etat et qui ne soit à présent incorporé dans la sphère de compétence de l'Union Européenne. En effet, après l'institution de la Charte des Droits Fondamentaux et une fois acquise la souveraineté monétaire, presque toutes les fonctions essentielles de l'Etat nation peuvent être remplies par cette dernière et même si personne ne suggère aujourd'hui que l'Union serait un Etat, l'on emploie souvent des concepts tels *Etat européen*, *souveraineté européenne*. Il faut, toutefois, remarquer que ceci n'est, pourtant, que le signe d'une évolution poussée à l'extrême, non entièrement assumée par les Etats Membres. La preuve en est le refus de ratification du Traité dit « constitutionnel » et la destinée incertaine à présent du Traité de Lisbonne, malgré le fait que ce dernier a beaucoup adouci les tendances d'unification constitutionnelle de son antécédent.

⁵ Il s'agit du trio territoire - population - gouvernement. Or aucun de ces concepts ne saurait s'appliquer à l'Union Européenne. Ainsi, l'Union ne peut être qualifiée pour Etat, car elle ne possède pas de territoire propre, sur lequel s'exercerait la plénitude de ses compétences. Le concept est, par ailleurs, omis aussi bien par le Traité constitutionnel, qui le remplace par celui d'espace juridique / légal (renvoyant à la fluidité territoriale, à l'autorité fragmentaire et aux juridictions superposées), que par le Traité de Lisbonne. De même, il n'y a pas de peuple européen (et, sans doute, il n'y en aura jamais), même si l'évolution des concepts européens fondamentaux en la matière s'achemine vers là (en diachronie, les ressortissants des Etats Membres sont devenus, grâce à l'effet direct du droit communautaire imposé par voie prétorienne par la Cour de Justice des Communautés Européennes, destinataires des normes communautaires, et, par la suite, grâce au Traité de Maastricht, les citoyens de l'Union Européenne. Néanmoins, la citoyenneté européenne est conditionnée ontologiquement par la citoyenneté nationale, qu'elle complète, sans pour autant remplacer). Enfin, la manière d'exercer la souveraineté dans l'Union Européenne fait le propre de la gouvernance plutôt que du gouvernement. La souveraineté au sens classique y est absente, car il y manque un régulateur central, remplacé par un système polycentrique. Par ailleurs, le concept de gouvernance (renvoyant au réseau et à plusieurs centres de

Dans ce contexte, la démarche unificatrice de la matière privée européenne ne semble pas être aidée par l'histoire. Elle suppose une union économique et politique à la fois, qu'il est discutable d'identifier aujourd'hui en Europe et il est utopique de penser que l'on puisse mettre en œuvre un droit unitaire en l'absence d'une rationalité unitaire¹.

(4) *Aboutissement ou enforcement* ? Se pose alors, comme suggéré par la fameuse boutade de Portalis, la question de la différence entre l'aboutissement d'un processus et l'imposition d'un texte unificateur. Le Code civil européen pourra, certes, être imposé aux Etats Membres. Il sera, néanmoins, *a priori* limité par le contexte de son surgissement. L'efficacité de tout droit uniforme dépend, évidemment, de sa capacité de s'inscrire dans une tradition. Toute règle juridique, à quelque niveau qu'elle se situe dans une pyramide législative quelconque (même au niveau de la codification, donc), représente un texte qui rayonne en réseau et qui tire son sens (aussi) de ce qui lui est extérieur², si bien qu'une convention (internationale) est impuissante à influencer une communauté, à moins qu'elle ne passe par la tradition entendue comme espace d'homogénéisation, anticipation explicative, lissage des aspérités, qui a la force d'internaliser l'extranéité. Or, justement, il est impossible, pour l'instant au moins, de parler d'une tradition juridique dans le droit privé européen.

A l'extrême, puisque le droit est singulier, l'inscription de tout texte uniforme dans une tradition particulière mène non pas à la globalisation, mais plutôt à sa « glocalisation », traduite par le « décentrement » de la règle juridique, au départ uniforme, une fois immergée dans des contextes nationaux différents, non homogènes³, voire relevant des

pouvoir), remplace, dans les derniers traités européens, celui de « gouvernement » et les références à l'acte de gouverner. Voir, dans ce sens, J.-F. Vasseur, *L'absence du « territoire »*, pp. 161-172 ; R. Maison, *Les « fonctions essentielles de l'Etat »*, pp. 223-240 ; L. Jourdain, *La « gouvernance »*, pp. 95-116, dans *Les mots de la Constitution européenne*, Centre de recherche universitaire sur la construction européenne, Presses Universitaires de France, Paris, 2005 ; voir, également, P. Craig, *Constitutions, Constitutionalism and the European Union*, dans *European Law Journal*, vol. 7, 2001, pp. 125-150.

¹ Cette remarque est d'autant plus forte qu'elle vient d'un partisan de l'idée d'unité légale: B. S. Markesinis, *Why a Code is not the best way to advance the cause of European legal unity*, dans *European Review of Private Law*, no. 5/1997, pp. 519-524.

² J'emprunte l'idée générale à P. Legrand, dans *On the Singularity of Law*, dans *Harvard International Law Journal*, vol. 47, no. 2, 2006 (pour la traduction roumaine, voir P. Legrand, *Despre singularitatea dreptului*, dans *Pandectele Române*, no. 6/2007).

³ Pour le rapport entre globalisation et localisation, voir *Id.*, p. 523 et suiv. Pour un paragraphe éloquent: „The idea of non-location in space and, indeed, non-situation in time is untenable. Any manifestation of the legal— even the most allegedly “global”— must be located in space and situated in time. No matter how cosmopolitan the trans-national institution or practice, any effectuation of it must manifest itself singularly” (p. 523). Egalement, „Whether one is talking about a municipal ordinance, a European directive, or an international convention, whether one is addressing security issuance, syndicated loans, or Incoterms, each manifestation of law is an event, that is, it occurs or deploys itself as “something” that is never the repetition of anything else and that will never be repeated either—it occurs as something operating within a specific historical situation and within a historical situation which, because time is what it is, is inevitably specific” (p. 527). Dans un autre texte, P. Legrand, *La leçon d'Apollinaire*, dans *l'Harmonisation du droit des contrats en Europe* (dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris, Economica, 2001), le même auteur se réfère au

rationalités contrapuntiques (dans l'hypothèse des traditions romaniste et de *common law*)¹.

(5) *Quel texte ?* Il est, donc, à réfléchir au type de texte unificateur à choisir, apte de fonctionner le mieux possible dans le contexte esquissé; plusieurs propositions ont été avancées à cet égard, dont certaines de bonne foi, mais très peu réalistes (le Code comme synthèse ou compromis entre les deux traditions²), d'autres réalistes, mais dont l'efficacité est à douter (le cadre commun de référence)³.

phénomène comme impliquant le „décentrement“ de la règle globale une fois enterrinée dans une tradition.

¹ Pour une étude centrée sur la glocalisation des règles comprises dans diverses réglementations européennes fondées sur le concept de bonne foi, une fois qu'elles sont devenues obligatoires pour les pays appartenant aux deux traditions légales ci-dessus, voir G. Teubner, „*Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*“, dans *Modern Law Review*, no. 61, 1998.

² Comme on essayera de démontrer tout à l'heure, la solution d'un paradoxe n'est jamais la *synthèse* (impossible !), mais, au contraire, la déconstruction de son contexte, en tant qu'élément qui permet le fonctionnement aberrant. *Mutatis mutandis*, il n'est pas possible de « synthétiser » le droit privé d'allégeance romaniste et celui de *common law* (entre autres, pour la raison élémentaire que cette dernière tradition ne connaît même pas la distinction public / privé) et de proclamer cette « synthèse » comme étant « le Code civil européen » ; cette manière d'entendre la problématique en discussion est vraiment des plus rudimentaires qui existent. Il y a, en revanche, des auteurs que comme M. Hesselink, *The principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission*, dans *Global Jurist Frontiers*, 2001, I, pp. 1-68, qui identifient dans certaines des initiatives de codification le mieux connues (en l'occurrence, celle de la Commission Lando), des éléments qui suggèrent le *compromis* entre les deux traditions légales européennes. Ainsi, la Commission Lando, qui exprime expressément son espoir que les principes seront un jour enforcés dans un sens formel, de préférence sous la forme d'un code civil européen, opte pour la formalisation du droit général des contrats (et non pas du droit général des obligations, ce qui aurait représenté le choix typique dans la tradition romaniste), afin de créer « un langage contractuel européen commun ». Formellement, la Commission Lando choisit de rédiger les principes en anglais, entendu comme *lingua franca* parmi les juristes, la traduction française suivant la parution originale. Quant aux choix strictement terminologiques, l'on estime que le texte est rédigé plutôt dans une nouvelle langue juridique. En effet, la Commission évite d'utiliser la terminologie typique, caractéristique d'un système juridique quelconque, les mots anglais n'étant pas pris dans le sens juridique traditionnel qu'ils développent dans le *common law*.

³ Si le Plan d'action de la Commission du 2003 prenait en considération plusieurs options susceptibles de mener à l'unification de la matière privée européenne (systématisation de l'acquis communautaire; introduction d'un Code civil européen qui remplace complètement les codes nationaux; introduction d'un Code civil européen qui complète les codes nationaux), la position institutionnelle actuelle va plutôt dans le sens d'un code alternatif. En principe, la Commission Européenne semble être en faveur d'un processus fondé sur l'acquis communautaire et non pas sur les approches de droit comparé, affirmant, explicitement, qu'un *pré-code* ou un *cadre commun de référence* (*common frame of reference*) pourraient, par exemple, servir pour rendre compatibles les directives les unes aux autres, ou, plus généralement, pour élaborer un *nouveau cadre international de concepts et normes de droit civil*. Les principes, concepts et règles « communes » sont à trouver dans l'acquis

III.2. LOGIQUE DU SYSTEME

En second lieu, l'idée d'unifier le droit privé européen par le truchement d'un code ne semble pas conforme à la logique même du système européen. Les réalités, voire les idéaux communautaires sont à maintes reprises « manipulés »¹, pour induire le desideratum de la codification. En effet, de manière plus ou moins volontaire, plusieurs écarts sont glissés entre les données objectives de l'ordre juridique européen, menant à la conclusion irréfutable que l'aboutissement de ce dernier résidera dans une codification.

Dans un contexte dans lequel l'ordre juridique européen est entendu comme supranational au sens fort du terme (1), l'objectif fondamental des traités institutifs de créer un espace commun de marché et de conformité (2) est, de manière non-constitutionnelle et illégitime (3), compris comme imposant de par soi-même la conclusion que l'on doit aboutir à un droit commun européen, soit à un droit unique, pour renforcer le marché (4), et, respectivement, par extinction, comme soutenant l'idée de l'unification l'ensemble du droit privé européen, par un code (5).

(1) Les droits nationaux et le droit supranational européen. Si l'on comprend le concept de « code » dans son sens originaire, le Code européen marquerait l'avènement du droit privé européen, entendu comme formant de l'ensemble - autonome dans le sens le plus fort du terme - « droit européen ». En effet, ce n'est que dans l'hypothèse où l'on pourrait nettement séparer le droit européen des droits nationaux que l'idée de remplacer les codes civils nationaux par un code uniforme, en tant que variante la plus forte de codification avancée, aurait du sens.

Il est vrai que la Cour Européenne de Justice a déclaré déjà dans les années '60 que l'ordre juridique européen représentait un ordre autonome, marquant, par cet acte de foi, plutôt que par la signature effective des traités institutifs par les Etats Membres, la naissance des Communautés Européennes². Mais la Cour comprend l'autonomie plutôt par rapport à l'ordre légal du droit international public que par rapport aux systèmes juridiques des Etats Membres, le noyau dur du raisonnement mentionné incluant l'idée que les traités institutifs avaient instauré un ordre juridique « intégré » dans les ordres nationaux³.

communautaire. La démarche de la Commission Européenne est, certes, beaucoup plus légitime que ses avatars institutionnels (voir *infra* la note 37), sans pour autant représenter une innovation substantielle par rapport à l'acquis européen. En plus, il faut remarquer son caractère contradictoire dans le contexte du droit européen général. Selon la logique des traités institutifs, les Etats Membres doivent se reconnaître réciproquement les systèmes de droit; la subsidiarité et la proportionnalité (actuellement constitutionalisées), tout comme le caractère normatif incomplet de la directive, partent du présupposé que les différences entre les Etats Membres sont insurmontables ou qu'elles ne doivent être transgressées.

¹ Pour un appel sans ambages à la « manipulation » des droits, voir B. S. Markesinis, *Why a Code Is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity*, *op.cit.*, p. 520 [« manipulation »].

² Voir les *dicta* de la Cour dans les arrêts *Van Gend en Loos* (CJCE, C 26/1962, NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen) et *Costa c. Enel* (CJCE, C 6/1964, Flaminio Costa c/ E.N.E.L.).

³ Dans *Costa c. Enel*, mentionné ci-dessus, l'« ordre juridique propre » instauré par le Traité CEE est, en effet, expressément caractérisé comme « intégré dans le système juridique des Etats Membres ».

En fait, la supranationalité autonome est exclue par la naissance même des Communautés, qui instaure le monisme. Or celui-ci rend compte d'une co-substantialité entre les deux entités, ne menant jamais à l'identité : la règle fondamentale dans le système fait que l'Union ne puisse agir que dans le cadre stricte des compétences y cédées, alors que les Etats Membres ne puissent plus décider en dernière instance et de manière souveraine dans des domaines essentiels pour l'exercice de la souveraineté nationale dans lesquels ils ont transféré les compétences à l'Union.

Dans ce contexte, au point de vue constitutionnel et selon la théorie des systèmes, l'ordre juridique européen est de loin trop complexe pour être expliqué par la théorie de la supranationalité autonome. Aussi, a-t-il pu être décrit comme un système en crise, constitué de deux entités (à savoir le système européen au sens strict et les systèmes constitutionnels des Etats Membres) qui coexistent, en état perpétuel de négociation, sans que jamais l'une puisse l'emporter sur l'autre. Le constitutionalisme européen est, ainsi, un concept vague, décrit par la métaphore du voyage sans fin¹, qui exclut par son essence l'éventuel moment, dans l'avenir, où le système aurait acquis l'autonomie et l'équilibre².

(2) L'objectif européen : créer un espace commun de marché et de conformité. Les objectifs communautaires pleinement assumés par les Etats fondateurs ont une nature purement économique. En diachronie, le projet européen, poussé par son acteur privilégié, la Cour de Justice des Communautés Européennes, a, néanmoins, couvert plusieurs domaines considérés comme susceptibles d'aider au bon fonctionnement du marché, dans lequel, pourtant, la compétence d'agir n'avait jamais été cédée aux institutions européennes³.

(3) Constitutionalité et légitimité des démarches unificatrices institutionnelles.

¹ Les théories du „système en crise“, de l'Union Européenne comme „concept vague“ et comme „voyage sans fin“ ont été imposées par Z. Bankowski, E. Christodoulidis, *The European Union as an Essentially Contested Project*, *op. cit.*, respectivement par N. MacCormick, *Democracy, Subsidiarity and Citizenship in the „European Commonwealth“*, dans *Law and Philosophy*, no. 4/1997.

² Comme on essayera de prouver, les vices de la non-constitutionalité et non-légitimité sont, par conséquent, les plus redoutables, vu qu'ils remettent en question l'essence même du système (voir *infra* III.2 (3)).

³ Puisque cette démarche contredisait le principe cardinal du droit communautaire - l'attribution de compétence - la Cour de Justice des Communautés Européennes s'est vue obligée d'imposer la théorie - assez vivement contestée - des compétences implicites. L'on a remarqué, à cet égard, surtout le caractère très discutable du choix des domaines dont la Cour avait dit qu'ils relevaient « implicitement » de la compétence des institutions. Ainsi, par exemple, même si dans les années '80 la nécessité de protéger les droits fondamentaux dans l'Union Européenne apparaît comme évidente (ceux-ci n'étant pas prévus par les traités institutifs en raison justement du caractère purement économique de ceux derniers), et en dépit de la volonté des autres institutions européennes (l'on avait, à l'époque, théorisé « le principe de l'adhésion des Communautés Européennes au système de la Convention Européenne des Droits de l'Homme »), la Cour de Justice des Communautés Européennes estime que les droits fondamentaux ne relèvent pas des objectifs communautaires, donc que les institutions européennes ne détiennent aucune compétence, même implicite, en la matière (voir le célèbre Avis no. 2/1994 du 28 mars 1996 de la CJCE).

(a) *Constitutionnalité*. Un commentateur objectif doit admettre que les démarches institutionnelles européennes menant à la codification de la matière privée européenne se sont tempérées diachroniquement¹. Néanmoins, l'on peut se poser la question si les institutions européennes ont un quelconque pouvoir d'harmoniser, voir de codifier les droits privés des Etats Membres. Puisque, comme mentionné, le monisme communautaire implique la cession des compétences dans certains domaines par les Etats en vue de leur exercice en commun avec les autres Etats Membres, le principe cardinal régissant les compétences dans l'Union est le principe de la compétence d'attribution, selon lequel les institutions européennes jouissent strictement des compétences leur attribuées expressément. Comme corolaire, toutes les compétences qui n'ont pas été expressément assignées à l'Union doivent être considérées comme maintenues par les Etats Membres.

Or pour l'instant, aucune disposition des traités institutifs ne confère aux institutions européennes la compétence de codifier les droits privés des Etats Membres. La seule solution à envisager, donc, pour sauvegarder la constitutionnalité de la démarche déjà en train d'être entreprise par celles-ci, serait d'inclure une telle compétence parmi celles de l'Union. Il est, toutefois, à remarquer que ni le Traité constitutionnel, ni le Traité de Lisbonne, qui, pour être les plus récents, peuvent nous fournir quelques indices sur les priorités européennes *de lege ferenda*, ne prévoient rien dans ce sens.

L'on pourrait, alors, se poser la question si les démarches institutionnelles de codification sauraient se superposer au concept classique d'*harmonisation*. Diachroniquement, dans la version originaire du Traité CEE, le mot *harmonisation* apparaît une seule fois, en relation avec les taxes indirectes (art.99). Pour les autres domaines, l'on a préféré le concept

¹ Les positions institutionnelles les plus pertinentes sont : les résolutions du Parlement européen (1989, 1994, 2000, 2001), montrant l'intention de l'Union Européenne d'accélérer l'harmonisation du droit privé en Europe, le plan politique développée par le Conseil, respectivement la prise de position (2001) et le plan d'action de la Commission (2003). (a) L'idée du Code civil européen est formulée au niveau politique, pour la première fois, en 1989, dans une résolution du Parlement, qui se prononce en faveur du Code. A l'époque, selon le Parlement, il fallait chercher les dénominateurs communs des institutions de droit privé des Etats Membres, à l'aide d'une démarche critique de droit comparé. L'on envisageait un code européen exclusif, censé remplacer les codes nationaux. (b) La codification européenne devient par la suite un projet politique; lors du sommet de Tampere, en 1999, le Conseil se penche sur les idées proprement-dites à développer dans un Code civil. Simultanément, est adopté *The Sales Law Directive*, qui témoigne d'un changement de perspective : l'on ne se borne plus à la réglementation des contrats et du marché, étant également envisagé le domaine plus large d'un ordre contractuel alternatif (*reserve contract order ; Reservevertragsordnung*). La mise en œuvre d'un instrument général qui couvre tout le droit des contrats passe déjà pour un acquis communautaire. (c) La Communication de la Commission en 2001, à l'intention du Conseil et du Parlement, à laquelle le Parlement répond en 2001 (*Decision on the Approximation of Civil and Commercial Law of the Member States*) marque déjà la conclusion institutionnelle que le code civil européen sera entièrement ou, avec prépondérance, destiné au droit des contrats, alors que le Plan d'action de la Commission établi en 2003 discute plusieurs autres options, imposant la conclusion d'un *pré-code* ou d'un *cadre commun de référence* (*common frame of reference*) s'appuyant sur l'acquis communautaire et censé établir un *nouveau cadre international de concepts et normes de droit civil* (pour la critique de cette démarche voir *supra* la note 30).

d'*approximation*, portant sur l'élimination des distorsions dans les conditions de compétition entre les Etats Membres. En tant que tel, le concept d'*harmonisation* est introduit par l'Acte Unique Européen (art. 95 (1) TCE), se référant aux mesures à prendre pour l'approximation des dispositions légales, réglementaires ou d'action administrative dans les Etats Membres, dont l'objet est l'établissement et le fonctionnement du marché interne. L'article en question n'est pas un modèle de clarté ; néanmoins, on pourrait l'interpréter comme susceptible de couvrir le droit privé des Etats Membres, pourvu que cette approximation soit nécessaire pour l'établissement et le fonctionnement du marché interne. Il est à noter, toutefois, les limites interprétatives posées par la Cour Européenne à cet égard, celle-ci concluant qu'« *une simple constatation des disparités entre les règles nationales et d'un risque abstrait d'obstacles dans l'exercice des libertés fondamentales ou, encore, des distorsions dans la compétition n'est pas suffisante pour justifier une approximation* », sans doute puisque l'article interprété ne concède aux institutions un pouvoir général de régler le marché interne¹. Dans le même traité, l'art. 94 fait place à l'approximation *si les disparités des systèmes légaux des Etats Membres sont de nature à directement affecter l'établissement ou le fonctionnement du marché commun*². Peut-on soutenir que les disparités entre les systèmes de droit privé des Etats Membres sont de nature à affecter l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ? Il faut, dans cette démarche, faire attention surtout à la disproportion entre la mesure dans laquelle les disparités mentionnées affectent un marché originellement établi dans le contexte de leur existence, d'un côté, respectivement l'étendue et le caractère radical des démarches unificatrices institutionnelles de l'autre. Or la question semble avoir été tranchée définitivement par la Cour de Justice Européenne, qui décide que les dispositions mentionnées, et, plus particulièrement, celles de l'art. 95, ne donnent pas au législateur européen « une compétence exclusive pour réglementer les activités économiques dans le marché intérieur, mais seulement une compétence en vue d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement de celui-ci »³, impliquant par conséquent que les institutions communautaires n'ont pas la compétence d'entamer une codification, vue l'ampleur que celle-ci suppose⁴.

(b) Légitimité. Les auteurs exprimant des réserves relativement au caractère légitime de la codification européenne accusent une connivence dépourvue de légitimité entre les institutions européennes et diverses initiatives privées visant à créer et enforcer le code civil européen⁵. D'un côté, l'on a mis en évidence - à juste titre, en ce qui nous concerne - le

¹ CJCE, C-376/98, Allemagne c/ le Parlement et le Conseil, 2000, § 83 et 84. Il est peut-être intéressant de souligner que, au point de vue procédural, si les conditions de l'art. 95 sont remplies, le législateur communautaire pourra aboutir à la codification (entendue comme moyen d'harmoniser les droits nationaux) par co-décision, la réglementation en tant que telle prenant la forme d'un acte normatif de droit dérivé.

² Une mesure législative sur cette base requiert l'Unanimité dans le Conseil et sera exprimée par la voie des directives.

³ CJCE, C-491/2001, § 179.

⁴ CJCE, C-255/2001, *Tobacco*.

⁵ Voir, pour des arguments exhaustives, Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar, op.cit.* En résumé, les faits qui ont soulevé les soucis de légitimité sont les suivants: le 12 avril 2002, Christian von Bar, président d'un groupe d'études constitué en juillet 1999, annonce, dans une conférence devant la grande Chambre de la Cour de cassation, que les résultats de la recherche de son groupe (menant au Code civil européen) seront enseignés dans toutes les universités européennes, à partir de 2005,

manque de fondement qui légitime l'action des institutions. Dans le contexte général ci-dessus esquissé et vu la position de la Cour de Justice des Communautés Européennes, la consultation lancée en droit des contrats (dont la diversité ferait obstacle à l'achèvement du marché intérieur) par la Commission montre, en fait, l'impasse constitutionnelle dans laquelle se trouvent les institutions prêtes, pourtant, à intervenir dans le domaine de la législation civile. D'autre côté, a été relevé le manque de fondement qui légitime l'action de divers groupes de travail (parmi lesquels, le plus actif étant celui du Professeur von Bar). S'agissant, évidemment, des initiatives privées, il faut, néanmoins, remarquer que ce dernier, au moins, n'agit pas comme si son projet était privé (il indique des échéanciers précis d'enforcement, qui supposent le support institutionnel ferme) et, aussi, que le projet ne semble pas non plus privé aux yeux des tiers¹.

Surgit, alors, la question de la loyauté communautaire, entendue non pas dans son sens traditionnel, mais, cette fois, dans l'acception de loyauté que les institutions communautaires doivent aux Etats Membres. Dans les commentaires les plus acides, il se pose la question de savoir si jamais l'on peut en parler dans un contexte où le Parlement européen incite, par ses résolutions, les autorités communautaires à s'immiscer dans un domaine qui relève de la compétence exclusive des Etats Membres et à entamer un processus qui peut mener à « l'ébranlement des sociétés dont ces Etats ont la charge »². A cet égard, l'on a pu mettre en évidence une « connivence illégitime »³, traduite par la parfaite symbiose entre les institutions européennes et les initiatives apparemment privées, mais sous-tendues en fait par les premières. De toute façon, la circularité des démarches des acteurs impliqués est frappante : le groupe de travail répond aux vœux émis par le Parlement⁴ qui reprend, à son tour, à son compte, les réponses formulées par le groupe d'études.

Enfin, la légitimité de la codification fait surgir la question d'un potentiel déficit démocratique à anticiper surgissant au moment où l'on introduira effectivement le code dans la législation de chaque Etat Membre. En effet, quelle que soit la méthode choisie⁵, les

respectivement qu'il seront utilisés par les institutions européennes dans leurs travaux législatifs, alors que, déjà en 2010, ils deviendront le droit commun européen. Les simples débats spéculatifs dans les pays européens se traduisaient d'un coup par des résolutions du Parlement, la constitution des groupes de travail, la prise officielle de position du Professeur von Bar, donnant l'impression que la machine communautaire est en marche, menant, inéluctablement, à l'unification.

¹ Il faut rappeler que c'est la grande Chambre de la Cour de cassation française qui accueille le Professeur von Bar lors de son discours.

² Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar, op.cit.*, p. 2211.

³ *Ibid.*

⁴ « La résolution du Parlement de 2001 coïncide sur pratiquement tous les points avec notre contribution », *Ibid.*

⁵ Deux méthodes ont été, en principe, envisagées par la doctrine. Premièrement, il s'agirait d'un acte de droit dérivé, dans l'hypothèse où le fondement de la codification serait „l'harmonisation" ou „l'approximation" des droits nationaux (voir *supra* notes 38 et 39). Dans cette hypothèse, le procédé serait incorrect au point de vue politique. Pour un effet maximum, le législateur européen choisirait, le plus probablement, le règlement, dont le propre est d'être rédigé par des experts échappant à toute responsabilité politique et hors de

parlements nationaux seront privés de toute possibilité de participer réellement à l'élaboration du code, alors qu'il s'agit de l'organisation interne proprement-dite de chaque société.

(4) *L'épanouissement du marché commun européen impose nécessairement l'existence d'un droit commun du marché européen.* Comme pour tous les truismes, la vérité de cette conclusion semble allant de soi¹. Néanmoins, à y songer de plus près, l'on constatera, par exemple, qu'aux Etats-Unis et au Canada les deux marchés économiques intégrés se sont constitués et fonctionnent avec pleine efficacité sans que l'entrave (juridique) ait jamais été levée. En plus, puisque l'efficacité économique semble être la raison cardinale pour laquelle l'on souhaite avoir un code européen, l'on a pu montrer que, dans un contexte où la forme de prévisibilité requise par le monde des affaires consiste dans la protection des attentes, le formalisme juridique tend, au contraire, à accorder une priorité à la structure normative du contrat, ce qui peut faire échec au commerce². A été, ainsi, théorisé le rejet actuel du formalisme juridique, considéré par les hommes d'affaires comme un instrument réglementaire insuffisant pour les transactions, dans la mesure où ceux-ci souhaitent s'arroger le pouvoir de reformuler et reconfigurer la réglementation à la lumière de la coutume, de l'usage et des intérêts économiques des parties. En outre, ceci suppose un système juridique post-nationaliste qui respecte le pluralisme juridique applicable aux divers marchés, excluant, carrément, le droit commun.

(5) *Le droit commun du marché commun surgira par l'unification de toute la matière privée européenne, qui sera exprimée par un code.* Les seules raisons avancées pour soutenir l'idée de droit commun, aussi bien par les institutions européennes que par les divers groupes de travail, gravitent autour de la notion d'efficacité économique. L'on souhaite codifier les contrats pour développer le marché commun; quelque discutable que ce désir puisse paraître à la lumière des considérants évoqués ci-dessus, il tombe, au moins, sous le coup des « objectifs communautaires » au sens très large du terme. En en parlant, l'on procède, paradoxalement, par extinction, dans la mesure où « le droit commun censé réglementer le marché commun » mène à une réglementation qui se propose d'intégrer toute la matière privée. Par conséquent, la démarche législative européenne, telle qu'envisagée par Commission (dont la constitutionnalité et la légitimité sont douteuses), est amenée à réduire une matière riche et complexe (à savoir le droit privé européen) à une dimension exclusivement économique. Or voulant investir le domaine de la législation civile, la Commission ne saurait traiter de cela qu'au regard de ses compétences habituelles – soit la mise en œuvre des libertés communautaires – se montrant le plus probablement incapable

tout contrôle, d'être discuté en huis clos et, possiblement, sans que les représentants du peuple en soient même avertis. A notre avis, vu l'ampleur des conséquences de la démarche unificatrice, le code européen devrait être intégré dans un traité modificateur, à ratifier unanimement par les Etats Membres. Cette forme de participation de ces derniers au changement de l'ordre européen n'est que formelle, le traité n'étant plus amendable lors de son passage devant les parlements nationaux, qui ne pourront que l'accepter tel quel ou refuser de le ratifier.

¹ Il faudra, quand même, se demander si „ce qui va de soi doit effectivement aller de soi” (M. Foucault, *L'intellectuel et les pouvoirs*, dans *Dits et écrits* (dir. D. Defert, F. Ewald, Paris, Gallimard, 2001, II, p. 1569.

² H. Collins, *Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law*, dans *European Review of Private Law*, no. 8, 2000, p. 211.

de se hisser au niveau requis par une démarche de législation aspirant à l'envergure de la codification.

III.3. NATURE DE L'INSTRUMENT

Non seulement, par extinction illégitime, l'objectif de créer un marché commun est interprété comme imposant l'unification de tout le droit privé européen, sous quelque forme que celui-ci puisse se manifester; de surcroît, l'unification souhaitée prendrait la forme d'un « code ».

(1) Diachronie. Au point de vue diachronique, le choix de l'instrument « code » est paradoxal : les codes civils du 19^e n'ont pas eu pour objectif d'unifier, mais de séparer. En effet, ils étaient censés marquer la rupture d'avec la « communauté » d'idées et d'intérêts qui, sous l'emblème du *jus commune*, avait « uni » les systèmes juridiques de tradition romaniste. Diachroniquement, donc, il est bizarre de constater que l'on attend d'un « code », dans le sens traditionnel du concept, d'unifier ce qu'il a, auparavant, séparé.

A cet égard, certains ont estimé que le mouvement devenait compréhensible uniquement si l'on pensait à son ressort bureaucratique. Si, originairement, la mise en écrit des coutumes dans un code, soit le processus de formalisation des droits nationaux en Europe continentale, a été censé faciliter l'exercice du pouvoir royal par une classe de fonctionnaires qui géraient le royaume, actuellement, le particularisme juridique doit être supprimé parce qu'il contrevient à l'efficacité administrative de la bureaucratie européenne¹.

(2) Le code comme instrument fondamental. Le « code » n'est pas un instrument juridique quelconque. Traditionnellement, il représente le livre de référence de la nation, soit le dépositaire des valeurs juridiques qui constituent l'identité d'une tradition légale. Entendu dans son sens originaire, le code marque le statut ontologique même de la nation². Dans ce contexte, le code n'est pas un simple moyen de se rapporter à une culture juridique, il est la culture en question même.

Or, le Code européen est étranger à ce paradigme. Il réalisera en premier lieu la coupure des traditions juridiques européennes de tout arrière plan national (dans la mesure où il

¹ P. Legrand, *Sens et non-sens d'un code civil européen*, dans *Revue Internationale de droit comparé*, 1996, p. 801, où l'auteur parle expressément de „la bureaucratisation du droit” comme ressort de la codification européenne.

² Aussi, Carbonnier a-t-il pu dire que « la véritable constitution de la France est le Code civil », qui récapitule les idées autour desquelles s'est constituée la société française au sortir de la Révolution. Le Code Napoléon est considéré comme remarquable surtout par son but, qu'il atteint pleinement : créer une constitution civile, un droit unifié et centralisé. Ainsi entendu, tout Code est un modèle de rationalisation; pour preuve, ce n'est qu'un « cataclysme » qui pourrait le secouer. C'est pourquoi le Code civil Napoléon existe toujours depuis plus de 200 ans (1804), le Code civil allemand est en force depuis plus d'un siècle (1900), alors que, diachroniquement, dans le droit roumain, régissant une société qui change de façon dramatique de constitution, la constitution civile, heureusement maintenue toujours en vigueur, assure la conservation de la physionomie du système (l'appartenance révolue du système au droit socialiste n'étant qu'une mécanique plaquée sur une configuration de droit romanique, préservée grâce à la codification).

remplacera les codes nationaux), pour, par la suite, y substituer une simple forme, à laquelle rien ne correspond comme élément relevant d'une tradition. Ontologiquement, le Code européen ne dénote rien. Il représente une entité épistémologique paradoxale, un être de paroles.

III.4. EFFETS

Le choix de l'instrument « code » n'est pas souhaitable au niveau communautaire, vu les effets y attribués traditionnellement.

(1) L'effet de codification. Pour Bourdieu, la codification opère, une fois instaurée dans le système, un changement de nature ou de statut ontologique. Il théorise ainsi « l'effet de codification », qui excède la matière privée, pour toucher au système légal dans son ensemble¹.

Le code fige le droit et instaure un système fermé. A cet égard, l'on a pu donner l'exemple du Code Napoléon qui a fait que le droit français arrive à sa date en 1804, marquant la fin de l'histoire². En effet, par la volonté du législateur s'exprimant dans la codification, les notions, catégories et textes retenus par celui-ci deviennent le droit civil. Le code fonctionne ainsi comme un mécanisme de remplacer le vécu par le texte tout puissant : il retrace le statut ontologique de la personne, qu'il fixe par la suite de manière immuable, disloque les entités du réel, les obligeant de s'intégrer dans ses limites.

Or la glaciation et la pétrification du droit, qui vont de paire avec toute codification, ne sont pas susceptibles de mener à l'épanouissement du marché commun, très dynamique; au contraire, il est raisonnable de prédire qu'ils finiront par entraver le commerce.

Il convient également de penser à la difficulté procédurale soulevée par la projetée codification : vu l'importance cardinale du texte et l'ébranlement que l'effet de codification engendrera dans le système communautaire, il est à supposer que le code s'exprime par un traité, qui, modifiant à fond l'ordre européen, devra être ratifié à l'unanimité³. Les plus récents traités européens nous enseignent, néanmoins, que ce processus, loin d'être facile et de conduire vers un consensus, se fait plutôt l'expression de l'ordre juridique européen en tant qu'ordre éclaté.

En même temps, paradoxalement, il n'est pas certain que le code européen, une fois entré en vigueur, puisse assurer la cohérence dans le système de droit privé européen : s'il n'est pas assumé, le code sera employé comme un « portail », par lequel les juges nationaux trouveront les moyens de s'échapper à la rigueur du texte; le procès d'unification ne mènera, donc, pas nécessairement à un droit unitaire.

(2) Le code comme acte de pouvoir. Comme anticipé ci-dessus, toute codification est un acte de pouvoir, dans le sens qu'elle contraint la pensée légale non pas seulement dans un

¹ P. Bourdieu, *Habitus, code et codification*, dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, pp. 41-43.

² P. Legrand, *Sens et non-sens d'un code civil européen*, dans *Revue Internationale de droit comparé*, *op.cit.*, p. 787. Dans le sens que rien n'ait pu survenir par la suite qui ne s'inscrive dans le paradigme anticipatrice posé par le Code.

³ Voir *supra* la note 47.

domaine quelconque, mais dans tout le système juridique donné. Aussi, la force du code est-elle à être qualifiée pour performative (le code instaure la cohérence, la complétude et la permanence dans un espace juridique), étant, en même temps, une force symbolique (la codification est tellement importante pour le système dans lequel elle surgit que la physionomie de celui-ci s'y rapporte inéluctablement, étant construite autour du code et par le code).

Simultanément, par sa manière d'être, le Code privilégie une certaine manière de créer le sens juridique, dont les traits fondamentaux seraient la systématisme, le fonctionnalisme, la démarche interprétative positiviste¹, avec toutes les conséquences y découlant. Le code a, ainsi, la capacité d'interdire les autres visions juridiques du monde, qui ne s'y rattachent pas. Il a pu, donc, être caractérisé comme « forme de gouvernance », instaurant, d'un côté, un certain type d'ordre, d'organisation, mais aussi, d'autre côté, une forme de répression, de violence², dans le sens d'exclusion absolue des formes juridiques qui, par leur nature, ne peuvent s'inscrire dans la logique du code.

Dans l'ordre juridique européen il existe, évidemment, une tradition légale fondamentalement réticente à la logique de la codification. La force performative d'une virtuelle codification européenne entendue dans le sens traditionnel et classique du terme, exclura, d'emblée et définitivement, l'espace du *common law*.

(3) Le code comme construction. Le Code est l'aboutissement d'une construction juridique. Il incarne le construit juridique surpris dans son hypostase la meilleure. Jamais la codification n'est-elle du droit fruste ; bien au contraire, la codification est le *jus* s'exprimant comme *lex*.

Le code est le résultat d'une analyse légale qui révèle dans l'ensemble appelé « droit » uniquement ce qui mène à la conclusion d'une unité logique³, ce qui relève du système, créant par cela le système, ce qui se détache du contexte extra-légal.

Or, ce trait inhérent à la codification réverbère sur la manière de penser (donc, de construire) la matière privée européenne, avec des conséquences discutables au point de vue des choix que cette dernière implique.

Dans ce sens, l'on a pu théoriser un « abîme épistémologique » dans l'appréhension du droit privé européen, se rattachant à son tour à l'orthodoxisme dans le droit privé comparé actuel⁴. L'on constate, en effet, un entendement commun des comparatistes sur « le droit privé européen », artefact construit mimétiquement sur le modèle du code, soit comme (a)

¹ Voir *supra* II.1. et *infra* III.3.

² P. Legrand, *Antivonbar, op. cit.*, p. 30 [„violence”].

³ Comme le papier utilisé auparavant par les photographes, les traits révélés sont en même temps déjà là, intrinsèques au sujet de la photographie et là uniquement grâce au catalyseur qui choisit de les révéler au détriment d'autres, également là.

⁴ La critique de la construction actuelle du droit privé européen nous a été suggérée par L. Niglia, *Taking Comparative Law Seriously – Europe's Private Law and the Poverty of Orthodoxy*, *The American Journal of Comparative Law*, 401, 2006. Pour un équivalent du concept d'orthodoxie dans la comparaison juridique, voir celui de „doxa”, imposé par P. Legrand, « Paradoxically, Derrida : For a Comparative Legal Studies », (2005) 27 *Cardozo Law R.* 631, p. 632.

produit de l'analyse légale rationalisante, à la recherche de l'unité logique ; (b) ensemble systématisé ; (c) ensemble a-contextuel.

(a) Pour construire « la matière privée européenne », les comparatistes développent des techniques sophistiquées et standardisées, maîtrisant des corpus textuels qu'ils ont abstraits de leurs contextes légaux et qu'ils proclament comme étant « de nature européenne ». Les *Principes du Droit européen des contrats* sont, par exemple, le résultat des investigations de doctrine portant sur les différences et les identités dogmatiques en matière des contrats dans les traditions européennes. Mais, dans une mesure au moins égale, ils représentent des décisions selon lesquelles certaines des règles mises en évidence sont « plus européennes » que d'autres¹. Les décisions sont fondées sur une réflexion juridique purement logique, qui cherche à mettre en relief les aspects communs et dont le présupposé est l'existence même des aspects communs qui, à travers une analyse logique, surgiront à la surface. En effet, les études légales comparées ne sont que l'instrument par lequel surgit ce droit identitaire européen, dont l'effet subséquent est l'effacement recherché des différences.

(b) Selon le point de vue axiomatiquement partagé aujourd'hui, l'eupéanisation représente un phénomène systématique. Comme preuve, les règles rationnelles qui forment le droit privé européen sont envisagées dans un contexte imaginé de catégories organisées et de schémas qui les valident (ainsi, le droit européen des contrats consiste-t-il en un système conceptuel unitaire). De manière codique, les règles de droit sont conceptualisées comme les constituants d'un set sophistiqué de concepts théoriques, qui, eux, confèrent du sens aux mots des règles, et dirigent l'interprète dans sa tâche d'en dériver le sens

(c) Le droit privé européen (et sa comparaison) sont développés indépendamment des buts / facteurs extra-légaux et rendus par des concepts juridiques, donc, neutres.

En « construisant » la matière privée européenne, l'orthodoxisme passe de vue un ensemble de développements européens d'une importance considérable, ce qui fait que les effets de la perspective codique soient discutables pour l'ordre juridique européen.

(d) L'exigence de la codification selon laquelle le droit est à comprendre comme règle déduite rationnellement perd *a priori* de vue l'eupéanisation qui a lieu par les non-règles (rendue possible par le truchement des juges qui décident parfois en s'appuyant sur des considérations matérielles – morales, économiques, politiques, sociales – plutôt que sur des règles formelles, et ceci dans des matières se trouvant au cœur du droit des contrats). Egalement, cette manière de procéder perd de vue la pluralité de solutions que les traditions européennes offrent, le plus souvent, aux questions juridiques. Comme mentionné auparavant, les règles « européennes choisies » sont réputées plus importantes que celles mises de côté, appréciées comme moins importantes, alors qu'une analyse rigoureuse demanderait de les considérer toutes comme révélatrices².

¹ C'est à ce point que l'on devait faire place au concept de « relativisation ». Voir, dans ce sens, P. Legrand, *Droit comparé, op. cit.*, 1ère éd., note 74, p. 17 : « Le droit étranger vu à travers la lorgnette du comparatiste, ce serait ainsi – en tout cas, bien davantage qu'on ne le croit – un collage hétérogène bricolé par lui eu égard à une problématique par lui élaborée ».

² L'auteur de cette critique parle explicitement d'une approche qui attribue des valeurs aux différentes solutions juridiques et qui range celles-ci par la suite [*« ranking approach »*];

(e) D'autre part, la systématisation pyramidale du droit européen exclut tout élément qui y résiste. Or, l'europanisation n'est pas seulement un acquis dans le sens statique (le résultat), mais aussi un acquis dans le sens dynamique (un processus). Nulle part les promoteurs du Code civile européen ou du droit européen des contrats ne traitent de la question de la résistance à l'harmonisation (dont l'exemple notable est celui des décisions des cours nationales qui se sont estimées compétentes d'interpréter discrétionnairement les règles européennes). Ce qui plus est, comme la systématisation est l'essence même de la codification, la logique du système de *common law* est *a priori* passée de vue, la systématisation en tant que telle étant, de toute manière, comprise dans un sens étroit, civiliste¹.

(f) L'impératif du droit neutre transforme le droit européen des contrats (et le droit européen privé en général) dans un set de règles dépourvues de vie et artificiellement développées selon une logique légaliste, qui ignore, premièrement, le fait que le droit national des contrats s'est développé en étroite liaison avec un contexte social, économique et politique et qui ignore aussi, sur le plan épistémologique, la démarche légale comparative originaire, selon laquelle le droit comparé consiste en l'entendement du droit étranger dans son contexte². Or l'on peut légitimement se poser la question pourquoi le droit contractuel,

[« *values are attributed to legal solutions* »]. Cette approche en droit comparé est le mieux illustrée par le livre maître de l'orthodoxie comparative, Konrad Zweigert et Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3e éd. trad. par Tony Weir, Oxford, Oxford University Press, 1998. Kötz entend littéralement la production du discours de la comparaison comme une « activité intellectuelle » (*op. cit.*, note 3, p. 15), lors de laquelle le comparatiste travaille par des rapports objectifs (*Id.*, p. 43). Kötz revendique en outre le recours à des concepts susceptibles de rendre compte sans aucune distorsion que ce soit de la réalité dont le savoir comparatiste entend faire son objet d'étude. Il traite ainsi de « termes purement fonctionnels » [« *purely functional terms* »] (*Id.*, p. 34), d'« exigences purement objectives » ou de « concepts plus élevés », lesquels seraient suffisamment englobants pour subsumer l'hétérogénéité des institutions comparées, posant surtout, comme principe heuristique, le choix du « better law » (le droit meilleur) valorisé par le comparatiste.

¹ Dans la même série d'exemples tirés du livre maître de la comparaison, il vaut, dans ce contexte, de rappeler qu'en vertu d'un des piliers du modèle théorique qu'il défend, Kötz retient, eu égard au choix par le comparatiste des signifiants juridiques qu'il se propose de comparer (et qu'il choisit donc de valoriser), que « des incomparables ne peuvent pas être utilement comparés et [qu']en droit les seules choses qui sont comparables sont celles qui remplissent la même fonction » : Zweigert et Kötz, *op. cit.*, note 3, p. 34 [« *Incomparables cannot usefully be compared, and in law the only things which are comparable are those which fulfill the same function* »]. Pour un exemple concret pris dans la réalité juridique, Niglia rappelle que lorsque la House of Lords a appliqué la principe de la « bonne foi » sur la base de la directive protégeant les consommateurs, décidant qu'elle est conséquente avec le raisonnement anglais, les commentateurs de souche orthodoxe y ont manqué de remarquer à la fois le changement de style dans la législation communautaire et les efforts d'adaptation faits par la Common Law, se bornant simplement à faussement conclure sur le caractère « commun » de l'institution de la bonne foi dans les deux traditions légales.

² Au contraire, Zweigert et Kötz, *op. cit.*, p. 35, insistent sur le fait que « Le comparatiste doit éradiquer les préconceptions du système juridique dont il est originaire » [« *the comparatist must eradicate the preconceptions of his native legal system* »]. Egalement, pour une affirmation expresse de Kötz prônant l'extraction du droit de la réalité, c'est-à-dire prétendant effectuer

se trouvant traditionnellement ancré dans une interaction complexe avec tout un contexte socio-politique idio-synchratique, acquière une telle neutralité une fois avoir subi une démarche d'eupéanisation.

IV. En guise de conclusion (comment fuir le paradoxe)

L'Europe connaît, donc, deux types contrapuntiques de production de sens juridique. Le désir de les faire fonctionner ensemble relève du paradoxe au sens propre et fort du terme et, dans ce sens-là, le Code européen est une construction épistémologique paradoxale.

De surcroît, ne fût-ce que par son nom, l'instrument juridique que l'on souhaite adopter exprime une préférence certaine pour la production axiomatique du sens juridique, si bien que, par le « code européen », l'une des deux grandes traditions juridiques européennes s'imposera définitivement sur l'autre¹. Or dans ce contexte, il semble ne plus être question de vouloir dépasser le paradoxe de la codification européenne, mais d'accorder prééminence à l'un des formants de l'entité, au détriment de l'autre, violemment et par la suite réduit au silence.

Si l'on souhaite, néanmoins, faire une place à la tradition de *common law* dans le droit privé européen, il faudrait, peut-être, réinventer l'instrument censé exprimer ce dernier. En logique, la solution des situations paradoxales consiste dans la suppression de la possibilité même qu'ils surgissent dans les limites d'une théorie, par l'élimination du contexte qui les a générées. A cet égard, la déficience fondamentale, à notre sens, du « Code civil européen » et que, sous-théorisée comme elle est, la codification est censée fonctionner moins comme instrument par lequel s'exprime le droit privé européen (tel que celui-ci est à l'heure actuelle et dans la mesure où l'on peut raisonnablement en parler) et plutôt comme technique de gestion (discutable) de la différence intrinsèque qui existe entre les systèmes légaux nationaux.

Rien ne justifie, au fond, cet essai d'uniformisation. Rien ne garantit, objectivement, qu'une fois la codification acquise, elle pourra être considérée comme le « meilleur droit » par rapport à ses avatars nationaux révolus².

la purification du droit par rapport aux autres éléments constitutifs du réel, voir Zweigert et Kötz, *Id.*, note 3, p. 44 : « Les solutions que nous trouvons dans les différents droits doivent être détachées de leur contexte conceptuel et dépouillées de leurs connotations doctrinales nationales » [« *the solutions we find in the different jurisdictions must be cut loose from their conceptual context and stripped of their national doctrinal overtones* »].

¹ P. Legrand, *Antivonbar*, *op. cit.*, p. 14.

² N'y étant pas immanente, la valeur ne peut pas être déduite de la réalité (juridique). J'emprunte cet argument à C. S. Cercel, *Le « jus commune » dans la pensée juridique contemporaine, ou le comparatisme perverti*, dans *Comparer les droits, résolument!* (éd. P. Legrand), Presses Universitaires de France, Paris, 2009 (à paraître), qui reprend les mots de Kelsen (H. Kelsen, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, dans *Western Political Quarterly*, 481, pp. 483-484 [« not immanent »], [« value cannot be deduced from reality »]).

Codification du droit privé européen et multilinguisme: deux principes qui s'opposent?

Gianmaria AJANI*

Résumé: *La « longue marche » du droit privé de l'Union Européenne vers l'harmonisation est arrivée à une étape cruciale, celle de la recherche de cohérence. La construction d'un « Cadre commun de référence » suppose de recomposer la diversification des compréhensions nationales du droit communautaire.*

Dans le passé, la tâche de donner un « contenu » à la langue du droit relevait des différents acteurs sociaux; aujourd'hui, c'est principalement la doctrine qui a pour rôle de déterminer les concepts communs; pour ce faire, elle doit se munir d'une méthodologie précise qui ne soit pas concentrée uniquement sur les normes et qui soit indépendante de la méthode de téléologie et de fonctionnalisme appliquée par la Cour de Luxembourg. Afin de contribuer à consolider une culture juridique commune, cette méthode doit favoriser une lecture des textes de loi hors de leur contexte, qui aille à la recherche de notions constituantes permettant un raisonnement juridique cohérent entre le niveau communautaire et les niveaux nationaux. Partant du premier niveau, l'analyse devra conduire à une comparaison avec le système des notions propres aux systèmes juridiques nationaux, comparaison qui s'effectue au moyen d'une vaste description des différents usages des termes juridiques représentant les concepts.

Cette approche se base sur la reconnaissance du principe selon lequel la langue est un élément fortement créatif du droit et que, dans le milieu unique de l'Union Européenne, il existe de multiples communautés d'interprétation qui communiquent de manière non hiérarchique. En outre, le droit communautaire impose des connexions obligatoires entre le niveau de l'Union et ceux des états; cela entraîne une circulation de règles parmi lesquelles la langue crée des solutions possibles, indépendamment des affirmations locales. Trouver ces solutions en passant en revue les définitions des termes effectuées par les formants légaux et interprétatifs, peut faciliter la recomposition de l'incohérence et de la tension destructrice d'un droit privé européen orienté vers l'harmonisation, mais qui reste l'otage des tendances pluralistes marquées par le multilinguisme.

1. Harmonisation juridique et multilinguisme dans le domaine du droit des contrats

La « longue marche » du droit privé de l'Union Européenne vers l'harmonisation est arrivée à une étape cruciale, celle de la recherche de cohérence des termes.

Le rythme de cette marche, comme on le sait, a toujours été caractérisé par pauses et accélérations, obstacles et bonds en avant. Les années qui nous séparent du Traité de Nice en témoignent: elles coïncident avec le début du siècle nouveau, au cours duquel la transformation, programmée de longue date, s'est opérée avec l'élargissement de 15 à 27 Etats Membres. La réforme (nécessaire) de l'ordre institutionnel n'a pas encore permis de

* Gianmaria Ajani enseigne le Droit comparé, le Droit Chinois et le Droit européen à la Faculté de Droit de l'Université de Turin. www.personalweb.unito.it/gianmaria.ajani; Il est porte parole du "European Research Group on Existing EC Private Law" (Acquis Group. www.acquis-group.org).

trouver un nouvel équilibre entre Est et Ouest, entre européisme et nationalisme, entre participation des citoyens et efficacité du gouvernement.

Dans un tel contexte, le renforcement d'un marché unique et commun à tous les Pays membres a connu une accélération sans précédent. Malgré des processus politiques opposés, malgré la recherche d'un équilibre différent entre les niveaux institutionnels communautaire et national, malgré une hésitation évidente quant au sort de certains projets de directive en matière de libéralisation des services, cette tendance semble se maintenir pour ce qui concerne les effets sur le marché unique. Utilisant l'outil de la Communication, la Commission, pour sa part, avec le soutien convaincu du Parlement européen, a entamé un dialogue avec les professionnels du secteur économique, la doctrine et les institutions, sur les modalités de révision de *l'acquis*, avec une attention particulière au droit des contrats.

Tout en restant dans les limites d'un langage qui reste attentif aux sensibilités nationales et qui reste clairement éloigné de toute hypothèse de codification, l'essor donné par la Commission entre 2001 et 2004 a permis à un vaste réseau, allant du monde académique aux professionnels, de se confronter dans le but de parvenir à un droit privé européen « plus cohérent ».

Ce thème d'une plus grande cohérence du droit privé européen peut apparaître comme une sorte de correction et de réflexion un peu tardive qui fait suite à des dizaines d'années d'harmonisation tout à la fois *forcée* (de la part de la Commission), passive (de la part de législateurs nationaux qui ont produit des textes d'application sans se soucier des problèmes taxinomiques), et formelle (comme le prouve le mode de légiférer européen en vertu du principe de subsidiarité). En réalité, ses implications sont de la plus grande importance, aussi bien sur le plan politique que doctrinal.

Nous nous limiterons à ébaucher seulement les implications politiques en rappelant avec quel enthousiasme la Commission présidée par Romano Prodi (1999-2004) avait mis l'accent sur la nécessité de réaliser un droit des contrats « plus cohérent »¹ dans le but d'un meilleur fonctionnement du marché unique. Elle avait, pour ce faire, mêlé à la procédure de consultation², outre bien sûr les références institutionnelles (Conseil et Parlement), la

¹ Cf. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le Droit européen des contrats, 11.07.2001, COM(2001) 398 final; et Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur un Droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action, 12.2.2003 COM(2003) 68 final.

² La procédure de consultation entamée par la communication de juillet 2001 a permis de recueillir une contribution importante. Les problèmes signalés ont concerné l'application uniforme du droit communautaire des contrats que les divergences entre les différents droits contractuels en vigueur à l'intérieur de l'Union et que l'incohérence de la législation communautaire elle-même rendait difficile. De même, l'existence de définitions extrêmement vastes dans les directives et de concepts étrangers aux législations nationales peuvent provoquer des incohérences au moment de l'application des dispositions communautaires dans les systèmes juridiques nationaux. Ces apports se sont concentrés également sur les obstacles au bon fonctionnement du marché interne que constituait la divergence des règles sur le droit contractuel telles que les conditions requises pour former un contrat, ou bien la divergence des normes sur l'efficacité des conditions générales des contrats. Cf. <http://europa.eu/scadplus/leg/it/lvb/133158.htm>. Voir aussi G. AJANI, H.

communauté des professionnels du droit et les représentants de groupes intéressés (ceux que l'on appelle les *stakeholders*), ainsi que les instituts de recherche.

Cette démarche a donné lieu à la procédure de consultation mise en place par la communication de juillet 2001, et à l'élaboration d'un *instrument optionnel* dans le domaine du droit contractuel européen¹. Ensuite, la nouvelle Commission présidée par José Manuel Barroso est revenue sur l'idée d'adopter un cadre commun de référence normative pour tout le système du droit contractuel européen², optant pour une action plus restreinte de réorganisation du droit des consommateurs. Le Parlement européen s'est opposé à ce nouveau choix de la Commission Barroso de réduire l'action engagée par la Commission Prodi, se heurtant donc à la nouvelle Commission (et au Conseil) comme le prouve la Résolution du 4 septembre 2006 sur le droit européen des contrats. Par ce texte, le Parlement confirme que "un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil (...), rappelle que l'initiative concernant le droit européen des contrats est la plus importante qui soit en cours dans le domaine du droit civil (...) [se déclare] résolument favorable à une approche axée sur un CCR élargi qui porte sur des questions générales de droit des contrats, allant au-delà du domaine de la protection des consommateurs"³.

SCHULTE-NÖLKE, *The Action Plan on a More Coherent European Contract Law: Response on Behalf of the Acquis Group*, in http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-1.pdf.

¹ Le "Cadre commun de référence (CCR)". L'expression, adoptée dans le but de ne pas heurter les sensibilités nationales à propos d'une hypothèse de recodification, est utilisée également par la Commission dans un contexte différent de celui du droit comme par exemple le "Cadre européen commun de référence pour les langues" <http://eduscol.education.fr/D0067/cecrl.htm>.

² V. Rapport de la Commission: Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis [COM(2005) 456 final - Non publié au Journal officiel]: <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l33158.htm>.

³ Il nous semble utile de reporter intégralement le texte de la Résolution B6-0464/2006: Le Parlement européen,

- vu sa résolution du 23 mars 2006 sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis: la voie à suivre (P6_TA(2006)0109),
- vu ses résolutions des 26 mai 1989, 6 mai 1994, 15 novembre 2001 et 2 septembre 2003,
- vu le premier rapport annuel de la Commission, du 23 septembre 2005, sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis (COM(2005)456 final), dans lequel la Commission indique que la révision de l'acquis dans le domaine de la protection des consommateurs "alimentera" à son tour "le développement du CCR dans son ensemble",
- vu la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 11 octobre 2004, sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis: la voie à suivre (COM(2004)651 final), dans lequel la Commission indique qu'elle "usera du CCR comme d'une boîte à outils, le cas échéant, lorsqu'elle soumettra ses propositions pour l'amélioration de la qualité et de la cohérence de l'acquis existant et des instruments juridiques à venir dans le secteur du droit des contrats",
- vu l'article 108, paragraphe 5, de son règlement,
- considérant que, dans sa résolution du 23 mars 2006, il relève que l'incertitude règne quant aux résultats pratiques sur lesquels débouchera l'initiative en matière de droit

Après avoir précisé l'aspect politique encore ouvert sur le contenu et les fonctions d'un futur cadre commun de référence en matière de droit des consommateurs (ou des contrats), et afin de répondre à la question posée dans le titre de notre étude, il nous faut maintenant observer comment ce projet de *réduction de l'incohérence du droit privé européen* se situe dans le contexte du « multilinguisme nécessaire » déterminé par les Traités.

Nous affirmions en introduction que le processus d'intégration du droit privé européen est arrivé à une étape, celle de la prise de conscience du fait que la communication multilingue fait partie intégrante du processus.

Deux facteurs ont été déterminants dans ce cadre.

En premier lieu, la recherche insistante, de la part de la Cour de Justice surtout, de l'effet concret d'harmonisation sur le droit appliqué à l'intérieur des Etats Membres. Cette

européen des contrats ou quant à la base juridique qui sera retenue pour l'adoption de tout instrument contraignant,

– considérant que, dans sa résolution du 23 mars 2006, il demande, entre autres informations, une déclaration de la Commission sur la façon dont elle propose de tenir compte des résultats des ateliers du CCR dans ses travaux ultérieurs,

1. réaffirme sa conviction qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil;

2. rappelle que l'initiative concernant le droit européen des contrats est la plus importante qui soit en cours dans le domaine du droit civil;

3. est résolument favorable à une approche axée sur un CCR élargi qui porte sur des questions générales de droit des contrats, allant au-delà du domaine de la protection des consommateurs;

4. souligne que, outre les travaux relatifs à la révision de l'acquis dans le domaine de la protection des consommateurs, il convient de poursuivre les travaux concernant un CCR élargi; invite la Commission à mettre en œuvre le projet relatif à un CCR élargi, parallèlement aux travaux liés à la révision de l'acquis dans le domaine de la protection des consommateurs;

5. souligne que, même si l'objet et la forme juridique définitifs du CCR ne sont pas encore clairement établis, les travaux relatifs à ce projet devraient être exécutés de manière adéquate, en tenant compte du fait que le résultat final à long terme pourrait être un instrument contraignant; estime qu'il convient de maintenir ouvertes toutes les options possibles pour ce qui est de l'objet et de la forme juridique d'un futur instrument;

6. invite la Commission à ne pas présenter d'autres propositions législatives en matière de droit des contrats avant que les travaux relatifs à un CCR élargi ne soient achevés;

7. invite la Commission à associer en permanence le Parlement aux travaux concernant le CCR;

8. charge son Président de transmettre la présente résolution au Conseil et à la Commission.

Sur la position du Parlement, il existe une vaste littérature, aussi bien d'adhésion que de critique; pour tous ces textes, cf: D. MAZEAUD, *Faut il avoir peur d'un droit européens des contrats?* in *De tous horizons. Mélanges en l'honneur de Xavier Blanc- Jovan*, Société de Législation comparée, 2006, p. 300; J. HUET, *Nous faut-il un « euro » droit civil? Propos sur la communication de la Commission concernant le « droit européen des contrats » et, plus généralement, sur l'uniformisation du droit civil au niveau des contrats*, D. 2002, Point de vue, p. 2611.

insistance n'est pas prérogative de la seule Cour de Luxembourg: au cours de ces dernières années, la doctrine, comme la jurisprudence se sont attachées aux résultats des réformes juridiques. C'est l'un des aspects les plus évidents du déclin du positivisme juridique, entendu comme compréhension de la norme dans les limites formelles posées par le droit écrit.

En second lieu, l'attention croissante de la doctrine pour l'aspect *structurel*, et pas seulement occasionnel, de la communication multilingue en tant que base du processus d'intégration. Nous nous référons ici aux études sur la terminologie juridique, où des juristes de droit comparé se sont distingués, en Italie comme en Espagne, en France comme en Allemagne¹. Les études de terminologie juridique nous enseignent qu'il existe une langue française (ou italienne, ou polonaise, etc.) du droit privé de l'Union qui est différente de la langue du droit interne. Il est inutile de répéter que ce phénomène n'est pas uniquement le fait de défauts ou d'erreurs de traduction, mais qu'il concerne l'expression linguistique dans son ensemble. Il comprend aussi les classifications et les taxinomies que les différents systèmes juridiques nationaux ont élaborées, dont doit nécessairement tenir compte la langue du législateur européen.

Il nous faut encore faire quelques considérations préliminaires concernant les *nouveautés* de la question terminologie. En effet, il pourrait sembler paradoxal que l'aspect du multilinguisme ne devienne qu'aujourd'hui un obstacle dans le processus d'intégration et de fonctionnement du marché, alors qu'il existe depuis que la Communauté elle-même est née, même si, à ses débuts, le phénomène avait une ampleur moindre.

Le multilinguisme a été reconnu par le Traité de Rome qui a institué les Communautés européennes comme un principe qui affirme l'égalité de statut de toutes les langues des Etats Membres². Au moment de cette reconnaissance, le Traité de Rome posait un principe qui était en parfaite harmonie avec les principes de droit international. Avec l'élargissement progressif de la Communauté, le multilinguisme a assumé une fonction différente de défense des spécificités nationales, touchant par là l'aspect politique de la question³.

La Cour de Justice a statué, avec une jurisprudence consolidée, que la version en une langue d'un texte normatif de la Communauté, ne peut être considérée comme supérieure aux versions existant dans d'autres langues, puisque l'application uniforme du droit communautaire exige que l'interprétation tienne compte aussi des autres versions. Au-delà

¹ Cf.: G:AJANI, M. EBERS (dir.), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005; V. HEUTGER, *A More Coherent European wide Legal Language*, European integration online papers, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-002a.htm>, 2002.

² Le Règlement n°1 portant fixation du régime linguistique de la communauté Economique Européenne, dans son article 1, fixe comme langues officielles et comme langues de travail des institutions de la Communauté, celles qui correspondent aux langues reconnues par le Traité. L'article 4 établit par conséquent que les Règlements et les autres documents d'application générale doivent être rédigés dans les langues officielles (OJ 1958-1959 Ed. Spéc. 385-86)

³ Notre étude n'aborde pas l'aspect, entièrement politique, de la « résistance » au processus d'intégration européenne, fondée sur la diversité linguistique.

de la réaffirmation du principe d'expression multilingue dans un moment de faiblesse due à des raisons pratiques, suite à l'élargissement à 27 États, la décision de la Cour pose un problème bien difficile à gérer, car cela demande aux interprètes de connaître un très grand nombre de langues officielles.

Reconnaître que la question du multilinguisme pose problème, et qu'il ne s'agit pas seulement d'une caractéristique nécessaire du système juridique de l'Union Européenne, n'est pas une nouveauté¹. On observe ce point depuis longtemps, que ce soit sous l'aspect des coûts et des délais de production d'un appareil normatif qui s'exprime désormais en 23 langues, ou que ce soit sous l'aspect de la complexité d'une gestion générale des discours qui s'effectuent quotidiennement dans les institutions de l'Union. Le multilinguisme « élargi » à 27 États Membres met donc en évidence de manière critique le problème de la traduction et de l'interprétation des sources communautaires dans les divers contextes juridiques et culturels des États Membres. Afin de réaliser le principe de suprématie du droit communautaire, les systèmes juridiques nationaux s'intéressent directement aux normes européennes, et les citoyens ont le droit d'accéder à cet ensemble de règles en utilisant leur propre langue nationale². En d'autres termes, le contexte du droit de l'Union Européenne comprend une pluralité de systèmes juridiques; par conséquent, les limites qui divisent traditionnellement le domaine de la traduction de celui de l'interprétation ont tendance à se confondre: la traduction doit, en principe, se faire en tenant compte de la pluralité des systèmes juridiques nationaux.

¹ cf. S. GLANERT, *La langue en héritage: réflexions sur l'uniformisation des droits en Europe*, in *Revue Int. Droit Comparé*, 2006, p.1231; R. SACCO, *Language and Law*, in: B. POZZO (dir.), *Ordinary Language and Legal Language*, Giuffrè, Milan, 2005, 1, p.6; R. SACCO, *Droit et Langue*, in R. SACCO, L. CASTELLANI (dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'Harmattan Italia, Turin, 1999, p.163; U. SCARPELLI (dir.), *Il linguaggio del diritto*, 1994; G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981. Voir aussi la bibliographie in: M. NUSSBAUMER, *Sprache und Recht*, Groos Verlag, Heidelberg, 1997.

² L'art. 21.3 du Traité dispose que tout citoyen de l'Union peut s'adresser par écrit aux institutions dans l'une des langues officielles et qu'il a le droit de recevoir la réponse dans la même langue. Cf. P. BERTELOOT, *Recht auf Sprache in Europa. Die sprachen des europäischen Rechts und die Rechte der Unionsbürger*, in R. SCHULZE, G. AJANI (dir.) *Gemeinsame Prinzipien des europäischen Privatrechts*, Baden Baden, 2003, p. 357; A. ORTOLANI, *Lingua e Politica linguistica nell'Unione Europea*, 1 *Rivista critica di diritto privato*, 2002, p. 150; A. CAVIEDES, *The Role of Language in Nation-Building within the European Union*, 27 *Dialectical Anthropology* 2002, p. 249.

Cf. aussi la Résolution du Conseil du 14 février 2002 sur la "Promotion de la diversité linguistique et de l'apprentissage des langues dans le cadre de la mise en œuvre des objectifs de l'année européenne des langues 2001", *Journal officiel n°C 050 du 23/02/2002 p. 0001 - 0002*. Voir également en général N. YASUE, *Le multilinguisme dans l'Union Européenne et la politique linguistique des États Membres*, in *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, 1999, p. 277; A. MILIAN-MASSANA, *Le régime linguistique de l'Union Européenne: le régime des institutions et l'incidence du droit communautaire sur la mosaïque linguistique européenne*, 3 *Rivista di Diritto Europeo*, 1995, p. 485; M. ALCARAZ, *Llengües i institucions a la Unió Europea*, Barcelona, 2001, p. 18; C. SHORE, *Inventing the 'People's Europe': Critical Approaches to European Community 'Cultural Policy'*, *Man*, 28/4, 1993, p. 787.

C'est en cela que s'affirme la particularité du droit européen: avoir une multiplicité de langues qui n'est pas uniquement un assortiment de langues juridiques, mais également un assortiment de cultures nationales dans lesquelles les langues juridiques se sont enracinées¹.

L'importance que les institutions de l'Union Européenne ont accordé à l'harmonisation des normes a ralenti le processus de reconnaissance de la psychologie ou de la science cognitive que revêt la langue, alors que cette reconnaissance est bien présente dans d'autres disciplines. La mise en œuvre du droit européen a pourtant une *fonction créatrice* beaucoup plus marquée que dans d'autres contextes. Selon l'opinion générale, formuler le droit communautaire dans de nombreuses langues n'a pas entravé dans le passé la compréhension des normes européennes permettant d'atteindre les buts du Traité. La réalisation du programme de marché commun, lente mais progressive, a stimulé la recherche des aspects fonctionnels du droit européen, tout en retardant la prise de conscience de l'impact du multilinguisme de l'Union Européenne sur les langages juridiques nationaux. Ce point de vue ne semble plus adapté à la situation européenne d'aujourd'hui et nécessiterait d'être revu, étant donné l'importance que les institutions communautaires reconnaissent désormais au multilinguisme.

En effet, les termes juridiques doivent être liés à un schéma, à une taxinomie pour avoir un sens. La signification des termes, au sens de leur « valeur sémantique », est déterminée par la tradition et par la jurisprudence, c'est à dire par la stratification des interprétations qui ont été reconnues par les juristes. Si l'on accepte ce point de vue, on doit constater que, en ce qui concerne le droit de l'Union Européenne, il existe « deux langues différentes du droit » pour chaque langue nationale. Le droit de l'Union, lorsqu'il s'exprime en français par exemple, n'utilise pas toujours de manière cohérente la terminologie utilisée dans le droit national: il ne s'agit pas seulement des cas célèbres de divergence entre termes consolidés dans la tradition interne et termes qui forment directives et règlements, mais de manière plus générale, du recours aux synonymes ou aux expressions considérées comme identiques. Il existe encore un dernier aspect, dû à l'*importance excessive* accordée au multilinguisme et à la *sous-évaluation* du rapport entre droit et langue: le fait que les règles soient exprimées dans des langues différentes n'a pas reçu l'attention qu'on aurait pu attendre, même si l'on accorde une grande importance à l'interprétation du contexte. Cela provient sans doute de la conviction, largement partagée, selon laquelle toute loi est, en fin de compte, *traduisible* d'une langue à l'autre². L'illusion qui consiste à croire qu'il est possible de traduire les lois d'une langue à l'autre représente bien une expression supplémentaire de « l'optimisme normatif » ou, si l'on préfère, la variante d'une approche positiviste qui voit dans la règle juridique écrite dans la loi (ou dans les dispositions d'application au niveau local) la solution à la nécessité d'uniformiser le système juridique. Les tentations culturelles de déconstruction du sens, et des politiques d'exaltation du « local » (gouvernement local,

¹ Cf. F. TERRAL, *L'empreinte culturelle des termes juridiques*, 49 *Meta: journal des traducteurs*, 2004, p.876.

² Cette conviction inspire nombre de travaux de doctrine pour la codification du droit européen. Cf. J. BASEDOW, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, in *European Review of Private Law*, 1, 2001, 35

langues locales), qui ont fait perdre la confiance dans l'uniformisation, déplacent le centre du discours du plan « multijuridique » au plan « multiculturel »¹.

Au niveau des états, le multilinguisme a été utilisé comme principe de défense des spécificités nationales contre l'usage croissant dans la communication internationale d'une gamme extrêmement réduite de langues; de ce fait, dans le contexte communautaire, la langue ajoute à son rôle de vecteur de la *communication normative des institutions de l'Union*, celui d'expression des cultures nationales qui sont associées à son usage. Suite à la diffusion de quelques langues seulement (l'anglais en tout premier lieu) comme véhicules de communication globale, certains gouvernements nationaux, plus que d'autres, s'engagent avec force dans une politique de défense du multilinguisme entendue comme action de sauvegarde de la nationalité². Cela a pour effet de créer une perméabilité entre thèmes culturels et thèmes politiques de défense du multilinguisme. En outre, suivant une ligne qui est appréciée par certains états membres (mais pas par tous ceux qui ont défendu leur langue nationale), les institutions de l'Union ont promu récemment des actions importantes pour la défense des langues minoritaires. Elles confirment en cela les indications contenues dans la Charte Fondamentale des Droits³.

Si l'on résume la situation, on constate une séparation entre le langage législatif (et judiciaire) européen d'une part, et le langage de la doctrine de la communauté d'autre part. Tandis que, pour les raisons culturelles et politiques que nous avons précisées, il est impensable que la tendance multilinguistique du langage normatif puisse être modifiée dans de brefs délais, dans le contexte des recherches sur la doctrine européenne, la communication entre juristes nationaux se fait de manière désormais irréversible dans une langue « franche », l'anglais⁴. Cela met en évidence une séparation ultérieure entre deux mondes culturels: celui des spécialistes du droit privé européen, qui s'exprime en quelques langues communes (anglais et français essentiellement, allemand en seconde position) et les communautés épistémologiques locales qui continuent à s'exprimer dans leur langue nationale. Il devient donc difficile d'élaborer au niveau local des doctrines qui puissent avoir un impact au niveau général. Par exemple, il est peu probable que l'analyse d'une jurisprudence concernant la communauté, qui fait référence au droit interne espagnol puisse être connue par plus de deux ou trois Etats Membres de l'Union Européenne.

¹ Cf. sur la perspective de la politique culturelle communautaire C. SHORE, *Inventing the 'People's Europe': Critical Approaches to European Community 'Cultural Policy'*, in *Man*, 28/4, 1993, 787.

² Sur ce point, A. CAVIEDES, *The role*, cit. p.249

³ Voir par exemple la Résolution du Conseil du 14 février 2002 sur la promotion de la diversité linguistique et de l'apprentissage des langues dans le cadre de la mise en œuvre des objectifs de l'année européenne des langues 2001, *Journal officiel n° C 050 du 23/02/2002 p. 0001 - 0002*.

⁴ Il existe d'autres exemples de dissociation entre le niveau du « multilinguisme formel » et le niveau réel: celui de la langue des fonctionnaires européens en est un. Des études récentes ont montré que 48% des communications orales ont lieu en anglais contre 38% en français. Les communications écrites adressées à l'extérieur sont dans 54% des cas en anglais et 35% en français. L'allemand est la troisième langue utilisée. Cf. C. QUELL, *Language Choice in Multilingual Institutions: A Case Study at the European Commission with Particular Reference to the Role of English, French, and German as Working Languages*, in 16 *Multilingua*, 1997 p. 63, en particulier p.67.

Les modalités de production du droit et la manière dont il est accueilli au niveau local constituent un autre obstacle au dépassement du multilinguisme. La recherche d'une plus grande cohérence du droit privé européen impose au législateur européen de se prononcer de manière cohérente par rapport aux systèmes nationaux de droit privé et, dans une certaine mesure, d'identifier une terminologie juridique européenne commune¹. En général, et contrairement à ce qui se passe pour la physique, l'économie ou d'autres disciplines, on explique la difficulté d'organiser une terminologie uniforme en matière juridique par le manque d'équivalence entre les termes employés par les différentes cultures locales et la référence à des objets « extérieurs ». Le droit forme la réalité au moyen d'instruments de communication culturelle: un « contrat » n'est pas un objet qui appartient au monde physique, mais la création d'une culture juridique spécifique qui peut être tout à fait différente de l'une à l'autre². En particulier, et malgré les grands discours et les règles de fonctionnement du multilinguisme, une langue commune pour le droit implique un partage de base de principes, de concepts et de règles qui soutiennent de manière cohérente l'instrument linguistique.

La solution adoptée par le législateur de la communauté consiste à *traduire* les normes dans les différentes langues nationales: dans le respect du principe d'équivalence des langues officielles, la législation secondaire est produite et considérée comme si elle avait la même signification normative dans toutes les langues officielles. Cependant, le résultat de ce processus n'est pas toujours celui qu'on attend car les taxinomies sont différentes: comme nous l'avons déjà dit, il n'y a pas de garantie de consolidation de l'interprétation, ni de possibilité de prévoir comment les normes seront comprises et interprétées au niveau local.

Tant que la Communauté a limité son action à des secteurs spécifiques d'intervention, la cohérence des systèmes nationaux a été sauvegardée, surtout grâce au mécanisme de la législation spéciale et séparée par rapport au droit commun ou au droit codifié. Avec l'expansion des domaines d'intervention, comme on le sait, les interprètes ont été confrontés à la nécessité d'une relecture des règles nationales, même de droit commun, en fonction des politiques communautaires, telles que la Cour de Justice les a exprimées dans la législation et dans l'interprétation. Cette difficulté supplémentaire pour les interprètes nationaux a conféré une grande importance à des expressions comme « culture juridique » ou « tradition juridique » dans le débat à propos de l'impact du droit communautaire sur les droits nationaux³.

¹ Cf. B. POZZO, *Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology*, in *European Review of Private Law*, 6, 2003, 754; M.J. CAMPANA, *Vers un langage juridique commun en Europe?*, in 1 *European Review of Private Law*, 2000, p. 33.

² Voir: G. AJANI, *Legal Taxonomy and European Private Law*, in R. SCHULZE, G. AJANI (dir.) *Gemeinsame Prinzipien*, cit, p. 350.

³ L'étude des traditions juridiques est un thème de grande importance qui provient de la situation européenne, même si elle acquiert dans ce contexte une acception particulière. La littérature sur cette question est très vaste. Cf. parmi d'autres, J. SMITS, *The Making of European Private Law: toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp, Oxford, New York 2002; R. ZIMMERMANN, *Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science*, in 112 *Law Quarterly Review*, 1996, 576.

2. Multilinguisme nécessaire et taxonomies nationales

Tout ce que nous avons décrit jusqu'à présent devrait rendre compte clairement de la situation suivante: la communication dans de nombreuses langues d'un projet normatif unitaire est un choix auquel on ne peut renoncer.

La question ne concerne pas seulement le rapport entre les « noms donnés aux institutions » ou entre les termes qui se manifestent dans des langues différentes; il s'agit aussi et surtout de la relation entre un terme et un concept, ou bien entre un concept et sa localisation dans un système plus vaste de concepts juridiques. Les études qui ont pour but d'améliorer *les cultures juridiques nationales* en mettant en évidence les points d'uniformité de base, devraient permettre de vivre avec le multilinguisme, mais elles ne parviennent pas à une reconstruction acceptable. C'est le cas de la démarche du projet « Common Core », Noyau Commun¹, comme de différents projets de reconstruction historique². Il s'agit cependant de projets à long terme, qui tendent à construire une nouvelle culture juridique européenne, mais qui ne peuvent avoir un impact sur les pratiques nationales, tout au moins à court terme.

D'autres actions encore tentent d'améliorer la modalité d'expression du droit communautaire: on peut y insérer sans aucun doute l'approche systématique de la Cour Européenne de Justice, ainsi que les différentes invitations à la discussion de la Commission que nous avons déjà citées: « Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur le droit européen des contrats », et « Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil sur un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action. »³ De même l'œuvre de mise au point (*restatement*) de *l'acquis* commencée récemment par le groupe de recherche appelé « Acquis »⁴ ou encore le *Compendium* du droit des consommateurs, produit récemment⁵. Il s'agit dans ces différents cas d'interventions qui peuvent avoir un effet sur des secteurs importants du droit privé, même si leur extension est quelque peu limitée.

¹ M.BUSSANI, U. MATTEI (dir.) *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project*, Trento, 2000; voir aussi: N. KASIRER *The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles*, in *European Review of Private Law*, 3, 2002, 417.

² Cf. R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001.

³ 11.07.2001, COM (2001) 398 final et COM (2003) 68 final.

⁴ Cf. H. SCHULTE-NÖLKE, *The Commission's Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group*, in *ERA Forum*, 2003, 2, 142. L'*Acquis Group*, fondé en 2002, est composé actuellement de 40 chercheurs qui travaillent dans la plupart des 25 états membres de l'Union Européenne. L'objectif de la recherche de l'*Acquis Group*, est de produire une systématisation du droit communautaire actuel en se référant au droit privé.

⁵ H. SCHULTE-NÖLKE (dir), avec C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, 2006, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf

On trouve une liste utile des initiatives en cours, aussi bien sur le plan de la recherche académique que sur celui de la systématisation des normes sur: http://ec.europa.eu/internal_market/contractlaw/links_fr.htm

Face à ce panorama, les *nouvelles* difficultés que rencontre le droit privé européen apparaissent clairement. Le droit privé européen a fait l'objet dans le passé d'une harmonisation par secteurs, qui suivait les politiques individuelles décidées par la Commission et par le Conseil, (ces mécanismes ont rapidement provoqué les problèmes d'*incohérence* de l'appareil normatif et de la création d'une terminologie juridique européenne *autonome* par rapport au respect des terminologies nationales).

Aujourd'hui l'intervention de la Communauté s'insère dans l'ensemble des droits privés nationaux. Si les dispositions communautaires sur la réglementation économique ou *standard* et les prescriptions techniques, comme par exemple celles qui concernent la production agricole, n'ont pas provoqué de difficultés d'interprétation dans les systèmes juridiques nationaux, on ne peut pas en dire autant des normes de droit privé qui ont été introduites par la voie législative communautaire. Ces normes devraient être adoptées sur la base des taxonomies et des doctrines qui, selon le principe de cohérence ou d'unité du système de droit privé au plan interne, ne peuvent admettre une rupture excessive par rapport au système qui existait avant que n'intervienne la Communauté. Il ne faut pas croire que le problème soit exclusivement lié aux systèmes juridiques nationaux qui sont plus attentifs à considérer le droit en tant que « système »; ceux qui sont moins conditionnés par la tradition germanique et romaine ont dû, eux aussi, adapter la terminologie du droit communautaire à leurs taxonomies internes¹.

Les actions que nous venons de décrire, qui tentent de favoriser la cohabitation entre multilinguisme et système du droit privé européen, se greffent sur un tissu de réglementation fragmentée; dans l'ensemble, l'Union Européenne continue son œuvre de mise au point des normes selon une dynamique verticale allant du centre vers la périphérie, plutôt que selon une dynamique circulaire entre les différentes cultures juridiques nationales. Leur incidence est très différente selon les cas, certaines interventions visant à obtenir des résultats à long terme dans les cultures juridiques locales, d'autres répondant à des sollicitations de la Commission à très court terme. Dans tous les cas, le droit communautaire est considéré sur la base de ses propres contenus normatifs et, éventuellement, sur la base des modèles nationaux de référence qui ont une importance pratique effective. La présence de règles communautaires à l'intérieur de chaque système national, qui adoptent la même langue, mais qui utilisent une terminologie différente dans leur propre système, est un problème que l'on sous-évalue et les interventions critiques sont encore limitées à quelques cas célèbres de contraste à propos du sens des définitions².

Cette attitude d'indifférence envers les aspects linguistiques n'a pas soulevé de problèmes particuliers tant que la cohérence des systèmes nationaux a été sauvegardée. En effet, tant que l'intervention de la Communauté s'est limitée à peu de secteurs et qu'elle s'est faite de manière épisodique, la cohérence apparente du droit privé a été respectée. Le choix de la Directive a également facilité l'harmonisation puisque cet instrument, qui n'impose que les objectifs à atteindre, sauvegarde les particularités juridiques nationales.

¹ Voir le célèbre point de vue de G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New divergencies*, 61 *Modern Law Review*, 1998, p.11.

² Sur les difficultés internes de la doctrine française à propos de la qualification de « vente de services » contenue dans la directive 90/314/CEE, voir E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, Paris, 2006.

Par la suite, l'intervention de la Communauté est passée de secteurs ponctuels à des domaines plus vastes (comme par exemple le commerce électronique et les services financiers), où la réglementation s'impose à la fois aux entreprises entre elles et à leurs rapports avec les consommateurs. Les modalités de contrôle par secteurs ont évolué aussi avec le temps, passant d'une harmonisation de portée minimale (où les états avaient la faculté de coordonner la volonté des directives avec la réglementation nationale préexistante¹) à une harmonisation intensive² où la liberté normative des états est réduite. On avait constaté, en effet, un manque d'homogénéité qui provenait des mesures nationales de transposition. De ce fait, le principe unitaire de l'ordre juridique national est entré en crise, crise due aussi aux interventions de la Cour de Justice qui s'est mise à sanctionner les mesures nationales de mise en œuvre par lesquelles les objectifs inclus dans les « *considérants* » des directives n'étaient pas respectés³.

Arrivés à ce point, il faut se demander s'il est utile ou non de continuer à séparer le contenu de la forme, puisque c'est bien au moyen de la forme linguistique que les systèmes juridiques nationaux et l'ordre européen communiquent entre eux.

La recherche sur les modalités d'expression du droit est d'autant plus importante que les liens qui permettent l'application effective des règles sont peu évidents. Une telle approche implique bien sûr d'analyser également la langue qui véhicule les sources du droit et leur interprétation.

Donc, face à de nombreuses expériences juridiques nationales, exprimées dans des langues différentes, il semble utile de suggérer l'adoption du terme « langages juridiques » pour évoquer les langues de spécialité. Les langages juridiques obéissent à des règles linguistiques qui ont pour but la compréhension de leurs énoncés; du reste, ces énoncés sont communs, pour une large part, à ceux de la langue naturelle qui leur correspond, avec l'ajout d'un bagage référentiel de termes de spécialité et de registres linguistiques particuliers pour ce qui est de la syntaxe et du style.

Cette définition de langage juridique n'exclut pas cependant la richesse des relations entre les langues et les droits qui se sont formés au cours de l'histoire. Les techniques de manipulation de la langue dans un but pragmatique, et les liens entre certains termes et certaines notions juridiques proviennent des traditions juridiques de chaque système. On y trouve les traits propres à chaque culture, qui sont en partie liés à l'évolution de chaque ordre, et en partie partagés avec des familles de systèmes.

En théorie, si une loi promulguée dans un langage juridique donné était traduite dans un autre langage juridique en respectant le principe de fidélité à l'original, on pourrait en reconnaître l'origine en analysant les références que les termes juridiques du langage de traduction font aux concepts juridiques de l'ordre d'origine. Au contraire, si le traducteur tentait de rendre une loi étrangère avec le registre de style national, la même loi apparaîtrait correcte au lecteur destinataire de la traduction, mais infidèle au lecteur qui a une familiarité avec le registre de style d'origine.

¹ Cf. Directive 85/577 CEE (L 372 OJ 31.12.1985, 31).

² Cf. Directive 1999/44 CE (L 171 OJ 7.7.1999, 12).

³ Voir B PASA, *EC Consumer Protection Policies and National Reactions- Old Terms for New Concepts?* in G.AJANI, M. EBERS (dir.), *Uniform Terminology* cit. p. 49

Un langage juridique est inséré dans un système de références et de référents qui sont reconnus à l'intérieur de la communauté juridique qui utilise le langage en question. Des variations sur le thème, au sens synchronique (différentes nuances de termes entre professionnels du droit ou branches diverses du droit) ou au sens diachronique (changement dans le temps des significations associées aux termes) doivent être prises en compte.

Cet ensemble de systèmes peut être appelé « langue du droit »¹.

3. Conclusion

En conclusion, si l'on ramène le centre du discours à la question qui nous intéresse, c'est à dire celle du rapport entre le multilinguisme et la recherche de cohérence du droit privé européen, il semble évident que la construction d'un « Cadre commun de référence » suppose de recomposer la diversification des compréhensions nationales du droit communautaire. La Cour de Luxembourg prête une grande attention à l'attribution d'une signification communautaire exclusive² des textes normatifs. Il s'agit là sans doute d'une dérivation immédiate de l'approche téléologique. Cependant, ce parcours paraît manquer d'un développement productif qui permette la recherche d'un Cadre commun de référence.

L'analyse systématique de *l'acquis*, lorsqu'elle est effectuée par la Cour, peut réellement renforcer la cohérence du droit privé européen. De même, reconnaître des principes généraux à l'intérieur du droit de la jurisprudence (comme celui de la proportionnalité ou de la suprématie, pour citer deux exemples bien connus) permet de coordonner *l'acquis* avec les nouvelles solutions qui naissent dans la jurisprudence. Ce travail de compréhension de la signification des normes est d'ailleurs *différent de l'œuvre d'identification des catégories et des concepts en usage dans les systèmes juridiques nationaux*.

Il existe en effet une différence entre la signification contextuelle d'un terme (ou d'une expression) et la signification conceptuelle de ce même terme: pour la première, il faudra observer les conditions du contexte, tandis que pour la deuxième, il faudra rechercher le type d'information que l'on peut recevoir, indépendamment des contextes linguistiques. Par exemple, les Directives contiennent des normes³ et des définitions⁴ qui doivent être

¹ Nous ne voulons pas dire que la « langue du droit » est une expression originale, ou immédiatement évocatoire, mais plutôt indiquer une utilisation différente de l'outil linguistique, dans le but d'améliorer la connaissance des traditions juridiques nationales dans leur interaction avec le droit communautaire. Voir l'importante analyse de P. ROSSI, *The Language of Law between the European Union and the Member States*, in G.AJANI, M.EBERS, (dir.), *Uniform Terminology* cit. p. 23.

² Cf. WEATHERILL, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?*, in *5 European Review of Private Law*, 2004, p. 633, en particulier p.637.

³ « Les défauts de conformité se manifestant dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister à cette date excepté: lorsque la preuve contraire est apportée; lorsque cette présomption est incompatible avec la nature du bien ou du défaut de conformité », Dir. CEE 99/44, Art. 6.

⁴ «Le terme « producteur » désigne le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première ou le fabricant d'une partie composante, et toute personne qui se présente

comprises soit dans leur contexte (en association avec d'autres termes présents dans les mêmes textes), soit en relation avec d'autres textes, dans certains cas d'interprétation systématique de la part de la Cour de Justice, (comme les autres Directives en matière de protection du consommateur). En revanche, les concepts juridiques agissent de manière axiologique, comme paradigme d'évaluation de la conformité de signification certaine dans la réglementation européenne avec le système juridique national. Ces paradigmes sont utilisés comme base de référence en relation avec chaque système de droit privé national.

Si l'on reprend l'exemple du manque de conformité, dans l'ordre juridique français le terme « conformité » est lié aux catégories de « *conformité du produit vendu* » et de « *vice caché* ». Si l'on accepte que le signifié soit la représentation matérielle d'un signe linguistique persistant dans une communauté donnée, l'analyse de l'impact du droit communautaire sur les systèmes nationaux de droit privé nous prouve qu'il peut y avoir un second sens à côté de la signification d'origine. Le problème est certainement plus complexe lorsqu'il ne s'agit pas d'un terme unique (par ex. la notion de « consommateur ») mais d'une série de références qui portent sur un ensemble de concepts et de règles¹.

Pour mettre l'accent sur la signification de référence, il est nécessaire d'aller au-delà de la perspective restreinte de simple analyse des textes normatifs communautaires et de leur application par la jurisprudence; de même, la recherche de cohérence terminologique à l'intérieur de l'*acquis* n'est pas suffisante pour atteindre la cohérence de tout le système de droit privé communautaire. C'est une opération utile pour ce qui relève de la cohérence « horizontale » du droit produit par les institutions communautaires, mais qui favorise uniquement la compréhension du sens de ce que les dispositions communautaires prévoient pour les états nationaux. Au niveau national, ces dispositions sont perçues comme partiellement incohérentes, et la recherche de leur sens contextuel n'aide pas à réduire cette incohérence. Le point de vue national requiert une œuvre de déconstruction puis de reconstruction basée sur des points communs. On ne peut atteindre ce but qu'avec la coopération du législateur communautaire: en effet, le langage communautaire devrait tenir compte davantage de la conceptualisation des lecteurs nationaux afin de rendre plus compréhensible et plus « cohérent au niveau de tout le système » principes, normes juridiques et terminologie juridique européenne.

Dans le passé, la tâche de donner un « contenu » à la langue du droit relevait des différents acteurs sociaux; aujourd'hui, c'est principalement la doctrine qui a pour rôle de déterminer les concepts communs; pour ce faire, elle doit se munir d'une méthodologie précise qui ne soit pas concentrée uniquement sur les normes et qui soit indépendante de la méthode de téléologie et de fonctionnalisme appliquée par la Cour de Luxembourg. Afin de contribuer à consolider une culture juridique commune, cette méthode doit favoriser une lecture des textes de loi hors de leur contexte, qui aille à la recherche de notions constituantes permettant un raisonnement juridique cohérent entre le niveau communautaire et les niveaux nationaux. Partant du premier niveau, l'analyse devra conduire à une comparaison avec le système des notions propres aux systèmes juridiques nationaux, comparaison qui s'effectue au moyen d'une vaste description des différents usages des termes juridiques représentant les concepts.

comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif du producteur" Dir. CEE 85/374 Art. 3.1.

¹ La coordination entre les solutions posées par la Directive CE 99/44 et le système de la responsabilité contractuelle nationale constitue un exemple emblématique.

Cette approche se base sur la reconnaissance du principe selon lequel *la langue est un élément fortement créatif* du droit et que, dans le milieu unique de l'Union Européenne, il existe de multiples communautés d'interprétation qui communiquent de manière non hiérarchique. En outre, le droit communautaire impose des connexions obligatoires entre le niveau de l'Union et ceux des états; cela entraîne une circulation de règles parmi lesquelles la langue crée des solutions possibles, indépendamment des affirmations locales. Trouver ces solutions en passant en revue les définitions des termes effectuées par les formants légaux et interprétatifs, peut faciliter la recomposition de l'incohérence et de la tension destructrice d'un droit privé européen orienté vers l'harmonisation, mais qui reste l'otage des tendances pluralistes marquées par le multilinguisme.

DEUXIEME PARTIE: LA RECODIFICATION ET SES MODELES

La capacité du « système des pandectes »

Christian BALDUS* et Thomas RAFF**

Résumé: La codification allemande de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB, entré en vigueur en 1900) suit le système des pandectes. Celles-ci n'ont rien à voir avec les *pandectae* de Justinien et se caractérisent d'un côté par une partie générale qui contient des dispositions s'appliquant aux autres parties. De l'autre côté, on y trouve non seulement une partie sur les obligations et une autre sur les biens mais aussi des parties réservées à certains domaines de vie comme le droit de famille ou les successions.

Ce système a des défauts puisque dans le droit des successions il s'agit également et exclusivement des matières du droit des obligations et des biens. En effet, cet ordre de matière produit des contradictions qui restent d'ailleurs seulement maîtrisables à cause de la précision des termes juridiques. L'on peut donc penser à une recodification du BGB.

Considérant ces aspects il est d'autant plus intéressant qu'une bonne partie des anciens pays communistes s'orientent vers le modèle des pandectes, dont notamment la Moldavie ou la Pologne. En même temps, ces pays n'ont souvent pas intégré le droit de famille dans leurs codifications. Même si les raisons originales d'une codification propre du droit de famille résultent des réflexions idéologiques, le résultat est à approuver. Car ces codes sont ainsi uniquement marqués par des questions de patrimoine.

I. Introduction

1. Le système des pandectes est caractérisé par la division du droit civil et particulièrement d'un code civil qu'on trouve dans le BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896): une partie générale (1^{er} livre) est suivie par les parties des obligations (2^{ème} livre) et des biens (3^{ème} livre) et ensuite par le droit de la famille (4^{ème} livre) et des successions (5^{ème} livre). Ce plan est l'œuvre de Georg Arnold Heise qui l'a élaboré dans son livre: *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts - zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, Heidelberg 1807*.¹ A partir du XIX^{ème} siècle, il s'est imposé dans la littérature pandectiste et a été copié progressivement par plusieurs codifications: tout d'abord par le BGB saxon de 1863 (entrée en vigueur en 1866; dans l'ordre: partie générale - droit des biens - droit des obligations - droit de la famille - droit des successions); après, en 1874, la commission chargée de la préparation du BGB prenait le système des pandectes en tant que base pour les travaux ultérieurs. En

* Chaire de droit civil et de droit romain, Université de Heidelberg, doyen de la faculté de droit. baldus@igr.uni-heidelberg.de; directeur, Institut de la science du droit historique, professeur associé aux Universités de Trente et de Nancy 2.

** Collaborateur à la chaire du professeur Christian Baldus, raff@igr.uni-heidelberg.de.

¹ Le livre deux constitue ici encore le droit des biens, les obligations se trouvent donc seulement en troisième position.

dehors de l'Allemagne, on le trouve notamment en Grèce et dans les codifications lusitaines. En Europe centrale et orientale, on l'a également reçu, par exemple en Pologne et en Moldavie (voir notamment III b).

En ce qui concerne le droit comparé, l'utilité du système des pandectes est souvent remise en question. Cette controverse est liée à la question fondamentale de la nécessité d'une partie générale comme partie intégrante du code civil. C'est une question qui s'est probablement posée de même en Moldavie, puisque d'une part, le code roumain possède un système fondé sur celui de la France.¹ Mais d'autre part, conformément à la tradition du XIX^{ème} siècle, l'Union soviétique avait un système pandectiste. Ce dernier élément et la *Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit*² ont dû avoir autant d'influence que le système des pandectes s'est imposé en Moldavie.

II. Le système des pandectes et les *pandectae* de Justinien

2. Le système des pandectes, tel que présenté plus haut, n'a aucun rapport avec les *pandectae* de Justinien. Une présentation systématique du droit sous la forme suivante: partie générale - obligations - biens - droit de la famille - successions ne ressort pas du droit romain. Le système extérieur des *digesta* (ou bien *pandectae*) est tout autre - et ce n'est pas un classement qui suffirait aux besoins modernes. En revanche, l'apport des juristes classiques romains consiste en le développement des instruments et des structures. Ils ont, en plus, trouvé des solutions à des problèmes juridiques qui convainquent encore aujourd'hui. Enfin, en débattant des cas pendant des siècles, ils ont fait naître un contexte de discussion qui, en continu, permettait de traiter les problèmes juridiques en fonction du contexte. En bref: ils ont créé un excellent système intérieur.

Justinien a combiné ces éléments dans ses *digesta*. Pour y arriver, il a utilisé deux branches de la tradition juridique romaine: le système de l'édicte et le système dit civiliste ou sabinien. Les deux reflètent la tradition juridique romaine qui s'est développée au fil du temps. En revanche, compte tenu des besoins de la société moderne, les produits dogmatiques de la classique ne sont pas suffisamment catégorisés dans ces structures extérieures peu développées et confuses. Un système extérieur qui, par les moyens de la logique, permettrait l'accès rapide également à celui qui n'est pas un expert, n'y apparaît que très partiellement.

3. C'est l'idée d'un auteur romain de manuel, de Gaius, qui aura du succès plus tard: Ses sections *personae*, *res*, *actiones* comprennent toutes les questions traitées. En même temps, les *obligationes* étaient une sous-catégorie des *res (incorporales)*, ce qui constituait un progrès didactique à l'époque; des questions du droit des obligations au sens contemporain apparaissent, toutefois, également dans la partie des *actiones*. Dans la conception contemporaine, celles-ci sont non seulement des actions procédurales mais aussi des fondements du droit matériel.

Justinien adopte ce plan dans ses *institutiones*, le manuel pour la première année, mais non pas dans les *digesta*. Celui qui lit la casuistique compilée dans les *Digesta Iustiniani* voit

¹ Sachant en même temps qu'une réforme du code est entamée où l'influence québécoise semble avoir été grande.

² Société pour la coopération technique.

comment il était difficile pour les compilateurs de mettre en ordre des milliers de cas et d'autres citations classiques en très peu de temps (trois années !). Donc, ce n'est qu'à l'époque moderne que le schéma de manuel romain *personae-res-actiones* devient le plan juridique *personnes, biens* et (au lieu des *actiones*) *obligations*.

Ce plan marque peu ou prou l'ABGB, le Code civil et la partie générale du BGB, mais non pas le BGB dans son intégralité. Il ne peut être appliqué de façon conséquente que là où l'*actio* fut remplacée par l'*obligatio*. Gaius devait encore qualifier les *obligationes* des *res incorporales* afin de les intégrer dans le triangle. Les temps modernes ont rejeté cette idée et ont réduit le terme de la *res*, et ils ont commencé à séparer strictement l'*actio* (dans le sens processuel) de l'*obligatio*. C'est, bien entendu, un développement que Windscheid termine par son livre *Actio* de 1856. Depuis, la troisième position du système de Gaius est libre pour le droit des obligations au sens moderne, contenant donc des aspects matériels; la deuxième partie étant réservée au droit des biens.

4. Le système des pandectes est un système des pandectistes – donc un produit de la doctrine du XIX^{ème} siècle. Et il présuppose un autre élément qui n'est pas de tradition romaine non plus: l'idée qu'il faut réglementer séparément certains « domaines de la vie » dans la codification civile. Dans le BGB, ce sont le droit de la famille et les successions.

Ceci ne serait guère venu à l'esprit d'un Romain. Le droit romain copie rarement la nature et ne pense à peine en images. Il veut façonner de manière rationnelle, normative et pratique. Il présuppose l'efficacité des instruments juridiques (et il dose l'intervention spécifiquement juridique de manière très précise en vue des autres facteurs ordonnants du *mos maiorum* jusqu'au *decorum*); il ne part pas du principe que certaines réalités hors du cadre légal (« la vie ») constituent un impératif pour l'ordre légal. La reproduction des contenus d'un domaine non juridique ou bien la création du droit par la coutume jouent un rôle mineur à Rome.

De ce fait, Rome est devenue le modèle pour la conception moderne du droit. Pour nous, la « vie » est tout d'abord un aspect de la biologie ou de la philosophie; et il vaut la peine de se rendre compte que des catégories qui sont en dehors d'une certaine science sont souvent utilisées par celle pour des fins de manipulation; l'opinion que la vie donne l'exemple au droit et non pas l'inverse est une perversion des devoirs sociaux du droit. En effet, dans la vie, il y a des phénomènes que le droit – dans le cadre de ses attributions – doit évaluer et influencer – et non pas à l'inverse. La décision juridique doit être acceptable dans la vie car c'est une condition d'efficacité du droit; c'est pourquoi le droit doit être autonome. Le droit est une science sociale à l'aide de laquelle on résout des problèmes juridiques.¹ Il peut décider de toutes les questions de la vie dans le sens le plus large, notamment de celles que la société ne peut pas maîtriser autrement – puisque le droit utilise ses catégories propres et fonctionnelles.

5. A Rome, on ne trouve point d'idée qu'il y ait des sphères que l'on devrait séparer du reste du droit et dont on devrait faire des catégories (voire à la même échelle que les *res* et les *obligationes*). Certes, dans les sources du droit romain, il y a des chapitres entiers sur le droit de la famille et sur le droit des successions qui sont rassemblés au même endroit. On trouve par exemple des argumentations approfondies dans le domaine du testament qui sont

¹ Il est, en même temps, une science de texte. A l'aide de l'interprétation des textes on résout justement des cas pratiques.

rassemblées au début des précis plus larges dans les cas où le système sabinien est la base. Ou elles se trouvent au milieu quand le système des édictes constitue le fondement des réflexions. Ainsi, dans les *digesta*, les questions des successions se trouvent au milieu, livres 28-37. Mais les auteurs classiques du droit romains ne tirent à peine des conséquences de la nature d'un domaine juridique ou d'un « domaine de la vie » pour leurs décisions.

6. La réticence des Romains en ce qui concerne une catégorisation du droit selon des « domaines de la vie » est d'une part due à des raisons historiques. Il est difficile de dire depuis quand l'ouverture de la succession à un individu est devenue un phénomène juridique car la famille s'émancipait seulement peu à peu de la *gens* et il fallait tout d'abord trouver des catégories pour les membres de la famille qui peuvent être héritiers. D'autre part – et avant tout – les raisons sont de nature procédurale: presque chaque *actio* concerne la maîtrise d'un bien ou le comportement d'une personne (*in rem* ou *in personam*). Aussi différencie-t-on à partir des premières *legis actiones*. Pour simplifier les choses: On peut être forcé à se soumettre personnellement à une *actio in personam*; en ce qui concerne l'*actio in rem*, il suffit de rendre la chose.

7. Cette *summa divisio* marque la pensée juridique et notamment la pratique des Romains et se poursuit jusqu'à aujourd'hui dans le droit matériel. Prenons en tant qu'exemple (du domaine de la vie des successions) – les deux formes les plus importantes du legs. Le *legatum per damnationem*¹ ouvre une *actio in personam*, le *legatum per vindicationem*² qui tire son nom de la *rei vindicatio* ouvre une *actio in rem*. Le débiteur d'un *legatum per damnationem* est obligée d'accomplir intégralement sa prestation, le légataire d'un *legatum per vindicationem*, en revanche, procède contre le détenteur de la chose en tant que propriétaire. En principe, c'est la même chose aujourd'hui: ou une personne, un sujet de droit, peut demander à l'autre un changement dans le domaine d'un objet de droit, ou il s'agit déjà d'une maîtrise d'un objet par un sujet de droit (ou plusieurs). Le schéma de base d'un droit civil de tradition romaine ne nécessite que ces éléments, partant du sujet et de l'objet: des relations *in personam* entre les sujets, maîtrise de la *res* par le sujet. Le droit des personnes nous dit qui est sujet et il définit ainsi le point de départ du système.

Ceci signifie que lon n'a en principe besoin que du droit des biens et de celui des obligations. C'est en tout cas valable quand on suppose que le droit de demander quelque chose à quelqu'un³ est le point de départ. Dans le domaine des successions, aussi, il s'agit de la maîtrise des objets ou des obligations d'autres sujets, aujourd'hui comme jadis. En héritant des biens on peut entamer une action en revendication de propriété; en héritant une créance, on devient créancier.

Il y a des particularités pour ce qui est de l'attribution des droits à quelqu'un *mortis causa*, mais il n'est pas nécessaire de les prendre en compte à l'échelle du système la plus élevée. Dans le droit de la famille, c'est à peu près pareil. Toutefois, des questions de statut s'y ajoutent que, par ailleurs, beaucoup de législations traitent dans un droit de personnes séparé.

8. On peut, en outre, poser la question si le droit de la famille devrait vraiment faire partie d'un Code civil ou si le lien spécial de ce domaine juridique à des valeurs extrajuridiques

¹ Legs par lequel le légataire ne reçoit qu'un droit à obtenir la chose léguée.

² Legs par lequel le légataire devient directement propriétaire de la chose léguée.

³ Ou l'*actio*.

d'une part et sa dépendance particulière du changement social d'autre part ne justifient pas de règlement séparé. Pour des raisons d'abord idéologiques la Pologne possède un propre Code de la famille.¹

Dans le Code civil moldave (*Codul civil al Republicii Moldova*), on cherche aussi vainement une partie portant sur le droit de la famille. Toutefois, le dernier a classé le droit international privé en tant que 5^{ème} livre. Un « domaine de la vie » n'est donc pas réglé dans la codification, mais il est remplacé par une matière qui traite des questions d'application. On peut bien mettre en question cette décision. Peut-être le droit international privé serait-il mieux placé dans la partie générale vu que la partie générale du Code moldave règle des questions de méthode (Voir plus bas).

Quoi qu'il en soit: il ne va pas de soi qu'une partie entière d'une codification soit consacrée à un « domaine de la vie ».

III. La « *Kreuzenteilung* » et les problèmes qui en ressortent

9. Celui qui veut écrire une loi ne peut ignorer de telles expériences sans que des problèmes surgissent. Hélas, le BGB s'est décidé à appliquer la « *Kreuzenteilung* » (on sait bien qu'on ne comprend pas facilement cette métaphore) des quatre derniers livres du BGB: Le droit des obligations et le droit des biens sont catégorisés d'une autre manière que le droit de la famille et le droit des successions. Les livres 2 et 3 peuvent être différenciés par le critère de l'effet du droit de demander quelque chose à quelqu'un: *in personam* quant à la deuxième partie, *in rem* pour ce qui est de la troisième. Les livres 4 et 5 représentent les suspects « domaines de la vie ».

Cela a créé des problèmes de catégorisation. Premièrement, il y a des complexes de normes que l'on peut bien intégrer dans plusieurs livres. La vente successorale (qui n'est pas importante dans la pratique allemande) aurait presque constitué une partie du droit de la vente comme c'est fait dans d'autres codifications européennes, mais à la fin, on l'a mise dans la partie des successions. Aucune des solutions n'est logiquement impérative.² Quasiment toutes les questions des dits domaines de la vie du droit de la famille et des successions ont à faire avec une obligation ou la disposition d'un bien. Là où il faut décider du classement, les difficultés apparaissent.

¹ Ainsi, le problème n'est pas résolu, bien entendu. La doctrine dominante en Pologne considère comme une faute que le droit de la famille se situe à l'extérieur du Code civil et applique la partie générale au Code de la famille; à notre avis, le résultat est néanmoins juste puisque le Code de la famille représente bel et bien un texte séparé. Il faut, par surcroît, savoir qu'en Pologne, le système des pandectes est critiqué à partir d'un autre point de vue. Le sens d'une partie générale est mis en question par certains auteurs. L'argument principal porte notamment sur la praticabilité et la lisibilité de la codification entière. Ainsi, on voit certaines parallèles avec le fonctionnalisme dans le droit comparé des « *Zweigert/ Kötz* ». Voir en bas l'article de *Saffan*.

² Aussi la codification polonaise l'a-t-elle réglée dans son quatrième livre (sur les successions), Art. 1051 *Kodeks Cywilny*.

10. Il ne faut pas non plus méconnaître que même la séparation *res-obligationes* puisse poser des problèmes. Il était difficile de décider où situer l'indivision¹ – dans la partie des biens ou des obligations. Aussi trouve-t-on des normes là-dessus dans les livres 2 et 3 du BGB². La codification moldave nous présente la même solution: Dans la deuxième partie (droit des biens), on trouve des articles sur l'indivision par fractions et sur l'indivision³, Art. 346 et s. Le troisième livre (droit des obligations) contient un ensemble de normes sur les droits communs, Art. 1355 et s. Généralement, peut-être ne peut-on trancher où situer cet institut de droit.

11. Il a seulement l'air que les difficultés sont liées à l'existence d'une partie générale. Il est plutôt vrai que la partie générale dévoile que la faute est due à la « *Kreuzenteilung* » même. La pratique intervient de temps en temps en la corrigeant. Il en découle comme résultat que le droit devient plus juste mais qu'il devient moins transparent en même temps. Donc: Une recodification serait nécessaire, également en vue d'un Code civil européen. Si un tel est écrit un jour, les propositions des Etats- membres ne s'imposeront que si elles fonctionnent bien.

a) Des exemples des codifications allemande, moldave et polonaise

12. Des exemples qui témoignent des difficultés associées à la « *Kreuzenteilung* »: La capacité juridique est réglée en général dans le § 105, en particulier pour le droit du mariage dans le § 1304 et pour ce qui est de la capacité pour la rédaction d'un testament nous détenons le § 2229_4. C'est toujours l'état d'esprit qui est concerné. En plus, il y a des règles spéciales pour les mineurs, qui ne posent pas de problème. En utilisant le terme de l'incapacité le § 1304 renvoie au § 105 (ce qui est redondant dans un système qui a une partie générale quand on veut seulement dire que la norme de la partie générale est applicable), celui du § 2229_4 diffère dans la terminologie (parce que des changements du droit général de la capacité n'ont pas été adaptés ici). Celui qui lit la loi pourrait penser que la capacité à conclure un mariage suit les règles générales tandis que pour écrire un testament il y a des exceptions. Dans la pratique, l'inverse est juste. Il y a une capacité spéciale pour la conclusion d'un mariage (par exemple pour des personnes mentalement handicapées); en revanche, selon la jurisprudence, la capacité de tester suit les mêmes règles que la capacité à conclure un contrat. La pensée dans les termes des « domaines de la vie » n'a donc pas mené à ce que la loi décide d'une situation spéciale selon la position systématique d'un institut de droit.

Dans la codification moldave de 2002, aussi, des frictions semblent avoir apparue. L'art. 19 (premier livre, partie générale) règle la capacité en général; dans l'art. 1449_2 (quatrième livre, successions) il est ensuite fixé que la capacité à écrire un testament dépend de la capacité générale. Ainsi, il y a tout simplement un renvoi aux articles de la partie générale. En Pologne, le même dilemme se pose: L'art. 11 règle la capacité, l'art. 944 § 1 y renvoie.

¹ Dans ce contexte, il ne faut pas confondre l'indivision en tant que catégorie du droit des biens/ des obligations avec l'indivision successorale.

² En principe, elle est réglée dans le 2^{ème} livre, art. 741 et s. du BGB; mais, il y a un renvoi très important dans l'art. 1008, c'est-à-dire dans le 3^{ème} livre.

³ Dans laquelle l'indivisaire ne peut disposer seul de sa propre part.

13. Un autre exemple: § 197_1 no. 2 avait introduit en 2002 une prescription trentenaire des demandes résultant du droit de la famille et des successions (la prescription ordinaire de la partie générale étant de trois ans). Peu de temps après, ont surgi des questions sur ces droits dont la situation ne pouvait être distinguée des autres droits qui ne se trouvent pas dans le champ d'application du § 197_1 no. 2. Pourquoi un exécuteur testamentaire doit-il assumer la responsabilité 27 ans plus longtemps qu'un administrateur de biens qui a été nommé *inter vivos* et qui agit souvent dans le cadre de sa profession? Même une partie de la jurisprudence pense entre temps que ce rapport est un rapport créancier-débiteur et que, par conséquent, c'est la prescription ordinaire de trois ans qui est applicable. On commence alors à prendre en compte ce qui est important pour l'interprétation systématique: le système intérieur qui devrait être reflété par le système extérieur mais qui ne l'est pas toujours. Certes, le *Bundesgerichtshof*¹ a un autre avis; mais dans le cadre de la réforme des réserves successorales la figure des « demandes en droit de la famille et en matière de successions » sera probablement abolie. Ce faisant, le législateur emboîtera le pas à la doctrine maintenant dominante en Allemagne.

Ainsi, la partie générale devient le forum où les problèmes dus à la « *Kreuzenteilung* » deviennent visibles. En même temps, durant plusieurs décennies les premiers livres des codifications pandectistes ont prouvé leur efficacité pour les questions qu'on peut bel et bien abstraire des autres parties. Il ne viendrait notamment à l'esprit de personne d'exiger des règles distinctes pour la conclusion des contrats obligatoires et des contrats du droit réel.

14. La partie générale du Code civil moldave est très récente (de 2002) et mérite ainsi d'être traitée par quelques mots supplémentaires. Elle contient des éléments très intéressants, par exemple une bonne partie du droit des sociétés. A côté, tout au début de la loi, on remarque des normes sur la méthode dont notamment sur l'analogie.² Tout en considérant la codification moldave de loin et tout en en ayant seulement peu de connaissances, les auteurs se permettent d'insister là-dessus. La méthode devient de plus en plus importante en vue de la mondialisation. Cela devient particulièrement clair quand on regarde pour un moment l'Union européenne. Comment traiter des textes qui existent dans 23 versions de langue, chacune étant théoriquement aussi valable que l'autre? Que faire quand un texte est contradictoire par rapport à l'autre? Ce problème demande des solutions concrètes tenant notamment compte de l'état actuel du droit communautaire.

Toutefois, on peut douter si des questions de méthode pourraient être réglées par le droit pour être ainsi « cimentées »; considérant que, actuellement, beaucoup est mis en question dans ce domaine on aurait pu y renoncer. Certes, la réglementation semblait nécessaire pour des questions historiques. Dans l'Union soviétique, on se méfiait du juge et, bien que pour d'autres motifs, on se méfiait de lui également au temps des lumières. On pensait alors que le juge respectait la volonté du législateur seulement quand on le liait par exemple par une interdiction de commenter la loi.³

Mais, une loi peut-elle sérieusement réglementer ce que l'on n'a pas fait dans l'enseignement? Peut-elle être un remède là où on ne fait pas confiance au juge – que ce soit

¹ La plus haute juridiction civile en Allemagne.

² Art. 5.

³ Déjà, Justinien ne voulait pas que son *Corpus iuris civilis soit commenté: *constitutio Tanta*, 17.

pour des raisons d'un défaut de fidélité à l'Etat ou – pire – pour des raisons de compétence? Il est vrai: comme on fait des économies de bouts de chandelle (c'est-à-dire on réduit les dépenses pour l'université ou répartit les moyens selon une dite nécessité économique) on est heureux de chaque année qui découle sans que le « Staatsexamen » soit aboli.¹ L'apprentissage de la méthode juridique à l'aide des cas pratiques prend du temps. Si on prend le temps nécessaire, on n'aura pas besoin de normes sur l'analogie etc. Intégrant, cependant, des normes sur la méthode dans un Code civil il y a le danger que le développement de la méthode ne progresse pas.

En revanche, il semble bien innovateur que le droit des sociétés soit intégré dans la partie générale du Code civil moldave. Ainsi, on tend à compléter réellement une codification, ce que veut probablement chaque législateur pour faciliter l'application du droit. La société constitue dans la plupart des cas une personne juridique², donc, on peut la régler notamment dans le contexte du droit des personnes – qui peut ou être réglé séparément ou constituer une section de la partie générale.

Le droit international privé dont les auteurs ont déjà mentionné la position en tant que 5^{ème} livre de la codification moldave aurait pu également prendre place dans la partie générale. Intégrant des questions sur l'analogie dans la partie générale on peut se demander pour quelles raisons on n'a pas fait de même pour ce qui est du droit international privé. Il décide si une norme est appliquée, la méthode décide ensuite de la manière de son application.³

15. En gros, la partie générale reste efficace. Mais là où le contenu de la parenthèse est mal classé l'abstraction devant la parenthèse ne peut y représenter à peine un remède. Après le centenaire du BGB et lors du 44^{ème} anniversaire du *Kodeks cywilny* on peut affirmer que la loi fonctionne bien parce que sa construction technique est à la base bien faite. Cependant, il y a des éléments perturbateurs où le système intérieur est en collision avec le système extérieur. Typiquement, ils résultent de la « Kreuzeinteilung ». Ce sont seulement la précision des termes et la technique de renvoi qui empêchent que plus de problèmes surgissent.

b) Une solution à discuter: le système modifié de Gaius

16. Il est vrai que l'on peut résoudre quelques problèmes seulement par l'analyse de l'histoire des dogmes – comme par exemple l'indivision qui est une survivance des *iudicia divisoria* qui étaient historiquement ni *actio in rem* ni *actio in personam*. Mais, en général, considérant la perspective historico-comparatiste c'est le système modifié de Gaius qui s'impose à l'esprit pour trouver une issue aux conflits juridiques mentionnés à travers de l'article: la loi doit dire lesquels sont les sujets et lesquels sont les objets. Il doit régler les rapports entre les sujets et la maîtrise des biens. Or, comme la maîtrise des biens est au moins une condition matérielle afin de pouvoir profiter de l'autonomie privée la matière des objets peut être placée après la matière des sujets. Ainsi, beaucoup peut être généralisé et quelques répétitions sont redondantes. Au fond, le classement suivant se dévoile: partie

¹ L'examen d'Etat en Allemagne; diplôme d'Etat très sélectif et orienté à l'analyse systématique de cas pratiques qui ouvre l'accès à toutes les professions juridiques.

² Et si une personne juridique n'est pas responsable des dettes sociales ce seront les personnes physiques qui en répondront.

³ Dans le nouveau projet pour un code civil roumanais il y a également une partie réservée uniquement au droit international privé. La critique en est très vive.

générale – les personnes – les biens – les obligations. Plus conséquemment on applique les critères de distinction et plus on évite ainsi des perturbations de système¹ plus ce plan fonctionne.

Prenons en considération dans ce contexte et de manière exemplaire les codifications moldave et polonaise. Celle-ci détient un système à la base pandectiste mais, comme déjà mentionné, le droit de la famille ne se trouve pas dans ce système. En plus, tout autant que Gaius les codificateurs polonais ont placé le droit des biens en deuxième position. Ce faisant, le *Kodeks cywilny* est d'emblée marqué par les seules questions patrimoniales. Le code civil moldave n'a pas non plus réglé le droit de la famille dans sa codification, le droit international privé s'est, en revanche, fait attribuer une propre partie. Sachant que les deux textes de droit civil consacrent, en plus, une partie aux successions, en fait quand même des codes largement influencés par l'idée pandectiste.

IV. Quelques considérations philosophiques en guise de conclusion

17. Jusqu'ici, nous avons posé la question de l'efficacité seulement sous l'œil de la technique et de l'histoire. La loi ne sert pas à mettre en œuvre certaines idées idéologiques; elle est néanmoins conçue pour fustiger la vie sociale commune et pour stabiliser les idées morales propres à l'humanité entière. Dans cette perspective, on prête beaucoup d'attention à la personne – la personne en tant que terme de système du droit privé. Il est un topique de l'histoire du droit que le placement d'une partie *de personis* devant les autres parties a également du poids philosophique.

Pour ce qui est de l'antiquité romaine il faut pourtant être prudent selon la doctrine prédominante. Il est à peine possible de tirer des conséquences de la formation philosophiques des juristes romains (qui était typiquement éclectique) pour la solution des questions juridiques; encore moins peut-on faire confiance à de telles idées quand on veut les utiliser pour les questions du système extérieur qui étaient pour la plupart des juristes romains peu importantes. Cherchant un exemple pour illustrer la difficulté de ces idées on trouve le statut du *nasciturus*. En effet, du point de vue moderne, on serait tenté de déduire des valeurs fondamentales des conséquences concrètes dans la matière du droit des successions. Mais les sources ne sont pas claires – probablement parce que les Romains préfèrent rester le plus possible pragmatiques. La question centrale de l'application du droit romain pourrait en être une raison: La culture juridique devait s'arranger avec l'existence réelle, la nécessité économique et l'acceptation sociale de l'esclavage, mais ceci en vue de l'idée très répandue de la *stoa* selon laquelle l'homme est naturellement libre. Dans cette situation il n'était pas aisément concevable de baser des décisions de système sur des réflexions philosophiques en ce qui concerne la nature de la personne humaine.

18. Il faut y ajouter la réflexion suivante. C'est justement la séparation du droit romain de ses racines religieuses qui rendait possible son utilité universelle. La religion romaine avec son formalisme proposait au droit une bonne position de départ pour le développement des techniques de réglementation, alors pour une diversité du système des règles. Mais elle ne proposait que peu pour ce qui est du contenu et du classement des règles. Par la suite, la

¹ Comme le placement des obligations dans le cadre du droit des biens ou une réglementation de la copropriété dans le contexte extérieur du droit des obligations.

déformalisation et le développement vers l'autonomie privée n'aurait guère été possible si le droit avait été largement influencé par l'éthique – quelle qu'aurait été l'idée philosophique. Le droit romain devenait ainsi cette organisation du droit patrimonial d'une société libre. En tant que tel il a été réceptionné au monde entier – et non pas en tant qu'idée philosophique.

19. Concernant la valence du terme de la personne, l'image (en tant que possible terme systématique) change pourtant avec l'apparition de la chrétienté. Alors, une philosophie était à la disposition qui pouvait vivre avec l'esclavage mais qui était aussi bien capable de trouver des décisions systématiques en faveur de la personne et de la personnalité. Plus le souhait d'une création d'un système extérieur était tangible, plus il était logique d'interpréter le système *personae-res-actiones* de manière personnaliste. C'est chrétien et puis, depuis le début des temps modernes, humaniste.

Si ceci a des répercussions concrètes sur la construction d'un Code est une autre question. Dans chaque relation sociale il existe le souhait de clarifier qui est sujet de droits et d'obligations et beaucoup de ce qui vient d'être analysé peut être un argument pour réglementer d'abord le droit des personnes et seulement ensuite les objets de ces droits et obligations. Le système de Gaius est efficace sur ce point, que ce soit dû à des influences philosophiques ou non.

20. Une partie générale peut optimiser cette fonction. En revanche, il n'est pas dans la logique de la philosophie de régler le droit de la famille et les successions dans des parties distinctes comme le fait le système des pandectes. Pour autant que ces domaines de droit contiennent des éléments spécifiquement liées à la personne il n'y a pas de raison particulière pour les réglementer après le droit patrimonial général; pour autant qu'ils soient eux-mêmes de nature patrimoniale (et ceci majoritairement), le but devrait être d'éviter des redondances et contradictions par rapport aux droits des biens et des obligations décrites. Après, il ne reste plus beaucoup pour une réglementation distincte.

21. Ainsi, les expériences juridiques donnent au législateur – s'il le veut – la possibilité de s'écarter du système des pandectes aussi dans le cas, où il veut symboliquement mettre l'accent sur la personne, par exemple pour des raisons philosophiques. Mais elles ne le contraignent pas à procéder ainsi. En revanche, ni une directe nécessité systématique ni des propriétés philosophiques particulières sont suffisamment éloquents envers le système des pandectes. Autrement, on pourrait poser la question pourquoi justement la famille et les successions ont droit à une propre partie et non pas aussi d'autres « domaines de la vie ».

Choix de littérature

Francisco Javier Andrés Santos, Subrogación real e patrimonios especiales en el derecho romano clásico (Valladolid 1997).

Christian Baldus, Historische Grundlagen für ein europäisches Systemdenken im Recht? Zugleich Besprechung von Francisco Cuenca Boy: Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana (Santander 1998), dans: *Labeo* 47 (2001), p. 122-134.

Christian Baldus / Peter-Christian Müller-Graff (éd.), Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive (Munich 2006).

Christian Baldus, Warum Exegese? Einige Thesen zur Methode der privatrechtlichen Romanistik, en: Wacław Uruszczak / Paulina Świącicka / Andrzej Kremer (eds.), Ut magis leges sapere. Studia I prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej (Essays in Roman Law and Legal History dedicated to Janusz Sondel) (Cracovie 2008), p. 83-98.

Christian Baldus / Thomas Finkenauer / Thomas Rüfner (éd.), Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform (Tübingen 2008). Cfr. là-dessus le compte rendu de: Christian Baldus/Thomas Raff: Bologna oder 'Bologna', dans: integration 2 (2008), p. 207-213.

Christian Baldus / Friederike Vogel, Méthodologie de droit privé communautaire: problèmes et perspectives quant à l'interprétation littérale et historique, dans: Annuaire de droit européen 3 (2005/ 2006), p. 1013-1040.

Christoph Becker, Die „res“ bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht (Cologne et al. 1999).

Okko Behrends, Die Person oder die Sache?, dans: Labeo 44 (1998), S. 26-60.

Ferdinando Bona, Il coordinamento delle distinzioni „res corporales - res incorporales“ e „res nec mancipi - res mancipi“ nella sistematica gaiana, dans: Ferdinando Bona / Filippo Gallo / Fausto Gorla/ Lelio Lantella / Manlio Sargenti / Nevio Scapini / Pier Luigi Zannini, Prospettive sistematiche nel diritto romano (Turin 1976), p. 407-454.

Ferdinando Bona, L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere', dans: SDHI 45 (1980), p. 282-382.

Mario Bretone, I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura (4ème édition Rome / Bari 2001).

Mario Bretone, La persona e la cosa, dans: Labeo 44 (1998), S. 459-462.

Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (Vienne / New York 1996).

Pio Caroni, Saggi sulla storia della codificazione (Milan 1998).

Alessandro Corbino, Il formalismo negoziale nell' esperienza romana (Turin 1994).

Francisco Cuenca Boy, Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana (Santander 1998).

Francisco Cuenca Boy, Nota di lettura zu Ferdinando Bona, Das Ideal der Rhetorik bei Cicero und das ius civile in artem redigere (L'ideale retorico ciceroniano ed il « ius civile in artem redigere », erschienen in SDHI 46, 1980, pp. 282-382), dans: Rivista di Diritto Romano VI (2006, puis 2007), <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano06bona.pdf>.

Manfred Fuhrmann, Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike (Göttingen 1960).

Leonard Górnicki, Kodyfikacja prawa prywatnego, dans: *Marek Saffjan*, System Prawa Prywatnego, Ier tome, Prawo cywilne, część ogólna (Varsovie 2007), p. 75-126.

Giuseppe Grosso, Problemi sistematici nel diritto romano. Cose – contratti. A cura di *Lelio Lantella* (Turin 1974).

Alejandro Guzmán Brito, Historia de la codificación civil en Iberoamérica (Pamplona 2006).

Jean-Louis Halpérin, Le Code civil (Paris 1996).

Georg Arnold Heise, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts – zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen (Heidelberg 1807).

Bruno Huwiler, Homo et res: Skizzen zur hellenistischen Theorie der Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht, dans: *Mélanges Felix Wubbe offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, édités par J.A. Ankum, C.A. Cannata, R. Feenstra, Y. Le Roy, J.E. Spruit, P. Weimar* (Fribourg 1993), p. 207-272.

Natalino Irti, L'età della decodificazione (4ème édition Milan 1999).

Wolfgang Kaiser, Digestenentstehung und Digestenüberlieferung. Zu neueren Forschungen über die Bluhme'schen Massen und der Neuausgabe des Codex Florentinus, dans: *SZ 108* (1991), p. 330-350.

Max Kaser, Ius gentium (Cologne / Weimar / Vienne 1993)

Horst Kaufmann, Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, dans: *JZ 19* (1964), pp. 482-489.

Rolf Knieper, Interpretation, Analogie und Rechtsfortbildung in Moldau (Bremen 2002): <http://www.cis-legal-reform.org/publication/articles-reports/interpretation-analogie-rechtsfortbildung-moldau.de.html>

Maximiliane Kriechbaum, Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts (Ebelsbach 1996).

Klaus Luig, Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff, dans: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*. Editeurs: *Helmut Coing* und *Walter Wilhelm* (Francfort 1975), p. 217-248.

Sławomir Łakomy, Erbrecht in Polen, dans: *Rembert Süß* (éd.), Erbrecht in Europa (2ème édition Angelbachtal 2008).

Julián Marías, Persona (Madrid 1996).

Stephan Meder, Rechtsgeschichte (3ème édition Cologne 2008).

Dario Mantovani, Digesto e masse bluhmiane (Milan 1987).

Karlheinz Misera, Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten (Cologne/Vienne 1974).

Riccardo Orestano, Introduzione allo studio del diritto romano (Bologna 1987).

Gerhard Otte, Vor § 1967, dans: *J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Einleitung zum Erbrecht (Berlin/ New York 2008), no. 5-9.

Johannes Michael Rainer, Max Kaser und die dinglichen Rechte. Das Eigentum, dans: SZ 115 (1998), p. 161-167.

Andrea Roland, Zur geplanten Änderung der Verjährungsregelungen im Erbrecht durch den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, dans: ZErB 2007, p. 429-433.

Marek Saffjan, Podział na gałęzie i dyscypliny (działy), dans: *id.* (éditeur), System Prawa Prywatnego, Ier tome, Prawo cywilne, część ogólna (Varsovie 2007), p. 55-61.

Jan Schapp, Das Zivilrecht als Anspruchssystem, dans: JuS 1992, p. 537-544.

Jan Schapp, Grundlagen des bürgerlichen Rechts (2ème édition Munich 1996).

Gaetano Scherillo, Il sistema civilistico, dans: Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, vol. IV (Naples 1953) p. 445 et s.; cité d'après les *Scritti giuridici*, vol. I (Milan 1992), p. 15-53.

Aldo Schiavone, Ius. L'invention du droit en Occident (traduction française. Paris 2007; édition originale: Turin 2005: Ius. L'invenzione del diritto in Occidente).

Bruno Schmidlin, Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts? Eine allgemeine Betrachtung "über den Beruf unserer Zeit zu einer europäischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", dans: *id.* (éditeur), Vers un droit privé européen commun? Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht (Beiheft 16 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bâle / Francfort 1994), p. 33-56.

Randolf Schnorr, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (Tübingen 2004). Cfr. là-dessus le compte rendu de: *Christian Baldus*, SZ/ GA 123 (2006), p. 831-835.

Jan Schröder, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (Munich 2001).

Andreas B. Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, dans: SZ 42 (1921), p. 578-610.

Wilhelm Simshäuser, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny (Bielefeld 1965).

Emanuele Stolfi, La nozione di "persona" nell'esperienza giuridica romana, dans: Filosofia politica 2007, p. 379-392.

Rembert Süß, Erbrecht in Moldawien, dans: Rembert Süß (éd.), Erbrecht in Europa (2ème édition Angelbachtal 2008).

Hans Erich Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, dans: *J. Blühdorn / J. Ritter* (éd.), Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer

Beziehung im 19. Jahrhundert (Frankfurt 1969), p. 63-88.

Andreas Wacke / Christian Baldus (Hrsg.), *Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa. Ein praktischer Vergleich am Beispiel des Rechtsobjekts* (Stuttgart et al. 2001).

Franz Wieacker, *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana*, in: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 3 (1992), S. 11-25.

Franz Wieacker, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, dans: *SZ* 70 (1953), p. 93-126.

Franz Wieacker, *Zum System des deutschen Vermögensrechts. Erwägungen und Vorschläge* (Leipzig 1941).

Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 tomes (München 1988/2006).

Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (2ème édition Göttingen 1967, réimpression Göttingen 1996).

Bernhard Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Düsseldorf 1856, réimpression Aalen 1984).

Bernhard Windscheid / Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1er tome (9ème édition Leipzig 1906).

Laurens Winkel, *Le droit romain et la philosophie grecque, quelques problèmes de méthode*, dans: *TR* 65 (1997), p. 373-384.

La recodification du droit civil roumain en quête de modèle

Marian NICOLAE*,

Mircea-Dan BOB**

Résumé: La Roumanie est le seul pays ancien socialiste qui a su garder jusqu'en 1989 son code civil moderne de forte inspiration française. Avec quelques modifications, il a survécu le communisme, en constituant le droit commun pour les rapports entre les particuliers et les organisations socialistes.

Des préoccupations pour sa révision ont existé même avant la période communiste. Le projet achevé en 1940 a réussi une heureuse synthèse entre les bases françaises et les innovations inspirées par les codes civils allemand, suisse et par le projet italien entré en vigueur deux ans plus tard. L'année 1971 a vu la publication d'un Projet construit autour d'une propriété socialiste dominante.

La nécessité générale de réforme législative après 1989 s'est fait sentir aussi en droit civil; en conséquence, la décision a été prise en 1997 de refaire le code civil et celui de procédure civile. Plusieurs problèmes ont apparus immédiatement, parmi lesquels le choix du modèle à suivre s'avère le plus important.

1. Préliminaires. A) *Un nouveau code civil est nécessaire.* Tous les pays de l'est européen ont remplacé, entre 1945 et 1989, leurs anciens codes civils avec des codifications socialistes; la Roumanie représente la seule exception à cette réalité. Largement inspiré par le Code Napoléon, il est entré en vigueur le 1^{er} décembre 1865. Les seules modifications importantes lui apportées dans l'intervalle envisagé concernent les personnes et la prescription extinctive. Son premier livre (« Des personnes ») a été abrogé en 1954 et remplacé par un Code de la famille, précédé par une loi spéciale dédiée aux personnes physiques et morales (les Décrets nos. 31 et 32 de 1954). Le régime de la prescription extinctive a été modernisé suite à l'adoption du Décret no. 167 de 1958.

Aucun autre changement n'a affecté le code civil roumain. Il est resté en tant que tel jusqu'au mouvement protestataire de décembre 1989, en régissant pendant toute cette période le droit commun des rapports civils patrimoniaux et des rapports économiques entre les unités et les entreprises socialistes.

Cette immobilité ne doit pas tromper l'œil du spectateur, car des préoccupations de refonte ont existé avant 1945 et aussi après cette date. Par exemple, le projet achevé en 1939 a été promulgué en 1940 sous le nom de Code civil Charles II, mais l'atmosphère tourmentée de l'époque a délayé *sine die* son entrée en vigueur. Ce code a représenté un bel exploit du droit civil roumain; il a su faire la bonne synthèse entre les principes de l'ancien code inspiré par

* Maître conférences à la Faculté de Droit de l'Université Bucarest, où il enseigne l'Introduction au droit civil; il est membre de l'Association Capitant-Roumanie. marian.nicolae@drept.unibuc.ro

** Secrétaire général du groupe roumain de l'Association Capitant; il enseigne le droit roumain et le droit des successions à la Faculté de Droit de l'Université « Babes-Bolyai » de Cluj-Napoca, Roumanie. mirceabob@law.ubbcluj.ro.

le model français et les tendances modernes. Le code Charles II comprenait des institutions juridiques nouvelles empruntées aux codes civils allemand et suisse et au projet du futur code civil italien de 1942 (le système des restrictions de la propriété, le régime de publicité par livre foncier, la mise en demeure du créancier, la cession de dette, le droit de préemption, la liquidation de la succession etc.). En 1971, un Projet de code civil a été publié; il accordait une place privilégiée à la propriété socialiste et instituait une protection préférentielle des rapports entre les organisations socialistes. Le plus remarquable effort de révision vient toutefois des années trente.

Le mouvement révolutionnaire de 1989 a voulu replacer la Roumanie au rang des états démocratiques, dans lesquels les principes de l'état de droit et l'économie de marché ont été restaurés.

La révision de la législation civile fut considérée une des plus importantes reformes économiques et sociales à apporter. La révision du code civil existant ou la rédaction d'un nouveau code fut envisagée comme problème central d'une telle reforme.

On a montré comment les rapports civils continuaient d'être régis par le code civil d'influence française. Son contenu se présente presque inchangé, tandis que le modèle français a subi des reformes importantes. En ce qui concerne les textes restés en vigueur, nombre d'eux ne correspondent plus aux réalités socio-économiques actuelles, aux exigences des échanges économiques internationaux et aux tendances d'uniformisation européenne en droit des contrats. Les reformes envisagent la nécessité de consolider la propriété, gravement affectée par le régime communiste; un système de publicité immobilière moderne unique, complet et sûr; la diversification des régimes matrimoniaux, compte tenant les intérêts et les besoins des époux; la modernisation des obligations et l'unification des obligations civiles et commerciales; la garantie d'un équilibre contractuel entre les parties, par la répression des clauses abusives et la protection effective de la partie faible; la diversification des instruments de cession et de transformation des obligations; le reforme des garanties réelles immobilières; la simplification et le perfectionnement de la prescription extinctive. On peut ajouter à tout ça la modernisation du statut juridique des personnes, des rapports de famille, la reforme de la filiation et de la protection des mineurs et la réincorporation du code de la famille dans le code civil.

Le passage à l'économie de marché après 1989 et l'intégration dans l'Union Européenne constituent autant des motifs pour réviser la législation civile. Le code civil de 1865 était conçu pour les besoins d'une économie basée sur la petite production et sur l'initiative individuelle; beaucoup de ces dispositions sont désuètes aujourd'hui.

b) Obstacles à la recodification civile. Si la nécessité d'un nouveau code a été largement acceptée, la codification des dispositions civiles et leur rassemblement dans un corpus unitaire fondé sur des principes et des critères logiques se heurtent à des obstacles divers, difficilement à dépasser.

Des hésitations dérivant de la décision politique apparaissent avant tout: est-ce que ça vaut la peine de recodifier dans un pays membre d'une Union Européenne marquée au niveau communautaire par différents projets envisageant l'unification du droit privé européen? Une telle codification, est-elle viable face à la possibilité de voir l'adoption des réglementations européennes unitaires dans des secteurs fondamentaux du droit privé,

comme: le droit des contrats, le droit des sociétés, le droit de la consommation etc.? Les efforts roumains de recodification interne seraient inutiles dans un tel cas.

De point de vue social et économique, la codification doit être le résultat normal des changements majeurs et irréversibles dans la vie économique et sociale; une telle entreprise est inutile jusqu'à l'accomplissement des tels changements. Une question se pose pour la Roumanie: le passage d'une société fermée, avec une économie centralisée et fondée sur la propriété socialiste d'état à une société ouverte, basée sur l'économie de marché, sur la libre concurrence et la propriété privée, a-t-il été accompagné par la création de tous les mécanismes et les institutions économiques, financières et juridiques nécessaires? les différentes dispositions contenues dans des lois spéciales, peuvent-elles être codifiées? La principale question serait donc: sont les nouvelles institutions suffisamment développées, consolidées et mures pour les soumettre à la codification?

L'objet sur lequel la codification doit porter soulève aussi des problèmes. On se trouve confrontés à une ample et complexe opération d'identification et sélection des règles juridiques, légales et jurisprudentielles, de nature à servir en tant que règles générales – le droit commun d'une nouvelle codification. Il faut éliminer cependant les règles périmées, inadéquates ou inefficaces présentes dans l'ancien code. Un tel travail suppose une énorme activité de documentation technique et juridique, des activités de recherche interdisciplinaire y étant incluses (économie, sociologie, finances etc.).

De point de vue de la documentation proprement dite, les rédacteurs d'un nouveau code doivent posséder l'habileté de naviguer avec aisance parmi les problèmes du droit privé; ils doivent aussi être avertis sur les projets de réforme interne ou internationale. L'excellente connaissance des ouvrages de droit comparé, des divers projets législatifs ayant comme but la réforme du droit privé au niveau interne ou international est indispensable pour proposer un projet moderne, en harmonie avec des autres réglementations ou projets similaires; il serait la seule manière de procéder susceptible à rendre compatibles les nouveaux textes et à exclure les conflits de droit international privé.

Un cinquième obstacle concerne un aspect important: une nouvelle codification, doit-elle être respectueuse de la tradition juridique, des particularités socio-économiques et de la traditions culturelle autochtone? La question n'est pas nouvelle en Roumanie, son expérience montant au XIX^{ème} siècle lui montrant les risques. Si la réponse est en principe affirmative, ces traditions, pratiques et conceptions, ne devraient-elles être adaptées en rapport avec les nouvelles réalités internationales, les exigences de l'intégration européenne ou les tendances de mondialisation économique? Une telle adaptation suppose le sacrifice des pratiques, des règles considérées comme autarchiques, incompatibles avec les nouvelles réglementations, ce qui soulève des doutes sur la légitimité de la nouvelle réglementation, implicitement sur son acceptation par la société. D'autre côté, l'ignorance des réalités locales conduit à l'instauration des formes sans fond. La résistance aux nouveautés est toujours importante et toute nouvelle codification ignorante de cet aspect pourrait se voir rejeter par ses destinataires et échouer dès le début. On peut identifier les tendances conservatrices non seulement dans la masse de la population, mais aussi parmi les juristes confrontés à des nouvelles règles d'ampleur, qu'ils doivent assimiler et appliquer.

Une dernière question est soulevée par un problème typique au systèmes de droit continental, qui connaissent la division du droit privé en civil et commercial: le droit privé,

doit-il être dualiste ou moniste? Le droit commercial, est-ce qu'il bénéficie d'une autonomie? Si oui, quelle est son étendue? Les critères de commercialité sont mixtes en droit roumain, originellement basé sur un code de commerce adopté en 1887 et inspiré par le code italien (qui s'était inspiré, à son tour, du code de commerce français). Mais la pratique a contesté le caractère commercial ou civil de quelques opérations importantes et les faits de commerce unilatéraux sont aujourd'hui soumis en principe au droit de la consommation; tout ça rend illusoire le critère de commercialité. Les différents lois adoptées après 1989 ont profondément bouleversé la logique du système imaginé par le code de 1887: les règles commerciales ne sont plus d'application exclusive aux commerçants et la publicité dans le registre du commerce est destinée aussi aux non commerçants. Enfin, les règles spécifiques aux obligations commerciales ont devenu insignifiantes et ne peuvent plus justifier leur prétendue autonomie.

2. L'option du législateur roumain. a) *Les origines du projet.* Les travaux ont démarré en 1997 par la constitution d'une commission élargie chargée d'amender prioritairement les textes concernant les preuves, la clause pénale et le contrat de société. A cette occasion, la révision complète de la législation civile et l'élaboration de deux nouveaux codes: civil et procédure civile, a été mise en discussion.

Une fois la décision prise, exception faite quelques problèmes de fond qui nécessitaient des solutions claires et précises (comme, par exemple, ce du rapport entre le droit civil et le droit commercial, la réintroduction du droit de la famille dans le code civil, la place occupée par la législation consumériste, les rapports entre les dispositions internes et celles communautaires etc.), une question capitale a été et l'est toujours celle du modèle (où, des modèles) à suivre: le *code civil français*, constamment modernisé à partir des années soixante? le *code civil italien*, un code un peu plus moderne, qui – sans vraiment unifier le droit privé – abrite aussi les règles commerciales? le *code civil allemand*, un code savant mais très abstrait et fortement technique? ou un autre système, comme le *code civil suisse* et le *code fédéral suisse des obligations*? ou, enfin, le récemment adopté *code civil québécois*? On ajoutait à tout ça les réglementations internationales sur la protection des droits de l'homme (Convention de Rome de 1950) et sur le commerce international (Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises).

Le choix a été bien difficile, mais hautement important !

La Commission d'élaboration d'un nouveau code civil, formé auprès le Ministère de la Justice, a opté pour le Nouveau Code civil du Québec. Le choix a eu au moins trois motifs:

1) c'était – *illo tempore* – le plus récent code civil; on le voyait donc comme le dépositaire des plus nouvelles tendances de modernisation et d'uniformisation en matière;

2) sur la base d'un accord conclu entre les ministères de justice des deux pays impliqués, la partie canadienne devrait aussi fournir assistance technique et juridique de spécialité. La consultation des spécialistes ayant travaillé dans la commission québécoise était comprise dans cette notion d'assistance (l'équipe formée dans ce sens comptait MM. les professeurs Jean Pineau, Jacques Auger, Jean-Louis Baudouin et l'ancien ministre de la Justice, M. Gil Remillard).

3) les deux droits civils roumain et québécois partageaient une forte inspiration française pour leurs racines et le nouveau code québécois avait apporté des réglementations

spécifiques, adoptées suite à l'influence anglo-américaine. Cet aspect démontrait la possible conciliation entre deux systèmes traditionnellement considérés comme opposés; du point de vue des demandes d'harmonisation des systèmes juridiques nationaux, ledit aspect constituait un exemple difficile à ignorer par les réglementations communautaires.

En conséquence, le Ministère roumain de la Justice a signé en 1998 un accord de coopération avec l'Agence canadienne pour Développement Internationale, qui a manifesté sa disponibilité d'offrir la consultance technique et juridique antérieurement mentionnée. L'apport des experts consistait dans la conciliation périodique sur les travaux de la commission roumaine, la participation effective dans les commissions de travail et la transmission de matériaux documentaires et d'études de droit comparé.

L'apport de ces experts et le fait que le code québécois a été perçu comme une heureuse symbiose entre la tradition continentale et le système de *common law*, ont conduit à son acceptation en tant que principale source pour un nouveau code civil roumain.

Mais il n'a pas été le seul; la commission roumaine a utilisé aussi des autres codes, comme ceux d'orientation moniste – italien de 1942, suisse de 1907 et fédéral suisse des obligations de 1912, ainsi que les modifications apportées aux code civil français.

L'expérience roumaine en matière a été aussi valorisée, en faisant appel au code civil Charles II (1940) et au Projet de Code civil de 1971.

b) Les travaux. La Commission a décidé au commencement de travailler sur chaque Livre du code. Les membres voulaient décider plus tard si le code dans son intégralité doit être modifié ou si, au contraire, on doit adopter des lois nouvelles qui entreront en vigueur successivement et modifieront le code en vigueur.

Les travaux peuvent être suivis dans deux étapes: 1998-2000 et 2002-2003.

Le titre préliminaire, le premier livre (*Des personnes*), le deuxième livre (*La famille*), le troisième livre (*Les biens*), la section dédiée aux privilèges et aux garanties réelles, ainsi que le futur livre six (prescription extinctive, calcul des termes procéduraux) ont été rédigé dans cette première étape. Le Ministère de la Justice les a inclus dans un projet de loi qui entendait modifier et compléter le code de procédure civile, la loi no. 7 de 1996 sur le cadastre et sur la publicité immobilière et des autres actes normatifs connexes. Le changement de couleur politique après les élections parlementaires de 2000 a bloqué son entrée en vigueur.

La deuxième étape a vu l'élaboration de deux autres livres: quatre (*Des successions et libéralités*) et cinq (*Des obligations*). Le contexte politique était sensiblement différent: jusqu'en 2002, la rédaction du nouveau code n'a plus été considérée comme une priorité par le nouveau gouvernement. La rédaction des deux derniers livres a été suivie en automne 2003 par la décision ministérielle d'urgenter l'adoption du code tout entier. Les travaux n'étaient pas encore finalisés et les textes n'étaient pas encore corrélés. Il faudrait se donner encore du temps et il faudrait coopter des autres spécialistes pour accomplir cette importante tâche.

En conséquence, nonobstant le niveau d'élaboration de chaque livre, ils ont été réunis par les experts du Ministère dans un seul projet de Loi sur le Code civil, adopté par le

gouvernement le 22 février 2004 et envoyé au Sénat. La forme proposée par le gouvernement a écarté maintes dispositions menées à assurer l'unification des obligations civiles et commerciales, plusieurs contrats spéciaux étant exclus du cinquième livre (*Des obligations*). On a éliminé aussi les textes sur les droits de la personnalité (droit à la vie, à la santé, à l'honneur et à la dignité, le droit à la vie privée) contenus dans le premier livre (*Des personnes*) et inspirés par le code québécois, ainsi que les dispositions sur les régimes matrimoniaux autre que celui de la communauté.

Le projet a été adopté le 14 septembre 2004 avec des amendements peu importants et envoyé à la Chambre des députés, où il l'est encore aujourd'hui.

c) *La révision du projet.* Le Ministère de la Justice a constitué en 2006 une commission chargée de la révision du Projet, composée par des enseignants de la Faculté de Droit de Bucarest et par des experts du ministère.

La nouvelle commission a travaillé entre 2006 et 2008 et a proposé des amendements importants. Des textes ont été reformulés, des livres ont été systématisés, des nouveaux textes ont été proposés et le Projet a été complété avec un nouveau livre sur les rapports de droit international privé.

3. Conclusions. On a vu combien des difficultés a pu soulever la révision d'un code dans une économie de marché pas suffisamment consolidée. Après l'entrée de la Roumanie au sein de l'Union Européenne (le 1^{er} janvier 2007), la question sur le modèle à suivre est revenu en actualité. Toute codification interne ne pourra plus faire abstraction des réglementations communautaires ou des projets d'uniformisation du droit privé européen. En tout cas, le nouveau projet de code civil roumain devra se rapporter à des textes comme les Principes of european contract law, le projet Gandolfi, le projet du Study group on an european contract law etc. Cet approche nous semble nécessaire, même si des telles textes subiront beaucoup des modifications ou ne seront jamais adoptés.

L'époque des modèles uniques semble dépassée maintenant. La clef du succès en matière de codification semble se trouver dans le choix d'un modèle mixte, manière de procéder adoptée par le Code civil Charles II en 1940; il a été *illo tempore* le résultat d'une prometteuse synthèse entre les codes français, italien, allemand et roumain.

Il nous semble donc nécessaire d'avoir des amples analyses, discussions et débats avant l'adoption d'un nouveau code, menés dans les communautés des juristes et en dehors d'elles. Les propositions qui en résulteront doivent être étudiées attentivement et même les amendements proposés par le ministère devront être amendés.

La porte reste ouverte pour une nouvelle codification roumaine du droit civil, en dépit de la perspective d'un code européen qui affectera tous les législations nationales. Même si le projet du nouveau code civil roumain a débuté sous des bons auspices, il est difficile à prédire maintenant son avenir: sera-t-il une réglementation non seulement utile mais aussi stable? Le pari fait en 1997 n'est pas encore gagné: le code pourra être un bel exploit ou il pourra paraître comme un échec annoncé.

S'il nous est permis de raisonner sur les sources ou les modèles d'une codification moderne, nous remarquerons l'avènement d'une manière de rédiger les codes différente par rapport à

ce que s'est passé dans le siècle des codifications nationales (XIXe siècle). Ces temps semblent aujourd'hui avoir disparu. Sa place est prise par la nécessité de créer un cadre juridique nouveau, d'harmoniser les systèmes nationaux en accord avec les principes du droit communautaire et les demandes des échanges internationaux.

Le projet roumain essaie de répondre à une réalité dominée par les modèles mixtes, suite aux rencontres de conceptions juridiques ou de systèmes de droit apparemment opposés. La mesure dans laquelle il saura le faire est une autre question.

L'harmonisation des réglementations en matière de sanctions de l'inexécution du contrat

Aurel BĂIEȘU*

Résumé: *Le régime des contrats est aujourd'hui d'une brûlante actualité sur le plan international. La doctrine n'a jamais manqué d'attirer l'attention sur l'impérieuse nécessité de respecter ses engagements contractuels afin de maintenir un climat de confiance indispensable au développement des échanges et à la prospérité. Un appel à la définition de nouvelles règles est soutenu par ceux qui dénoncent le vieillissement de ce régime dans certains pays et la diversité des règles qui le constituent à travers le monde. A part du principal outil international contraignant dans le domaine du commerce transnational, la Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises, cette conjonction a conduit à l'apparition des certains projets d'origine privée connus sous les noms de "Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international", "Principes du droit européen du contrat", rédigés par la Commission pour le droit européen du contrat, et le projet de Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens de Pavia.*

Le régime des contrats est aujourd'hui d'une brûlante actualité sur le plan international. La doctrine n'a jamais manqué d'attirer l'attention sur l'impérieuse nécessité de respecter ses engagements contractuels afin de maintenir un climat de confiance indispensable au développement des échanges et à la prospérité. Un appel à la définition de nouvelles règles est soutenu par ceux qui dénoncent le vieillissement de ce régime dans certains pays et la diversité des règles qui le constituent à travers le monde. A part du principal instrument international contraignant dans le domaine du commerce transnational, la Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne), cette conjonction a conduit à l'apparition des certains projets d'origine privée connus sous les noms de "Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international" élaborés par l'UNIDROIT (Principes UNIDROIT) et "Principes du droit européen du contrat", rédigés par la Commission pour le droit européen du contrat (Principes DEC).

Le Vocabulaire Capitant retient qu'une harmonisation peut consister à « unifier des ensembles législatifs différents par élaboration d'un droit nouveau empruntant aux uns et aux autres », elle se rapproche ainsi de l'unification. L'harmonisation peut également correspondre d'après le Vocabulaire Capitant à un « simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques¹ ». Il faut tenir compte également de l'aspect doctrinal de l'harmonisation, qui ne s'intéresse pas aux seules lois mais correspond plus à un accord sur la façon de traiter certains problèmes. C'est dans ce contexte que nous allons examiner les réglementations en matière de sanctions de l'inexécution du contrat dans le nouveau Code civil moldave.

Dans le Code civil de la République de Moldova (C. civ. R. M.) les réglementations en matière de sanctions de l'inexécution du contrat ont leur siège dans différents chapitres du

* Maître de conférences à l'Université d'Etat de Moldova, Chișinău – droit civil et le droit commercial international. aurelbaiesu@yahoo.com.

¹ Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, dir. G. Cornu, 7ème éd., Puf, 1998.

Troisième Livre: dans le Titre I « Des obligations en général », notamment dans le chapitre V « Les effets de l'inexécution de l'obligation »; dans le Titre II « Des contrats en général », notamment dans le chapitre III « Le contrat synallagmatique » et dans le chapitre VII « La résolution, la résiliation et la révocation du contrat ». Dans le droit civil moldave la notion de l'inexécution du contrat, comme notion générique, se divise en deux types: l'inexécution fautive, imputable au débiteur et l'inexécution due à une impossibilité, qui n'est pas imputable au débiteur.

Pour suite, nous allons examiner l'inexécution imputable au débiteur. Ce type d'inexécution existe quand il n'y a pas de situation d'impossibilité et le débiteur est tenu d'exécuter le contrat. Selon le droit moldave, dans ce cas d'inexécution le créancier a une série de moyens (sanctions): il peut invoquer l'exception de l'inexécution (a), en suite le créancier a une option principale: il peut poursuivre l'exécution de l'engagement, en nature (b) ou par équivalent sous forme de dommages-intérêts (c), soit il peut opérer la résolution du contrat (d), en réclamant, le cas échéant, des dommages-intérêts. Pour réaliser l'exécution forcée en nature, l'exécution par équivalent ou la résolution, le créancier doit d'abord, en principe, mettre en demeure le débiteur. Voici le schéma consacré par le C. civ. R. M. en ce qui concerne l'ensemble des moyens en cas d'inexécution du contrat synallagmatique.

Ce système de moyens est consacré, en principe, tant dans la majorité des codes civils de l'Europe continentale, que dans les instruments d'unification du droit des contrats (la Convention de Vienne, Principes UNIDROIT et les Principes DEC). En ce qui concerne la *common law*, en cas de violation du contrat (*breach of contract*)¹, la partie lésée possède les remèdes (*remedies*) suivants: elle peut réclamer des dommages-intérêts - *damages*; demander l'exécution forcée en nature - *specific performance*; la restitution - *restitution* ou la résolution - *rescission*. On voit que, sauf la *restitution*, les remèdes de la *common law*, en principe, correspondent aux sanctions des systèmes romanistes.

a) L'exception de l'inexécution. La règle *exceptio non adimpleti contractus* selon laquelle „dans tout rapport synallagmatique obligatoire, chaque partie ne peut réclamer de l'autre l'exécution de ses engagements, si de son côté elle n'exécute pas ou n'offre pas d'exécuter ses propres engagements”², est connue dans tous les systèmes romanistes. Dans le C. civ. R. M. elle est consacrée dans l'art. 705 al. 2, qui reproduit, en principe, les prévisions du § 320 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*): la partie qui est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser de fournir la prestation dont elle est redevable jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'elle ne soit obligée d'exécuter la première ou que cette obligation ne résulte de la loi ou de la nature de l'obligation.

Quant au C. civ. fr., quelques textes spéciaux admettent cette suspension du contrat: par exemple, en matière d'assurance, la suspension de la garantie est organisée après mise en demeure de l'assuré; en matière de vente, l'article 1612 permet au vendeur de retenir la chose tant qu'il n'est pas payé; il en est de même en matière d'échange (art. 1704). Mais la

¹ Pour la notion de *breach of contract* et ces effets: Treitel G.H. *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell/Steevens & Sons, London, 1991, p.731 et s.

² Cassin R. De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (*exceptio non adimpleti contractus*) et ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, thèse, Paris, 1914, p. 739.

jurisprudence a reconnu d'une manière générale en toutes matières le droit de suspendre le contrat à celui qui ne reçoit pas satisfaction. Et, parce qu'il procède de la structure même du contrat, ce mécanisme est d'ordre public.

Les règles sur l'exception d'inexécution se retrouvent également dans les instruments de droit uniforme. Dans la Convention de Vienne l'exception d'inexécution constitue le fondement des dispositions retenues par l'article 58: en principe, et sauf clause contraire du contrat, l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix aussi longtemps que la marchandise n'a pas été, non seulement livrée, mais encore proposée à son examen, tandis que le vendeur a le droit de refuser de se dessaisir de ces mêmes marchandises tant que le prix ne lui a pas été réglé. L'exception d'inexécution est consacrée aussi dans l'art.9.201 des Principes DEC et dans l'art.7.1.3 des Principes UNIDROIT.

b) **L'exécution en nature.** La condamnation du débiteur à l'exécution en nature a son fondement dans l'art.512 al.1 du C. civ. R. M., qui reproduit, en principe, les prévisions du § 241 al.1 du BGB: en vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation et celui-ci est tenu de l'exécuter.

Dans le droit français, le droit à l'exécution est considéré comme l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire du contrat¹. D'ailleurs ce droit a été explicitement affirmé par l'article 1 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures d'exécution: « Tout créancier », dispose en effet ce texte, « a le droit de contraindre le débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ».

Les systèmes de droit nationaux contiennent des approches différentes sur le rôle de l'exécution en nature. Si l'exécution en nature est au premier plan dans les droits continentaux, c'est le contraire dans les pays anglo-américains: l'exécution en nature (*specific performance* s'il s'agit d'une obligation de faire, *injunction* s'il s'agit d'une obligation de s'abstenir) n'y est accordée qu'exceptionnellement. Les parties se font des promesses réciproques. Celle qui n'exécute pas sa promesse doit des dommages-intérêts. D'emblée, le débiteur s'engage en quelque sorte soit à exécuter volontairement sa prestation, soit à payer des dommages-intérêts.

La raison de cette réticence est que les juges anglo-américains, chargés de surveiller les mesures d'exécution forcée, ne voulaient pas s'encombrer des conflits et complications qu'impliquait l'exécution forcée d'une obligation non pécuniaire. La jurisprudence a tout de même admis l'exécution en nature, lorsque le paiement de dommages-intérêts n'est pas du tout apte à satisfaire les intérêts du créancier. Ce cas de figure est cependant considéré comme exceptionnel².

¹ Viney G. Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris, 2001, p. 182.

² Le Monnier de Gouville La responsabilité contractuelle: droit comparé français et anglais, thèse Montpellier I, 1997, p.247; Jolowicz J.A. Droit anglais, Paris, Dalloz, 1992, p.136 et s.; Seroussi R. Introduction aux droit anglais et américains, 2^e édition, Dunod, Paris, 1999, p.110; Ogus A.-I. Les remèdes, in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, sous la direction de Tallon D. et Harris D., LGDJ, Paris, 1987, p.304-314.

Dans la Convention de Vienne, l'article 28 a-t-il retenu une position de compromis, une solution à supposer qu'elle soit de celles sur lesquelles un accord aurait pu être trouvé entre les conceptions des pays de droit continental et ceux de *common law*¹: il prévoit que « si, conformément aux dispositions de la présente convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour les contrats de vente semblables non régis par la présente convention ».

Ajoutons que tant les Principes DEC (art. 9.102(1)) que les Principes UNIDROIT (art. 7.2.2, al. 1) consacrent la solution caractéristique pour le droit continental. Les premiers affirment en effet que « le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a le droit d'exiger l'exécution en nature... » et les seconds qu'« à défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation, autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution ». Mais les prévisions citées contiennent de nombreuses limitations du droit à l'exécution en nature, inspirées de la *common law*; le créancier ne peut pas faire valoir ce droit lorsque: a) l'exécution est impossible en droit ou en fait; b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables; c) le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon; d) l'exécution présente un caractère strictement personnel; ou e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution.

c) **Les dommages-intérêts (la responsabilité contractuelle)**. La règle générale sur le dédommagement du créancier (la responsabilité pour l'inexécution) est consacrée dans l'art.602 al.1 du C. civ. R. M.: « Lorsque le débiteur n'exécute pas une obligation, il est tenu à la réparation du préjudice qui en résulte, à moins qu'il ne prouve que l'inexécution de l'obligation ne lui est pas imputable ». Le droit moldave, de même que les autres systèmes juridiques, consacre le principe de la réparation intégrale du préjudice; l'art. 607 al.2 du C. civ. R. M. dispose: « celui qui est tenu à la réparation d'un dommage doit rétablir l'état des choses qui aurait existé si le fait générateur de l'obligation de réparer n'était pas survenu ». De même, dans l'art. 610 al.1 et 2 est prévu que le dédommagement comprend la perte que le créancier a subie et le gain manqué, en précisant qu'est considéré comme gain manqué celui qui était possible dans les conditions d'un comportement normal du débiteur. Il faut noter que les prévisions énoncées reproduisent, en principe, celles des §§ 280 al.1, 249 al.1 et 252 du BGB.

Le principe de la réparation intégrale du préjudice est consacré, également, dans l'art. 1149 C.civ. fr., l'art. 74 de la Convention de Vienne, l'art. 9.502 des Principes DEC et l'art.7.4.2 des Principes UNIDROIT.

Ce principe n'est pas absolu. Une exception concerne le préjudice indirect: le débiteur n'est jamais tenu de réparer que le dommage, subi par l'autre partie, qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution (art. 610 al.3 C. civ. R. M., art. 1151 C. civ. fr.).

Le caractère direct du préjudice se manifeste dans le lien de causalité entre l'inexécution du contrat et le préjudice subi par le créancier. La Cour Suprême de Justice de la République de Moldova dans une décision de 2005 a statué qu'en réclamant le gain manqué, la partie

¹ Heuzé V. La vente internationale des marchandises. Droit uniforme, LGDJ, Paris, 2000, p. 359.

lésée doit prouver le lien de causalité entre l'obligation violée et le gain manqué; elle doit démontrer qu'elle pouvait et qu'elle devait obtenir un bénéfice et que c'est uniquement l'inexécution par le cocontractant de ses obligations qui l'a privé de ce bénéfice¹.

Une autre exception du principe de la réparation intégrale du préjudice résulte de l'art.610 al.4 et 5 C. civ. R. M.: il n'est pas réparable le préjudice, qui, compte tenu de l'expérience du débiteur, ne pouvait pas être raisonnablement prévu lors d'une appréciation objective, hors le cas où l'inexécution de l'obligation est due à son dol.

De même façon, le droit français, la Convention de Vienne, les Principes DEC et les Principes UNIDROIT prévoient le critère de la prévisibilité pour limiter la responsabilité du débiteur; celui-ci est tenu du seul préjudice qu'il a prévu, ou qu'il aurait pu raisonnablement prévoir, au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution (art.1150 C. civ. fr., art.74 la Convention de Vienne, art.9.503 des Principes DEC et art.7.4.4 al Principiilor UNIDROIT).

La *common law* accepte le principe de la réparation intégrale du préjudice, sans que l'on juge nécessaire de faire une distinction formelle entre *damnum emergens* et *lucrum cessans*. Mais elle qualifie ce principe en déclarant que le préjudice subi, pour donner lieu à réparation, ne doit pas être trop éloigné (*too remote*). Il peut sembler à première vue que, en posant cette exigence, on veuille consacrer la distinction entre préjudice direct et indirect. En réalité, c'est la règle de la prévisibilité qui est consacrée par le droit anglais, car la question de savoir si le préjudice est ou non *too remote* est jugée en se demandant si le préjudice en question était ou non prévisible lors de la conclusion du contrat².

Dans le contexte de la responsabilité contractuelle il serait utile d'aborder la problématique de la *faute*, du fait qu'elle est traitée de différentes manières dans les systèmes juridiques nationaux et les instruments de droit uniforme. Le régime de la faute est loin d'être harmonisé; certains systèmes imposent une responsabilité du débiteur de plein droit; d'autres exigent l'existence de la faute; enfin un troisième groupe de législations ont adopté un système mixte, où le débiteur dans certains cas est responsable de plein droit, tandis que dans d'autres cas il est responsable uniquement pour la faute.

Selon un concept traditionnel dans plusieurs systèmes de droit romanistes la responsabilité contractuelle a toujours son fondement dans la faute du débiteur³. Le droit civil moldave également consacre le principe de la responsabilité fautive, ce qui résulte des dispositions de l'art.602 al.1 du C. civ. R. M., selon lesquelles la faute du débiteur est présumée, celui-ci est tenu de prouver que l'inexécution ne lui est pas imputable; aussi que des dispositions de

¹ Décision de la Chambre économique de la Cour Suprême de Justice de la République de Moldova du 21.04.2005 nr.2re-128/2005 //Buletinul CSJ a RM 8/10, 2005.

² McKendrick E. Contract law. Text, cases, materials, Oxford University Press, Oxford, New York, 2003, p.1058 - 1065; David R., Pugsley D., Les contrats en droit anglais, 2e édition, LGDJ, Paris, 1985, p.326.

³ Planiol M., Ripert G. Traité pratique de droit civil français, Tome VI Obligations Première partie, LGDJ, Paris, 1952, p.499; Bénabent A. Droit civil. Les obligations, 2 édition, Montchrestien, 1989, p 149; Terré F., Simler P., Lequette Y, Droit civil. Les obligations, 9e édition, Dalloz, Paris, 2005, p.558-559; Flour J., Aubert L., Flour Y., Savaux E., Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, Dalloz, 4e édition, Paris, 2006, p.140.

l'art.603 al.1 du C. civ. R. M., selon lesquelles le débiteur est tenu responsable pour le dol (l'intention) et la faute (l'imprudence ou la négligence).

Dans le droit français la charge de la preuve de la faute est basée sur la distinction entre les obligations de moyens et celles de résultat. S'il s'agit d'une obligation de moyens, la charge de prouver la faute incombe au créancier: celui-ci doit démontrer que le débiteur n'a pas usé de tous les moyens possibles, n'a pas eu la diligence suffisante. Si l'obligation est de résultat, la charge de la preuve va peser sur le débiteur: dès lors qu'est établie l'inexécution, il en est présumé responsable et s'est à lui de prouver que l'inexécution est due à une force majeure, au fait du créancier ou d'un tiers.

Le concept de la faute dans la *common law* est totalement différent de celui consacré dans les systèmes romanistes: la responsabilité de plein droit (objective) - *strict liability* - opère en principe, étant prévues de nombreuses exceptions quand la responsabilité est basée sur la faute¹.

Les instruments de droit uniforme n'opèrent pas avec la notion de faute en qualité de condition de la responsabilité contractuelle. Dans ce sens le concept consacré dans les instruments visés est plus proche de la *common law* que des systèmes continentaux. Le droit aux dommages-intérêts découle de la seule inexécution. Le créancier doit seulement prouver l'inexécution, c'est-à-dire qu'il n'a pas reçu ce qui avait été promis. Il n'est pas besoin notamment de prouver en plus que cette inexécution est due à une faute du débiteur. La preuve sera plus ou moins facile à apporter selon le contenu de l'obligation et notamment selon qu'il s'agit d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultat. Quand l'obligation du débiteur consiste en la production d'un résultat, l'absence du résultat escompté ouvre au créancier le droit de demander des dommages et intérêts, qu'il y ait ou non la faute du débiteur, sauf si l'on se trouve dans un cas d'exonération. Quand le débiteur est tenu d'une obligation de prudence et de diligence, il n'est responsable que quand il a manqué à son obligation, ce qui veut dire qu'il n'a pas été aussi prudent et diligent qu'il l'avait promis, et en l'absence de clause déterminant le niveau de diligence et de prudence attendu, cela équivaut à la commission d'une faute².

Dans ce contexte il n'est pas sans intérêt d'examiner l'opportunité d'introduire dans le C. civ. R. M. le concept de la distinction entre les obligations de moyens et celles de résultat, car la présomption de la faute du débiteur pour n'importe quelle inexécution, prévue dans l'art.602 al.1 C. civ. R. M., ne paraît pas être toujours justifiée. On peut remarquer que ce concept, adopté par le droit français et les systèmes juridiques d'inspiration française, s'applique également, sans être légiféré exprès, dans d'autres systèmes nationaux. Ce concept a été aussi adopté dans les Principes UNIDROIT (art.5.1.4 et 5.1.5).

d) **La résolution.** La norme centrale sur la résolution du contrat pour défaut d'exécution ou exécution défectueuse se trouve dans l'art.709 du C. civ. R. M. qui dispose dans son alinéa 1^{er} que, lorsque dans un contrat synallagmatique le débiteur ne fournit pas une prestation

¹ Treitel G.H., op. cit., p.9.

² De Lamberterie I., Rouhette G., Tallon D., Les Principes du droit européen du contrat: L'exécution, l'inexécution et ses suites, La documentation Française, Paris, 1997, p.232; Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome, Unidroit, 1994, commentaire de l'art. 7.4.1.

échue ou ne la fournit pas conformément aux stipulations contractuelles, le créancier peut résoudre le contrat s'il a imparti au débiteur, sans succès, un délai raisonnable pour exécuter ou remédier.

Il faut mentionner que la norme énoncée a reproduit, en principe, les prévisions du BGB (§ 323 al.1), de même que d'autres normes en matière de résolution:

- le créancier ne peut résoudre le contrat que pour la partie inexécutée, à moins qu'il ne démontre que l'exécution partielle n'a pas d'intérêt pour lui (art.709 al.3 C. civ. R. M., § 323 al.5 C phr. 1 . BGB);
- le créancier est autorisé à résoudre le contrat par anticipation, c'est-à-dire avant même l'échéance de la prestation, dès lors que les conditions de la résolution sont manifestement déjà réunies (art.709 al.4 C. civ. R. M., § 323 al.4 BGB);
- le créancier est dispensé de fixer un délai supplémentaire au débiteur lorsque celui-ci se refuse sérieusement et définitivement à exécuter, également lorsque les parties ont prévu dans leur contrat une date ou un délai d'exécution et que le créancier a lié son intérêt pour l'opération au respect de cette date ou de ce délai ou encore lorsque des circonstances particulières justifient la mise en œuvre immédiate de la résolution (art.710 C. civ. R. M., § 323 al.2 BGB);
- la résolution est exclue si la violation de l'obligation est de peu d'importance (art.711 b) C. civ. R. M., § 323 al.5 BGB);
- la résolution est exclue lorsque le créancier est responsable seul ou à titre principal de l'événement qui lui aurait permis de résoudre; il en va de même si un événement analogue dont n'a pas à répondre le débiteur s'est produit à un moment où il se trouvait en état de retard d'acceptation (art.711 lit.c) C. civ. R. M., § 323 al.6 BGB).

Le C. civ. R. M. (art.748 al.2) a récepté également les solutions du BGB en matière de résiliation du contrat à exécution successive pour motif grave: tout contrat à exécution successive peut être résilié, pour motif grave, par chacune des parties sans qu'elle ait à respecter un délai de préavis. Il y a motif grave lorsque la continuation du rapport contractuel jusqu'au terme convenu ou jusqu'à l'expiration d'un délai de préavis ne peut être imposée, eu égard aux circonstances de l'espèce et aux intérêts respectifs des parties, à celle d'entre elles qui résilie. Mais alors le créancier ne peut résilier qu'après lui avoir imparti sans résultat un délai pour remédier à cette violation ou lui avoir adressé, également sans résultat, une mise en garde contre son attitude. Ici aussi la priorité est donnée à l'exécution.

En ce qui concerne les instruments de droit uniforme, toute leur philosophie est d'éviter, autant que possible, que la résolution du contrat soit prononcée. C'est donc pour ça que les auteurs de ces instruments ont entendu enfermer les cas de résolution dans des limites assez rigoureuses.

Dans la Convention de Vienne la résolution est soumise à de strictes conditions de fond et de procédure, qui sont définies par les articles 49 et 64 lesquels figurent parmi les dispositions relatives aux moyens dont dispose respectivement chacune des deux parties, en cas d'inexécution des obligations de leur cocontractant. S'agissant des conditions de fond, ces deux textes prévoient, tout d'abord, que la résolution peut être décidée lorsque le

manquement de la partie en défaut « constitue une contravention essentielle au contrat ». L'article 49 autorise l'acheteur à « déclarer le contrat résolu... en cas de défaut de livraison, si le vendeur ne livre pas les marchandises dans le délai supplémentaire imparti par l'acheteur conformément au paragraphe 1 de l'article 47 ou s'il déclare qu'il ne les livrera pas dans le délai ainsi imparti ». Et, de son côté, l'article 64 prévoit que le vendeur peut prononcer la résolution « si l'acheteur n'exécute pas son obligation de payer le prix ou ne prend pas livraison des marchandises dans le délai supplémentaire imparti par le vendeur conformément au paragraphe 1 de l'article 63 ou s'il déclare qu'il ne le fera pas dans le délai ainsi imparti ». Pour être applicables, ces dispositions supposent donc que le créancier de l'obligation violée ait, conformément aux articles 47 ou 63, fixé au débiteur un délai supplémentaire pour réparer l'inexécution.

Les Principes DEC (art.9.301) et les Principes UNIDROIT (art.7.3.1) prévoient le droit du créancier de résoudre le contrat dans les cas suivants:

- s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie;
- en cas de retard, si le débiteur n'exécute pas dans le délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations accordé par le créancier.

Observations sur l'ensemble du système.

En matière de sanctions de l'inexécution du contrat le nouveau Code civil moldave a établi un mécanisme équilibré de protection des intérêts des deux parties du contrat, en leur accordant un système de moyens (sanctions, remèdes) efficaces dans des conditions litigieuses, en vue de sauver et de continuer le rapport contractuel. D'une part, le Code civil moldave place devant le créancier un arsenal de sanctions, pour défendre ses droits et ses intérêts lésés. Un trait caractéristique des droits romanistes consiste en ce qu'il n'y a pas une hiérarchie entre les sanctions. La loi n'offre pas certaines sanctions de préférence à d'autres, comme dans les systèmes de la *common law*, où les dommages-intérêts occupent une place privilégiée. Le droit moldave, en suivant le modèle d'autres systèmes romanistes, a situé toutes les sanctions au même niveau. Un créancier est donc libre d'utiliser telle ou telle sanction selon les circonstances et même de combiner différentes sanctions. C'est au créancier de décider de la sanction qu'il estime la plus adéquate à la situation.

De l'autre part, les intérêts du débiteur sont protégés par l'institution de l'obligation du créancier d'accorder au débiteur une « dernière chance » - un délai supplémentaire raisonnable pour exécuter ou réparer en nature, ou, au moins, de sommer le débiteur, avant de procéder à la résolution ou de réclamer des dommages-intérêts, solution inspirée du droit allemand (la doctrine *Nachfrist*). On peut donc constater que le droit moldave, en suivant le modèle allemand, offre au débiteur une protection renforcée par rapport au droit uniforme (les Principes UNIDROIT et les Principes DEC), qui n'oblige pas le créancier d'accorder au débiteur un délai supplémentaire pour l'exécution; ce n'est qu'un droit du créancier de le faire. Cette différence peut être expliquée par rapport au champ d'application des deux corps de droit: tandis que le droit uniforme a pris comme exemple le contrat de commerce international entre commerçants expérimentés, le droit civil a vocation à

s'adresser à tout ou chacun et doit donc tenir compte des faiblesses et du manque d'expérience du débiteur¹.

Le droit civil moldave a le but de promouvoir le principe *favor contractus* – la favorisation du contrat. Le fait qu'un contrat concerne souvent des intérêts importants et que les procès auxquels il peut donner lieu soient complexes et coûteux a imposé l'élaboration d'un certain nombre de mesures privilégiant sa survie. Ce principe, qui se glisse dans plusieurs dispositions du Code civil moldave, se retrouve encore plus particulièrement dans la matière des sanctions de l'inexécution du contrat: la vie du contrat sera privilégiée en ce sens que les règles viseront plus à aménager des réponses à donner à l'inexécution plutôt qu'à viser à la résolution du contrat. Ainsi, selon les articles 709 et 735 du C. civ. R. M., la résolution ne sera possible que s'il y a une *inexécution essentielle la part de l'autre partie*. Dans le même contexte s'inscrivent les prévisions sur l'obligation du créancier d'accorder au débiteur un délai supplémentaire pour l'exécution, qu'on a évoqué plus haut. Ça veut dire que, lorsque des difficultés dans le cadre de l'exécution du contrat apparaissent, les règles du Code civil moldave sont conçues d'une telle manière que les parties soient encouragées d'entreprendre des mesures en vue de permettre l'exécution complète et conforme du contrat.

L'examen des prévisions en matière de sanctions de l'inexécution du contrat démontre que le législateur moldave a fait des efforts appréciables pour que le nouveau Code civil soit harmonisé avec les codes civils occidentaux, pour faire face au défi européen et au processus de l'unification du droit européen du contrat, déjà largement engagé.

¹ Babusiaux U. L'influence des instruments internationaux d'uniformisation du droit sur le nouveau droit allemand général des troubles de l'exécution du contrat, in La réforme du droit allemand des obligations, sous la direction de C. Witz et F. Ranieri, Société de législation comparée, Paris, 2004, p.192.

L'expérience française de recodification du droit civil

Remy CABRILLAC*

« De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que des hommes puissent donner et recevoir »¹: cette formule de Portalis dans le célèbre *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* illustre l'importance des lois civiles pour la paix et la prospérité d'une Nation et subséquemment le défi que constitue le nécessaire rajeunissement d'un Code civil.

Il est indéniable qu'en l'occurrence, durant plus de deux siècles d'existence, le Code civil français a réussi à traverser les crises politiques qui ont secoué le pays et à surmonter les formidables évolutions sociologiques et technologiques qui ont marqué le monde.

Fruit d'un savant équilibre politique tentant, en 1804, de concilier l'Ancien monde et le Nouveau, le Code civil fut violemment pris à partie, dans les années qui suivirent son adoption, tant par les nostalgiques de l'Ancien régime que par les fervents partisans de la Révolution. Mais les passions s'apaisant à la fin du XIX^{ème} siècle, le Code civil a été, dès son centenaire en 1904, célébré avec une quasi-unanimité comme « un grand fait historique et national »². La patine des ans a conféré peu à peu au Code civil une dimension consensuelle qu'il n'avait pas lors de son adoption.

Survivant à tous les changements de régimes politiques des XIX^{ème} et XX^{èmes} siècles, on a ainsi pu dire que le Code civil constituait la « véritable constitution » de la France³ et il a été consacré il y a quelques années comme « lieu de mémoire » de la nation française, au même titre que le château de Versailles, la Marseillaise ou le drapeau bleu, blanc, rouge⁴. Cet attachement au Code civil considéré comme élément fédérateur est clairement apparu en 2004 lors de la célébration de son bicentenaire. Alors que la montée des communautarismes menace de faire éclater la Nation française, une exposition a par exemple été réalisée à l'Assemblée nationale sous le titre évocateur: « Deux cent ans de Code civil, des lois qui nous rassemblent »⁵. Une telle sacralisation du Code civil n'est toutefois pas sans effet pervers: devenu « à la fois livre-symbole et livre de symboles »⁶ il apparaît intouchable, ce qui explique la frilosité, voire l'hostilité des juristes français à la perspective de l'adoption d'un Code civil européen qui pourrait entraîner sa disparition.

*

¹ PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* présenté le 1er pluviôse an IX, in J.-E.-M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de philosophie politique de Caen, 1989 p. 3.

² A. TISSIER, *Livre du centenaire*, Rousseau, 1904, t. 1, p. XII.

³ J. CARBONNIER, *Le Code civil*, in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2, La Nation, Gallimard, 1986, p. 309. Ad.: R. CABRILLAC, *Le Code civil est-il la véritable constitution de la France?*, *Thémis*, vol. 39, n° 2, 2005, p. 245.

⁴ P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, op. cit.

⁵ Dalloz, 2004.

⁶ J. CARBONNIER, *Le Code civil*, art. cit., p. 305.

Le Code civil a également survécu au défi plus redoutable encore des ans qui passent. Dans les années qui ont suivi son adoption, le Code civil, qui portait la marque du libéralisme économique et du conservatisme social, était en harmonie avec la France bourgeoise et rurale issue de la Révolution. Ainsi, les réformes législatives ont été rares pendant cette période: « L'ensemble des journaux officiels parus entre 1804 et 1850 contient moins de lois qu'il n'en est aujourd'hui publié en une seule année »¹.

Mais le Code civil s'est révélé moins adapté à la France issue de la Révolution industrielle, dès le milieu du XIX^{ème} siècle, au moins à trois égards. Tout d'abord, le Code civil ne consacrait que deux articles au contrat de travail, lacune qui s'est particulièrement faite sentir au moment de l'essor du capitalisme industriel. D'autre part, le Code civil établissait la suprématie de la propriété immobilière sur la propriété mobilière, alors que la multiplication des sociétés commerciales avait transformé la structure des patrimoines, les actions ou obligations tenant une place aussi importante que les propriétés immobilières. Enfin, les rapports de famille organisés par le Code civil consacraient la toute puissance du *pater familias* sur sa femme et ses enfants alors que l'évolution des mœurs ne pouvait s'accommoder d'une telle domination sans partage².

Le législateur allait tenter de remédier à ces lacunes à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle. Un droit du travail, un droit des sociétés se sont rapidement développés alors que dans le domaine des relations familiales, la femme mariée a progressivement été libérée de l'autorité de son mari et la puissance paternelle s'est adoucie. Mais ces réactions législatives n'ont pas enrayer la crise du Code civil. En effet, elles ont été ponctuelles et pour la plupart adoptées dans des lois spéciales, en marge du Code civil: loi de 1901 sur les associations, loi de 1930 sur les assurances, loi de 1965 sur la copropriété... Ainsi s'est accélérée ce qu'on a pu appeler la décodification du droit civil³.

Parallèlement, ce déclin du Code civil a été propice à la construction de solutions prétoriennes qui ont accéléré son vieillissement. Ainsi, de 1880 à 1945, une série de grandes décisions de la Cour de cassation ont marqué profondément le droit civil français, comme par exemple la consécration de la théorie de l'enrichissement sans cause,⁴ du principe général de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde⁵, ou de la théorie de l'abus de droit⁶.

Le droit civil se développait ainsi dangereusement en dehors du Code à tel point que des auteurs pu craindre que ce code ne devienne un « droit commun à vocation résiduelle »⁷. Aussi, à la Libération, en 1945, la refonte du Code civil est-elle apparue indispensable. Une Commission nommée à cette fin a vu ses travaux s'enliser faute de soutien politique fort.

¹ J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, Introduction générale, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994, n° 150.

² Sur ces évolutions, cf. R. CABRILLAC, Introduction générale au droit, Dalloz, 7^{ème} éd., 2007, n° 51 et s.

³ Cf. R. CABRILLAC, Les codifications, PUF, 2002, p. 117 et s.

⁴ Req. 15 juin 1892, DP 1892, 1, 586; S. 1893, 1, 281.

⁵ Civ. 16 juin 1896, S 1896, 1, 17, note P. ESMEIN, D 1897, 1, 433, note R. SALLEILLES, concl. L. SARRUT.

⁶ Req. 3 août 1915, DP 1917, 1, 79.

⁷ P. REMY, La recodification civile, Droits, 1997, n° 26, p. 10.

Un formidable et indispensable renouveau du Code civil est venu de réformes entreprises matière par matière, à partir des années soixante, sous l'impulsion politique du général de Gaulle et de son Ministre de la justice, Monsieur Jean Foyer¹, et techniquement réalisées par le doyen Jean Carbonnier.

Ces réformes ont d'abord concerné le droit des personnes et le droit de la famille, réformé par neuf lois adoptées entre 1964 et 1977², les « neuf soeurs », selon la jolie expression de leur géniteur, le doyen Carbonnier³. Mais leur immense succès a marqué toutes les réformes entreprises depuis pour rénover encore ces matières ou rénover d'autres pans du Code civil, jusqu'à la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006. Ces réformes inspirent également les projets actuellement en cours, comme l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, préparé sous la direction du professeur Pierre Catala, remis aux pouvoirs publics en 2005 et actuellement discuté par les partenaires sociaux⁴. On ne peut qu'espérer qu'il devienne droit positif si la réforme du droit des contrats aboutit devant le Parlement⁵.

L'incontestable succès de cette rénovation de notre Code civil réside sans doute dans une savante alchimie entre tradition (I) et modernité (II).

I) Tradition:

Recodifier n'est pas codifier: l'ombre du Code napoléon, de « l'ancêtre vénéré »⁶ ne pouvait pas ne pas marquer la recodification civile française.

La tradition se manifeste par une fidélité à l'esprit (A) comme à la lettre (B) du Code de 1804.

A) Une fidélité à l'esprit du Code de 1804:

La fidélité à l'esprit du Code de 1804 se caractérise d'abord par le choix de la méthode de codification. Face à une inflation législative galopante ayant entraîné une dégradation de la qualité de la loi, périodiquement dénoncée par les pouvoirs publics, le gouvernement français avait créé en 1948 une Commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs, devenue en 1989 Commission supérieure de codification. L'objectif était de mettre de l'ordre dans la prolifération désordonnée des textes législatifs le

¹ J. FOYER, *Sur les chemins du droit avec le général*, Fayard, 2006, p. 317 et s.

² Lois réformant: le statut des incapables mineurs (14 déc. 1964), les régimes matrimoniaux (13 juill. 1965 et 23 déc. 1985), l'adoption (11 juill. 1966, 22 déc. 1976), le statut des incapables majeurs (3 janv. 1968), l'autorité parentale (4 juin 1970), la filiation (3 janv. 1972), le divorce (11 juill. 1975), l'absence (28 déc. 1977).

³ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois 2^{ème} éd., 1995, p. 20.

⁴ P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La doc. doc. fr. 2006. Ad.: RDC 2006/1: La réforme du droit des contrats: projet et perspectives.

⁵ Un projet de réforme a été divulgué par le Ministère de la justice qui, sans cohérence aucune, s'inspire tantôt de l'avant-projet Catala tantôt des Principes européens du droit des contrats.

⁶ Cf. *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré?*, Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden, Bruylant, 2004.

plus rapidement possible en les codifiant à droit constant, c'est-à-dire sans leur apporter de modifications autres que purement formelles.

De nombreux codes sont le fruit de cette codification-compilation, dont l'exemple le plus notable est le Code de commerce de 2000, qui a remplacé le Code de commerce de 1807, un des cinq codes de la période napoléonienne. Malgré la volonté expansionniste de la Commission supérieure de codification, la recodification civile a toujours été préservée de la méthode de la compilation, au profit d'une codification n'hésitant pas à apporter des modifications de fond aux textes ainsi rassemblés, dans la droite ligne du Code de 1804.

L'esprit du Code civil de 1804 est également marqué par la volonté de compromis: compromis politique entre partisans de l'Ancien régime et partisans de la Révolution, compromis technique entre droit coutumier applicable auparavant dans le nord de la France et droit écrit inspiré du droit romain dans le sud ¹. La recodification civile s'est efforcée de respecter le même esprit de compromis, se voulant davantage rénovation que révolution de notre droit.

Le doyen Carbonnier avait ouvert la voie, dans des matières politiquement sensibles comme le droit du divorce ou le droit de la filiation, réformes qui avaient réussi le tour de force d'être unanimement saluées.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations poursuit dans le même esprit: il ne propose pas « un code de rupture mais d'ajustement », selon les termes mêmes du professeur Pierre Catala ². Ainsi, concrètement, la doctrine contractuelle est aujourd'hui partagée entre solidarisme et libéralisme. La composition de la commission de réforme illustre le souci de compromis entre ces deux tendances, non pas compromis par facilité intellectuelle ou manœuvre politicienne mais compromis construit, réfléchi, fondé.

Un exemple parmi d'autres l'illustre de manière topique, la question de la détermination du prix dans les contrats-cadre de distribution. Depuis plus de trente ans, errements jurisprudentiels et vigoureuses controverses doctrinales avaient transformé la question en un stérile champ de bataille ³. L'avant-projet propose d'établir le principe de la validité du contrat-cadre qui ne comporte pas de prix, ce dernier pouvant être fixé lors de chaque contrat d'application, à charge pour le créancier d'en justifier le montant en cas de contestation (art. 1121-4). Le Code civil n'est ni un Code de commerce, ni un Code de la consommation: il n'a pu si bien perdurer qu'en restant un socle de droit commun applicable à tous, tenant équilibrée la balance entre des intérêts catégoriels opposés.

Cette fidélité à l'esprit du Code de 1804 se prolonge dans une fidélité à sa lettre.

B) Une fidélité à la lettre du Code de 1804:

La fidélité à la lettre du Code de 1804 se traduit dans la conservation de son style et de sa structure.

¹ J. CARBONNIER, *Le Code civil*, art. cit., p. 301: le Code civil est « coulé dans un type de législation que la sociologie juridique nous a appris à reconnaître: les lois de compromis ».

² P. CATALA, *Avant-projet de réforme..*, op. cit., p. 13.

³ Cf. par exemple M. FABRE-MAGNAN, *les obligations*, PUF, Thémis, 2004, § 129.

Le Code civil de 1804 est d'abord inscrit dans une langue unique, au carrefour du classicisme déclinant et du romantisme naissant, savant équilibre entre langage courant et langage technique, entre langage concret et langage abstrait. Ses contemporains ne s'y sont pas trompés et Stendhal lui-même avouait dans une lettre à Balzac: « En composant *La chartreuse (de Parme)*, pour prendre le ton, je lisais quelques pages du Code civil... »¹. Les rédacteurs des réformes entreprises, le doyen Carbonnier à leur tête, se sont efforcés de tremper leur plume dans l'encre de Portalis pour donner naissance à des formules de la même veine.

Dans le prolongement des grands textes du Code de 1804, comme par exemple les articles 544, 1134 ou 2279, les codificateurs contemporains ont ciselé des formules ramassées et expressives se voulant tout aussi esthétiques et percutantes, comme, entre autres exemples « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit » (art. 489 C.civ., devenu art. 414-1 depuis la loi du 5 mars 2007). L'avant-projet de réforme du droit des obligations n'est pas en reste lorsqu'il prévoit par exemple: « il n'y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat » (art. 1109-1) ou « Le contrat s'interprète en raison et en équité (art. 1139).

Le contraste avec le style embrouillé et maladroit du législateur contemporain est saisissant. Comme l'écrivait le doyen Cornu, « Ce sont des joyaux, ça ou là, des perles agrafées au texte qui font scintiller la loi... A ceux qui ont écrit ces mots, grâce et salut ! Ils sauvent la loi »².

Le style du Code de 1804 se caractérisait également par son équilibre, évitant un énoncé législatif trop général ou surtout trop détaillé. « L'office des lois est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière », selon les termes de Portalis lui-même³. La recodification civile s'efforce de reproduire cet équilibre en résistant à la tentation d'un code casuistique: le législateur élabore des règles générales dont l'application à chaque cas particulier relève des pouvoirs du juge.

Par fidélité à ce style inimitable mais également parce qu'ils constituent des repères sécurisants dans un monde juridique en plein bouleversement, la recodification civile a parfois tenté de préserver les grands numéros du Code de 1804. Ainsi, l'avant-projet de réforme du droit des obligations a par exemple conservé le principe de force obligatoire des contrats dans l'article 1134 ou le principe d'effet relatif dans l'article 1165. Ce souci perfectionniste s'attachant jusqu'au numéro des articles démontre la volonté de conserver non seulement le style du Code de 1804 mais aussi sa structure.

En effet, la fidélité à la lettre du Code de 1804 se traduit également par le respect d'une structure harmonieuse, à la manière d'un jardin à la française qui symbolise si bien le classicisme de l'esprit français dans le domaine artistique. Le plan général, les articulations secondaires, la numérotation, la place fondamentale reconnue à la subdivision de base que constitue l'article: le respect de ces canons classiques indique le souci d'un beau droit, bien ordonné.

¹ Sur les origines de cette lettre, Cf. A. TEISSIER-ENSMINGER, La fortune esthétique du Code civil des français, La mémoire du droit, 2004, p. 84 et s.

² G. CORNU, Linguistique juridique, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2000, n° 89.

³ Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX, op.cit., p. 8.

La recodification civile s'inscrit ainsi scrupuleusement dans la structure générale du Code de 1804, s'efforçant de la ménager le plus possible, parfois au prix d'audacieuses acrobaties¹.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations pousse ce souci plus loin encore. Il opère un toilettage des imperfections que le Code de 1804 avait pu laisser subsister dans l'ordonnancement de cette matière. Ainsi, les articulations fondamentales entre les différentes sources du droit des obligations d'une part et entre les différentes catégories d'actes juridiques d'autre part n'apparaissent qu'implicitement ou confusément dans le plan de 1804. L'avant-projet s'efforce de structurer l'ensemble pour renforcer sa cohérence. L'article 1101 de l'avant-projet dispose que « les obligations naissent d'actes ou de faits juridiques », renvoyant ensuite pour les obligations légales aux différentes matières qui les concernent. Au sein de l'acte juridique, qui fait l'objet d'une définition, l'acte unilatéral et l'acte collectif sont distingués du contrat et également définis, même si le contrat demeure l'acte juridique de référence (art. 1101-1).

La recodification civile est ainsi enracinée dans la fidélité au Code de 1804. Mais cette fidélité ne saurait à elle seule expliquer son succès. Si cette recodification a permis au Code civil de s'adapter au difficile monde d'aujourd'hui et d'échapper ainsi à un progressif vieillissement, c'est qu'elle est résolument empreinte de modernité.

II) Modernité

La recodification civile entreprise en France est profondément moderne car elle a instauré un nouveau style législatif qui a opéré une véritable « révolution tranquille du droit civil contemporain »².

Ce nouveau style législatif, si bien décrit par ceux qui en ont été les promoteurs³, se caractérise par un renouvellement de la conception de la loi (A) comme un renouvellement de la conception du juge (B).

A) Un renouvellement de la conception de la loi:

Cette nouvelle conception de la loi apparaît d'abord lors de son élaboration.

Le droit s'ouvre vers d'autres sciences pour mieux légiférer, en particulier vers la sociologie, dont le doyen Carbonnier a été le promoteur en France. Nombre des réformes entreprises ont été précédées d'enquêtes d'opinion, globales ou limitées à une catégorie de praticiens, d'études statistiques. Les données sociologiques recueillies n'ont pas été pour autant érigées automatiquement en normes: elles ont simplement guidé les codificateurs dans certains choix fondamentaux. Ainsi, par exemple, l'enquête d'opinion qui a précédé la réforme du

¹ G. CORNU, La lettre du code à l'épreuve du temps, Mélanges R. Savatier, Dalloz, 1964, p. 157 et s.

² G. CORNU, Introduction au droit, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 301.

³ J. CARBONNIER, Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, Essais sur les lois, op. cit., Droit et passion du droit sous la Vème république, Flammarion, 1996; G. CORNU, Introduction au droit, op. cit., n° 294 et s.; P. CATALA, Les techniques de codification: l'expérience française, in Revue juridique de l'Océan indien, n°4, 2003/2004, p. 77 et s.

droit des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965 a fait apparaître un fort attachement à l'idée communautaire, ce qui a conduit le législateur à renoncer à ériger la participation aux acquêts en régime légal au profit de la communauté réduite aux acquêts ¹.

De même, le législateur n'hésite pas à puiser son inspiration dans des législations étrangères, le droit comparé trouvant à juste titre une place qu'il n'avait jamais connu auparavant dans notre droit. Ainsi, l'avant-projet de réforme du droit des obligations s'est inspiré de règles dégagées par le Code civil du Québec de 1994, les *Principes du droit européen des contrats* de la Commission Lando ou le projet de *Code européen des contrats* de l'Académie privatistes européens. Par exemple, la position actuelle du droit français n'est guère satisfaisante pour déterminer quand et où se forme un contrat entre absents, c'est-à-dire lorsque l'acceptation est émise par lettre ². S'inspirant des projets européens, dans un souci d'harmonisation, l'avant-projet adopte la théorie de la réception: le contrat est réputé conclu au lieu dans lequel est reçue l'acceptation (art. 1107). De même, ces influences ont poussé l'avant-projet à accueillir la *mitigation of damages* qui permet de réduire les dommages et intérêts d'une victime qui n'aurait rien fait pour minimiser son dommage (art. 1373), malgré l'hostilité de la jurisprudence contemporaine.

Cette nouvelle conception de la loi apparaît également dans le nouveau rôle qui lui est assigné.

La loi partage davantage sa fonction de régulation sociale avec d'autres normes. Le droit se désengage ainsi au profit de ces autres normes de régulation sociale comme les mœurs ou la religion. Ainsi, la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce a supprimé le délit d'adultère qui figurait jusqu'alors dans notre Code pénal, considérant que ce comportement relève des consciences individuelles et n'a pas à être sanctionné par le droit.

De même apparaît une nouvelle fonction de la loi: la loi n'est plus seulement édictée pour imposer mais pour proposer plusieurs modèles parmi lesquels chacun choisit. C'est le pluralisme législatif: « A chacun sa famille, à chacun son droit », selon l'expressive formule du doyen Carbonnier ³. Par exemple, la loi du 11 juillet 1975 précédemment évoquée réformant le divorce a permis aux époux voulant se séparer de choisir, en plus de la séparation de corps, entre quatre types de divorce, aux conditions et aux effets différents, qui sont aujourd'hui le divorce par consentement mutuel, le divorce par acceptation du principe de la rupture, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute.

Cette nouvelle conception de la loi se prolonge naturellement dans un renouvellement de la conception du juge.

B) Un renouvellement de la conception du juge:

La recodification civile accorde un rôle fondamental au juge, régulateur de la vie sociale.

¹ F. TERRE, La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux, Année sociologique 1965, p. 1 et s.

² Cf. par exemple, R. CABRILLAC, Droit des obligations, Dalloz, 8^{ème} éd., 2008, n° 52.

³ Essais sur les lois, op. cit., p. 181.

A propos des réformes lancées par le doyen Carbonnier, on a pu justement écrire que la famille est devenue « un ménage à trois: le mari, la femme et le juge »¹. Le juge se voit reconnaître des pouvoirs importants pour tenter de désamorcer ou pour régler les conflits au sein de la famille: à titre d'illustrations, il peut autoriser un acte en cas de désaccord entre époux (art. 217 et 219 C.civ.) ou ordonner une mesure d'urgence si un époux met gravement en péril les intérêts de la famille (art. 220-1 C.civ.).

L'avant-projet de réforme du droit des obligations est empreint de la même philosophie. Par exemple, en rupture avec les solutions jurisprudentielles actuelles, l'avant-projet accroit les pouvoirs du juge en lui permettant d'ordonner une renégociation d'un contrat devenu déséquilibré suite à un bouleversement des circonstances économiques (art. 1135-2).

Ces pouvoirs accordés au juge passent par l'édition de notions-cadre, volontairement floues, dont l'interprétation est abandonnée à la jurisprudence, ce qui permet de faire évoluer la norme en fonction des mutations sociologiques sans qu'il soit nécessaire de la retoucher.

Ainsi de nombreux textes relatifs à l'autorité parentale ou au divorce se réfèrent à « l'intérêt de l'enfant », alors que le droit des régimes matrimoniaux recourt fréquemment à « l'intérêt de la famille ».

Dans le même esprit, l'avant-projet de réforme du droit des obligations place le contrat sous le contrôle du juge à travers le standard de la bonne foi dont le rôle est élargi: mentionnée actuellement pour inspirer l'exécution du contrat (art. 1134 C.civ.) elle gouvernerait également demain sa formation (art. 1104), intervenant par ailleurs dans d'autres dispositions éparses.

Le succès de la recodification civile en France démontre si besoin était que la codification n'est pas une forme de législation aujourd'hui dépassée.

La vitalité et la pérennité des codes passent simplement par une nouvelle conception de la codification, non pas repliée sur elle-même mais ouverte sur les influences extérieures, non pas repliée sur elle-même mais ouverte sur les autres sources de droit, comme en particulier la jurisprudence².

C'est ainsi qu'a pu survivre le Code civil français et fêter récemment son bicentenaire³ avec le prestige d'un ancêtre et la vitalité d'un jeune homme.

Rémy Cabrillac
Professeur à la Faculté de droit de Montpellier (France)

¹ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, é 6ème éd., 2007, n° 18.

² Cf. B. FAUVARQUE-COSSON et S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin*, La doc. fr., 2006. Ad. R. CABRILLAC, *L'avenir du Code civil*, JCP 2004, I, 121.

³ Quelques références parmi une littérature immense: *Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004; *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004; *Portalis, le discours et le code*, Litec, 2004; *Le rayonnement du droit codifié*, éd. JO, 2005.

LE NOUVEAU CODE CIVIL NEERLANDAIS DE 1992 Aspects de la politique et de la technique législatives

Dr. Diana DANKERS-HAGENAARS*

Résumé: *La mise en vigueur du Code civil et du Code de commerce néerlandais de 1838 termina une période de troubles où le désir et le besoin de l'unification du droit se sont manifestés.*

Le Code civil néerlandais datant de 1838 fut fortement inspiré de son exemple français, entré en vigueur dans les années 1810-1813 où les Pays-Bas furent annexés par la France.

A l'issue de la Deuxième Guerre mondiale, le temps était propice au projet de réforme du Code civil, lancé en 1938 à l'initiative du Professeur E.M. Meijers.

Comme point de départ, il avait établi une liste de 100 points sur lesquels le Code civil devait être révisé.

Le projet de codification avait pour but de construire un système de droit civil cohérent, en abandonnant le système du Code civil français.

La politique législative et la technique législative employées pour la révision du Code civil néerlandais dans les années 1947-1992 (année de sa mise en vigueur) seront le sujet de cette présentation.

I. Introduction

A l'issue de la Seconde Guerre mondiale (1940-1945), le temps était propice au projet de révision du Code civil néerlandais datant de 1838.

Le projet de codification, lancé avant la guerre à l'initiative du professeur E.M. Meijers de l'Université de Leyde, avait pour but de construire un système de droit civil cohérent moderne, en abandonnant le système du Code civil français instauré aux Pays-Bas par Napoléon en 1810 et maintenu dans les Codes néerlandais de 1838.

La politique et la technique législatives employées pour la révision du Code civil néerlandais dans les années 1947-1992 (1992, année de la mise en vigueur du droit patrimonial du nouveau Code civil) seront le sujet de cet article.

Dans le paragraphe suivant (II), je décris le cadre historique de la codification aux Pays-Bas dès le dix-neuvième siècle. Seront traités la codification du droit civil aux Pays-Bas jusqu'en 1838 (1.), le système et la matière du Code civil néerlandais de 1838 (2.), les années de débat: 1928-1947 (3.) et les années de rédaction du Code civil de 1992: 1947-1992 (4.) Le paragraphe III traite du système du Code civil néerlandais de 1992 (1.) et de la matière du Code civil néerlandais de 1992 (2.). La politique et la technique législatives du Code civil de 1992 seront

* Professeure associée de Droit privé, Faculté de Droit de l'Université d'Amsterdam (Pays-Bas), secrétaire général du groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant. d.l.m.t.dankers-hagenaars@uva.nl.

le sujet du paragraphe IV. Je traite successivement des sources de l'inspiration du professeur E.M. Meijers (1.), de la technique législative (2.), de la politique législative (3.) et de la période après la mise en vigueur du Code civil en 1992 (4.). Je termine avec une conclusion (V).

II. Le cadre historique de la codification aux Pays-Bas

1. La codification du droit civil aux Pays-Bas jusqu'en 1838

Pendant plusieurs siècles, le pays que l'on appelle actuellement 'les Pays-Bas' était organisé selon le modèle d'une confédération. La 'République des Sept Provinces Unies' (1581-1795) connut différents systèmes de droit dans les différentes provinces et régions du territoire. Les systèmes existaient l'un à côté de l'autre sans que l'on n'ait senti le désir ou le besoin de les remplacer par un seul code général, valable pour l'ensemble du territoire.¹

En 1795, à la suite de la soi-disant 'Révolution Batave'², naquit la 'République batave'. Tout le programme d'une Constitution et d'un Code général couvrant le droit civil, le droit commercial, le droit pénal et le droit des procédures civile et pénale s'y est développé. Trois années plus tard, le désir même d'une codification est codifié dans le premier prédécesseur de l'actuelle Constitution du Royaume des Pays-Bas.³

Au cours des années, la France agrandit son influence sur le territoire de la République batave. En 1806, la France transforma la République en 'Royaume de la Hollande', ayant comme roi Louis-Napoléon, frère de l'empereur Napoléon. Quelques années plus tard, en 1810-1811, la France annexe les Pays-Bas et les cinq Codes français (Code civil, Code de la procédure civile, Code pénal, Code de la procédure pénale et Code de commerce) entrent en vigueur de force.

L'indépendance, venue en 1813, n'a pas abouti au rejet immédiat des cinq Codes français. On décide de les maintenir 'par provision' pour éviter d'être sans code du tout.⁴ En 1829, la rédaction du Code civil et du Code de commerce néerlandais est terminée. Les troubles politiques avec la Belgique, résultant dans la rupture définitive survenue en 1830, ont suspendu la mise en vigueur du Code civil et du Code de commerce jusqu'en 1838.

2. Le Code civil néerlandais de 1838: système et matière

La mise en vigueur du Code civil et du Code de commerce néerlandais de 1838 termina une période de troubles politiques où le désir et le besoin de l'unification du droit se sont

¹ Le texte de cet article est en partie basée sur D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, 'Le nouveau Code civil néerlandais, un cousin lointain dans la famille du droit français', in: J.P. Dunand, B. Winiger, "Le Code civil français dans le droit européen" Actes du Colloque, Ed. Bruylant, Bruxelles 2005, p. 179-195.

² 'Les Bataves' était le nom d'une tribu germanique de l'époque romaine. Au dix-huitième siècle, on empruntait le nom 'batave', nom à connotation héroïque, pour exprimer le patriotisme de la jeune nation des Pays-Bas.

³ L'art. 28 al. premier du *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk*.

⁴ L'art. premier du *Décret Souverain* du 11 décembre 1813.

manifestés. Pendant la période entre l'indépendance de 1813 jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil de 1992, les Pays-Bas ont conservé la division du droit en cinq Codes selon le système français.

Au niveau du Code civil lui-même le système du Code civil français a été adopté en faisant la division en deux parties: le droit des personnes / de la famille et le droit patrimonial. Dans ce système le droit patrimonial se subdivise en droit réels (*iura in rem*) et droits personnels (*iura in personam*).

Dans le détail, le législateur néerlandais de 1838 a choisi des options fondamentalement différentes. Les dispositions du Titre préliminaire du Code civil français sont placées dans une loi indépendante.¹ Au niveau des Livres du Code, la nouveauté la plus grande réside dans la séparation dans deux Livres différents des dispositions sur le droit des biens et sur le droit des obligations. Le Livre II traite du droit des biens et du droit des successions, le Livre III traite du droit des obligations.

Le Code civil néerlandais stipule que le transfert des biens requiert la délivrance en vertu d'un titre valable, effectuée par celui qui a le droit de disposer du bien. On ne devient propriétaire que par le transfert de la propriété. L'exigence d'un transfert signifie un retour à l'ancienne tradition issue du droit romain et de l'ancien droit hollandais.²

La matière du Code civil néerlandais de 1838 a été fortement inspirée du Code civil français. Nombre d'articles de ce Code ne sont rien de plus qu'une traduction plus ou moins fidèle du Code civil français.³ Pour souligner cette parenté, le Code civil néerlandais de 1838 indiqua après chaque article l'article correspondant du Code civil français.⁴

Trois aspects du Code civil de 1838 démontrent clairement la rupture avec le concept français. Ces modifications ont été maintenues dans le Nouveau Code civil de 1992.

Le Code civil néerlandais règle l'intégralité de la matière des régimes matrimoniaux dans le Livre I (Des personnes), immédiatement après le titre du mariage. Le contrat de mariage n'est pas considéré comme l'équivalent d'un contrat civil ordinaire, comme en France, mais

¹ *Wet houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk*. (Loi contenant les dispositions générales de la législation du Royaume).

² Voir les articles 667-671 de l'ancien *Burgerlijk Wetboek*. L'art. 3:84 al. premier BW (*nouveau Code civil*) stipule également la délivrance: 'Le transfert de propriété requiert la délivrance en vertu d'un titre valable, effectuée par celui qui a le droit de disposer du bien'. Les Pays-Bas adhèrent à la doctrine 'causale': l'atteinte au fondement juridique (*causa*) entraîne la nullité du transfert. La traduction des articles des Livres 3, 5, 6 et 7 du Code civil est prise dans *New Netherlands Civil Code, patrimonial law, Nouveau Code civil néerlandais, le droit patrimonial*, traduit par P.P.C. Haanappel, Ejan Mackaay, Deventer 1990.

³ P. Scholten, 'De Codificatie-gedachte voor honderd jaar en thans', in: P. Scholten, E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, herdruk, Zwolle 1990, p. 1-31. Il nommait le Code civil néerlandais de 1838 'une copie utile d'un chef d'œuvre'.

⁴ En 1838, le juriste Carl Asser a publié une étude dans laquelle il compara le Code civil néerlandais avec le Code civil français: C. Asser, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's Gravenhage 1838.

comme un contrat régi par ses propres particularités.¹ Le système légal qui règle le régime matrimonial est celui de la communauté totale des biens, à laquelle on peut déroger par contrat. Ce régime date du XIIIe siècle et a été réintroduit en 1838.

Contrairement au Code civil français, l'ancien Code civil néerlandais consacrait une place primordiale aux dispositions sur la possession et les droits qui s'ensuivent. Ainsi les idées du droit romain, abandonnées par le Code civil français, sont réintroduites dans le droit néerlandais.

Le Code de 1838 avait réintroduit certains droits réels originaires de l'ancien droit hollandais et disparus pendant l'annexion par la France en 1810. Certains ont survécu et figurent également dans le Code de 1992, d'autres ont disparu en 1992.³

3. Les années de débat: 1928-1947

Déjà en 1928 le professeur E.M. Meijers comptait 100 points sur lesquels le Code civil devait être révisé selon lui.⁴ A l'occasion du centenaire de l'ancien Code civil néerlandais en 1938, il publia un article dans lequel il énumérait les modifications et les suppléments faits au Code civil depuis 1838. Il démontra que les modifications et les changements étaient peu fréquents et que la majeure partie des nouveautés juridiques fut réglée au dehors du Code civil, notamment pas la jurisprudence. Ceci nuisit à l'unité du droit et encouragea les spécialisations.

En 1938, Meijers n'envisageait pas une rupture totale avec le droit civil en vigueur, mais plutôt une modernisation qui pourrait restaurer la cohérence du droit civil. Cette révision permettrait de combler certaines lacunes du code et d'intégrer les développements de la jurisprudence et les lois spéciales de droit civil se trouvant hors du code.⁵ A coté des critiques positives les idées de Meijers suscitèrent bien des remarques négatives de ceux qui se sont opposés aux idées de recodification. Célèbre est la phrase du professeur Paul Scholten de l'Université d'Amsterdam, un fervent opposant au projet. Une seule phrase résume son opinion: 'Notre Code est une possession tranquille'.⁶

¹ C. Asser, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's Gravenhage 1838, p. 8-9.

² Le droit de superficie (art. 5:101 al. premier BW) est le droit réel d'avoir ou d'acquérir la propriété de constructions, d'ouvrages et de plantations qui se trouvent dans l'immeuble d'autrui, sur celui-ci ou au-dessus de celui-ci.

³ Le droit de la dîme et la redevance foncière (art. 784-802 ancien *Burgerlijk Wetboek*).

⁴ H. Cohen Jehoram, *Over codificatie, van voor Portalis tot na Meijers*, Deventer 1970, p. 16-17. Pour connaître les idées du professeur Meijers publiées en langue française: 'La réforme du Code civil néerlandais' et 'La révision du Code civil néerlandais', dans: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen van E.M.Meijers*, Leiden 1954, p. 159 et suivants et p. 194 et suivants.

⁵ E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht) Universiteit Limburg, Maastricht 1994; Florijn, herdruk, p. 86-88.

⁶ P. Scholten, 'De Codificatie-gedachte voor honderd jaar en thans', in: P. Scholten, E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, herdruk, Zwolle 1990, p. 30. Voir aussi A. Pitlo, 'Projet pour un nouveau Code civil néerlandais', dans: *Revue internationale de droit comparé*, 1956, num. premier, p. 40.

Malheureusement, la Seconde Guerre mondiale (1940-1945), intervenue deux années plus tard, interrompait la discussion sur la révision du Code civil. Différentes sources affirment que le professeur Meijers, qui était d'origine juive, esquissait le plan du nouveau Code civil pendant son internement aux camps de concentration de Westerbork et de Theresienstadt.¹

4. Les années de rédaction du Code civil de 1992: 1947-1992

Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, le professeur Meijers avait une allure nationale. Il avait survécu aux camps de concentration et faisait un nouvel effort pour faire accepter son projet de recodification. Cette fois-ci, le temps lui était propice. Il n'y eut presque pas de résistance au projet de codification. La période après la Seconde Guerre mondiale était en effet favorable aux initiatives nouvelles. Il soufflait un esprit de renouvellement, issu de l'optimisme d'après-guerre.²

Par Décret Royal de 1947 le projet de diriger la rédaction du nouveau Code civil fut conféré au professeur Meijers. Il poursuivit tout de suite les travaux. La première embauche du Livre 3 (Du droit patrimonial en général) fut présentée le 24 avril 1948 et le premier concept du Livre 6 (Du droit des obligations en général) vers septembre 1950.

En 1953, Meijers défendait son projet de codification au Parlement: 'Il nous faut nous débarrasser de ce désordre, il nous faut essayer de construire un système cohérent'.³

Après la mort de Meijers, survenue en 1954, son travail fut continué par un triumvirat de trois juristes renommés. Ils publiaient le texte du Livre 5 (Des droits réels) en 1955 et du Livre 6 (Du droit des obligations en général) en 1961. La publication des différents Livres était accompagnée de vastes Commentaires.

Dans les années soixante les travaux étaient repartis sur un nombre grandissant de personnes. Les travaux traînaient, jusqu'à la nomination du commissaire du gouvernement Snijders dans les années soixante-dix. Entre-temps l'urgence d'un nouveau Code civil avait affaibli et les opposants se sont fait entendre de plus en plus. Les débats parlementaires ont retardé le projet.⁴

Le 20 avril 1977 les Livres 3, 5 et 6 ont été adoptés par la Deuxième Chambre du Parlement. La mise en vigueur était prévue en 1984. Suite à des oppositions politiques il a fallu attendre le premier janvier 1992 avant que le droit patrimonial du nouveau Code civil néerlandais ne puisse entrer en vigueur.

III Le nouveau Code civil de 1992

1. Le système du Code civil néerlandais de 1992

Le Code civil néerlandais de 1992 est un code classique, comme le *Code civil* français de 1804 et le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand de 1900. Un code classique a deux caractéristiques principales: il est complexe et il a un caractère cohérent.

¹ Florijn, *op.cit.*, p. 108-109.

² Voir Florijn, *op. cit.*, p. p. 91-106.

³ *Parlementaire Geschiedenis NBW*, Algemeen deel 1961, p. 70-103.

⁴ Florijn, *op. cit.*, p. 235-244.

L'exigence de complexité veut dire que le Code traite de tous les aspects du droit privé sans exclure la possibilité que certains sujets de droit privé soient réglés hors du Code civil. L'exigence de cohérence interne du Code entraîne que les stipulations ne peuvent se contredire et qu'une stipulation donne une seule réponse à toute question de droit. En outre, on reconnaît un code classique par son concept systématique et par son niveau d'abstraction.¹

La complexité du Code civil néerlandais de 1992 est illustrée par l'intégration de la matière du Code civil et du Code de commerce dans un seul Code civil.² Cette abolition de la systématique française de cinq Codes n'a pas été une nouveauté complètement inattendue. L'ancien droit hollandais ne connaissait pas la distinction entre les deux matières. L'organisation du droit civil et du droit de commerce en deux Codes a été imposée pendant la période française (1810-1813). Depuis 1883, lors des discussions sur la nécessité de l'existence d'un Code de commerce, il ne s'agissait plus de la question de savoir *si* le Code devait être supprimé mais plutôt de la question de savoir *comment* on devait s'organiser pour le faire aussi vite que possible.³

La matière du Code de commerce se trouve actuellement dans les Livre 2 (Des personnes morales), Livre 7 (Des contrats nommés) et Livre 8 (Du droit du transport et des moyens de transport) du Code civil. Citons comme exemple le contrat d'assurances, dont les dispositions se trouvaient dans le Code de commerce néerlandais de 1838 et qui est intégré dans le Livre 7 Titre 17 depuis le premier janvier 2006. Le Livre 8 comporte entre autres les dispositions sur le transport de marchandises par la mer.

Déjà en 1935, le droit néerlandais s'adapta aux besoins de la pratique et supprima la distinction juridique entre les commençants et les non-commerçants. En 1947, le professeur Meijers a pris comme point de départ pour son projet de codification la disparition de cette distinction.⁴

Aux Pays-Bas, le droit sur la faillite a eu une double réglementation, à l'instar de l'exemple français, dans le Code de commerce pour les commerçants et dans le Code civil pour les non-commerçants. Depuis 1896, une loi autonome, *la Loi de la faillite*, a réglé la matière pour les deux, hors des deux Codes. Avec la disparition de la distinction entre commerçants et non-commerçants, les tribunaux spécialisés pour les commerçants ont été supprimés. La situation antérieure à la période française (1810-1813) a été rétablie.

La cohérence interne du Code civil néerlandais est manifestée par sa structure stratifiée. Le plan du nouveau Code civil constitue une véritable rupture avec le Code civil français. Le Code civil actuel se compose de huit Livres: le Livre premier (Du droit des personnes), le Livre 2 (Des personnes morales), le Livre 3 (Du droit patrimonial en général), le Livre 4 (Des successions), le Livre 5 (Des droits réels), le Livre 6 (Du droit des obligations en général), le

¹ M.W. Hesselink, *The structure of the new european private law*, XVIe congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 2002, Bruxelles 2003, p. 352.

² Voir W. Wedekind, D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, 'La circulation du modèle juridique français aux Pays-Bas', dans: *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIV, 1993, Litec Paris 1994, p. 419-442.

³ R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht* (diss. UvA), Nijmegen 1998, p. 121.

⁴ R.J.Q. Klomp, *op. cit.*, p. 190-193.

Livre 7 (Des contrats nommés) et le Livre 8 (Du droit du transport et des moyens de transport).

En effet, le plan original du Code comptait encore les Livres 9 et 10. L'avenir du Livre 9, traitant de la propriété industrielle et intellectuelle, est incertain puisque cette matière est souvent réglée dans des lois autonomes, par exemple dans le contexte des lois uniformes du Benelux.¹ Le Livre 10 devrait réunir le droit international privé.

Les Livres du Code civil sont divisés en Titres, et les Titres souvent en Sections. Les articles du Code sont numérotés à l'intérieur de chaque Livre.²

Les Livres premier (Des personnes), 2 (Des personnes morales) et 8 (Du droit du transport et des moyens de transport) sont entrés en vigueur depuis respectivement le premier janvier 1970 (à l'exception du droit du divorce), le premier janvier 1976 et le premier avril 1991. La plus grande partie du Code civil, englobant le droit patrimonial, est entrée en vigueur en bloc le premier janvier 1992. C'est pourquoi l'on nomme souvent le nouveau Code civil 'Code civil de 1992'. Il s'agit des Livres 3 (Du droit patrimonial en général), 5 (Des droits réels), 6 (Du droit des obligations en général) et certaines parties du Livre 7 (Des contrats nommés).

Ces dernières années, le travail de codification consiste à intégrer dans le système du Livre 7 un bon nombre de contrats nommés, dispersés dans l'ancien Code civil de 1838 et dans le Code de commerce de 1838. Il faut penser au droit des assurances, au bail rural et au droit du travail. Le Livre 4 (Des successions) a été le sujet de longs débats au parlement, nourri par les opinions opposées dans le notariat néerlandais, notamment à cause de la position successorale du conjoint survivant. Son entrée en vigueur, tant attendu, fut seulement le premier janvier 2003.

2. La matière du Code civil néerlandais de 1992

En général, la *matière* du nouveau Code civil néerlandais se caractérise par une structure dite 'stratifiée', par un changement de terminologie, par l'introduction de 'normes ouvertes' et par l'adoption des développements qui se sont manifestés dans la jurisprudence.

La structure 'stratifiée' du Code veut dire que les dispositions qui se rapportent à une question de droit se retrouvent à plusieurs niveaux, allant du plus général au plus détaillée. Pour connaître tous les aspects d'une règle juridique, il faut se référer à plusieurs articles du Code civil. Prenons comme exemple le contrat de vente d'un ordinateur entre un commerçant et un étudiant. Le Livre 3 (Du droit patrimonial en général) contient les dispositions générales pour tout le droit patrimonial. Dans le Titre 2, on trouve les dispositions sur l'acte juridique, la volonté, les vices de consentement et les conditions de forme qui s'appliquent à l'ensemble du droit patrimonial et même en dehors de celui-ci par analogie légale.³ Ensuite, il faut consulter le Livre 6 (Du droit des obligations en général) qui

¹ La loi des dessins et modèles et le droit des marques de fabrique.

² Art. 6:162 *BW* signifie l'article 162 du Livre 6 *BW* (l'acte illicite).

³ Texte de l'art. 3:59 *BW*: 'Les dispositions du présent titre s'appliquent par analogie dans les domaines autres que le droit patrimonial, dans la mesure où la nature de l'acte ou du rapport juridique ne s'y oppose pas.'

contient également une partie générale qui est valable pour tout le droit des obligations. Dans le Titre premier Section 10 du Livre 6, on trouve la réglementation générale concernant la réparation des dommages contractuels et extra-contractuels. Le Titre 5 du Livre 6 contient les dispositions sur le contrat en général et dans son Section 5 sur le contrat mutuel. Ce Titre contient une partie traitant des conditions générales dans les contrats entre professionnels et consommateurs. On y trouve une liste de clauses qui sont considérées onéreuses ou qui sont censées être onéreuses. Dans ces cas, les clauses sont annulables. Ensuite, le Livre 7 traite des contrats nommés, son Titre Premier donne les dispositions relatives au contrat de vente, y inclus la protection du consommateur. Bien que ce concept de 'structure stratifiée' puisse paraître compliqué, la pratique a démontré que l'on s'y habitue vite.

La terminologie du Code civil constitue une rupture avec le langage introduit en 1838. Depuis 1992, la notion de *bien* est utilisée dans le sens le plus large possible, y compris pour toutes les choses et tous les droits patrimoniaux. La notion de *chose* est limitée à l'objet corporel. La propriété et les droits réels peuvent porter uniquement sur les objets corporels. La position de quelqu'un envers les droits incorporels est celui de *l'ayant droit*.

L'ancienne distinction entre *biens meubles* et *biens immeubles* s'est affaiblie en faveur d'une nouvelle distinction, celle entre *biens enregistrés* et *biens non-enregistrés*.

Le transfert de biens enregistrés s'effectue exclusivement après l'inscription dans les registres publics d'un acte de transfert de propriété, passé devant un notaire.

Le Code civil de 1992 se caractérise par l'introduction de 'normes ouvertes'. La notion de *bonne foi* est devenue l'une des notions les plus importantes du Code civil néerlandais. La terminologie classique de *bonne foi* (*goede trouw*) est maintenue pour les droits réels puisqu'elle renvoie à la personne qui est censée agir de bonne foi.¹

Dans le droit des obligations, le législateur a renouvelé la terminologie en introduisant la notion '*les exigences de la raison et l'équité*' (de *eisen van redelijkheid en billijkheid*).²

Par cette introduction de la notion ouverte des *exigences de la raison et de l'équité*, le législateur a voulu laisser au juge la liberté nécessaire pour les situations où aucune règle de droit détaillée ne peut être fixée: 'En déterminant ce que demandent la raison et l'équité, on doit tenir compte des principes de droit généralement reconnus, des conceptions du droit qui ont cours aux Pays-Bas, ainsi que des intérêts sociaux et personnels en cause.'³ Apparemment,

¹ Texte de l'art. 3:11 *BW*: 'La bonne foi fait défaut non seulement quand une personne connaissait les faits ou le droit sur lesquels devait porter sa bonne foi, mais encore si, dans les circonstances, elle aurait dû les connaître.'

² Voir M. Storme, 'La bonne foi dans la formation du contrat' et D. Dankers-Hagenaars, 'La bonne foi dans l'exécution du contrat', dans: *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Litec Paris 1994, p. 163 et suivants et p. 311 et suivants.

³ Texte de l'art. 3:12 *BW*: 'En déterminant ce que demandent la raison et l'équité, on doit tenir compte des principes de droit généralement reconnus, des conceptions du droit qui ont cours aux Pays-Bas, ainsi que des intérêts sociaux et personnels en cause.' Pour l'application de la notion de *la raison et l'équité* dans le droit des obligations, voir l'art. 6:2 *BW* et pour le contrat obligatoire voir l'art. 6:248 *BW*. L'art. 6:216 *BW* stipule que les Sections 1 -3 du Titre 5 (Des contrats en général) du Livre 6 est applicable à tous les actes juridiques multilatéraux patrimoniaux par analogie légale.

on n'est pas loin de la notion de bonne foi contenue dans l'article 1135 du Code civil français.¹

La matière du Code civil de 1992 contient des nouveautés qui résultent de la codification des développements dans la jurisprudence.

Le Titre 3 du Livre 6 est réservé exclusivement à l'acte illicite et reflète un long développement jurisprudentiel. On y trouve, à côté de la responsabilité 'classique' pour faute, une large place réservée à la responsabilité basée sur le risque, sans égard à la faute. Il est à noter que l'essentiel de la responsabilité du fait des accidents de la circulation s'est développé hors du Code civil et se fonde sur un article du Code de la route.²

Le Titre 4 du Livre 6 traite des obligations résultant de sources autres que l'acte illicite ou le contrat. Il s'agit de la gestion d'affaires (Section première), du paiement de l'indu (Section deuxième) et de l'enrichissement sans cause (Section troisième). L'enrichissement sans cause est actuellement reconnu comme source légale d'une obligation (l'art. 6:212 BW).

Issus de la jurisprudence je mentionne encore l'abus de circonstances, introduit comme vice de consentement officiel (l'art. 3:44 al.4 BW), la codification de la règle jurisprudentielle de l'imprévision (6:258 BW) et le pouvoir du juge de modifier un contrat à la demande de l'une des parties (6:230 BW).

Dans le droit des sûretés réelles, on constate que les Pays-Bas ont aboli expressément l'aliénation fiduciaire à titre de garantie (*fiducia comme creditore*).³ Pour répondre aux besoins commerciaux, le Code a introduit le droit de gage sur une chose mobilière, sans dépossession et sans enregistrement dans un registre public.⁴ Le droit de gage sur un droit sans dépossession peut s'effectuer sans notification au débiteur de la créance cédée par un acte authentique ou par acte sous seing privé enregistré.⁵

¹ 'Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.'

² L'art. 185 du Code de la route.

³ L'art. 3:84 al. 3 BW: 'Ne constitue pas un titre valable de transfert juridique qui vise à transférer le bien aux fins de sûreté ou qui n'a pas pour objet de le faire tomber dans le patrimoine de l'acquéreur par le transfert.'

⁴ L'art. 3:237 al. premier BW: 'Le droit de gage sur une chose mobilière, sur un droit au porteur ou sur l'usufruit de telle chose ou de tel droit peut également être établi par acte authentique ou par acte sous seing privé enregistré, sans que la chose ou le titre au porteur soit placé en la puissance du créancier gagiste ou d'un tiers.'

⁵ L'art. 3:239 al. premier BW. Voir T.H.D. Struycken, Rapport néerlandais, *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLVII 1996, L.G.D.J Paris 1998, p. 253-272 et W. Sinninghe Damsté, *idem*, p. 273 et suivants.

IV La politique et la technique législatives

1. Les sources de l'inspiration de Meijers

Le Code civil actuel des Pays-Bas (1992) est indissolublement rattaché au nom du professeur E.M. Meijers (1880-1954) de l'Université de Leyde.¹ Il est connu que Meijers estima aussi bien l'importance de l'histoire du droit que des sources de droits étrangers, notamment des codifications récentes. Dans une conférence tenue à la Société de Législation à Paris en 1948, il dit: 'Pour ce qui est du droit comparé, il faut étudier aussi bien les codes nouveaux que l'histoire du droit. On a besoin de codes nouveaux surtout pour apprendre des constructions et des solutions nouvelles (...).'

Meijers partait pour la Suisse en juillet 1947 pour s'orienter sur le droit civil suisse, notamment le système de l'administration du sol (art. 973 ZGB). Il avait également des contacts en France avec la Commission de réforme du Code civil sous la direction de Julliot de la Morandière, avec la Belgique (le professeur van Dievoet, Louvain) et avec l'Afrique du sud (le professeur Pont, Pretoria).

Bien que le professeur Meijers ait trouvé son inspiration dans tous les systèmes du droit civil disponibles, il manifestait une prédilection pour des codifications civiles modernes telles que les droits civils suisse et italien. Le BGB allemand l'inspirait à cause des parties générales.

Ses travaux se sont nourris de ses expertises professionnels de professeur, de juge à la Cour, d'avocat, et de conseiller juridique.

2. La technique législative

La méthode de travail de Meijers et de son équipe comportait plusieurs étapes. Le concept d'une première embauche était soumis à une étude de droit comparé afin d'approfondir la connaissance du droit dans d'autres pays, de trouver de l'inspiration ou de trouver la réponse à une question précise. Ainsi, pour la conception des dispositions sur l'acte juridique, on a trouvé des notes démontrant que ses collaborateurs ont consulté le Code civil de l'Italie, du Guatemala, de la Chine et de la Venezuela, l'avant-projet de la Hongrie, le Code international des obligations de Consentini (1937) et les ouvrages de Von Tuhr/Sieghart, de Planiol/Ripert et de Lutzesco (Traité et Pratique des Nullités, 1930).

Nonobstant la consultation de sources de droit comparé diverses, il a été réservé à l'adoption complète de ses solutions étrangères dans le droit néerlandais. Il manifestait une certaine prudence en jugeant que les textes de lois ne disent rien quand ils sont isolés de leur contexte social et de la façon dont ces textes sont appliqués. Un autre motif réside dans son

¹ Le professeur E.M. Meijers fut le fondateur du groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant en 1948. En 1948 les Journées néerlandaises ont eu lieu à La Haye et Leyde, *L'enrichissement sans cause*, Tome IV, année 1948. Voir aussi: W. Wedekind, 'Cinquantenaire du groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française', in: *Revue Internationale de droit comparé*, 1999, p.155-157.

désir de faire un projet 'simple', en essayant de conserver autant que possible le texte du code de 1838. Il partait plutôt de l'idée de vouloir adapter le droit existant au lieu de créer un droit tout à fait nouveau.¹

La division en Livres, Titres et Sections se retrouve dans l'ensemble du Code civil néerlandais de 1992. La technique de l'analogie légale mentionnée ci-dessus sert à sauver l'unité du droit civil. Les dispositions telles que l'article 3:59 et 6:216 BW relient des parties du droit en déclarant les dispositions d'une Section ou d'un Titre applicables à une situation pour laquelle elles n'ont pas été écrites. Ainsi le champ d'application d'une disposition juridique est agrandi et la règle juridique obtient une valeur plus générale.² Un exemple extrême est le dernier article du Livre 3 (Du droit patrimonial en général). L'article 3:326 BW stipule que 'les articles précédents s'appliquent par analogie au droit autre que patrimonial, dans la mesure où la nature du rapport juridique ne s'y oppose pas.'³

Deux nouveautés par rapport à l'ancien Code civil sautent aux yeux. Je viens de mentionner l'intégration de la matière du Code de commerce dans le Code civil.

L'autre nouveauté consiste dans l'introduction des parties générales qui ouvrent les Livres 3 (Du droit patrimonial en général) et 6 (Du droit des obligations en général). La partie générale traite des dispositions qui sont valables pour respectivement l'entier du Livre 3 et du Livre 6.

Après la mort de Meijers, le travail était poursuivi par des équipes de juristes. Dans le courant des années on s'est éloigné du point de départ de Meijers. Des modifications systématiques du Code ont vu le jour, suivies de façon critique par nombre de praticiens.⁴

3. La politique législative

Comme mentionné ci-dessus, Meijers n'envisageait pas une rupture totale avec le droit civil en vigueur, mais plutôt une modernisation qui pourrait restaurer la cohérence du droit civil néerlandais. Il voulait rétablir la répartition des compétences du législateur et du juge. Selon Meijers le rôle du juge s'était trop agrandi à cause des solutions de droit développées en dehors du Code par la jurisprudence.

¹ Florijn, *op.cit.*, p. 61-63; zie voor de bespreking verder Florijn, herdruk p. 106-113.

² Voir aussi les articles 3:14, 3:15, 3:59, 3:78, 3:79, 3:326, 6:4, 6:26, 6:216, 6:226, 6:261, 6:279, 7:50, 7:418 BW.

³ Voir également le texte de l'art. 3:59 BW: 'Les dispositions du présent titre s'appliquent par analogie dans les domaines autres que le droit patrimonial, dans la mesure où la nature de l'acte ou du rapport juridique ne s'y oppose pas.' L'art. 6:216 BW stipule que les Sections 1 -3 du Titre 5 (Des contrats en général) du Livre 6 est applicable à tous les actes juridiques multilatéraux patrimoniaux par analogie légale.

⁴ Pour un compte-rendu détaillé de la résistance au nouveau Code civil, voir: J.M. van Dunné, 'Lawyers paradise' or 'Paradise Lost'? The Dutch civil Code of 1992 as an exponent of the 19th century legislative tradition', in: *Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles: Bruylant 2004, p. 337-362.

Meijers avait des idées très précises sur la formulation d'une disposition légale. Il voulait que la loi donne des normes ouvertes de sorte que le juge puisse s'adapter aux modifications sociales dans les pensées des hommes.¹

La révision permettrait de compléter certaines lacunes du code civil et d'intégrer les développements de la jurisprudence et les lois spéciales de droit civil se trouvant hors du code. Ainsi le Code civil pourrait de nouveau être la source primordiale du droit civil.²

Les modèles utilisés pour la codification des différents chapitres du droit civil sont les mêmes. Le processus de codification a suivi le même trajet parlementaire, précédé de débats et de consultations.

Comme je viens de mentionner ci-dessus Meijers a consulté un grand nombre de juristes et de praticiens. Avant de mettre le projet de loi en discussion au Parlement il avait établi une liste de 52 questions de nature sociopolitique relatives à la base doctrinale du nouveau Code civil.

La préparation des différents Livres du Code civil se divise en trois étapes distinctes. La première étape a été la rédaction de l'avant-projet de loi, accompagnée d'un vaste commentaire ('les Livres verts'). Ce travail a été exécuté par des juristes sollicités par le Ministère de la Justice. Ils font des consultations auprès des avocats, des représentants professionnels et d'autres experts. Les Livres 1-4 ont été de la main de Meijers lui-même, après sa mort un triumvirat a poursuivi la direction de ce travail.

La deuxième étape consiste dans la discussion parlementaire des projets de loi à fin de fixer les différents Livres du Code civil. Chaque Livre individuel est présenté comme un projet de loi individuel de sorte qu'à vrai dire il n'existe pas un 'Projet de loi du Code civil' intégral. Les modifications des projets de loi sont motivées dans un commentaire.

Le projet de loi parcourt les étapes habituelles du trajet parlementaire: débats en commission, actes des séances, réponse du Ministre de la Justice, compte-rendu détaillée et résumé final. La discussion plénière dans la Deuxième Chambre du Parlement est encore précédée d'une réunion publique où chaque article du Projet de loi est discuté individuellement.

La troisième étape vise à mettre en vigueur la loi. Une loi spéciale règle le droit transitoire, l'adaptation de la législation jusqu'en ce moment en vigueur et les modifications faites dans la loi.³

¹ C.J.H. Jansen, 'De idealen van E.M. Meijers (1880-1954) t.a.v. de herziening van het Burgerlijk Wetboek', in: S.C.J.J. Kortmann, C.J. Jansen, G. van Solinge (red.): *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2002, p. 8.

² Voir: A.S. Hartkamp, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht' in: *NJB* 1983, p. 1069-1076.

³ A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1-3. Pour une étude plus approfondie: A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Monografieën Nieuw BW A-1, Deventer: Kluwer 2002.

La loi est votée dans la Deuxième Chambre puis renvoyée au Sénat. Après l'adoption au Sénat la loi sera soussignée par le Chef d'Etat (la Reine) et le Ministre de la Justice. La fixation de la date de sa mise en vigueur et la publication dans le Bulletin Officiel terminent le trajet parlementaire.

4. La période après la mise en vigueur du Code civil en 1992.

Le droit n'est pas un phénomène statique. Depuis sa mise en vigueur en 1992 le Code civil néerlandais a subi de nombreuses modifications. Une brève consultation démontre plus de 70 modifications. Evidemment ces modifications ne sont pas toutes d'une importance fondamentale. En examinant on pourrait les résumer dans les trois aspects suivants:

- a. Les modifications opérées suites aux Directives européennes, notamment celles concernant la protection grandissante des droits du consommateur.
- b. L'évolution du droit de la famille aux Pays-Bas.
- c. Les adaptations techniques et les notions nouvelles.

Je mentionne quelques-unes de ces modifications pour donner une impression de la variété et de la complexité technique de certaines de ces modifications.

a. Les modifications opérées suites aux Directives européennes, notamment celles concernant la protection grandissante des droits du consommateur.

L'implémentation des dispositions d'une Directive européenne peut poser des problèmes systématiques. L'exemple du contrat conclu à distance le démontre. Le contrat conclu à distance est une nouveauté qui n'a pas pu être prévue par le professeur Meijers en 1947. Suite à la Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 un article du Code civil néerlandais protège le consommateur qui acquiert une chose ou un service par une convention conclue à distance.¹ L'intégration de cet article dans le Code civil de 1992 a posé des problèmes systématiques et dogmatiques au codificateur. Il devait faire le choix difficile entre l'adoption dans les Livres 6 (Du droit des obligations en général) ou 7 (Des contrats nommés). Le Livre 7 Titre premier est réservé exclusivement au contrat de vente d'une chose meuble ou immeuble. Comme la Directive envisage aussi bien la protection de l'acquéreur d'une chose que d'un service, le législateur a songé à intégrer le nouvel article dans le Livre 6. Ce Livre traite des obligations en général et il a un caractère plus large que la vente. La discussion a finalement résulté dans la rédaction de l'article 7:46a *BW*. On constate que le Livre 7 Titre premier, dans sa conception réservé exclusivement au contrat de vente d'une chose meuble ou immeuble, contient désormais une seule disposition qui règle également les services.²

¹ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance; voir *Stb.* 2000, 617.

² Pour d'autres exemples de l'implémentation des dispositions d'une Directive européenne dans le Code civil: L'article 7:6a *BW*, Adaptation du Livre 7 *BW* à la directive concernant certains aspects de la vente et des garanties pour les produits de consommation; voir *Stb.* 2003, 110. L'article 7:2 *BW*; Adaptation du Livre 7 Titre premier *BW* concernant les dispositions législatives en matière de vente de biens immeubles (...) (23 095) *Stb.* 2003, 588.

Le Livre 2, *Du droit des personnes morales*, a également subi l'influence européenne en adaptant la Directive 2000/35/CE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.¹ Une autre innovation apportée au Livre 2 - non issue de l'Europe mais plutôt locale - concerne la possibilité de dresser les règlements des associations et des fondations frisonnes en langue frisonne, le langage officiellement reconnu de la province nordique la Frise.²

Le droit du travail, comme contrat nommé réglé dans le Livre 7 Titre 10, est influencé par le droit européen, notamment dans le but de protéger l'employé.³ Dans le Code civil, on trouve des adaptations résultant de l'introduction d'autres lois, notamment sur les conditions de travail.⁴

b. L'évolution du droit de la famille aux Pays-Bas

Aux Pays-Bas le Livre premier (Du droit des personnes) est loin d'être la 'possession tranquille' dont rêvait le professeur Scholten en 1938. Le texte, mis en vigueur en 1970, s'est évolué sous l'influence de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Le partenariat enregistré pour deux personnes du même sexe existe depuis 1997.⁵ Ainsi a été codifié l'égalité devant la loi entre partenaires du même sexe dans une relation affective durable. L'introduction de cette faculté a entraîné d'autres mesures, concernant l'autorité parentale et la tutelle partagée⁶, la révision du droit du nom de famille⁷ et la révision du droit de la filiation et de l'adoption.⁸

L'ouverture du mariage aux couples du même sexe⁹ et l'ouverture à l'adoption sont de nouvelles étapes dans une évolution pas encore accomplie. Le principe directeur de cette

Les stipulations malhonnêtes dans les contrats entre un professionnel et un consommateur (26 470) *Stb.* 1999, 468). Adaptation du Livre 6 à la Directive 97/55/CE rectifiant la Directive 84/240/CEE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (27 619) *Stb.* 2002, 187. Une mise à jour du droit en matière de protection des consommateurs contre les produits défectueux qui leur causent un dommage.

¹ Directive 2000/35/CE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (28 239) *Stb.* 2002, 545.

² *Stb.* 2001, 574; Voir encore: Loi sur le crédit 1992 (28 189) *Stb.* 2002, 330; (27 900) *Stb.* 2002, 225; (27 670) *Stb.* 2002, 142; (25 753) *Stb.* 1998, 184; (26 1233) *Stb.* 1999, 408; (28 217) *Stb.* 2003, 203.

³ Directive 99/70/CE concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (27 661) *Stb.* 2002, 560; Directive 98/50/CE concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (27 469) *Stb.* 2002, 215.

⁴ (25 879) *Stb.* 1999, 184; (27208) *Stb.* 2001, 568; (26 257) *Stb.* 1999, 741; (25 263) *Stb.* 1998, 300; (20 890) *Stb.* 1998, 187; (27 224) *Stb.* 2003; (26 079) *Stb.* 2000, 545; (27 678) *Stb.* 2002, 628; (27665) *Stb.* 2002, 625, 682.

⁵ *Stb.* 1997, 324; *Stb.* 1997, 506.

⁶ *Stb.* 2001, 468.

⁷ *Stb.* 1997, 161.

⁸ *Stb.* 1998, 772.

⁹ *Stb.* 2001, 9 et 10.

réforme a été le principe de l'égalité devant le droit de toutes les personnes résidant aux Pays-Bas. L'article premier de la Constitution des Pays-Bas stipule que tous ceux qui sont aux Pays-Bas sont traités de manière égale dans des situations égales. La discrimination basée sur la religion, la conviction, l'opinion politique, la race, le sexe ou quelque autre base que ce soit, n'est pas autorisée. Une autre base de discrimination interdite pourrait être l'orientation sexuelle d'une personne.

Comme le mariage est considéré comme étant le symbole qui confirme l'engagement réciproque de deux personnes, le législateur n'a pas voulu refuser cette possibilité à des personnes du même sexe. L'exigence que les partenaires dans un mariage doivent être de deux sexes différents a été vue comme une distinction sur le sexe et sur l'orientation homosexuelle sans fondement objectif et raisonnable.¹ Les Pays-Bas sont un pays laïc. La loi juge le mariage uniquement dans ses rapports civils: les droits et les obligations qui sont rattachés au contrat de mariage. Il est à noter que jusqu'en ce moment l'adoption est restreinte à l'adoption d'un enfant vivant aux Pays-Bas. L'adoption d'un enfant résidant dans un autre pays est réservée aux couples mariés de deux sexes différents.

c. Les adaptations techniques et les notions nouvelles.

Suite à la mise en vigueur d'autres lois, le Code civil a subi de nombreuses petites adaptations de nature 'technique'. L'introduction de l'euro a laissé ses traces dans le Code civil.² Ainsi le florin hollandais a été remplacé par l'euro dans l'article 6:190 *BW*, indiquant la franchise pour la responsabilité du fait des produits défectueux.

Les développements techniques comme la signature électronique soulèvent des questions de droit civil.³ La prescription concernant la revendication d'une chose meuble transférée par un voleur est relativement brève: trois ans.⁴ Trop brève dans le cas d'un bien de valeur culturelle. C'est pourquoi dans certains cas la disposition de l'article 3:86 *BW* est mis à côté par l'article 3:86a *BW*, suite à la Directive 93/7/CEE relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre.

Suite à des développements dans le monde financier les notions nouvelles telles que la sécurisation et le factoring ont fait ressentir l'imperfection de l'article 3:94 al. premier *BW* du Code civil de 1992. Cet article stipulait que la délivrance requise pour le transfert de droits⁵ qui s'exercent à l'égard de personnes déterminées s'effectue par un acte prévu à cet effet et par la notification de celui-ci à ces personnes par l'aliénateur ou par l'acquéreur. La notification était un élément essentiel de la validité du transfert. Suite à l'entrée dans l'usage de nouvelles formes de financement – comme la sécurisation et le factoring – qui entraînent beaucoup de transactions, la pratique a eu besoin d'une méthode plus simple et moins

¹ *Kamerstukken II*, 1997/98, 22 700, nr. 23 p. 5.

² (28 075) *Stb.* 2001/2, 664, 664; (27 472) *Stb.* 2001, 481; (26 823) *Stb.* 2000, 267.

³ (27 743) *Stb.* 2003, 199.

⁴ L'art. 3:86 *BW*.

⁵ Art. 3:6 *BW*: 'Sont patrimoniaux les droits qui sont transférables séparément ou conjointement avec un autre droit, ceux qui visent à procurer à leur titulaire un avantage matériel ou encore ceux qui ont été acquis en contrepartie d'un avantage matériel qui a déjà été fourni ou qu'on fait miroiter.'

administrative. Un nouvel alinéa 3 de l'article 3:94 BW a introduit la possibilité – sous des conditions strictes – que l'exigence de la notification sera remplacée par une autre procédure qui protège l'acquéreur de bonne foi.

V Conclusion

Le projet de révision du Code civil néerlandais n'a pas été le fruit d'une révolution politique ou d'une guerre entre deux peuples. La mise en vigueur du Code ne manifeste pas non plus d'une rupture politique, sociale ou économique. Le Code de 1992 a vu le jour après des travaux préparatoires et de longs débats en parlement, comme il a été le cas avec son prédécesseur, le Code civil de 1838.

Le Code civil de 1838 a été fidèle à sa source d'inspiration quant au système adopté et quant à la matière. Le Code civil néerlandais de 1992 a rompu avec son prédécesseur en adoptant un système différent. La matière a été influencée par des sources internationales diverses.

Le professeur Meijers a voulu un Code civil cohérent et complexe. Le Code civil néerlandais s'est démontré ne pas être un Code civil tout à fait statique. Elle évolue et s'adapte aux changements imposés par le droit européen et les modifications dans la société et dans l'économie. Les Directives européennes harmonisent déjà une grande partie du droit national. Le Code civil l'accueille en l'intégrant dans son texte.

Il faut apprécier cette capacité de notre droit de s'adapter aux changements divers qui se produisent.

La cassation et le recours réglementés par la procédure civile roumaine

Sebastian SPINEI*

Résumé: *Le recours civil est l'une des institutions procédurales qui ont connu, dans le droit roumain, de fréquents changements.*

Parmi ceux-ci, ceux survenus à partir de 1993 ont démontré que le législateur roumain n'a pas réussi à isoler, de façon satisfaisante, les données du recours, respectivement celles qui pourraient conférer l'identité réelle à cette voie d'attaque.

L'échec de l'identification d'un modèle théorique de référence a engendré des oscillations et des hésitations et même l'incidence de solutions légales et jurisprudentielles arbitraires, erronées, déficitaires ou contradictoires.

Nombre de ces solutions n'ont bénéficié ni du support d'une logique formelle consistante et efficace, ni du fondement de la connaissance du bloc de règles fondamentales, aptes à gouverner un système cohérent des voies d'attaque et un remède procédural présentant la physionomie particulière du recours.

Le recours réglementé par la procédure roumaine actuelle est le légataire du recours en cassation de la procédure d'avant la guerre. Ce dernier provient du droit français et a fonctionné pendant la période 1862-1948, selon des principes et des règles concrets identiques à ceux du droit français: le recours ne représentait pas le troisième degré de la juridiction commune, mais une juridiction à fonction spéciale; l'instance de recours ne remplaçait pas la décision attaquée par sa propre décision, n'instrumentait pas et ne solutionnait pas non plus le fond du procès; dans le recours on ne réexamine pas les faits, mais on vérifie seulement la conformité de la décision à la loi; l'appréciation des faits est l'attribut souverain des instances du fond.

Ce sont les traits du recours dans le soi disant système de la « cassation pure ».

Mais, dans le système de droit roumain, le recours a été pendant longtemps (1952-1993) l'unique voie d'attaque ordinaire. Avant 2000, le recours était qualifié par la loi comme deuxième voie ordinaire d'attaque. La fonction de voie ordinaire d'attaque remplie dans les périodes mentionnées a été assurée par des règles et des normes procédurales appropriées à ce type de fonction. Mais beaucoup de ces règles et normes continuent à être toujours actives aujourd'hui, lorsque le recours tend à s'aligner au système classique de la cassation.

Ce conflit entre les normes qui ont survécu, de nouvelles normes inadéquates et des intentions diffuses ou incertaines est à présent la source du recours qui se présente et agit comme une voie d'attaque hybride. C'est toujours dans la même zone qu'il résulte une série de paradoxes ou d'inconsistances du recours réglementé par la procédure civile roumaine.

* Sebastian Spinei est chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université « Lucian Blaga » de Sibiu, Roumanie. Il enseigne la procédure civile. sebastianspinei@gmail.com.

I. Le système de la Cassation.

Le système de la Cassation remonte au Moyen Age, là où l'on configurait le principe grâce auquel les solutions des juges régionaux pouvaient être sanctionnées par un juge à compétence nationale.

Ainsi Philippe Auguste (1165 - 1223, n.n.) est-il le premier monarque français qui impose la voie d'exercer un « appel » contre la décision d'une juridiction seigneuriale, respectivement de la « cour » d'un vassal à la « cour » de son suzerain. De là, le droit du roi comme suzerain de tous les seigneurs féodaux de n'intervenir initialement que si ceux-ci refusaient de juger.

Saint Louis (1214 - 1270, n.n.) introduit « l'appel » aux « cours du roi » contre les décisions des juridictions seigneuriales¹.

En 1492 on crée² un Grand Conseil au sein du Conseil royal afin de censurer les décisions du Parlement.

On a considéré³ que c'est dans ce cadre-ci qu'ont apparu pour la première fois les éléments définitoires du recours en cassation: enfreinte de la loi, raison de déclenchement de la voie d'attaque; renvoi de l'affaire, après contrôle et cassation de la décision, à une autre juridiction, pour que celle-ci statue sur le fond.

En 1578, le Conseil royal se divise en deux sections - le Conseil d'Etat (pour le jugement des procès de nature publique) et le Conseil des parties (ou le Conseil privé) pour le jugement des procès d'intérêt privé.⁴

L'ordonnance de Blois (1579) d'Henri III et l'Edit de Rouen (d'Henri IV, donné, paraît-il, en 1597) introduisent pour la première fois le mot « cassation »⁵.

¹ (Joseph-Edouard) Boitard, *Leçons de Procédure civile*, publiées par Gustave de Linage, revues, annotées, complétées et mises en harmonie avec les lois récentes par G.F. Colmet - Daage, Cotillon, Librairie du Conseil d'Etat, Paris, 1868, vol. I, p.4 .

² C'est Charles VIII qui l'introduit cf. A. (Aimé-Bernard-Yves-Honoré) Rodière, *Traité de compétence et de procédure en matière civile*, A. Durand et Pedone-Lauriel - Editeurs, Libraires de la Cour D'Appel et de L'Ordre des avocats, Paris, 1878, Tome I, p.6 .

³ E. (Eugene) Garsonnet, Ch. (Charles) Cézard - Bru, *Traité théorique et pratique de Procédure Civile et Commerciale en justice de paix et devant les Conseils de prud'hommes*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1915, p.597.

⁴ E. Garsonnet, Ch. Cézard - Bru, op. cit., p.598, C.E. (Charles-Eugène) Camuzet, *Manuel des matières du code de Procédure civile*, 7^e édition, Marescq Jeune, Paris, f.a., p.XXI .

⁵ « Déclarons que les arrêts de nos cours souveraines ne peuvent être cassés ni rétractés que par les voies de droit (...) » Sont déclarées « nuls et de nul effet et valeur » les décisions qui contreviennent aux normes légales - E. Garsonnet, Ch. Cézard - Bru, op. cit., p.598, 599 . A voir aussi Constantin Hamangiu, Richard Hutschneker, George Iuliu, *Recursul în casație și contenciosul administrativ*, Editura Națională S. Ciornei, Bucarest, 1930, p.IV . Pour la périodisation, à voir aussi Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz, Paris, 1985, p.715. *Idem*, p. 345, pour „les Cours souveraines”.

Une ordonnance de 1660 appartenant au roi Louis XIV réglemente la forme des demandes en cassation¹.

En 1667, une ordonnance importante² du même monarque exprime le principe de la cassation, déclarant nulles et sans effet ni valeur les décisions données contre les dispositions contenues dans les ordonnances, les édits et les proclamations³.

En 1790 on crée, à la place du Conseil des parties⁴, un Tribunal de Cassation « unique et sédentaire auprès du Corps législatif », qui devient en 1804 la Cour actuelle de Cassation de France.⁵

L'évolution historique de ces institutions judiciaires met en évidence les **éléments de la Cassation** – concept et institution distincte, particulière, structure logique et fonctionnelle unitaire qui intègre plusieurs dimensions.

Selon Piero Calamandrei, la Cassation se présente comme un binôme *Recours – Cour de Cassation*⁶.

Selon d'autres auteurs⁷, les éléments de l'institution de la Cassation sont: une voie d'attaque d'attaque extraordinaire nommée *recours*; un organisme judiciaire suprême, placé au sommet de la pyramide du système judiciaire – la *Cour de Cassation*; une procédure distincte (*sui-generis*); une fonction spéciale, celle de *nomophylaxie* judiciaire⁸

L'analyse historique relève aussi les éléments définitoires du **recours ou pourvoi en cassation** – le fondement du déclenchement de la voie d'attaque (qui est exclusivement la violation de la loi, et non pas l'établissement incorrect de l'état de fait) et la technique d'envoyer l'affaire, après le jugement du recours, à une autre juridiction pour qu'elle statue sur le fond. On ne doit pas faire abstraction du fait que le recours a été conçu comme étant de la compétence d'une instance suprême, la voie d'attaque étant, à l'origine, indissolublement liée à l'organe judiciaire appelé à la solutionner.

C'est de ces trois éléments essentiels – le fondement, la solution et l'instance compétente – que découlent également les autres règles qui régissent les procédures du recours en cassation – on n'examine pas l'état de fait, mais uniquement la conformité de la décision à la

¹ E. Garsonnet, Ch. Cézair – Bru, op. cit., p.600 .

² Connue sous le nom de „Code Louis” (Victor G. Cădere, *Tratat de procedură civilă*, Editura Cultura Națională, Bucarest, 1928, p.42), d'après le nom du roi Louis XIV.

³ E. Garsonnet, Ch. Cézair – Bru, op. cit., p.600. V. et P.-C. Timbal, A. Castaldo, op. cit., 455. L'ordonnance est à l'origine du Code français de procédure civile.

⁴ C. Hamangiu, R. Hutschneker, G. Iuliu, op.cit., p.V, C.E. Camuzet, op.cit., p.XXI .

⁵ Boitard, op.cit., vol.II, p.126, V.G.Cădere, op.cit., p.115. A voir aussi Ioan Leș, *Implicațiile teoretice și practice determinate de viitoarea organizare a instanței supreme*, dans *Pandectele Române*, Supplément 2004, p. 181.

⁶ *Apud* José Antonio Silva Vallejo, El Recurso de Casacion: analisis y contenido, p.3, pe www.amag.edu.pe/docs/Silva_El%20recurso%20de%20casacion.htm#_ftn3 .

⁷ *Ibid.*

⁸ A voir infra, note 14.

loi; le recours ne représente pas un troisième degré de juridiction; l'instance de recours ne remplace pas la décision attaquée par sa décision, n'instrumente pas le fond de la cause; l'établissement des faits est l'attribut souverain des instances du fond.

Enfin, nous pouvons déceler, après avoir fait la présentation des éléments d'ordre historique concernant le recours en cassation, **les fonctions principales de la Cour Suprême.**

Le recours a été initialement conçu comme une voie d'attaque extraordinaire qui devait être solutionnée par une instance suprême.

Cette orientation n'est pas hasardée, étant donné qu'on envisageait ainsi de conférer à la plus haute instance des fonctions d'importance spéciale et d'intérêt général: assurer le respect de la loi par toutes les instances¹, assurer l'unité d'interprétation et d'application de la loi, l'exercice d'une forme d'autorité sur toutes les instances par son placement au sommet du système hiérarchique.²

¹ C'est dans ce sens qu'on a apprécié que l'instance suprême remplit une fonction disciplinaire - E. Garsonnet, Ch. Cézair - Bru, op.cit., p.605. La Cour a la mission de « gardien des lois et du Droit en général » - V. Cădere, op.cit., p.113. Dans une formule célèbre, on a dit que l'instance suprême, dans le système de la Cassation (ou, plus exactement, la Cassation comme institution, comme structure pluridimensionnelle), remplit une fonction **nomophylactique** ou de **nomophylaxie judiciaire** (*Nomofilaquia judicial*) - Piero Calamandrei, *apud* J.A. Silva Vallejo, op.cit. (gr. *nomos* - loi, norme; *phylassein*- garder, *phylax*- gardien, *philaxis*-garde - n.n.), protégeant la norme juridique face aux décisions qui y contreviennent (J.A. Silva Vallejo, op.cit.) ou, dans une autre expression, protégeant le Droit face à l'abus du pouvoir judiciaire (Galo García Feraud, *Apuntes sobre Casación Civil*, sur www.revistajuridica.com).

² Loic Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Editions Litec, Paris, 1998: la justice civile apparaît comme l'ensemble des instances (des juridictions) hiérarchisées sous l'autorité de la Cour de Cassation (p. 89). La juridiction de la Cour est la clé de voûte de l'organisation judiciaire, le sommet de la hiérarchie judiciaire française (p.121).

V. Cădere, op.cit.: la juridiction de la Cour a caractère général et supérieur; la Cassation a le pouvoir d'anéantir les décisions données dans le mépris, la violation ou l'ignorance de la loi; la Cour est l'organisme judiciaire supérieur à tous les autres (p.113).

“La Cour Suprême a le but spécial de faire les instances respecter la volonté du législateur et de maintenir, par l'interprétation donnée aux textes dans les procès déduits aux jugements, l'unité de jurisprudence qu' est la loi en action”. “Casser les décisions qui violent la loi, réprimer les excès de pouvoir des magistrats, préserver l'ordre des juridictions et réaliser ainsi l'unité de jurisprudence, voilà la haute mission de la Cour de Cassation, qui a été nommée à si juste titre la Cour Suprême du Droit”. La Cour est l'auxiliaire et le soutien du législateur” - Faye, Royer, Tarbé, cités par C. Hamangiu et autres., dans op.cit., p.24.

“On a convenu de limiter les degrés de juridiction à deux, mais de placer à la fois au dessus une Cour unique et suprême qui, associée au pouvoir législatif, soit le haut gardien gardien de la loi qui maintient l'unité de législation sur tout le territoire du pays, par l'uniformisation de la jurisprudence, qui ne permet pas aux magistrats d'interpréter différemment les lois du pays, mais qui les oblige à conformer les décisions aux règles édictées par le législateur”- D.P. Vioreanu*, *apud* Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Editura Națională, București, 1997, vol II, p.363.

II. La réglementation du recours en Roumanie

En 1859 a été rédigé un projet de la loi de la Cour de Cassation qui est entré en vigueur en 1861, la Cour étant créée le 15 mars 1862 à Bucarest¹.

La procédure du recours a été réglementée par les lois de la Cour de Cassation et, pour certaines matières, dans les lois d'accélération des litiges² jusqu'en 1948, quand elle a été introduite dans le Code de procédure civile.

A l'entre deux-guerres, le recours avait une réglementation presque identique à celle du droit français, auquel il a été emprunté: dans la quasi-totalité des situations, il était solutionné par la Cour de Cassation et ne constituait pas un troisième degré de juridiction vu qu'il ne représentait pas un jugement du fond, mais une voie d'attaque d'annulation, non de réformation.

En 1852, la voie d'attaque de l'appel a été supprimée, le recours restant la seule voie ordinaire d'attaque³ et constituant le deuxième degré de juridiction.

Ainsi conçu, le recours donnait l'occasion à rééditer le jugement et la première solution était remplacée par la décision de l'instance de contrôle sur le fond du litige, soit suite à la modification de la première⁴, soit suite à la cassation qui était succédée par la rétention de la cause pour le jugement du fond⁵.

Ces solutions que l'instance de recours prononçait justifiaient la qualification de voie ordinaire d'attaque, attribuée au recours et permettant l'exercice de ce type de fonction.

Par la loi no 56 de 1993, on a réintroduit l'appel, le recours étant maintenu comme une deuxième voie ordinaire d'attaque, et, par conséquent, comme troisième degré de juridiction⁶.

Dans le droit canadien, on confère également à la Cour Suprême, par disposition légale expresse, la vocation et la fonction supplémentaire de *tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien* – art. 3 de la loi de la Cour Suprême du Canada).

* Dimitrie Paul Vioreanu (1831-1881) – juriste, professeur et homme politique. Après avoir obtenu, dans le pays, une licence en droit, il obtient le doctorat en droit à Paris. De retour dans le pays, il a été nommé premier-procureur de la Cour de Cassation et professeur de droit civil et administratif dans le cadre de la Faculté de Droit de Bucarest. Il a détenu trois fois la fonction de Ministre de la Justice (15 août - 11 octobre 1863; 2 février - 18 avril 1870; 4-24 avril 1876). A partir de 1866, il a détenu la fonction de président de la Haute Cour de Cassation et de Justice. Il a été élu à plusieurs reprises sénateur et député dans le Parlement roumain (à voir le site www.compendium.ro/pers_detalii.php?id_pers=2267).

¹ V.G. Cădere, op. cit, p.116, C. Hamangiu, R. Hutschneker, G. Iuliu, op. cit., p.XI.

² On a adopté successivement plusieurs lois nommées « d'accélération des litiges » le 23 mai 1925, le 10 juillet 1929, le 23 juin 1943 (1 no 394). A voir aussi Grațian Porumb, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, vol.II, Editura Științifică, Bucarest, 1962, pp.16-18.

³ Decr. no 132 du 19 juin 1952.

⁴ Art. 312 point 2 lettre b c.pr.civ.

⁵ Art. 312 point 2 lettre c c.pr.civ.

⁶ Dans l'exposition d'arguments au projet de la loi pour l'organisation judiciaire, on a fait référence à la *démocratisation de la justice* par l'institution du triple degré de juridiction. Sur la

Mais, tout comme on l'a montré, la qualification légale du recours comme voie ordinaire d'attaque ne correspondait pas tout à fait au contenu de la réglementation qui limitait les raisons du recours et attribuait à celui-ci un caractère non-suspensif d'exécution¹.

D'autre part, le législateur a mis le jugement des recours dans la compétence des instances inférieures et non pas de l'instance suprême, préservant aussi la solution de la cassation avec rétention pour le rejugement du fond, qui implique des attributions d'instances de fond.

On a apprécié dès lors que la réforme apportée n'était pas satisfaisante, le législateur prenant pour modèle le Code de 1948 et non pas la réglementation antérieure, par cela même s'éloignant du modèle et du but de la fondation d'une Cour unique et suprême et du rôle que le recours doit remplir dans le procès civil².

Ultérieurement, par l'ordonnance no 138 de 2000, on a attribuée au recours la qualification expresse de voie extraordinaire d'attaque.

Pendant, on n'a pas modifié la compétence de jugement du recours et on n'a pas éliminé non plus le procédé de la rétention de la cause pour rejugement après cassation. Davantage encore, on a réintroduit la solution de la modification de la décision attaquée.

Une modification spectaculaire de la physionomie du recours a eu lieu suite à l'adoption de l'O.U.G. no 58 de 2003, par laquelle on a tenté une réforme de substance dans la matière par le retour à la solution de l'entre deux-guerres, définitoire pour le recours en cassation, plus précisément celle que le recours soit donné en compétence presque exclusive à la Cour Suprême de Justice, appelée Haute Cour de Cassation et de Justice, suite à la révision de la Constitution en octobre 2003³. Mais la réglementation des solutions que la Cour pouvait apporter au recours n'était que partiellement adéquate, vu qu'on a maintenu la possibilité de modifier l'arrêt attaqué, malgré que, en cas de cassation, la cause fût envoyée vers rejugement.

Mais très vite, suite à l'adoption de l'O.U.G. no 65 de 2004 et de la loi no 219 de 2005, on a rétabli la règle précédente, conformément à laquelle le recours est solutionné pas l'instance immédiatement supérieure à celle qui a prononcé la décision d'appel (art. 299 alinéa 2 c.pr.civ.)⁴.

ligne de la même « conséquence », le Code de procédure a placé le recours dans le titre consacré aux voies ordinaires d'attaque. La jurisprudence de l'instance suprême et celle de la Cour Constitutionnelle ont fait elles aussi des références répétées au système de trois degrés de juridiction - Ioan Leș, *Sisteme judiciare comparate*, Editura All Beck, București, 2002, p.44. A voir aussi V.M.Ciobanu, op.cit., I, p.46, Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Editura Servo-Sat, Arad 2001, vol. I, p.35.

¹ V.M. Ciobanu, op.cit., II, pp.317, 364.

² *Idem*, 364-365.

³ A voir V.M. Ciobanu, *Un pas important pentru reforma justiției în România*, dans *Pandectele Române* no 4/2003. La nouvelle organisation de l'instance suprême a représenté un retour à nos traditions dans la matière, mais aussi un meilleur alignement de notre système judiciaire aux systèmes de justice occidentale - I. Leș, *Implicațiile...*, in loc. cit., p.181 .

⁴ Déjà par l'O.U.G. no 65 du 9 septembre 2004, le recours contre les décisions des tribunaux étaient revenues dans la compétence des Cours d'Appel. On montrait dans le préambule de

III. Problèmes engendrés par la réglementation actuelle.

La fonction du recours réalisée dans les périodes antérieures a été assurée par des règles et des normes procédurales appropriées à ce type de fonction. Mais nombre de ces règles et normes continuent à être toujours actives aujourd'hui, lorsque le recours tend à s'aligner au système classique de la cassation.

Ce conflit entre les normes qui ont survécu, de nouvelles normes inadéquates et des intentions diffuses ou incertaines est à présent la source du recours qui se présente et agit comme une voie d'attaque hybride. C'est à partir de la même zone qu'il résulte toute une série de paradoxes ou d'inconsistances du recours .

III. 1. Orientations doctrinaires et jurisprudentielles discutables.

La doctrine et la pratique définissent le recours comme voie d'attaque non-dévolutive, tandis que les solutions de rétention en vue du rejugement après cassation et de modification que la loi prescrit le légitime comme voie dévolutive (rapporté à l'ensemble de l'activité de l'instance de recours).

Autrement dit, par la légifération de la possibilité de modifier l'arrêt attaqué et par la consécration de l'étape procédurale du rejugement après cassation, on a confié à l'instance de recours des attributions d'instance de fond: l'instance de recours solutionne le fond de la cause¹, pouvant établir un état de fait différent de celui retenu par l'instance dont la décision

cet acte normatif qu'on avait eu en vue le grand nombre de causes à juger en recours par la Haute Cour de Cassation et à la fois le fait que le libre accès à la justice suppose aussi l'approchement du citoyen par rapport à l'instance, mais aussi le fait que la surcharge en matière civile de la Haute Cour ralentit l'activité de jugement, aspect qui porte atteinte au droit au jugement des procès dans un délai raisonnable et au droit à un procès équitable. Nous sommes d'avis que ces considérations sont discutables. Cela malgré que la modification antérieure eut été très bien reçue par les spécialistes (à voir V.M. Ciobanu, *Un pas important pentru reforma justiției în România*, dans *Pandectele Române* no 4/2003, pp. 195-207, G. Boroî, *Modificările codului de procedură civilă, Precizări introductive*, dans *Curierul judiciar* no 8/2003, pp.1-3), le retour à notre tradition de l'entre-deux-guerres était en concordance aussi avec les systèmes occidentaux actuels (à voir I.Leș, *Implicațiile...*), et des solutions pour l'élimination de quelques inconvénients avaient été proposées dans la doctrine (à voir V.M.Ciobanu, op cit) ou adoptées par le législateur par la loi no 195 de 2004 (à voir I. Leș, S. Spinei, *Noile modificări aduse Codului de procedură civilă în urma aprobării O.U.G. nr. 58/2003 prin Legea nr. 195/2004*, dans *Curierul Judiciar* no 6 de 2004, pp. 1-8) .

C'est-à-dire que, par l'adoption de l'O.U.G. no 65 de 2004 et de la loi no 295 de 2004, l'intention de réforme substantielle a échoué de façon prématurée, Valentin Mitea, *Unele implicații ale O.U.G. nr. 58/2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură civilă, ale Legii nr. 195/2004 pentru aprobarea O.U.G. nr. 58/2003, precum și ale O.U.G. nr. 65/2004 pentru modificarea Codului de procedură civilă*, dans *Curierul Judiciar* no 1 de 2005, p.106.

¹ La décision de la première instance va être reformée par jugement chez l'instance de recours -V.Dongoroz, dans Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român . Partea specială . Vol. II*, Editura Academiei R.S.R., București, 1976, p.241.

a été attaquée; en donnant la solution sur le fond, l'instance de recours prononce une décision susceptible d'exécution forcée¹.

Les instances de recours considèrent qu'elles ne peuvent administrer des preuves même pas après cassation.

En réalité, interprétant de façon rigide le texte légal (art 305 c.pr.civ.) qui montre que, par la voie du recours, on ne peut pas produire de nouvelles preuves, les tribunaux et les cours d'appel s'arrogent des prérogatives de Cours de Cassation, ignorant la pratique et la doctrine antérieures à 1993, qui statuaient, par exemple, que « si l'on admet le recours et si la décision de la première instance est cassée, à l'occasion du rejugement du fond après cassation, on peut admettre et administrer de nouvelles preuves: nouveaux témoignages, interrogatoires, expertises, recherches locales. Dans ces cas, les nouvelles preuves doivent être indiquées dans la requête de recours *non pour être administrées dans le but de l'admission du recours*, mais à l'occasion du jugement du fond, supposant que le recours sera admis »², ou que « l'instance de recours, par la décision même de cassation, dispose l'administration des preuves, telles la citation des témoins, etc. »³.

Le recours est qualifié simultanément comme étant une voie d'attaque non-dévolutive et de réformation, mais le recours en cassation était non-dévolutif, à force d'être une voie d'attaque d'annulation⁴ - une voie d'attaque ne peut pas être non-dévolutive si elle tend à réformer la décision attaquée, vu que la réformation était le résultat de la dévolution.

Comme voie d'attaque de réformation, dévolutive, et au cours de laquelle on peut administrer des preuves, le recours présente à présent toutes les données pour se manifester comme troisième degré de juridiction, ce qui signifie multiplication des voies d'attaque et insécurité juridique.

¹ A voir Alex Weil, François Terré, Droit civil, Dalloz, Paris, 1979, p.217.

² Alexandru Velescu, *Recursul civil*, Editura Științifică, București, 1965, p.120. Par la suite, l'auteur montre toujours que « par les dispositions contenues dans le décret no 471 de 1957 (qui a ajouté à l'alinéa 2 de l'article 306 la thèse finale reproduite ci-dessus - n.n.; à voir l'auteur et l'œuvre citée, p. 119) en ce qui concerne les preuves, dans l'instance de recours, celle-ci n'a pas été transformée en une instance d'administration de preuves. Le recours ne saurait être solutionné qu'en raison des preuves qui se trouvent dans le dossier de la première instance et des inscrits nouveaux produits dans le recours. *Dans le seul cas où le recours est admis et qu'on juge le procès à fond après cassation, l'instance de recours peut admettre et administrer de nouvelles preuves, dans cette nouvelle phase du procès* ». De là, l'idée que la rétention en vue du rejugement est une phase distincte dans le jugement du recours, l'instance ne jugeant plus en tant qu'instance de recours, mais en tant qu'instance de rejugement ou de fond, exerçant une fonction différente de celle d'instance de contrôle.

³ Ilie Stoenescu, Savelly Zilberstein, *Drept procesual civil . Căile de atac și procedurile speciale*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1981, p.59. A voir aussi S.Spinei, *Natura activității instanței și posibilitatea administrării probelor în situația reținerii cauzei spre rejudecare după casare, în procesul civil*, dans *Dreptul* no 6 de 2007.

⁴ A voir S.Spinei, *Argumente pentru reconsiderarea calificării recursului ca și cale de atac de reformare și pentru introducerea în clasificări a categoriei căilor de atac de anulare*, dans *Curierul Judiciar* no 2 de 2006.

En essayant d'imprimer au recours un caractère plus prononcé ou exclusif de voie de vérification de la légalité, on a supprimé des causes d'ouverture du recours, ce qui a justement comme résultat, dans notre opinion, le recouvrement d'illégalités possibles commises par les instances par l'élimination des moyens de les signaler¹.

Enfin, nous rappelons la question formelle de la discordance entre la dénomination de notre instance suprême, celle de Cour de Cassation, et le manque de compétence en matière de cassation ou de jugement des recours.

III.2. Conséquences de l'attribution de la compétence à solutionner les recours aux tribunaux et aux cours d'appel

Le recours remplit en d'autres systèmes de droit, tout comme autrefois chez nous, une fonction spécifique à cette voie d'attaque, c'est-à-dire celle d'assurer l'uniformité de la jurisprudence par une interprétation unitaire de la loi².

Comme on a observé, l'appel n'est plus suffisant pour une bonne administration de la justice; il faut toujours éviter que les différentes juridictions statuent différemment sur les mêmes questions. C'est pourquoi la juridiction de la Cour de Cassation a été placée au-dessus de toutes les autres³.

Mais, à présent, dans le droit roumain, il y a une discordance entre la fonction, exprimée au niveau normatif, de l'instance suprême, celle d'uniformisation de la jurisprudence, et l'absence des instruments adéquats, c'est-à-dire de l'attribution à solutionner les recours.

Mais, autant que chez nous la compétence à juger les recours appartient aux 41 tribunaux et aux 15 cours d'appel, la fonction en discussion est restreinte à la circonscription de chacune de ces instances, d'où le risque de la soi-disant fédéralisation de la justice en Roumanie⁴, c'est-à-dire du fonctionnement parallèle de plusieurs jurisprudences, différente d'une circonscription judiciaire à l'autre⁵.

Or, il est profondément inéquitable que la perte ou le gain d'un procès dépende de la circonscription où la partie, conformément aux normes de compétence, est obligée à se faire

¹ L'article 304 point 11 c.pr.civ., qui prévoyait la cas d'ouverture du recours consistant dans le fondement de la décision sur une faute grave de fait, découlant d'une appréciation erronée des preuves administrées, a été abrogé par l'O.U.G. no 138 de 2000. Le point 10 qui avait en vue un manque de prononciation de l'instance sur un moyen de défense ou sur une preuve administrée qui étaient décisives pour la solution du procès, a été abrogé par la loi no 219 de 2005. A voir aussi S.Spinei, *Notele distinctive ale recursului*, dans *Curierul Judiciar* no 2 de 2006.

² V.G. Cădere, op.cit., p.113, C. Hamangiu, R. Hutschneker, G. Iuliu, op.cit., p.24, 43, I. Leș, *Implicațiile ...*, p. 185, V.M. Ciobanu, *Un pas important ...*, p.195 .

³ A. Weil, Fr. Terré, op.cit., p.216.

⁴ V.M. Ciobanu, *Un pas important...*, pp.196, 198.

⁵ A voir aussi Valentin Mitea, *Unele implicații...*, p.101, Rodica Borza, *Considerații critice în legătură cu modificările aduse Codului de procedură civilă prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 58/2003*, dans *Dreptul* no 10 de 2003, p.26 .

juger et où les instances ont une pratique différente de celle administrée dans d'autres circonscriptions¹.

IV. Le projet du Nouveau Code de Procédure Civile Roumain .

Le projet du nouveau Code de Procédure Civile tente, apparemment, de s'aligner de nouveau au système de la Cassation, par le contour de principes directeurs tels:

- l'institution de la compétence presque exclusive en faveur de la Cour de Cassation (la Haute Cour de Cassation et de Justice) dans le jugement des recours (article 460 alinéa 3);
- le retour à la solution unique, traditionnelle, de cassation par la Cour Suprême de la décision attaquée, avec le renvoi de la cause aux instances inférieures en vue du rejugement.

Mais, par les modifications préconisées, peu d'affaires pourront arriver en recours à l'avenir devant la Cour de Cassation, étant donné le système de compétences envisagé par le nouveau Code.

De la sorte, conformément aux prévisions de l'article 88, la Cour juge les recours déclarés contre les décisions des cours d'appel, des arrêts prononcés par les tribunaux en contentieux administratif et d'autres décisions, dans les conditions de la loi.

Les cours d'appel prononcent des décisions en premier ressort, dans la matière du contentieux administratif concernant les actes des autorités et des institutions centrales, et dans l'appel, contre les décisions prononcées par les tribunaux en matière de propriété intellectuelle, certains conflits de travail, expropriation, la reconnaissance des titres exécuteurs étrangers, la réparation des préjudices produits par erreurs judiciaires, et d'autres requêtes qui n'entrent pas dans la compétence d'autres instances.

Par disposition expresse (article 460 alinéa 2 c.pr.civ.), le recours est supprimé dans la plupart des matières où la compétence de première instance revient au tribunal de première instance (instance de premier degré dans le système roumain de compétences, à part le tribunal).

Il s'agit de requêtes concernant: la nullité ou le divorce, la tutelle de l'enfant mineur, l'obligation légale d'entretien, les enregistrements dans le registre d'état civil, l'évacuation, les servitudes, l'établissement de la frontière, la possession, les obligations de faire, les conflits de travail.

¹ „Il serait choquant que le gain d'un procès dépende de la juridiction compétente” – A. Weil, Fr. Terré, op.cit., p.216. On a observé de même que l'exigence de l'application uniforme du droit, assurée par le système du recours à la juridiction suprême, est réclamée par le principe de l'égalité devant la loi – Henri Schupbach, *Le recours en cassation; spécialement en procédure civile neuchatoise*, Imprimerie Henri Jaunin S.A., Lausanne, 1961, sur http://doc.rero.ch/ lm.php? url=1000,40, 4, 20050810111218-EI/2_these_SchuepbachHR. pdf, p.26 .

D'autre part, le recours est supprimé, conformément à la même disposition, dans la matière du partage judiciaire et, par interprétation, dans le cas des requêtes ayant une valeur de plus de 100.000 lei (environ 30.000 euros).

En corroborant les dispositions concernant la compétence (articles 85-88), les requêtes ayant une valeur de plus de 100.000 lei vont être jugées en première instance par le tribunal, en appel à la cour d'appel et en recours à la Cour de Cassation.

Cette solution législative a pour effet que, dans la plupart des matières, la voie d'attaque du recours a été purement et simplement éliminée.

Les voies d'attaque qui vont accomplir la fonction d'uniformisation de la jurisprudence, à côté du recours qui va opérer seulement dans des matières considérées de plus grande importance, seront le recours dans l'intérêt de la loi et la demande déduite à la Cour de Cassation pour la prononciation d'une décision préalable pour solutionner certains problèmes de droit, institution nouvellement introduite dans la procédure roumaine¹.

La mesure de supprimer la voie d'attaque du recours dans les matières mentionnées est, peut-être, une mesure révolutionnaire qui va avoir des effets positifs - elle élimine la position de « Cours de Cassation régionales » de tribunaux et de cours d'appel² et, de façon certaine, supprime le problème d'une éventuelle surcharge de la Cour Suprême.

Mais nous ne pouvons pas éviter d'exprimer notre regret que la Roumanie n'ait plus eu depuis 1948, qu'elle n'ait pas, à présent et à l'avenir non plus, une Cour de Cassation qui ait exercé sa fonction disciplinaire, le rôle de « gardien des lois » et de protecteur des justiciables contre l'excès de pouvoir des instances, et enfin, la fonction d'instrument d'uniformisation de la jurisprudence. Nous croyons que le Droit roumain aurait eu besoin, pendant ces années-là, d'une telle institution.

¹ La décision prononcée par la Cour est obligatoire pour toutes les tribunaux.

² Cependant, ces tribunaux vont continuer de prononcer, par le jugement des appels, la dernière décision dans les procès déduits au jugement.

Le respect de la Loi sur la technique législative dans le Code civil et dans le Code de la famille de Moldavie

Veaceslav PÎNZARI*

Résumé: Le changement des réalités sociales après l'écroulement en 1991 de l'URSS a réclamé l'élaboration d'un nouvel cadre législatif pour la Moldavie indépendante.

Un effort immense a été déposé et des nombreux actes normatifs ont été publiés. Malheureusement, le manque d'expérience de la part du législateur a eu comme résultat des lois parfois peu qualitatives.

Il existe dans les codes civil et de la famille des lacunes douées au non respect de la Loi sur la technique législative, no. 780-XV, de 27.12.2001. Notre intention est de les identifier de les analyser.

Les changements sociaux et politiques qui ont eu lieu à la fin des années 90 du siècle dernier ont conduit à la désintégration de l'URSS et les ex-républiques de l'Union ont, à tour de rôle, déclaré leur indépendance, y inclus notre pays. Dans ces circonstances, en République de Moldavie, il est devenu nécessaire d'élaborer un cadre juridique pour régir, du point de vue conceptuel, les nouvelles relations sociales conformément aux réalités d'une société démocratique en formation. On a fait un effort énorme et on a mis au point une série d'actes normatifs, mais, en raison d'un manque d'expérience dans le domaine, la législation adoptée dans notre pays durant cette période souffre, à notre avis, du point de vue qualitatif. On a laissé glisser certaines lacunes dans le Code civil, dans le Code de procédure civile ou dans le Code de la famille, y compris la non-corrélation entre eux ou leur non-corrélation avec d'autres règlements, tels que la loi concernant les actes législatifs no 780-XV du 27.12.2001. C'est sur l'analyse de certaines de ces lacunes législatives, que nous allons diriger notre attention dans cette approche scientifique.

Comme on le sait, les actes normatifs représentent des sources de droit créées par les organes de l'autorité publique, contenant des règles générales et obligatoires dont l'application, si nécessaire, peut être assurée par la force de coercition de l'État. Compte tenu de l'importance des normes juridiques contenues dans les règlements à l'aide desquels les relations sociales prennent une forme juridique, le Parlement moldave a adopté la loi concernant les actes législatifs afin de parvenir à la réalisation de certains principes unifiés relatifs à la création législative et pour assurer le développement et l'adoption des actes normatifs qualitatifs et efficaces. L'article 1, paragraphe 1 de cette loi indique la manière d'initiation, d'élaboration, d'avis, d'expertise, de rédaction, d'interprétation et de sortie de vigueur des actes législatifs, aussi bien que les moyens, les méthodes et les techniques utilisées à cette fin. Pour souligner l'importance de la préparation des actes normatifs de qualité, mais aussi pour éviter les erreurs qui peuvent s'y infiltrer, le législateur établit, à quelques reprises, dans le cadrer de la loi citée, les règles que les auteurs doivent prendre en compte, mais aussi l'autorité qui les adopte, et prévoit les conditions qu'un acte normatif doit réunir.

* Maître de conférences, enseigne le droit civil et le droit de la famille à l'Université « Alecu Russo » de Bălți, Moldavie. Il est membre du groupe moldave de l'Association Capitaine-Roumanie; vpinzari@gmail.com

Pour exemplifier, nous citons les dispositions de l'article 4, paragraphe 2 de la Loi qui stipule: « L'acte législatif doit correspondre aux dispositions de la Constitution et être en concordance avec le cadre juridique existant, avec le système de codage et d'unification de la législation », et l'article 5, paragraphe 2 de la Loi prévoit que « l'acte législatif doit être rédigé conformément aux techniques législatives et aux normes de la langue littéraire ».

Dans le même sens, l'article 19, intitulé « La langue, l'orthographe et la ponctuation de l'acte législatif » dispose: « Le texte du projet de loi est rédigé dans la langue officielle, en respectant les règles suivantes:

- a) la phrase est construite dans le respect des règles grammaticales, pour exprimer, d'une manière correcte, concise et sans équivoque, l'idée, pour être facilement comprise par tout sujet concerné;
- b) une phrase doit contenir une seule idée;
- c) on emploie des termes appropriés et d'une large diffusion;
- d) la notion n'est pas exprimé à l'aide de sa définition ou de la phraséologie, mais à l'aide du terme respectif;
- e) la terminologie employée est constante et uniforme tant dans l'acte élaborée, que dans tous les autres actes législatifs; on emploie un seul et même terme s'il est correct et son usage répété exclut la confusion;
- f) les néologismes s'emploient seulement s'ils ont une large circulation;
- g) on évite l'emploi des régionalismes, des mots et des phrases non-fonctionnels, idiomatiques, non utilisés et / ou ambigus;
- h) on évite les tautologies juridiques;
- i) on se conforme strictement aux règles d'orthographe et de ponctuation ».

Nous estimons que c'est notamment les dispositions légales citées ci-dessus, mais d'autres aussi, n'ont pas été respectées lors de l'élaboration de certains actes normatifs et, en particulier, du Code civil, du Code de procédure civile ou du Code de la famille, etc., et pour être plus convaincant à cet égard, nous présenterons une série d'exemples pour illustrer nos affirmations.

Ainsi, l'article 1, paragraphe 1 et 2 du Code civil stipule: « (1) La législation civile est fondée sur la reconnaissance de l'égalité des participants dans les relations couvertes par elle, de l'inviolabilité de la propriété, de la liberté de contrat, de l'inadmissibilité de l'ingérence dans les affaires privées, de la nécessité de réaliser librement les droits civils, de garantir le rétablissement en droits de la personne dont les droits ont été violés et de leur défense juridique.

(2) Les personnes physiques et juridiques sont libres d'établir en base de contrat leurs droits et obligations, aussi que d'autres conditions contractuelles, si celles-ci ne sont pas contraires à la loi ».

Par les dispositions légales citées ci-dessus, le législateur a voulu établir et réglementer express les principes fondamentaux de la législation civile, des principes qui doivent être pris en compte lors de l'élaboration de la réglementation légale des institutions de droit civil, des règles fixant les rapports juridiques de droit privé, fait qu'il ne prend pas en compte lui-même dans la réglementation légale de certaines institutions dans le Code civil. Par exemple:

- en ce qui concerne *l'inviolabilité de la propriété*, droit garanti aussi par la Constitution dans les articles 29 et 46, le législateur, à notre avis, n'a pas tenu compte de ce desideratum dans une série de dispositions juridiques du Code civil, comme par exemple l'article 13, qui, dans le paragraphe 1, stipule que: « Il n'y a pas d'illégalité dans les actions d'une personne qui, dans des buts d'autodéfense, prend, vole, détruit ou endommage un bien ou, dans le même but, retient la personne responsable qui pourrait se cacher, ou élimine la résistance de celui obligé de tolérer l'action si on ne peut pas obtenir l'aide des organes compétents et si, sans une intervention immédiate, il y a un risque que la réalisation du droit devienne impossible ou sensiblement aggravée ». Nous pensons que cette manière de protéger les droits subjectifs civils ne correspond pas à la matière civile, or, par ce fait on désincrimine certaines actions qui, dans le droit pénal, sont vues comme des infractions. Outre cela, l'article 1, paragraphe 1 du Code civil prévoit la protection des droits civils subjectifs qui ont été violés, et l'article 10, paragraphe 1 dispose expressément que: « La protection des droits civils violés se fait par voie judiciaire ». Dans le même ordre d'idées, l'article 19, paragraphe 1 du Code de procédure civile prévoit que: « Dans les litiges civils, la justice se fait selon les réglementations de la législation procédurale civile et seulement par les instances judiciaires et par les juges nommés conformément à la loi. La mise en place des instances extraordinaires est interdite ». À notre avis, les dispositions de l'article 13 du Code civil entrent en contradiction avec les dispositions de l'article 5 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- en ce qui concerne *la liberté de contrat*, nous pensons que le législateur a restreint le champ d'application de ce principe, parce que, en parlant, dans l'article 1 du Code civil, du « fondement de la législation civile », on devrait réglementer la liberté des documents juridiques en général, or, la délivrance d'une procuration, l'élaboration d'un testament, l'acceptation de la succession ou le refus de celle-ci, l'annulation du mariage, etc., manifestations de volonté à caractère unilatéral ou bilatéral qui produisent certains effets juridiques seulement par la libre expression de la volonté de l'auteur ou des auteurs de ceux-ci même s'ils ne sont pas des contrats, sont aussi libres que la conclusion des contrats.

- le Code civil déclare *inadmissible l'ingérence dans les affaires privées* dans l'article 1, paragraphe 1. Le législateur prévoit aussi la même règle dans les dispositions de l'article 2, paragraphe 3 du Code de la famille qui stipule « l'inadmissibilité de l'ingérence délibérée dans les relations familiales ». À notre avis, le législateur lui-même reconnaît cette ingérence dans les relations familiales par le biais de l'article 42 du Code de la famille qui réglemente le régime juridique de la nullité du mariage et qui inclut d'une manière non-justifiée de nombreuses personnes dans le cadre des personnes qui peuvent demander tant la nullité absolue que celle relative de cet acte juridique. Ainsi, l'article 42, paragraphe 1, lettre b) du Code de la famille prévoit que le droit de demander la nullité du mariage appartient à « l'époux dont les droits ont été violés par la conclusion du mariage, aussi bien que le procureur dans les cas du vice du consentement ». Il faut se rappeler que le vice du consentement de l'un des époux est une cause de nullité relative du mariage, de façon que seulement la personne dont les intérêts sont protégés par la mise en place de celui-ci puisse invoquer la nullité de l'acte respectif. Dans ces conditions, nous ne comprenons pas pourquoi c'est le procureur qui est investi du droit de demander la nullité du mariage dans le cas du vice du consentement de l'un des époux, chose qui pourrait être demandée seulement par l'époux dont le consentement a été vicié. Le paragraphe 1 de l'art. 218 du Code civil dispose que: « la nullité relative de l'acte juridique

ne peut être invoquée que par la personne dans l'intérêt de laquelle elle est établie ou... ». Donc, dans le Code civil, le législateur établit clairement quelles personnes peuvent demander la nullité relative d'un acte juridique, mais c'est toujours lui qui ne tient pas compte de cela dans le Code de la famille. On pourrait reprocher que la législation familiale a été adoptée avant celle civile, mais c'est une chose élémentaire à ne pas confondre la classification de la nullité de l'acte juridique selon l'intérêt défendu, parce que les erreurs de ce type ne peuvent pas être justifiées.

De même, dans le Code de la famille, on ne prend pas en compte que l'article 217, paragraphe 1 du Code civil établit: « *La nullité absolue de l'acte juridique peut être invoquée par toute personne ayant un intérêt né et actuel. L'Instance judiciaire l'invoque d'office* ». En même temps, l'article 42, paragraphe 1, lettre a) du Code de la famille prévoit que le droit de demander la nullité du mariage appartient à « *l'époux mineur, à ses parents (tuteurs), à l'autorité de tutelle ou au procureur, si le mariage a été conclu par une personne qui n'a pas atteint l'âge matrimonial et que cet âge n'a pas été réduit de la manière prévue. Après avoir atteint l'âge de 18 ans, l'époux mineur a le droit exclusif de demander la nullité du mariage* ». L'âge matrimonial, étant une condition fondamentale, essentielle et générale pour la validité du mariage, est déterminée à assurer la protection de l'intérêt général de l'ensemble de la société et nous ne comprenons pas pourquoi, après avoir atteint l'âge de 18 ans, le droit d'exiger la déclaration de nullité du mariage par la violation de la condition respective appartient seulement à celui qui vient de violer les dispositions légales, en concluant un mariage, bien qu'il n'ait pas l'âge légal et n'ait pas obtenu la dispense d'âge de manière correspondante. Quel serait son intérêt de demander la déclaration de nullité de son mariage?

De même, l'article 42, paragraphe 1, lettre c) du Code de la famille prévoit que le droit de demander la nullité du mariage appartient à « *l'époux qui ne connaissait pas l'existence d'empêchements au mariage, à l'époux avec le mariage antérieur non-annulé, aux autres personnes dont les droits et les intérêts ont été lésés suite au mariage conclu avec la violation des dispositions de l'article 15, aussi bien qu'à l'autorité de tutelle ou au procureur dans les cas mentionnés ci-dessus* ». Qu'est-ce que nous devons comprendre par « *autres personnes dont les droits et les intérêts ont été lésés suite au mariage conclu avec la violation des dispositions de l'article 15* ». Qui sont ces personnes - les parents, les grands-parents, les frères, les sœurs, les voisins?

N'en parlons pas de la langue dans laquelle le législateur peut exposer les règles juridiques. Ainsi, par exemple, l'article 325 du Code civil intitulé « *L'obtention du droit de propriété sur les biens trouvés* » prévoit dans le paragraphe 3: « *Si, conformément au présent article, on a obtenu le droit de propriété sur un animal, l'ancien propriétaire peut, dans le cas qui permettra de déterminer l'existence d'un état d'affection à son égard de la part de l'animal ou le comportement cruel du nouveau propriétaire envers l'animal, demander la restitution de celui-ci* ». Selon le dictionnaire explicatif, par le substantif *affection*, on comprend - *sympathie, amitié, amour envers quelqu'un*. Nous croyons qu'on ne peut pas attribuer ces sentiments humains à un animal, car les sentiments sont propres aux êtres rationnels, à l'homme. Ou, l'article 675 du Code civil intitulé « *Le contrat concernant l'héritage d'un vivant* » qui dispose « (1) *Le contrat concernant l'héritage d'un tiers vivant est nul. Le contrat concernant la quote-part légale ou du legs de la succession d'un tiers encore vivant.*

(2) *Les dispositions du paragraphe (1) ne s'appliquent pas dans le cas du contrat conclu entre les futurs successeurs légaux sur la quote-part légale. Un tel contrat doit être authentifié par le notarié* ». On ne comprend pas très bien ce que le législateur a voulu réglementer par ces dispositions légales - l'arrêt des pactes sur les successions non-ouvertes, la mise en place de la

contractualisation ou les deux. En général, si on analyse le titre de l'article, on voit que cet article soulève quelques questions. Ainsi, les contrats sont conclus entre les vivants et, tant qu'une personne est en vie, on parle de son patrimoine. Lorsque nous parlons d'héritage, nous avons en vue le patrimoine successoral qu'une personne laisse après sa mort. Dans ces conditions, nous ne pouvons pas réglementer la transmission de quelque chose en vertu d'un contrat qui n'existe pas encore « *l'héritage un tiers encore vivant* », parce que le titulaire du patrimoine est encore en vie, or, c'est seulement lui qui peut disposer des biens de son patrimoine. De même, ce contrat est conclu entre des personnes qui ne savent pas encore s'ils vont hériter ou non quelque chose dans l'avenir, c'est-à-dire s'ils auront ou non le droit à ce que le législateur désigne par *quote-part légale*, que nous considérons d'être la *réserve successorale*.

Si du premier paragraphe de l'article cité il résultait l'arrêt des pactes sur les successions non-ouvertes, alors dans le deuxième paragraphe nous pourrions entrevoir le règlement d'une institution qui, dans la doctrine, porte le nom de « *mise en place contractuelle* ». Nous argumentons cette hypothèse qui nous appartient par le fait que le Code de la famille réglemente le contrat de mariage, or ce que le législateur stipule dans le paragraphe 2 de l'article 675 du Code civil pourrait apparaître par l'indication, dans le contrat de mariage, des clauses concernant la part d'héritage de l'époux décédé en faveur du conjoint survivant. À notre avis, la réglementation expresse de ces institutions dans le cadre du Code civil est bienvenue, mais la façon dont le législateur le fait et le langage employé donne l'impression d'un manque de connaissances élémentaires de droit ou de roumain.

Nous allons nous arrêter de donner des exemples de lacunes glissées dans la législation civile ou familiale, celles-ci pouvant être dépiquées pratiquement dans tous les articles. Nous concluons cette présentation avec la citation de quelques idées des œuvres de grands juristes, des thèses que notre législateur, pour autant que nous trouvions, a réussi à les négliger entièrement. Ainsi:

- « *Le langage de la pensée juridique veut être clair; même s'il ne réussit pas toujours, le plus souvent c'est comme cela: la clarté du droit est, peut-être, inaccessible et illusoire, en tout cas plus que celle des philosophes¹* ».
- « *Le droit civil est caractérisé par un style sobre, précis, expression d'une prudence remarquable; d'ailleurs, un des ses éléments, la Jurisprudence, est la seule notion qui contienne, dans sa définition même, le mot prudence: **prudentia juris = Jurisprudence**. C'est à cause de cela que celui qui se dédie à l'étude du droit, doit savoir qu'aucun fait ou acte, aucune circonstance, aucune qualification, aucune notion ne devrait pas être exprimé à peu près, mais d'une façon qui ne laisse aucune doute. Par conséquent, tant les deux étudiants dans leur processus d'accumulation de connaissances, que tous les juristes, en général, devraient penser en termes de droit, avec leur signification spécifique, indépendamment de l'acceptation de ces notions dans la langue parlée, la littérature, ou même dans la philosophie générale* »².

¹ **Philippe Malaurie**, GÂNDIREA JURIDICĂ DE DREPT CIVIL ÎN SECOLUL XX, traduit par de dr. **M. D. Bocșan**, Revista de drept privat, Nr.1, 2002, p.16.

² **Tudor R.Popescu**, DREPT CIVIL I, Editura „Oscar Print”, București, 1994, p.5.

Le droit civil roumain entre recodification „nationale” et uniformisation européenne

Dr. Manuel GUȚAN*

Résumé: L'article se propose de mettre en évidence la nécessité organique de la société roumaine contemporaine pour recodifier son droit civil, dans le contexte ou au niveau de l'Union Européenne il y a aussi une nécessité organique d'approfondissement de la convergence juridique, y compris en matière de droit civil. On peut pas discuter aujourd'hui le problème de la légitimité de la recodification nationale en matière de droit civil, puisque la Roumanie, en tant qu'État souverain, peut encore établir seule sa politique législative. On peut toutefois questionner l'opportunité de la réforme et, d'autre part, les modalités de la réforme. Le problème de l'opportunité pourrait se poser puisqu'au niveau de l'Union Européenne, une série de commissions de spécialistes en droit comparé travaillent au projet d'un Code civil européen (qui réglerait de façon unitaire le droit de propriété, les contrats et les obligations). L'existence d'une nécessité européenne d'uniformisation dans ces cas-là peut mettre en question la nécessité d'une recodification nationale. En même temps, on peut poser des problèmes sur la nécessité du recours au transplant juridique, les sources d'inspiration, la manière dans laquelle le législateur roumain a réalisé une évaluation rationnelle du lieu, quantité et type d'institutions juridiques à être importées. Cette entière problématique peut être évaluée de la perspective de la commensurabilité et de la convergence culturelle - juridique mais aussi de la perspective des aspects liés à l'orgueil et de la dignité juridique nationales.

133 ans après l'entrée en vigueur du Code civil roumain (le Code civil Al. Ioan Cuza), après les nombreuses modifications subies au fil du temps et sous différents régimes politiques, après quelques tentatives échouées de recodification, un débat sur un nouveau Code civil roumain paraît aujourd'hui suffisamment opportune. Un Code civil né en 1865 déjà malformé, marqué par d'importantes lacunes et fortement critiqué par les spécialistes, decodifié¹ dans en bonne partie par une série d'actes normatifs qui l'ont partiellement abrogé, ne peut éviter la démarche naturelle de recodification. La problématique est délicate et ne saurait être abordée sans une incursion historique dans les moments, mécanismes et significations de l'adoption du Code civil roumain de 1865 (I), sans une évaluation des implications historiques et contemporaines de la recodification en Roumanie (II), sans une analyse des modalités choisies par le législateur roumain pour achever la recodification (III) et sans une contextualisation européenne du processus (IV).

I. La codification du droit civil dans la Roumanie moderne - entre transplant juridique et orgueil juridique national

Une complexe et complète compréhension du problème de la recodification contemporaine du droit civil roumain nécessite une incursion historique dans la manière dans laquelle on a

* Chargé de cours et vice doyen de la faculté de Droit de l'Université „Lucian Blaga” de Sibiu, où il enseigne l'histoire du droit et la théorie générale du droit comparé; manuelgut@gmail.com.

¹ En ce qui concerne les significations de la recodification, voir **M. McAuley**, Proposal for a Theory and a Method of Recodification, dans *Loyola Law Review*, vol. 49/2003, pp. 274 et suiv.

construit ce droit civil roumain moderne, ainsi que dans la manière ou les acteurs de la scène juridique roumaine, la société civile roumaine dans son ensemble; y se sont rapportés. En parlant génériquement, l'histoire de la codification du droit civil dans la Roumanie moderne a été un balancement éternel entre le besoin d'importer droit de l'Europe occidentale et le besoin de contourner une identité juridique nationale.

Le Code civil roumain de 1865 a été le résultat d'une importation juridique irrationnelle réalisée par l'élite politico-juridique roumaine de l'époque, au but de consolider et de moderniser d'urgence le jeune Etat unitaire roumain qui avait été né en 1862. Les Principautés roumaines Moldova et Valahia avaient élu, en 1859, le même prince - Al. Ioan Cuza-, bien que la Convention de Paris de 1858 (acte à valeur constitutionnelle, imposé par les grands pouvoirs européens) imposait l'élection des princes différents dans chacun des Principautés. On a accompli ainsi l'idéal de l'unité nationale exprimé avec d'insistance pendant la Revolution roumaine de 1848. Après un considérable effort diplomatique de la part des roumains, les pouvoirs européens ont accepté le prince commun, mais seulement pendant le règne de Cuza. Conscient de l'importance du moment et de la chance historique de construction nationale qui s'était ouverte aux roumains, le prince Cuza a poursuivi, par des réformes rapides, le but de consolider l'Etat roumain nouveau-né. Sur le plan politique, l'union a été accomplie en 1862 par l'unification, à Bucarest, des deux gouvernements et des deux parlements roumains. Il était très clair, toutefois, que l'unité nationale devait, pour être consolidée et correctement exprimée, être doublée par une unité sur le plan juridique. L'idée n'était pas nouvelle aux Principautés roumaines, "L'identité de la législation - prévoyait l'article 426 du Règlement Organique de la Moldavie de 1832¹ - étant le plus grand moyen d'accomplir une tellement morale union...". Même la Convention de Paris, tout en négligeant le désir d'union politique des roumains, elle encourageait leur unité juridique par la création des codes communs (*condici*) civil, pénal, commercial et de procédure (art. 35, par. 2). Dans ces circonstances, la réforme juridique est devenue prioritaire et urgente.

Sous l'aspect de la technique législative, l'adoption des codes, surtout d'un Code civil, n'était pas une nouveauté dans le contexte de l'uniformisation juridique et de l'unification nationale. En France, le Code Napoleon de 1804 était déjà devenu un modèle de l'unité juridique nationale et un symbole de l'identité juridique française. En considérant cet aspect, il n'est pas étonnant que les plus intenses efforts de codification, ainsi que les plus grandes disputes, se sont groupés autour de l'adoption d'un Code civil roumain. Dans une Europe des nations, se manifester comme nation sur le plan juridique signifiait avoir non seulement une constitution, mais aussi un Code civil. Pour pouvoir être considérée une nation, la Roumanie devait avoir un Code civil. Pour devenir, toutefois, d'une nation en retard, encore marquée par des puissants traits féodaux, une nation moderne européenne, la Roumanie devait avoir un Code civil européen. Il restait d'établir les modalités de construction d'un tel édifice juridique.

En considérant ces aspects, il n'est pas étonnant que la réaction de Cuza a été, en octobre 1859, assez prompte: il a proposé à la Commission centrale de Focsani un projet de loi pour adopter en Roumanie tous les codes français - civil, penal, commercial, de procédure civile

¹ Les Règlements Organiques ont été rédigés un pour chaque Principauté - Moldova și Valahia- par des commissions de nobles roumains, sous la directe surveillance des Russes, qui ont temporairement occupé les Principautés entre 1828-1834. Ils ont représenté, entre 1831 et 1858, les actes fondamentaux de l'organisation des deux pays roumains.

et de procédure pénale – par traduction en roumain. Il ne s’agissait pas d’une reprise inconditionnelle, mais d’une adaptation aux réalités et aux besoins de la société roumaine: il seraient modifiés les articles des codes français qui se trouvaient dans une *incompatibilité flagrante* à la religion et les coutumes du pays¹. L’importation massive et irrationnelle qui se préconisait était toutefois naturelle dans un contexte d’acculturation juridique marqué par le retard de la société roumaine, par le complexe européen des élites roumaines et, surtout, par l’énorme admiration de la plupart de celle-là pour la culture française. Dans les circonstances ou presque tous les membres de l’élite juridique roumaine avaient fait leurs études juridiques en France, y compris des doctorats en droit, renoncer à la comparaison juridique, à l’acte libre et conscient de choisir entre plusieurs alternatives, devant le prestige du droit français, était le plus naturel. D’autant plus naturel que chez les roumains, la dimension du prestige du droit français n’était pas extérieure, mais fortement interiorisée et vécue en tant que telle. Le droit français n’était pas prestigieux parce que les autres le disaient ou grâce aux dimensions géographiques de sa réception, mais parce que l’élite juridique roumaine avait repris par l’éducation une partie des données informationnelles – idéatiques et conceptuelles – de la culture juridique française. Ils se manifestaient au niveau des valeurs, idéaux, langue et langage comme des juristes français. Être juriste signifiait, pour le juriste roumain du milieu du 19^e siècle, être juriste français.

Dans ce contexte-là, il est très intéressant l’écran culturel identitaire mis par Cuza devant la réception juridique: le droit français devait être repris entièrement, mais avec des limites très claires: la religion et les coutumes du pays. La religion chrétienne-orthodoxe et les anciennes coutumes devaient être respectées, et les normes juridiques importées devaient s’adapter à ces réalités-là. Même en l’absence d’une approche réellement comparative, l’effort minime d’adapter le droit importé à la culture générale et juridique de la société roumaine était un acte qui sauvait, par sa rationalité, la démarche de construction d’un droit roumain moderne et vraiment national. Cette tendance s’est amplifiée en 1864, quand le prince Cuza, en renonçant tout d’un coup à l’idée de la traduction conditionnelle du Code civil français, invitait le Conseil d’Etat (institution récemment créée, d’après le modèle français) à élaborer un projet de Code civil ayant comme modèle le projet de Code civil italien de Pisanelli, rédigé en 1860. Il paraît que, à côté de l’exigence de l’adaptation aux réalités roumaines, venait d’apparaître la nécessité d’une législation actualisée – ce que le Code civil français, avec ses nombreuses lacunes, ne pouvait pas offrir. Paradoxalement, dans le contexte de l’autoritarisme du prince, instauré par Cuza, le président du Conseil d’Etat, C. Bosianu, ne donna pas cours à l’invitation de Cuza et rédigea le projet du Code civil roumain ayant comme modèle principal le Code civil français. Au-delà de l’intéressante rupture à l’intérieur de l’élite politico-juridique roumaine, il faut remarquer la force du prestige du Code civil français dans la Roumanie de l’époque, par rapport à une culture juridique roumaine trop faible pour s’opposer. Par conséquent, en considérant l’importation juridique irrationnelle et la dimension de la contamination juridique, on pourrait parler même d’un impérialisme juridique involontaire² de la part des français, en Roumanie. Le fait que ce code a été rédigé par la commission Bosianu en 6 semaines n’est pas une excuse pour le

¹ Voir **V. Erbiceanu**, *Aplicarea principiilor dreptului francez în România și reacția provocată în viața noastră socială și culturală*, dans *Dreptul*, 1904, p. 188

² Voir **M. Guțan**, *Romanian Tradition in Foreign Law Import: Between Necessity and Weakness*, dans *Imperialisme et Chauvinisme juridiques. Rapports présentés au colloques à l’occasion du 20^e anniversaire de l’Institut Suisse de droit comparé*, Lausanne, 3-4 octobre 2002, Schulthess, Zurich, 2004, pp. 70-71

resultat des travaux, car la commission a travaillé sur un premier projet de Code civil roumain rédigé en 1862-1863. Cet aspect peut consolider les critiques contre le Code civil roumain, grâce au manque de relevance critique de cette periode assez longue, quand il y aurait un temps suffisant pour une comparaison juridique critique et sélective.

Certainement, le Code civil roumain, qui est entré en vigueur le 1 decembre 1865, n'a pas été entierement une traduction fidèle du Code civil francais¹. Même en refusant de donner cours aux propositions de Cuza, la commission Bosianu a eu en vue la finalité de la modernisation et de l'actualisation. Des 1914 articles du code, 105 ont été inspirés par la législation belge des hypothèques et autres 45 articles dans la matière des obligations ont été inspirés par le projet de Pisanelli. Trop peu pour éviter les accusations d'importation juridique massive, mais suffisamment pour soutenir que le but de modernisation et d'actualisation a été partiellement acquis. Cette finalité a malheureusement éliminé la comparaison juridique et le choix conscient entre alternatives en faveur de la reprise par des législations comme celle belge ou italienne qui n'étaient pas d'autre chose que des versions actualisées du Code civil français.

On peut donc constater les consequences suivantes:

- L'élaboration du Code civil roumain a été faite sur les fondements d'une importation juridique irrationnelle qui n'a pas pris en considération toutes les particularités culturelles-juridiques du peuple roumain. Il est vrai qu'on a gardé quelques institutions traditionnelles roumaines en matière de famille² et de successions, mais trop peu pour pouvoir dire que la culture juridique roumaine a représenté une alternative viable pour l'élite politico-juridique roumaine. Le plus surprenant c'est que la renonciation au desiderat essentiel et obligatoire de la compatibilité de l'importation juridique avec la culture juridique de l'importeur a frappé dans le coeur même de l'identité nationale roumaine (au moins de ce temps-là): la religion orthodoxe. Bien que Cuza ait été le plus conscient que possible de l'impact qui l'aurait l'atteinte aux valeurs religieuses du peuple roumain, la commission Bosianu a repris fidèlement l'esprit laïque et anticlericaliste du Code civil francais dans un pays orthodoxe, ou l'Eglise n'avait jamais eu des prétentions d'hégémonie sur l'Etat.³
- Le code a été édicté par des raisons plus politiques que juridiques ou économiques, d'ou le désintérêt pour son application, même aux élites. Il est certain que ce Code civil n'a pas répondu aux besoins économiques des grands propriétaires fonciers roumains qui, intéressés a obtenir des profits plus élevés de par le travail des paysans, n'avaient pas l'intérêt d'appliquer les principes liberaux et égalitaristes en matière de contrats et

¹ Cela ne signifie pas moins que les articles qui ont été importés n'ont pas été reprises, le plus souvent, mot-à-mot.

² Cela n'a pas été par hasard. Tel comme remarquait J. Carbonnier, "la famille est l'institution juridique pour laquelle le droit compte le moins, car l'essentiel lui vient des moeurs et de la morale". Voir **M.-F. Bureau**, Code et famille: avant-garde ou fixité? Codification, Don Quichotte et autre histoires, dans Les Cahiers de droit, vol. 46/2005, p. 397

³ Pour les effets de cette situation, voir **M. Guțan**, Building the Romanian Modern Law - why is it Based on Legal Transplant?, dans Acta Universitatis Lucian Blaga. Seria jurisprudentia (English Edition), Supplement 2005, pp. 139 et suiv.

obligations du nouveau Code civil. Ainsi, la législation des engagements agricoles qui est entrée en vigueur en 1866 s'est gravement éloignée des principes du Code civil, en perpétuant des rapports juridiques et économiques entre propriétaires et paysans, inspirés par les anciennes réglementations néo-féodales.¹ Dans ces conditions-là, les accusations apportées par l'ancienne doctrine roumaine² contre le manque de recouvrement par le législateur roumain des évidentes lacunes du Code civil français étaient inutiles. Des institutions comme les personnes morales, le travail en relation avec le capital, la propriété littéraire et artistique, la faillite civile, les assurances, les syndicats etc., qui n'étaient pas réglementées par le Code civil français et étaient ignorées par le code roumain, étaient en même temps incompatibles avec l'économie agraire néo-colonialiste de la Roumanie de 1864. Ce manque du législateur roumain n'a été qu'une oeuvre d'adaptation aux nécessités économiques du moment.

- Le code a manqué de la légitimité démocratique: il n'a pas été débattu au Parlement, mais il a été „octroyé” par le prince. Il est vrai, d'autre part, qu'une codification et unification juridique d'une telle ampleur a été toujours achevée dans le contexte d'une volonté politique ferme, même aux velléités autoritaires³. Cette volonté politique autoritaire a été d'autant plus nécessaire que, naturellement pour une réception juridique qui n'a pas pris en compte le contexte culturel de la société importatrice, le Code civil a été rejeté avec dureté dans certaines sphères influentes de la société roumaine. La réaction prompte et ferme de l'Eglise orthodoxe roumaine, l'immense scandale qui a suivi et le mode dans lequel cette crise a été administrée consolident ces aspects.⁴
- Le code n'a pas eu un rôle de cohésion sociale. Le peuple roumain, formé dans sa plupart des paysans illettrés, s'est senti pour longtemps dans la présence d'une législation imposée par le prince, étrangère à ses traditions juridiques. En outre, le langage plein de néologismes français du Code civil roumain a rendu inutile le désir de son accessibilité de masse. C. Dissescu, important doctrinaire roumain du 19e siècle, considérait même que la société roumaine de l'époque s'était scindée en deux camps, en opposant la grande masse de ceux qui ignoraient la loi, à la sois-disante oligarchie des connaisseurs de la loi⁵. Le code a eu, sans doute, un rôle essentiel, dans le temps, dans la promotion de l'uniformité et de l'unité juridiques en Roumanie. Ce qui, éventuellement, a été l'aspect positif majeur de sa création.

L'élaboration de ce Code civil roumain n'a pas été reçue avec de l'enthousiasme par les spécialistes, on ne lui a pas conféré des latitudes symboliques identitaires-juridiques et n'a pas été identifié en tant que monument des valeurs morales nationales. Dans l'imaginaire populaire, il a été perçu pour longtemps comme un corps étranger, et aux yeux de la

¹ Pour des détails, voir E. Cernea, Criza dreptului în România la 1907, Editura Universității din București, 2001, pp. 38 et suiv.

² Voir C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, Drept civil român, All, București, 1996, p. 25

³ Voir J.-L. Baudouin, La réforme du droit des obligations, dans Les Cahiers de droit, vol. 30/1989, pp. 823-824; P. Legrand, Strange Power of Words: Codification Situated, dans Tulane European and Civil Law Forum, vol. 9/1994, p. 8-9

⁴ Voir V. Erbiceanu, op.cit., pp. 193 et suiv.

⁵ Voir V. D. Zlătescu, Drept privat comparat, Editura Oscar Print, București, 1997, p. 173

doctrine il a été perçu comme manquant de légitimité. Tout le monde était toutefois conscient de la nécessité de son existence. Bien que rejeté comme symbole culturel roumain, le Code civil n'a pas échappé à une dure dispute au centre de laquelle s'est trouvé le besoin de définition identitaire-juridique du peuple roumain. Au moment où l'élite juridique roumaine est devenue consciente de soi-même comme acteur actif sur la scène de la modernité, elle s'est découverte comme étant définie premièrement comme importatrice irrationnelle de droit. Le discours sur soi et sur la culture dont il fait partie s'est déroulé, par conséquent, dans les paramètres de l'impuissance juridique, de la faiblesse culturelle et des formes importées sans aucun fond autochtone, tout cela sur le fond de plus en plus ample d'orgueil juridique national. On a implicitement posé des questions sur la nécessité de l'importation juridique et, là où la réponse a été positive, sur les modalités de l'importation juridique. Inévitablement, on a senti le besoin d'un triage de l'entier processus d'élaboration du Code civil au but de la découverte de la contribution roumaine: on a mis attentivement en évidence le fait qu'il s'agit d'un processus critique qui a déterminé le fait de ne pas reprendre in corpore du Code civil français¹, qu'on a procédé à son actualisation par l'importation des institutions actuelles et avancées d'autres législations, tels que „notre Code civil était plus avancé que le Code français en plusieurs matières”², et aussi le fait que les institutions juridiques traditionnelles des roumains étaient présentes dans le code³. Par conséquent, on a ignoré ou minimalisé des aspects incommodes comme: le très grand nombre d'articles repris, souvent par traduction mot-à-mot du texte français, le fait que la sois-disante modernisation du Code français a été achevée par la reprise d'un nombre infime (par rapport au total) d'articles de la législation italienne et belge et le nombre d'institutions prises de la tradition roumaine a été insignifiant. Au delà des qualités et défauts réels du Code, on a commencé un processus faible de mitisation, de transposition du Code dans le langage de l'orgueil national.

Ce processus identitaire a progressivement évolué vers la conscience de l'inévitabilité de l'importation juridique et vers assumer les conséquences naturelles de celle-là. Le déplacement de l'accent des causes sur les effets a conduit vers une perspective de l'adaptation des formes importées au fond national. Par la suite, la doctrine s'est réconciliée avec le fait qu'il n'y a pas un Code civil original, roumain et, sans renoncer au discours de l'originalité, mêlé avec le sentiment de l'orgueil juridique, a déplacé l'accent sur le mode dans lequel le Code civil a été mis en pratique, appliqué par les divers acteurs du droit. On a développé ainsi, dans la doctrine juridique roumaine, une coordonnée épistémologique de l'originalité du droit appliqué qui, combinée avec la nécessité de calmer l'orgueil juridique national, a déterminé la compréhension du droit civil appliqué et adapté comme dimension spéciale de l'identité juridique nationale. Ainsi, sous l'aspect de la culture et de l'identité juridique nationale, les roumains ne s'identifient pas avec le droit des livres, avec le texte de la loi, mais, plutôt, avec le droit de la jurisprudence et de la doctrine. En posant les problèmes dans les termes de la théorie des „formants” du droit de R. Sacco⁴, on pourrait dire que, dans la Roumanie d'antan, le droit (civil) résidait dans une combinaison harmonieuse de texte de loi (formant légal) étranger, jurisprudence (formant juris-

¹ **Al Herlea**, Studii de istorie a dreptului, vol.3, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1997, p. 11

² **A Rădulescu**, Izvoarele dreptului civil, dans Pagini din istoria dreptului românesc, Editura Academiei RSR, București, 1970, p. 185

³ **Ibidem**, pp. 184-187

⁴ **R. Sacco**, La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, Economica, Paris, 1991, pp. 33 et suiv.

prudentiel) et doctrine (formant doctrinal) roumaines, ou coexistaient harmonieusement l'importation juridique avec la mentalité et la culture juridique nationale. Sous l'aspect de l'identité juridique nationale, le formant légal passe au plan secondaire pour faire de la place au formant jurisprudentiel et à celui doctrinal. Ainsi, à la différence des français qui, en temps, se sont juridiquement identifiés avec le Code civil en soi, avec ses valeurs pérennes sculptées dans le texte de loi qui se veut changé le moins possible, les roumains se sont identifiés avec le Code vivant, retrouvé dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Toutes ces considérations ont, de notre point de vue, des importantes conséquences sur toute tentative de recodification du droit civil en Roumanie. Il est bien de retenir que, à la différence des Français qui percevraient comme une perte d'identité toute révision essentielle ou abrogation du Code civil de 1804, les Roumains n'auraient aucun sentiment de perte de soi si le Code civil serait amputé ou abrogé. Cet aspect ne signifie pas que je suis à la faveur de la recodification. Tout au contraire. Ayant en vue que le droit civil vivant, le vrai droit civil roumain se retrouve essentiellement dans la doctrine et dans la jurisprudence, je trouve inutile toute recodification du droit civil. Le Code civil, avec ses modifications et actualisations, pourrait être appliqué sans problèmes. Mais, si on considère une recodification nécessaire pour des raisons formelles, je considère une telle démarche inefficace et inutile, si la doctrine et la jurisprudence roumaines ne seraient correctement reflétées dans le nouveau texte de loi et les éventuelles importations ne seraient pas évaluées du point de vue comparatif et critique avec ce que le droit civil vivant veut dire. En même temps, toute importation juridique irrationnelle qui ne tenait pas compte de tous ces aspects représenterait une répétition inutile des erreurs du passé.

II. La nécessité de la recodification¹ du droit civil roumain après 1989

Du point de vue technico-juridique, la finalité essentielle de la codification dans la tradition juridique romano-germanique est de systématiser et de rationaliser le droit, d'assurer la cohérence, la certitude et la prédictibilité juridique, l'accessibilité du droit et, implicitement, l'égalité en droits des citoyens à travers l'accès rapide et simple à la loi.² Les mots "simplicité et justice égale et intelligible pour tous" inscrits sur le tombeau de Napoléon au Dome des Invalides sont très pertinents pour ce mode d'organiser la normativité juridique. Traditionnellement, la condition essentielle d'atteindre ces buts l'était et l'est encore le monisme juridique. On ne peut pas parler de certitude et de prédictibilité juridique que dans la présence d'une seule source juridique écrite³, dans ce cas-ci, le code. Toute multiplication des sources formelles du droit en matière de droit civil ne fait que créer d'incertitude et d'incohérence juridique.

¹ On utilise dans cet ouvrage le terme „recodification” dans son sens le plus large, y compris l'idée de simple révision. Le nouveau Code civil roumain n'est pas un nouveau code dans le sens substantiel du terme. Il ne crée pas, il plutôt ordonne, reformule et actualise. Dans le langage technico-juridique français, il s'agirait plutôt d'une *codification-modification* ou d'une *codification innovation* que d'une *codification compilation* ou *codification administrative*. Voir **R. Cabrillac**, Les enjeux de la codification en France, dans Cahiers de droit, vol. 46/2005, pp. 539 et suiv. Voir, aussi, **B. Fauvarque-Cosson**, Modern Development in French Codification, dans Edinburg Law Review, vol. 4/2000, pp. 353 et suiv.

² Voir **M. McAuley**, op.cit., pp. 265 et suiv.

³ **P. Legrand**, op.cit., p. 31

Au-delà de l'opportunité du débat sur l'anachronisme et l'inutilité de la codification ou de la recodification, dans le contexte de la multiplication, de nos jours, des sources formelles du droit et des centres du pouvoir politique, on peut poser le problème d'une réelle nécessité de la recodification du droit civil dans la Roumanie actuelle. Il est certain que, si on prend en considération les aspects technico-juridiques et les finalités de la codification dans la tradition romano-germanique, le fait que le droit civil roumain actuel a son siège dans une série de codes, lois, décrets, ordonnances d'urgence et arrêtés du Gouvernement paraît défier toute idée de cohérence, systématisation et certitude juridique. La décodification du droit civil roumain s'est produite constamment dans les 133 années d'application, dans les conditions où y se sont succédés divers régimes politiques – césarisme princier (1864-1866), monarchie constitutionnelle (1866-1938; 1944-1947), dictature royale (1938-1940), dictature militaire (1940-1944), république populaire (1947-1965), république socialiste (1965-1989) et, plus récemment, république semiprésidentielle (1991 – présent)-, ainsi que des diverses époques socio-économiques: de la société moderne néo-coloniale exportatrice de céréales¹ (1864-1917) au capitalisme libéral "bourgeois" (1918-1948) et de l'économie planifiée socialiste (1948-1989) à la transition post-socialiste vers l'économie du marché (1989 – présent). Dans presque toutes les périodes on a posé, sous la pression des divers facteurs politiques, juridiques ou économiques, le problème de la modification ou même de l'élaboration d'un nouveau Code civil. En accomplissant une primordiale fonction politique qui a diminué sa qualité juridique, le Code civil de 1865 a été fortement critiqué dès les débuts de la doctrine roumaine, a été même remplacé, en 1939, par un nouveau Code civil de la Grande Roumanie (qui n'a pas été mis en application)² et a connu les pressions d'une tentative communiste de recodification. Tous ces aspects n'ont pas conduit, jusqu'à nos jours, à la concrétisation d'une recodification, ainsi que l'ancien Code civil du prince Cuza se trouve encore en vigueur.

Evidemment que, inévitablement, sous la pression du contexte socio-politique et économique mentionné, diverses institutions du Code civil ont été modifiées tandis que d'autres ont été abrogées. Il est important à retenir que ces réformes se sont toujours achevées par l'abrogation des articles correspondantes du Code civil et par la réglementation des nouvelles institutions à travers des lois, décrets et même nouveaux codes³. Cette démarche a permis au législateur communiste de réglementer une série d'institutions du droit civil "socialiste" (la propriété corporatiste ou celle socialiste de l'Etat, par ex.), sans inutilement abroger des institutions du droit civil "bourgeois" qui ne correspondaient pas à la philosophie marxiste-leniniste. Juste pour cela, après la Révolution de 1989, il n'a pas été question de resuscitement, récupération ou déterrement⁴ du Code civil

¹ Voir **D. Chirot**, *Schimbarea socială într-o societate periferică*, Corint, București, 2002, pp. 254 et suiv.

² Voir collectif, *Istoria dreptului românesc*, vol. II, partea a doua, Editura Academiei RSR, București, 1987, pp. 267-268

³ Parmi les plus importantes modifications: le Décret 32/1954 sur les personnes juridiques et physiques, qui a abrogé les articles correspondantes du Code, et le Code de la famille de 1954, qui a abrogé toutes les institutions du Code civil liées à la famille.

⁴ C'est souvent incorrecte la perception extérieure sur l'évolution du Code civil roumain avant et après 1989. Le professeur M. Grimaldi est en erreur quand il écrit sur le Code civil roumain "englouti lors du naufrage du système juridique socialiste" ou sur le fait que les pays de l'Est (probablement la Roumanie aussi) se font reconstruire entièrement le droit civil. Voir **M. Grimaldi**, "Codes et codification": pour souligner la dixième anniversaire de

mais, tout simplement, de revalorification des institutions qui sont toujours restées en vigueur depuis Cuza, dans le nouvel contexte politico-economique. Après 1989, la Roumanie a reoccupé sa place dans la famille romano-germanique¹, place consolidée par la présence continue de son Code civil². Donc, de notre point de vue, dans les conditions où le Code civil de 1865 n’a jamais été abrogé, il ne s’agit pas aujourd’hui d’une recodification qui redonnerait aux Roumains un Code civil, mais d’une recodification qui pourrait offrir au système de droit roumain postrevolutionnaire et au droit civil toutes les avantages mentionnées de la codification. On peut donc faire référence à la cohérence, rangement, systématisation, rationalisation, reformulation de langage, accessibilisation, actualisation et non à la recodification dans le sens de la construction *ab initio* d’un Code. En d’autres termes, c’est l’accomplissement d’un désir historique: la volonté des roumains de construire un Code civil qui soit capable de refléter le mode dont ils pensent, sentent, écrivent et parlent³. C’est la seule perspective idéatique viable qui soutienne la nécessité de la recodification en Roumanie, dans les conditions où, sous l’aspect de la dynamique du droit civil vivant, la codification est inutile.

A ce moment-ci, on ouvre un autre problème. Du point de vue de la symbolistique, un Code civil peut être, comme on a déjà constaté, l’expression de la culture juridique d’une nation, un symbole de l’identité (juridique) nationale⁴. Une construction juridique ayant la dimension et le champ d’application d’un Code civil devrait avoir une fonction unificatrice tant sur le plan juridique que sur le plan social et culturel, et amplifier le sentiment de l’appartenance à une communauté (juridique)⁵. Dans ce contexte-là, il faudrait, et peut-être le nouveau Code civil roumain puisse jouer le rôle d’un catalyseur de l’identité et de la fierté nationale, comme dans le cas du Québec et de la France? Ou soit-il la “constitution civile” de la Roumanie? Est-il utile de poser aujourd’hui le problème de la recodification dans des termes d’identité culturelle? Si on entend par recodification actuelle du Code civil un moment d’affirmation de la culture juridique roumaine et de construction d’une identité juridique, alors, dans la perspective historique, le problème peut être posé

l’entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et le bicentenaire du Code Napoleon, dans Les Cahiers du droit, vol. 46/2005, p. 19, note 28; p. 16. Au contraire, la Roumanie a été le seul Etat socialiste du bloc est-européen qui n’a pas abrogé son Code civil “bourgeois”.

¹ Voir **V. D. Zlătescu**, Le droit roumain dans le grand système romano-germanique, dans Revue internationale de droit comparé, nr. 4/1991, pp. 829 et suiv.

² La continuité de l’application du Code civil de 1865, avec sa propriété privée de type romain, a facilité en Roumanie la transition vers l’économie de marché. Voir aussi **V. D. Zlătescu**, Le droit de la transition en Roumanie, dans Revue internationale de droit comparé, nr. 4/1995, pp. 975 et suiv.

³ Une recodification du droit civil roumain permettrait de reformuler et de reconceptualiser les dispositions restées en vigueur du Code civil. Ce serait une chance de „décodifier” le code du point de vue linguistique, et de le rendre plus accessible aux spécialistes. Justement pour cela, ayant en vue que chez nous il n’y a pas eu de préoccupations pour l’accessibilité du code à toutes les catégories sociales et, même s’il a existé, on a pas réussi une telle chose, le nouveau Code civil pourrait consacrer un langage juridique rigoureux et actuel et le nombre des définitions soit augmenté pour clarifier les spécialistes. En tout cas, comme reconnaît aussi **M. Grimaldi**, la simplicité et l’accessibilité linguistique du Code civil sont purement demagogie. Voir *op.cit.*, p. 22

⁴ **M. McAuley**, *op.cit.*, p. 268

⁵ Voir **R. Cabrillac**, *op.cit.*, pp. 541 et suiv.

ainsi. Une revanche historique sur l'importation juridique irrationnelle, une chance de prouver que l'adaptation/"roumainisation" du droit importé a bien fonctionné, une chance de démontrer qu'on peut construire le droit tout seuls, toutes ces perspectives pourraient contenter au moins les élites juridiques roumaines. Au-delà de cet aspect, il est discutable si ce Code civil qui n'a jamais existé dans la conscience du peuple roumain, qui a été abordé purement du point de vue instrumentaliste, pourrait représenter aujourd'hui un élément de cohésion sociale et un monument symbolique de la culture juridique nationale autour de laquelle le peuple roumain puisse se catalyser. En regardant, cependant, la moitié pleine de la verre, on peut affirmer que ce détachement du Code civil et de ses possibles significations peut conférer à la mentalité juridique roumaine la maléabilité nécessaire à l'intégration juridique européenne.

Indépendamment du fait s'il l'est ou pas opportun de parler, en Roumanie, du Code civil comme d'un bastion de l'identité juridique nationale (en tout cas, on préfère à un faux sentiment d'orgueil juridique, une attitude pragmatique, fonctionnaliste, sur le rôle du Code civil dans la société), il serait normal que toute démarche de recodification soit précédée d'un débat public sur les valeurs que ce Code civil devrait consacrer dans le contexte socio-économique et politique actuel. L'assimilation du Code civil avec „la vraie constitution” de la France¹ par la doctrine française est intéressante dans la mesure où elle nous rappelle qu'un Code civil n'est pas une simple construction technico-juridique abstraite, mais il est l'expression d'une attitude épistémologique collective spécifique, qui donne de la substance et de la couleur à la culture juridique nationale². En considérant la spécificité de l'évolution historique, cette évaluation devrait impliquer une analyse correcte et complète de la mesure où chaque formant du droit - légal, jurisprudentiel et doctrinal - a contribué à la promotion de ces valeurs et de promouvoir ce qui est vraiment actuel et national. Evidemment, comme le montre l'histoire des codifications, le rôle central dans cette démarche devrait être joué par les doctrinaires, ceux qui, par exégèse et analyse critique sont les plus compétents d'avoir une vision d'ensemble, de principe, sur la réforme³. Ayant en vue le rôle historique de constructeur de "Code civil vivant" de la jurisprudence, les praticiens devraient aussi avoir un poids égal aux doctrinaires dans ce processus.

III. Les modalités de la recodification du droit civil roumain

L'un des plus usités instruments de la légifération et de la recodification, au passé et surtout au présent c'est le droit comparé. Une comparaison juridique qui prend en considération les solutions juridiques offertes par d'autres systèmes de droit aux mêmes problèmes socio-économiques peut être une modalité efficace de réforme juridique nationale. Théoriquement, le droit comparé permet au réformateur national de prendre en considération, dans une manière équilibrée, tant les ressources juridiques du système de droit et de la culture juridique nationale, que les solutions étrangères. La comparaison juridique découvre au législateur les points faibles des solutions juridiques nationales et prend en considération la meilleure et la plus appropriée solution externe. Le droit comparé montre au réformateur national qu'il ne doit pas avoir peur de l'importation juridique, mais,

¹ Voir **R. Cabrillac**, Le Code civil est-il la véritable constitution de la France?, dans *Revue Juridique Themis*, vol. 39/2005, pp. 245 et suiv.

² **M. Grimaldi**, op.cit., pp. 26-27

³ Voir **M. Billau**, La doctrine et les codes. Quelques réflexions d'un civiliste français, dans *Les Cahiers du droit*, vol. 46/2005, pp. 448 et suiv.

en même temps, il lui découvre combien, comment et d’où doit-on importer. L’importation juridique ne devrait outrepasser les besoins du système importateur, elle doit être faite dans une telle manière que les institutions juridiques importées n’irritent pas la culture juridique nationale et, par conséquent, elle doit être faite du système/des systèmes étrangers les plus appropriés.¹ Une telle importation rationnelle, faite sur des bases critiquement comparatives, peut éviter des convulsions sociales internes et, en plus, elle peut offrir au système juridique importateur la chance de se manifester comme puissant, de ne se laisser comblé par d’autres systèmes de droit et de conserver son identité.² En même temps, la comparaison juridique permet une correcte évaluation des nécessités de conserver le propre système de droit, en balance avec le besoin de ne pas manifester une inutile autarchie juridique, dans un monde marqué par des rapides changements et par la globalisation.³ Dans la mesure où le nouveau Code civil roumain se veut (aussi) une expression de l’identité juridique nationale, une telle approche comparative rationnelle est obligatoire.

En analysant le seul et succinct document officiel qu’on a eu à la disposition regardant la rédaction du nouveau Code civil – l’exposition des motifs du Gouvernement qui a accompagné, en 2004, au Sénat, le projet du Code civil – il en résulte que le **droit comparé** ait représenté l’une des modalités de travail les plus importantes du collectif d’universitaires qui a élaboré le projet: „à l’élaboration du projet, on a valorifié... surtout des réglementations nouvelles, modernes, existantes dans d’autres législations, parmi lesquelles les plus importantes qu’on mentionne du point de vue du poids de leur utilisation comme matériel documentaire: le Code civil français modifié en 2001, le Code civil du Québec de 1994, avec les modifications et compléments ultérieurs, celui-ci représentant une version améliorée, aux influences de common law, du Code civil français”. De ces informations, il ne résulte pas comment a-t-on utilisée la méthode comparative (si, par exemple, on a utilisé la méthode fonctionnelle et comment) et ni quels ont été les finalités de cette démarche (vérifier l’actualité des réglementations du Code civil roumain, obtenir « la meilleure solution », obtenir des structures nouvelles et de nouveaux concepts juridiques etc.), mais on précise relativement les sources importantes de la démarche comparative: les codes civils du Québec et de la France. Il y a une série d’aspects qui peut être remarquée en analysant l’exposition gouvernementale⁴:

a) Le Code civil français n’est pas perçu comme un terme de comparaison proprement-dit, une simple alternative possible parmi d’autres, sélectionnée à la suite d’un processus d’analyse et d’évaluation. On ne poursuit pas de décélérer les similarités et les différences

¹ Voir **G. Ajani**, *The role of Comparative law in the adoption of new codifications*, dans Rapports nationaux italiens au XVème Congrès International de Droit comparé, Bristol 1998, Giuffrè Editore, 1998, p. 69

² voir **M. Guțan**, *Romanian Tradition in Foreign Law Import: Between Necessity and Weakness*, op.cit., pp. 65 et suiv.

³ voir **A. Hartmathy**, *Codification in a Period of Transition*, dans *U. C. Davis Law Review*, vol. 31/1997-1998, p. 797

⁴ On précise que les affirmations présentées dans ce qui suit visent seulement l’exposition de motifs du Gouvernement. Dans l’absence des informations claires sur les modalités, les sources et les objectifs de la commission de rédaction, ainsi que sur le rôle précis joué par les canadiens dans l’élaboration du code, nos opinions pourraient être atteintes d’une trop grande subjectivité. On nous assume toutefois la charge de revenir sur tout cela des que plus d’informations seront rendues publiques.

entre le droit civil roumain et le droit civil français, ou entre le droit civil français et un autre relevant d'un système de droit étranger, afin de découvrir la meilleure solution qui réponde aux besoins de réforme du droit roumain contemporain. Tout au contraire, le code civil français est regardé comme repère obligatoire de la réforme du droit civil roumain. Conformément à l'exposition des motifs, le code civil français est plus qu'un élément obligatoire de comparaison, il est un élément obligatoire de "corrélation" législative. Cela n'est pas étonnant, en considérant que, au niveau de la mentalité juridique roumaine, le code civil français est resté un élément constitutif de la culture juridique roumaine, et la doctrine et la jurisprudence françaises, des repères obligatoires dans toute démarche scientifique en matière de droit civil;

b) Par conséquent, il ne doit pas être surprenant que'on ait fait appel, comme terme de comparaison, au Code civil du Québec, ayant en vue que celui-ci a été (dès sa parution en 1866) et il l'est aujourd'hui, tributaire à la tradition juridique romano-germanique et surtout au Code civil français. Les influences du common law se sentent seulement en matière de droit international privé, transportation de marchandises et des éprouves.¹ Ainsi, la peur que le système de droit roumain, qui appartient à la tradition romano-germanique, sera invadé massivement par la tradition common law est mal fondée.

c) Les codes civiles de la France et du Québec ont été, dès le début, non seulement des termes obligatoires pour la corrélation/comparaison juridique, mais aussi des sources obligatoires de l'importation juridique. Le fait qu'on a importé avec prépondérance de ces systèmes de droit, légitime notre opinion qu'il s'agissait plus de la découverte des solutions juridiques appropriées par sa „réalimentation" de ses sources originaires. Dans ces conditions, sous l'aspect de l'(in)existence des alternatives réelles, la recodification présente ressemble en bonne mesure à la codification originaire de 1864. La différence consiste toutefois en le fait que, à 1864, le droit roumain était une tradition juridique totalement ouverte vers la communication et la réception d'autres traditions juridiques, dans le but de contourner un système de droit national apparemment clos; tandis qu'aujourd'hui on parle d'une relative ouverture vers communication et réception, le système de droit roumain (au moins en matière de droit privé) se manifestant en tant que tradition juridique vivante, dont la normativité est suffisamment contournée pour restreindre l'intérêt d'absorber une information juridique nouvelle et diversifiée². Ayant en vue que la culture juridique française est une partie de la tradition juridique roumaine contemporaine³, il n'est pas

¹ **P.-G. Jobin**, Le droit comparé dans la réforme du Code civil du Québec et sa première interprétation, dans Les Cahiers de droit, vol. 38/1997, p. 490

² Pour la dynamique de la tradition juridique nationale, voir **H. P. Glenn**, La tradition juridique nationale, dans Revue internationale de droit comparé, nr. 2/2003, pp. 263 et suiv.

³ Il est intéressante, dans ce contexte, l'interprétation que P. Glenn la donné à la syntagme "droit commun" réglementée par les Dispositions préliminaires du Code civil du Québec de 1994 et reprise par l'article 2 du nouveau Code civil roumain. En faisant une parallèle entre le sens romain de l'expression, qui visait un droit unique applicable, sans accepter la pluralité juridique, et le sens donné au Moyen Age européen à l'expression *ius commune* - de droit commun supplétif, appliqué par rapport aux normes particulières de l'Europe occidentale -, l'auteur souligne les avantages de la dernière interprétation pour la compréhension des différents phénomènes juridiques contemporaines. Voir **H. P. Glenn**, La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit, dans Les Cahiers du droit, vol. 46/2005, pp. 339 et suiv. Il est important à

surprenant que l’ouverture du réformateur roumain s’est réalisée en grande mesure vers le Code civil français et celui du Québec, malgré l’existence, aujourd’hui, d’un marché dur des modèles juridiques, ou le modèle français ne détient pas du tout la suprématie¹.

d) Probablement le plus surprenant élément de la démarche „comparative” est l’implication de l’Agence canadienne pour développement international, par „conseils périodiques regardant le projet, participation effective dans les commissions de travail, ainsi que par la transmission des matériaux documentaires et d’études de droit comparé”. Il faut préciser ici que, dans la mesure où l’aide juridique (*legal aid*)² pourrait être classifiée aujourd’hui comme une forme contemporaine d’impérialisme juridique masqué sous des bonnes intentions, on peut mettre en question la rationalité du processus d’importation juridique et la présence réelle d’un processus comparatif dans la préparation du nouveau Code civil roumain. Aussi, dans les conditions où le législateur national est le plus compétent à détecter les besoins de la société roumaine et d’évaluer les possibles solutions existantes, en vue de leur compatibilisation avec la culture générale et juridique de la société roumaine, on peut poser la question: dans quelle mesure une démarche comparative faite „d’en dehors” peut-elle avoir du succès? Une analyse comparative réalisée par des spécialistes roumains a beaucoup plus de chances d’établir dans quelle mesure les institutions juridiques importées ont la chance d’être compatibles avec le système de droit et la culture juridique nationale, pour que la démarche réformatrice soit une de consolidation juridique nationale et non de colonisation juridique³. L’expérience historique nous a appris que n’importe combien de véléites d’adaptateurs de droit importé on aurait, ce processus présuppose une période assez longue et des déséquilibres socio-juridiques et économiques.

D’autre part, toutefois, la collaboration avec les experts canadiens peut être considérée très utile pour le législateur roumain: entré en vigueur en 1866, un an après le code de Cuza, l’ancien Code civil du Québec a été massivement inspiré par le Code civil français de 1804; la recodification finalisée en 1991 a eu en vue aussi seulement une actualisation, un perfectionnement du Code civil existant, en fonction des nouvelles réalités socio-économiques⁴;

e) L’importation juridique a été considérablement réduite qu’en 1864, car le but de la recodification a été en premier lieu ordonnateur et pas createur. On a gardé, mais reformulées et reconceptualisées, la plupart des normes du Code civil de Cuza et on a

retenir, pour l’évolution de la tradition juridique roumaine, la permanente relation entre le Code civil français, la doctrine et la jurisprudence de droit civil françaises, et le droit civil roumain. Le droit civil français pourrait être entendu, d’après l’interprétation de Glenn, comme un droit commun supplétif pour le droit civil roumain, et le droit civil du Québec pourrait le devenir. Ainsi, on comprend mieux pourquoi la recodification du droit civil roumain se rapporte prioritairement au droit civil français ou d’inspiration française.

¹ Voir **G. Canivet**, French Civil Law Between Past and Revival, dans *Loyola Law Review*, vol. 51/2005, pp. 46 et suiv.

² voir **M. Bogdan**, International Development Aid as a Creator of a New Small Mixed Legal Systems, dans *Imperialisme et Chauvinisme juridiques*, op.cit., pp. 55 et suiv.

³ **P.-G. Jobin**, op.cit., p. 500

⁴ voir **J.-F. Niort**, Le Code civil face aux défis de la société moderne: une perspective comparative entre la revision française de 1904 et le nouveau Codecivil du Québec de 1994, dans *McGill Law Journal*, vol. 39/1993-1994, p. 852

systematisé une série de normes de droit civil qui se trouvaient en dehors du code. Dans ce contexte, le droit civil roumain adapté par la doctrine et la jurisprudence est devenu un réel compétiteur sur un marché très large et dur des modèles juridiques.

f) Une différence essentielle de la rédaction du code de 1865 est le fait que l'irrationalité de l'importation juridique ne vise que le choix des sources d'inspiration, mais pas la quantité du droit importé. Pendant la rédaction du nouveau code civil, on a considéré, naturellement, la contribution de la doctrine roumaine et de la jurisprudence des cours roumaines, inexistantes il y a 133 ans.

Plus que ces aspects liés au droit comparé, surprend l'esprit dans lequel on fait aujourd'hui la réforme du Code civil roumain. Il est vrai que, comme j'ai déjà précisé, étant une oeuvre de l'élite politico-juridique roumaine de l'époque, réalisée rapidement par des raisons plutôt politiques que socio-juridiques, la codification de Cuza n'a pas pu s'arroger des prétentions d'instrument de cohésion nationale, comme il a été le Code civil français. Ce qui frappe, toutefois, c'est le quasi-anonimat et la discrétion des travaux de rédaction, l'absence des amples débats publics tant dans le monde des spécialistes que dans la société civile et, surtout, l'indifférence de la classe politique. Pour faire une brève comparaison avec l'élaboration du Code civil du Québec de 1994, on doit remarquer que le projet de celui-là a été élaboré par une „armée” de plus de 200 spécialistes (c'est vrai, au cours de plus de quatre décennies), tandis que le Code civil roumain a été élaboré par quelques spécialistes des universités (c'est vrai, les plus prestigieuses du pays) de Bucarest et de Cluj-Napoca, à côté de quelques praticiens; le projet du Québec a été soumis à des nombreux débats et analysé dans un nombre impressionnant d'ouvrages scientifiques, tandis que le projet roumain a été analysé seulement dans les observations des différents corps professionnels-juridiques roumains et dans quelques ouvrages scientifiques, sans exister un dialogue réel dans la société civile sur le mode de rédaction, les sources d'inspiration, les solutions retenues etc.¹; le projet du Québec a été accompagné d'une monumentale exposition de motifs – *Commentaires du ministre de la justice (sur) le Code civil du Québec* – qui a analysé article par article en exposant les sources d'inspiration, tandis que le projet roumain a été accompagné, dans le Sénat de la Roumanie, d'une exposition de motifs de 13 pages, présentée par un secrétaire de l'Etat au Ministère de la Justice; au projet canadien on a

¹ On pourrait expliquer ainsi la frénésie des sénateurs roumains qui, sans attendre les débats sur le problème par la société civile, et contre la position du Ministère de la Justice, qui soutenait l'inutilité d'une telle réforme, dans les conditions de la modification dans le même sens de l'institution par le projet de Code civil, ont adopté, dans la séance de 13 février 2008, la modification de l'art. 1 du Code de la famille. Paniqués que cet article, qui prévoit que „la famille a comme fondement le mariage librement consenti entre les époux” pourrait être interprété, après 54 ans d'application, comme acceptant les mariages entre les personnes du même sexe (?), ont remplacé le texte avec la formule „la famille a comme fondement le mariage librement consenti entre un homme et une femme”. Voir <http://www.cdep.ro/pls/steno/steno.stenograma?ids=6446&idm=9&idl=1> . On découvre ici une absence totale de compréhension de la manière dans laquelle on devrait faire la réforme dans un domaine tellement socio-sensible et socio-dépendent comme le droit de la famille, dans le contexte où en Roumanie a lieu la recodification du droit civil et, implicitement, du droit de la famille.

apporté, dans les débats parlementaires, presque 1000 amendements, tandis que le projet roumain a été adopté par unanimité au Sénat, sans amendement, suite à deux séances¹.

Rien de ces évolutions ne met en évidence le postulat d’une symbolistique nationale de la recodification. Le moment identitaire se perd dans une procédure aux velléités de simple codification administrative.

IV. La codification du droit civil roumain en contexte européen

Une recodification du droit civil roumain au début du 21^{ème} siècle ne peut pas négliger le contexte européen dans lequel se manifeste l’Etat roumain et dont le droit roumain doit s’intégrer. Par conséquent, au delà du désir d’une recodification qui doit refléter les valeurs de la société roumaine, on doit discuter la réception par la législation roumaine des valeurs et des institutions juridiques européennes, avec ou sans la culture (juridique) roumaine. A côté des transformations subies par le droit civil roumain dans le contexte de la réforme initiée volontairement par le législateur national, il connaît et va connaître, avec une de plus en plus grande amplitude, des pressions réformistes extérieures, suite aux obligations qui reviennent à la Roumanie comme Etat membre de l’Union européenne. Dans ces conditions, surtout dans les rapports avec l’UE, la Roumanie se trouve dans une situation assez délicate du point de vue de la construction juridique: d’une part, elle se considère à l’époque de la recodification historique réalisée sur des bases plus ou moins comparatives et par l’appel aux sources originaires d’importation juridique et, d’autre part, elle se trouve dans la position de récepteur et importateur inconditionnel de droit communautaire. D’une part, elle désire construire un Code civil apte à refléter ses choix juridiques et moraux nationaux et, d’autre part, il y a une déconstruction juridique nationale par l’absorption obligatoire des normes communautaires. La Roumanie avait, après 1989, une chance historique de renoncer à l’importation juridique irrationnelle de droit et de reconstruire son droit sur des bases comparatives naturelles. Malheureusement, l’option pour le prestige économique de l’UE et l’opportunité de l’intégration européenne a annulé les chances d’une évaluation rationnelle, comparative et fondée sur les critères de l’efficacité économique des alternatives à suivre dans la transition vers l’économie de marché.²

Dans ces conditions, la Roumanie se voit devant un dilemme aux implications culturelles: à ce moment-ci, elle a la chance de réaliser une congruence, autant que possible, entre la société et le droit, en donnant à son droit une dimension culturelle nationale; d’autre part, elle se trouve sous la pression d’une ingénierie culturelle exercée par le droit européen. Le dilemme est d’autant plus grand que, dans le contexte de l’intégration européenne, la manifestation d’une identité juridique roumaine à travers la mentionnée valorisation culturelle du droit adapté par la doctrine et par les cours, est inefficace, car la transposition et l’application du droit communautaire dans les systèmes de droit nationaux doivent, de nouveau, suivre des rigueurs méthodologiques spéciales.

¹ En ce qui concerne les traits du processus d’adoption du Code civil du Québec, voir **P. A. Crepeau**, *Reflexions sur la codification du droit privé*, dans *Osgoode Hall Law Review*, vol. 38/2000, pp. 268 et suiv.

² Voir **G. Ajani**, *By Chance and Prestige: Legal Transplant in Russia and Eastern Europe*, dans *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43/1995, pp. 114-116

Ainsi, la Roumanie n'a pas d'autre solution que de faire face aux deux charges et pressions: la recodification nationale en matière de droit civil et l'importation/transposition du droit communautaire dans le droit national. En même temps, pour faire face à ces pressions, on peut parler d'une européanisation de la culture juridique roumaine. Il est important que ces processus soient synchronisés, pour ne pas créer des blocages et des conflits, ayant en vue les normes de conflit existantes entre le droit national et le droit communautaire.

En ce qui concerne l'harmonisation du droit civil roumain avec le droit communautaire, à travers la transposition des directives communautaires dans la matière, il y a, au niveau des Etats membres de l'UE, des procédures bien définies. On a, d'une part, la transposition des directives à travers des lois ou des actes normatifs administratifs ou, plus récemment, la transposition par l'introduction des normes communautaires dans les codes civils des Etats membres. La France, les Pays-Bas et l'Allemagne¹ sont des exemples positives à ce sujet.

La Roumanie, en tant qu'Etat candidat et puis membre de l'Union (depuis 2007), est obligée de transposer, à son tour, dans sa législation et par les méthodes technico-juridiques qu'elle agréé, la totalité des directives communautaires. Dans le processus de transposition des directives qui réglementent institutions de droit civil, on peut remarquer - ayant en vue aussi le contexte de la recodification du droit civil roumain - quelques problèmes délicats, qui mettent en évidence l'absence d'une approche dans l'esprit européen de la réforme juridique en Roumanie. Un exemple significatif serait la transposition dans le droit roumain de la Directive CEE no. 85/374 de 25 juillet 1985 sur la responsabilité pour les biens défectueux. Il est surprenant, d'abord - en considérant la succession dans le temps des événements juridico-législatives - que l'institution de la responsabilité pour les produits défectueux n'a pas été consacrée par le droit civil roumain dans le contexte de l'accomplissement conscient des obligations européennes, à travers la transposition de la directive communautaire dans la matière, mais dans une manière presque inconsciente et involontaire, dans le contexte de la recodification du droit civil roumain. Ainsi, le projet du nouveau Code civil roumain comprend l'institution dans la 4eme section, *La responsabilité pour le dommage causé par les animaux ou les biens* du Chapitre V - *Le fait illicite*, qui fait partie du Titre II - *Les sources des obligations*, du 5eme Livre, *Les obligations*. Il est intéressant que tous les articles en cause du projet roumain (1115-1116; 1119-1120) sont reprises, presque mot-à-mot, des dispositions du Code civil du Québec (art. 1468-1469 et 1473), qui réglementent aussi l'institution de la responsabilité pour les produits défectueux. Une analyse comparative de la directive européenne et du texte canadien (implicitement du texte roumain) met en évidence des différences importantes en ce qui concerne la définition de la notion de "producteur" et des causes d'exonération de responsabilité du producteur (art. 7

¹ Dans le dernières années, le législateur allemand a commencé a renoncer à l'implémentation des directives européennes à travers des lois spéciales et à intégrer les dispositions communautaires directement dans le Code civil (BGB) par des nouveaux paragraphes. Voir **Th. M. J. Mollers**, *European Directives on Civil Law - Shaping a New German Civil Code*, dans *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 18/2003, pp. 17 et suiv.

de la directive)¹, ainsi que des différences d’une plus petite ampleur en ce qui concerne la notion de „produit défectueux”.

Dans la même année des débats du projet du Code civil, l’Etat roumain, suite aux obligations qui lui revenaient en vertu de l’Accord d’association de la Roumanie à l’UE de 1995 de harmoniser la législation interne avec l’acquis communautaire, a transposé la Directive 85/374 de 1985 par la *Loi no. 240 de 2004 (republiée en 2008) sur la responsabilité des producteurs pour les dommages générés par les produits défectueux*. La loi roumaine reprend fidèlement les dispositions de la directive communautaire mentionnée. Ainsi, paradoxalement,² il y a, à présent, sur la scène juridique roumaine, deux actes normatifs – un code en état de projet et une loi en vigueur – qui réglementent d’après des coordonnées différentes – canadiennes et européennes – la même institution juridique. En présupposant que le projet de Code civil entrerait en vigueur dans sa forme actuelle, il serait normal que, en vertu de son but de systématisation et de simplification de toutes les institutions du droit civil, d’abroger tous les actes normatifs qui réglementaient les mêmes institutions séparément. La loi 204/ 2004 devrait être, par conséquent, abrogée, et les dispositions du nouveau Code civil deviendront les seules applicables dans la matière. Toutefois, ayant en vue que ces dispositions ne transposent que partiellement la directive, le nouveau Code civil supportera les conséquences des principes de l’application prioritaire et de l’effet direct (ou indirect, s’il y a le cas) du droit communautaire.

La cause de cette possible situation est très claire: la préférence du législateur roumain pour l’importation juridique de la législation canadienne en matière d’obligations. Evidemment, le Code civil du Québec ne s’est pas proposé de consacrer l’institution de la responsabilité pour les produits défectueux telle comme est réglementée par la directive européenne (qui lui a seulement servi de modèle³). Dans ce contexte, il en résultent très clairement les conséquences du choix – pourrait-on dire, irrationnel – du législateur roumain pour cette source d’inspiration, sans prendre en considération les intérêts et les obligations de la Roumanie qui découlent, à ce moment-ci, de sa qualité de membre de l’UE. Une solution plus appropriée serait – si on a considéré que cette institution doit être réglementée par importation juridique, l’appel au Code civil français qui, par l’article 1386, 1-18, transpose fidèlement ladite directive.

Ces aspects lèvent des questions sur la rationalité de la démarche comparative qui a été derrière la recodification du droit civil roumain, au moins en matière d’obligations. Il serait désirable, par conséquent, de réévaluer, d’une perspective européenne, le processus de

¹ La directive européenne limite drastiquement les causes d’exonération de responsabilité du „producteur” pour les produits défectueux, en excluant le cas de force majeure réglementé par le Code canadien et, implicitement, par le projet roumain. La marge de dérogation des Etats membres vise seulement à établir la limite pécuniaire de la responsabilité générale du producteur pour la mort ou les lésions corporelles causées. Cette limite ne peut, toutefois, être inférieure au montant de 70 millions d’euros.

² Le paradoxe ne fait pas référence à la concurrence des deux actes normatifs, car le nouveau Code civil n’est pas en vigueur, mais au fait que, en même temps, on a conçu la réglementation de la même institution par rapport aux sources différentes d’importation juridique.

³ Voir **G. Remillard**, Codification et mondialisation, dans *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46/2005, p. 605

recodification du droit civil. Dans ce contexte, afin de réunir les dimensions roumaine et européenne de la réforme, afin d'achever une cohérence entre roumain et européen en matière de droit civil, une recodification du droit civil roumain qui comprenne les normes de droit communautaire devant être transposées dans le droit national serait une solution plus que heureuse. Il serait une modalité efficace de réconcilier la multiplication, dans le contexte de l'intégration juridique européenne, des centres du pouvoir politique qui adoptent des normes juridiques applicables sur le territoire national, avec les exigences de rationalisation et systématisation du droit, spécifiques à la tradition romano-germanique. Une telle démarche sera, toutefois, toujours problématique, au moins sous deux aspects: d'une part, il y a le problème d'une compatibilisation des institutions communautaires importées, afin de ne pas créer au sein du Code civil, paradoxalement, des îles autonomes de droit¹, qui submineraient la cohérence du Code civil; d'autre part, le problème de la possibilité d'une pression continue de la part du droit communautaire, au fur et à mesure celui-là se développerait. Une avalanche continue de droit communautaire mettrait le législateur national dans une permanente difficulté, en rendant nécessaire d'éviter la „hybridisation” du Code civil national. Le législateur national devra s'adapter à une expérience de la codification ou il ne peut plus contrôler, comme traditionnellement, le passé, le présent et l'avenir.² Il peut contrôler certainement le passé, il peut administrer le présent, mais l'avenir commence à échapper de sous son contrôle.

Avant de parler de l'eupéanisation du droit civil roumain, on devrait discuter de l'eupéanisation de la culture juridique roumaine et, surtout, de l'eupéanisation de la mentalité des doctrinaires du droit civil roumain. Il y a aujourd'hui la sensation, dans cette doctrine, que le droit civil est une branche du droit qui ne sera pas atteinte par le rouleau communautaire (surtout dans les conditions ou, chez nous, comme en France, le droit commercial – branche sur laquelle on exerce les plus nombreuses pressions de la part du droit communautaire – n'est pas compris dans le code civil). Il faut bien être conscients que, au niveau européen, on parle de l'unification du droit civil européen en matière d'obligations, propriété, contrats; qu'à l'initiative du Parlement européen, se portent des débats sur l'opportunité d'un Code civil européen; qu'il y a différentes commissions formées d'universitaires et de praticiens de tous les Etats membres, qui travaillent pour rédiger des principes communs européens du droit civil.³ Une eupéanisation des cours et manuels de droit civil roumain serait alors bienvenue. Par la recherche, sur des bases comparatives, du droit civil des Etats membres de l'UE, par la comparaison du droit civil national avec le droit civil européen, par une méthode d'enseignement du droit civil qui fasse référence en permanence au droit européen privé, les facultés de droit et leurs

¹ Voir **J.-L. Baudouin**, Quo Vadis, dans Les Cahiers de droit, vol. 46/2005, p. 618

² Voir **C. Kessedjian**, Le temps du droit au XXI siècle – Compatibilité avec la codification?, dans Les Cahiers de droit, vol. 46/2006, p. 550.

³ Je mentionnerais ici la Commission pour le droit contractuel européen, créée en 1980 et dirigée par le professeur danois Ole Lando (d'où le nom de Commission Lando), qui travaille à un projet gigantesque intitulé *Les principes du droit européen des contrats*. Voir **O. Lando**, The Common Core of European Private Law and the Principles of European Private Law, dans *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 21/1997-1998, pp. 809 et suiv. Il faut aussi mentionner le Groupe d'études sur un Code civil européen, coordonné par le professeur allemand Christian von Bar, groupe créé en 1998. Voir **Chr. Von Bar**, From Principles to Codification: Prospects for European Private Law, dans *Columbia Journal of European Law*, vol. 8/2002, pp. 379 et suiv.

professeurs pourraient créer les „briques” et le „mortier” de l’unification du droit civil dans l’UE.¹ Aussi, les juges roumains devront comprendre qu’il n’est que recommandé, mais même obligatoire de recourir au droit comparé en interprétant et en appliquant tant le droit national que le droit communautaire. Dans l’absence de telles démarches, toute recodification du droit civil en Roumanie risque d’être compromise.

V. Conclusions

En récapitulation, on peut conclure que:

- Le nouveau Code civil roumain est une recodification (en un sens large) du droit civil roumain, faite par le législateur d’un Etat souverain, dans le but légitime d’administrer sa propre législation dans la matière, décodifiée en grande mesure durant les 133 ans d’application continue du Code civil de 1865. Malheureusement, au-delà des objectifs de la codification, le processus souffre d’un quasi-anonimat, de l’absence des amples débats publics, du désintérêt de la doctrine et de l’indifférence des hommes politiques.
- La recodification du droit civil roumain n’est pas une démarche nécessaire, s’il est ancré seulement dans un contexte purement national. La tradition juridique roumaine montre qu’en matière de droit civil, la vraie dimension roumaine se retrouve dans la jurisprudence et dans la doctrine. Celles-ci ont eu les ressources nécessaires tant d’adapter le droit importé aux nécessités de la société roumaine, que de créer la cohérence nécessaire a une application unitaire du droit civil. Mise en contexte européen, la démarche de la recodification se prouve utile que si on incluerait dans le nouveau code les institutions de droit civil européen, mises en accord avec les institutions roumaines. Ainsi, la gagnante sera la cohérence du droit civil roumain.
- Le droit comparé a été au fondement du processus de recodification. Toutefois, on ne constate pas un recours à large échelle au choix d’un grand nombre d’alternatives et de modèles juridiques mais, plutôt, on peut remarquer un besoin d’actualiser le droit civil par sa corrélation avec les sources originaires d’importation juridique, mais dans les circonstances ou on n’importe toujours ce qu’il le faut, combien il le faut et d’où il le faut.
- On constate une nécessité imperative d’eupéanisation du droit civil roumain, tant au niveau de la codification, qu’au niveau de la doctrine et de la jurisprudence. Tant le législateur roumain, que les doctrinaires et les praticiens, paraissent d’avoir perdu de vue le fait que le droit civil national est et sera soumis à des grandes pressions de la part du droit communautaire.

¹ Voir P. **Schlechtriem**, Towards a European Law – The Contribution of Law Faculties to Reform and Unification of Private Law, dans *European Journal of Law Reform*, vol. 1/1999, pp. 47 et suiv.

La codification – élément implicite dans le processus de réforme du droit international privé

Corneliu VRABIE*

Résumé: *Par l'adoption du Code civil de 2002 dans la République de Moldavie, les dispositions de droit international privé ont été systématisées (codifiées) dans un compartiment séparé, en constituant le dernier livre du Code – Le Ve Livre (intitulé: Droit international privé). Les normes conflictuelles du Code civil, analysées d'une manière cumulative avec les dispositions du droit international privé du Code de la Famille de l'année 2000 et celles du Code de procédure civile de l'année 2003, forment à présent un corpus législatif sans précédent pour le droit international privé moldave. Dans ce contexte, la codification en Moldavie des normes de droit international privé dans une source législative unique et spécialisée n'est plus réclamée avec la même urgence.*

Le processus galopant de la mondialisation, en s'imposant de plus en plus obsessivement, détermine des nouveaux vecteurs dans la dynamique de la vie sociale. Un impact évident de ce processus peut être identifié en matière de droit international privé. Dans le contexte de la place occupée actuellement par la République de Moldavie sur l'arène politique, économique et socioculturelle internationale et, tenant compte des tendances de plus en plus prononcées de notre état de s'impliquer activement dans de divers domaines importants pour le circuit des valeurs interstatals, et, surtout, le déplacement des personnes dans l'espace européen, un cadre juridique qui garantirait, simplifierait et protégerait d'une manière efficace un tel circuit, s'impose. Evidemment, les relations avec des éléments d'extranéité se réfèrent en priorité au circuit civil. Ce type de relations juridiques provoque une série de situations spécifiques qui nécessitent des dispositions aussi spécifiques. Le droit international privé a besoin des dispositions minutieuses, cohérentes et non ambiguës. Ce fait étant réalisable en résultat de la révision de différentes solutions existantes et du complètement du lapsus législatif existant. La réforme du droit privé de la République de Moldavie, matérialisée, essentiellement, par des codifications récentes des dispositions de droit civil¹, de la famille² et de la procédure civile³, a emmené des résultats positifs dans le droit international privé.

Au début des années soixante du XX^e siècle, le droit international privé a connu des tendances évidentes de réforme dans différents états de l'espace européen. Le point de départ a été marqué par la réforme du droit international privé portugais⁴. Peu de temps

* Chargé de cours, docteur en droit, Université d'État « Alecu Russo » de Bălți, République de Moldavie, où il enseigne le droit international privé et le droit civil; vrabien@gmail.com.

¹ Code civil de la République de Moldavie Nr.1107-XV de 6 juin 2002, en vigueur à partir de 12 juin 2003//*Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.82-86/661 de 22.06.2002.*

² Code de la famille de la République de Moldavie Nr.1316-XIV de 26 octobre 2000//*Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.47-48/210 de 26.04.2001.*

³ Code de procédure civile de la République de moldavie nr.225-XV, de 30 mai 2003, en vigueur à partir de 12 juin 2003//*Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.20/234 de 12.06.2003.*

⁴ En dépit du fait que le premier acte codifié du droit international privé a été la Loi du droit international privé de Tchécoslovaquie de 1963, la doctrine considère que la vraie réforme a

après, une réforme essentielle a été subit par le système de droit international privé de l'Espagne¹ et celui de l'Autriche².

Plus tard, la réforme a continué avec des changements radicaux dans les systèmes de droit privé allemands³, hollandais⁴, suisse⁵, grecque⁶, italien⁷ et celui de Lichtenstein⁸. L'acte codifié européen le plus récent est le Code de droit international privé de Belgique, adopté le 16 juillet 2004⁹.

commencé par les réformes substantielles du Code civil Portugais de 1966 par le décret-loi de 1977. Ce code contient actuellement un compartiment séparé intitulé « Les droits des étrangers et les conflits des lois » (IIIe titre du I^{ve} Livre).

¹ Une modernisation du droit international privé espagnol a été apportée par la Loi introductive de 1974 au Code civil de 1821 qui a fini par la modification du dernier. D'autres changements dans le domaine du droit international privé ont suivi en 1990 et 2000.

² En 1978 en Autriche a été adopté la Loi fédérale relative au droit international privé (entré en vigueur Le 1 janvier 1979.) La loi se réfère à plusieurs institutions du droit international privé, par exemple, le statut de la personne, de la famille, de la succession, les droits réels, les obligations civiles, les rapports de travail, les délinquances etc.

³ Dans l'Allemagne de 1896 les rapports du droit international privé étaient réglementés par les normes conflictuelles comprises dans la Loi introductive des réglementations du droit civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – BGB. La réforme du droit international privé allemand commence le 1 septembre 1986. Le même jour entre en vigueur la Loi relative à une nouvelle réglementation du droit international privé de 25 juin 1986. Les prévisions de cette loi ont été intégrées dans la Loi introductive en formant un compartiment consacré au droit international privé. La nouvelle loi allemande de droit international privé n'a pas apporté des changements essentiels aux normes comprises dans la Loi introductrice, elle a rempli le vide existant dans l'ancienne réglementation. De cette manière, par exemple, dans la loi ont été introduites d'une manière intégrale, les règles de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. La loi de 1986 a connu une nouvelle révision en 1997 (par *Kindschaftsreformgesetz*).

⁴ La réforme du droit international privé hollandais se matérialise par l'adoption de trois lois spécifiques en matière de conflit de lois. Le 25 mars 1985 a été adopté la Loi sur le conflit des lois dans des problèmes de divorce, la séparation de corps et sa reconnaissance. Le 4 septembre 1996 a été adopté la Loi sur le conflit des lois dans la matière de succession. Finalement, le 14 mars 2002 a été adopté la Loi de réglementation des conflits en matière de filiation.

⁵ La réforme du droit international privé de Suisse est attestée par l'adoption de la Loi sur le droit international privé le 18 décembre 1987. La Loi respective est considérée comme une des dispositions les plus complètes du domaine (contient 200 articles).

⁶ Réforme représentée par les changements essentiels dans les dispositions du droit de la famille (en 1982 et en 1983).

⁷ Le 31 mai 1995 a été adopté la Loi sur la réforme du système de droit international privé italien (en vigueur à partir de 2 septembre 1995).

⁸ Le 1 janvier 1997 deux lois spéciales sont entrées en vigueur: la Loi sur le droit international privé et la loi sur les personnes et les organisations qui doivent réglementer le statut juridique des sociétés commerciales.

⁹ Code de droit international privé de Belgique du 16 juillet 2004, en vigueur à partir du 1 octobre 2004 (*Moniteur officiel de Belgique du 27 juillet 2004*).

La pratique judiciaire joue un rôle important dans le droit international privé français. Ce fait explique d'une certaine manière pourquoi le Code civil français de 1804 contient seulement une quantité réduite de normes conflictuelles, la plupart de celles-ci étant unilatérales. Quelques principes conflictuels ont été formulés, certains d'eux étant introduits dans les lois relatives à la famille. Ce fait a imposé, à son tour, le remplacement du contenu du code civil par certaines normes de droit international privé (art. 310, 311/14-311/18). Cette réalité du droit international privé a conduit, dans la deuxième partie du XX^e siècle, à quelques essais de codification des normes conflictuelles. Le premier projet de loi de droit international privé a été présenté encore en 1959. En base de ce projet, en 1969 a été élaboré un nouveau projet de loi dans ce domaine. Le nouveau projet a comme repère les principes élaborés par la pratique judiciaire française, en laissant un vaste terrain pour les instances judiciaires en ce qui concerne les règles de solution des conflits des lois.

Le droit international privé anglais occupe une place à part dans notre rétrospective. À côté de certains actes normatifs du domaine du droit privé du *statute law*, a été adoptée la Loi sur les contrats – *Contract Act (applicable law)*. Cette loi contient en qualité de droit conflictuel dans le domaine des contractes, la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En 1995 a été adoptée la Loi sur le droit international privé, fait sans précédent pour le droit anglais et, en général, pour le système *common law*. Même si elle contient les institutions les plus importantes du point de vue du droit international anglais, la doctrine l'a qualifiée comme une source incomplète qui a besoin des réglementations supplémentaires dans le domaine du droit international privé non prévues par la présente loi¹.

La réforme du droit international privé des états de l'Europe de West a eu un impacte considérable sur la modernisation des systèmes de droit international privé des états de l'Europe Centrale et de l'Est. Certains de ces pays ont effectué une codification du droit international privé dans les années soixante. En Tchécoslovaquie les rapports avec des éléments d'extranéité étaient réglementés par la Loi sur le droit international privé adoptée en 1963². La Pologne a adopté, à son tour, la Loi sur le droit international privé en 1965³. Le

¹ Dans ce contexte, cette source de droit international privé anglais ne peut être que cumulative avec d'autres actes: la Loi de 1954 sur les termes étrangers de prescription extinctive; la Loi de 1963 sur les successions; la Loi de 1968 sur l'adoption; la Loi de 1971 sur la reconnaissance des décisions judiciaires en matière de divorce et de séparation de corps; la Loi de 1978 sur l'immunité de l'état; la Loi de 1982 sur la procédure civile; la Loi de 1984 sur le commerce maritime; la Loi de 1984 sur les termes de prescription extinctive; la Loi de 1988 sur la garantie des investissements multilatéraux, la Loi de 1996 sur l'arbitrage et d'autres.

² La loi respective a remplacé la Loi sur le droit international privé de 1948. Actuellement cette loi est appliquée seulement sur le territoire de la Tchéquie. À partir du 1 janvier 1995, en Tchéquie est entrée en vigueur la Loi du 1 novembre 1994 sur l'arbitrage dans les rapports commerciaux internationaux et l'exécution des décisions de l'arbitrage. Cette loi a modifié et a complété d'une manière substantielle les prévisions de la Loi de 1963. En Tchéquie a été adopté le Code commercial qui a remplacé le Code commercial international de Tchécoslovaquie de 1963 (qui est appliqué actuellement seulement sur le territoire de la Slovaquie).

³ La réglementation de la présente loi est complétée par les réglementations de la Loi de 1962 sur le droit aérien, de la Loi de 1963 sur le droit maritime et les normes du Code de procédure pénale de 1964.

droit international privé de Hongrie est représenté par la Loi sur le droit international privé adoptée en 1979¹. En Yougoslavie, en 1983 entre en vigueur la Loi de 1982 sur la solution des conflits entre la loi et les normes des états étrangers dans certains rapports juridiques (309 articles). Actuellement, la Loi s'applique en Serbie, Monténégro, Slovénie. Dans ce contexte, il est convenable de rappeler la réforme du droit international privé de Turquie qui s'est réalisée par l'adoption, en 1982, de la Loi sur le droit international privé et au procès.

Les résultats obtenus par la Roumanie dans ce domaine sont évidents. On a réussi à codifier les normes du droit privé international par la Loi nr. 105 de 1992 sur la réglementation des rapports de droit privé international.² C'est le premier acte de droit privé international élaboré et adopté par la Roumanie.

En 2002 la République de Moldavie adopte le Code civil dans lequel les réglementations de droit international privé ont été systématisées (codifiées) dans un compartiment séparé, en constituant le dernier livre du Code – le Ve Livre (intitulé *Droit international privé*). Les normes conflictuelles du Ve Livre du Code civil, analysées d'une manière cumulative avec les réglementations du droit international privé du Code de la famille de 2000 (Titre VI: *Réglementation des relations de famille avec des éléments d'extranéité*) et avec celles du Code de procédure civile de 2003 (Titre IV: *La procédure dans les procès avec des éléments d'extranéité*), forment actuellement une réglementation sans précédent pour le droit privé international moldave. La majorité des normes conflictuelles sont réunies dans le Ve Livre du Code civil. La réglementation actuelle dans le domaine du droit privé international de la République de Moldavie, même si nous nous réservons le droit de la critiquer, apparaît qualitativement systématisée dans son aspect technique, en comprenant des références aux institutions représentatives du droit international privé.

Dana ce contexte, la codification des normes du droit international privé de la République de Moldavie dans une source typique ne s'impose plus avec l'impéiosité d'autrefois. Néanmoins, nous considérons que l'adoption d'une loi sur le droit privé international serait justifiée dans la perspective d'une harmonisation et d'une simplification efficaces dans la conjoncture des modifications ultérieures³. En analysant d'une manière plus détaillée le

¹ La loi hongroise sur le droit privé international privé est considérée par la doctrine comme une des lois les plus progressives de l'Europe (Богуславский М. М., **Международное частное право**, Изд. Юристъ, Москва, 1999, p. 65).

² La loi roumaine nr. 105/1992 sur la réglementation des rapports de droit international privé // *Monitorul Oficial al României*, nr.245 de 1.10.1992.

³En analysant les prévisions nationales de droit international privé de la République de Moldavie, nous pouvons constater que le titre du Ve Livre du Code civil ne correspond pas à son contenu. En intitulant ce livre de cette manière, on a fait référence au droit international comme branche du droit. Chaque branche du droit contient la totalité des normes juridiques qui réglementent une certaine catégorie des rapports juridiques similaires. Même si on retrouve la majorité des normes du droit international privé dans le Ve Livre du Code civil, nous considérons que l'attribution du titre d'une branche du droit à un compartiment du Code n'est pas justifiée. Dans ce livre apparaissent d'autres normes qui sont retrouvées dans d'autres actes normatifs internationaux. Nous ne pouvons pas admettre qu'une source de droit, d'autant plus, un compartiment d'une source de droit, s'identifie avec la branche du droit; entre les deux derniers il existe une relation du type « partie – tout entier ». D'autant plus, que le droit international privé se caractérise par la

contenu du droit international privé moldave, on peut constater que celui-ci est inspiré, dans sa majorité, des systèmes de droit international privé des pays voisins. L'influence de la Loi sur le droit international privé roumaine de 1992 est incontestable. De cette manière, les normes conflictuelles de la législation moldave sur le statut personnel, sur les droits réels, les obligations, les successions ainsi que le procès civil international, sont pratiquement identiques avec les normes de la législation roumaine. Certaines prévisions du Code civil et du Code de la famille de la Fédération Russe sont transposées intégralement dans les actes normatifs similaires de la République de Moldavie. D'autre part, la réforme du droit international privé de la Fédération Russe est similaire au droit moldave. Jusqu'à l'adoption du Code civil de 2002, les normes conflictuelles de la législation russe n'étaient pas groupées dans une section séparée comme à présent (La Vie partie du Code civil de 2002 est intitulée: *Droit international privé*), elles se trouvaient dans de différents compartiments du code civil abrogé. Une situation similaire dominait dans les normes conflictuelles du domaine de la famille et les normes du procès civil international.

Une transposition « non inspirée » des textes des lois d'un autre système juridique, d'autant plus quand le législatif opère, dans le procès de l'élaboration d'un projet de loi, avec plusieurs systèmes de droit, peut stimuler l'apparition des erreurs considérables liées aux réglementations confuses qui conduisent inévitablement aux interprétations équivoques. Ce fait provoque des répercussions non seulement de l'aspect théorique et scientifique mais aussi de l'aspect pratique, le système juridique moldave étant un exemple éloquent. Nous considérons, dans cet ordre des idées, que la révision du droit international privé moldave est inévitable et nécessaire.

dualité de ces sources, en contenant, comme branche du droit, non seulement les normes comprises dans les sources nationales, mais également les normes comprises dans des traités internationaux. En guise de conclusion: le titre du livre nominalisé, du point de vue terminologique, ne résiste à aucune critique. Nous considérons que le titre le plus éloquent du V^e Livre serait *Les normes conflictuelles dans le domaine des rapports juridiques civils avec des éléments d'extranéité*.

PRÉSENTATIONS RÉSUMÉES EN RÉGIME POSTER

Roman ANTROPOV¹

Regard sur la codification récente en matière de propriété intellectuelle dans la Fédération Russe

Depuis le 1 janvier 2008, dans la Fédération Russe est entré en vigueur la quatrième partie du Code civil, consacrée aux droits exclusifs résultants des activités de l'esprit et les moyens juridiques pour les individualiser. Le législateur russe souhaitait unifier les nombreuses lois en matière de protection d'auteurs et de droits aux brevets, ainsi que les moyens pour les individualiser.

La nouvelle réglementation réunit les questions très actuelles et complexes spécifiques à l'économie de marché, en prenant en considération le contenu des normes et les principes du droit international sur la protection de la propriété intellectuelle. En dépit de ses quelques manquements, on peut caractériser ses dispositions comme étant de haut niveau juridique.

L'acceptation des quatre parties du Code civil est la tentative suivante du législateur russe de mettre de l'ordre dans la sphère de la protection des résultats du travail intellectuel.

Valeriu BABĂRĂ², Reflexions sur les réglementations de droit international privé en République de Moldova

Des changements essentiels sont intervenus dans la législation moldave suite à l'adoption du nouveau Code civil et du Code de la procédure civile. C'est une première tentative de systématiser les problèmes concernant le droit international privé.

Les rapports juridiques de droit international privé sont réglementés, en principal, par le Code Civil, le Code de la famille et le Code de procédure civile. Le droit de la République de Moldova ne dispose pas d'une source spécifique qui engloberait une réglementation d'ensemble des rapports de droit privé avec élément d'extranéité.

Les problèmes abordés dans cet essai concernent certains manquements des réglementations de droit international privé et notamment celles ayant un caractère vague, défectueux,

¹ Roman Antropov enseigne à Moscou; il est chef de la Chaire du droit civil et de procédure civile de l'Académie de la sécurité économique du Ministère des Affaires intérieures de la Russie. roman.antr@rambler.ru.

² Valeriu Babără est avocat, membre du Barreau de la République de Moldova, arbitre à la Cour d'Arbitrage International auprès de la Chambre d'Industrie et de Commerce de la République de Moldova et maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université d'Etat de Moldova (Chişinău), Chaire de Droit International et Droit des Relations Economiques Extérieures. tilishor@gmail.com.

erroné et lacunaire, en même temps, en nous offrant des propositions *de lege ferenda* qui pourraient contribuer à leur modification.

Flavius BAIAS¹, La réglementation du divorce dans le projet du code civil roumain

L'analyse se penche sur la réglementation envisagée pour le régime du divorce dans le Projet du Code civil roumain de 2004. Elle tiendra compte aussi des propositions substantielles et des amendements apportés après 2006 par la Commission spéciale, constitué à cette fin au sein du Ministère de la Justice.

La comparaison est faite avec le code roumain de la famille (en vigueur depuis 1954, mais largement modifié en 1993), avec les codes civils français et québécois – sources d'inspiration principales en matière de divorce, et aussi avec le Code de la famille en vigueur en Moldavie.

Un aperçu sur les effets produits par le divorce sur les relations patrimoniales et personnelles entre les époux, ainsi que sur les relations entre les parents et leurs enfants est nécessaire, car le Projet est sensiblement différent par rapport à ce qui se passe aujourd'hui dans la législation roumaine de la famille.

Sergiu BĂIESU², Aquisition de la propriété d'un non dominus (quelques idées sur la propriété apparente)

La propriété apparente ne bénéficie point d'un traitement unitaire dans la littérature de spécialité. La notion est généralement envisagée en deux sens: a) pour désigner la situation juridique du propriétaire apparent; b) pour désigner le mode d'acquisition qui justifie la présence du droit de propriété dans le patrimoine du tiers ayant contracté avec le propriétaire apparent.

L'analyse des dispositions comprises dans le code civil et dans la législation spéciale nous mène à la conclusion de pouvoir appliquer les questions concernant la propriété apparente aux autres droits réels principaux apparents, exception faite les biens appartenant au domaine public.

Le problème de la propriété apparente est soulevé le plus souvent en pratique par les ventes onéreuses de la chose d'autrui.

On analysera aussi la propriété apparente en corrélation avec la possession.

¹ Flavius Baias enseigne le droit de la famille et le droit civil (droit des biens et droit des obligations) à la Faculté de Droit de l'Université Bucarest, dont il est le doyen. flavius-antoni.baias@drept.unibuc.ro

² Sergiu Băieșu enseigne le Droit civil à l'Université d'Etat de Moldavie, Chișinău; il est un des rédacteurs du Code civil promulgué en 2003. baies_sergiu@yahoo.com

Joan MARSAL GUILLAMET¹, La recodification en Espagne – l'expérience catalane

I. Introduction. L'Espagne, avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne, sont les deux seuls Etats de l'Union européenne dans lesquels il y a plusieurs droits privés. La spécificité espagnole est que la pluralité des droits civils est préservée en dépit d'avoir adopté un code civil.

Toutes les constitutions espagnoles du 19^{ème} siècle ont exprimé le désir d'unifier les droits civils provenant des anciens royaumes. Mais tous les essais ont fait une attention exclusive au droit castillan, sans rappeler les autres droits civils péninsulaires. C'est pour ça que le reste des territoires de l'état se sont opposés à la codification. L'opposition des juristes catalans a été très forte: les deux problèmes principaux se lient à l'emphytéose (inconnue à Castilla) et au droit des successions (liberté de tester et réserve légale). La codification du Droit civil a été possible des 1880 grâce à la volonté du ministre de Justice Alvarez Bugallal, qui reconduit la situation à partir de la reconnaissance des droits des autres territoires, lesquels conserveraient leurs institutions indispensables. Après trois Lois de Bases et deux éditions du texte complet [1888, 1889 (la deuxième pour modifier 186 préceptes qu'on a trouvé trop francisés)], le code civil espagnol a été adopté. C'est la codification du Droit de Castilla mais avec l'espoir d'unifier plus tard tous les droits civils espagnols.

Cet espoir s'est évanoui complètement avec la Constitution espagnole de 1978. L'art. 149.1 de la Constitution régleme les matières où l'État jouit d'une compétence exclusive:

8. e la législation civile, sans préjudice de la conservation, modification et du développement, par les Communautés autonomes, des droits civils, des droits découlant des fueros ou des droits particuliers là où ils existent. Dans tous les cas, les règles relatives à l'application et à l'efficacité des normes juridiques, les relations de droit civil concernant les formes de mariage, l'organisation des registres et instruments publics, les bases des obligations contractuelles, les normes visant à résoudre les conflits des lois et la détermination des sources du droit, compte tenu, dans ce dernier cas, des normes de droit foral ou particulier

II. La recodification en Espagne. A la suite du bien connu ouvrage d'IRTI, le discours sur l'ère de la décodification s'est étendu par l'Espagne, mais avec un sens différent de ce des Italiens. Espagne n'a jamais eu le droit commercial au-dedans le Code civil. En revanche, le Code de commerce a été le premier des codes Espagnols (1829), abrogé en 1885 par le toujours actuel code. Les lois spéciales (hypothécaire, des eaux, propriété intellectuelle) ne sont pas disjointes du Code civil: elles l'ont précédée et il les conserve. En Espagne, on a appelé avec ce nom le phénomène de la multiplication des lois en transposant le Droit communautaire, spécialement en Droit de la consommation. Le plus souvent cette transposition se limite à une traduction acritique des Directives qui adopte la forme d'une loi spécifique, en coexistence avec des autres normes. Le cas paradigmatique est la Loi 23/2003, de 10 juillet, qui a transposé la Directive 1999/44/CE des garanties en la vente des biens de consommation. La notion de conformité du bien au contrat coexiste avec les remèdes classiques du Code civil.

¹ Joan Marsal Guillamet est professeur de Droit civil, Université de Barcelona (jmarsal@ub.edu). Le travail s'inscrit aux Projets SJE 2005-08987 et 2005 SGR 00759, qui ont le Prof. Dr. F. Badosa Coll comme chercheur principal. Je veux remercier vivement à la professeur M.E. Lauroba ses observations enrichissantes.

Actuellement, on demande de plus en plus une modernisation du Titre d'obligations. En plus, la Loi Générale de Tutelle des consommateurs récent adoptée (RDLeg 1/2007, de 16 novembre) peut être appelé comme un véritable Code de la consommation, avec l'adoption d'une technique bien proche à celle de la codification à droit constant.

Le droit de la famille a souffert deux révolutions. D'abord, pour l'adapter aux nouveaux principes constitutionnels. Entre 1981 et 1990 on a adopté des lois réformatrices en permettant le divorce et changeant visiblement la position de la femme dans le mariage (administration conjointe des biens, autorité parentale conjointe). Ce période finis le 1990 avec la Loi de reforme du code en application du principe de non discrimination pour raison de sexe (L 11/1990, de 15 octobre). Avec cette Loi, il est possible que les épouses n'on pas la même loi personnelle.

La deuxième révolution a eu lieu en 2005, avec les Lois 13/2005 et 15/2005. Avec la première, on a admis le mariage entre personnes du même sexe; la deuxième, connue comme Loi du divorce express a enlevé les causes pour demander la séparation ou le divorce. Il suffit que le mariage a duré trois mois. L'Etat a dépassé toutes les lois autonomiques en réglant les couples non mariées. Ces lois étaient progressistes alors que l'état n'a pas réglementé le mariage homosexuel. À l'heure actuelle, constitue une limitation de la liberté du mariage.

III. La codification catalane. Entre 1980 et 2003, la Catalogne a été régi par une coalition nationaliste, pour laquelle il y a deux éléments que différencient la Catalogne du reste de l'Espagne: l'existence d'une langue et d'un droit propres.

Au domaine linguistique, on a choisi un processus (appelé) de normalisation dans les écoles visant à la formation bilingue pour les étudiants, quelle que soit leur langue maternelle (espagnol ou catalan). On a également créé un puissant réseau de médias publics en catalan et on a assistée l'édition tant de la littérature catalane comme des traductions en catalan. Cette dernière Foire du livre de Francfort (2008), dédiée à la culture catalane, est un événement dans le processus.

Au domaine juridique, le processus de ce qu'aujourd'hui on peut appeler comme codification catalane est passé par trois étapes: tout d'abord, l'adaptation à la constitution de la compilation du droit civil; puis une phase de lois spéciales; enfin, l'élaboration, à la française, d'un code civil. Cette évolution a été parallèle aux décisions de la Court Constitutionnelle pour clarifier le significat de « conservation, modification et développement », en particulier développement. Il y a eu aussi des raisons politiques: on a retiré plusieurs recours contre lois catalanes parce qu'on avait besoin des votes de la coalition nationaliste catalane à l'Assemblée Nationale.

Il y a un parallélisme entre la codification espagnole et la catalane. En tant qu'on avait pas le courage pour défier le gouvernement espagnol et la Court Constitutionnelle, on a fait des petits progrès avec des lois spéciales, suites par des Codes sectoriels (Loi 30/1991, Code des successions; Loi 9/1998, Code de famille). La transition de la deuxième à la troisième phase a été un tour de force entre la coalition nationaliste et le gouvernement conservateur du Parti Populaire, qui a présenté un recours constitutionnel contre la Première loi du Code

civil de Catalogne. A la suite de la victoire socialiste (2004), le président du gouvernement Zapatero a retiré l'appel. C'est comme ça qu'on a arrive à ce moment ou l'Assemblée catalane a adopté les suivants lois:

- Loi 29/2002, de 30 décembre, première loi du Code civil de Catalogne (en vigueur des 3 février 2004)
- Loi 5/2006, de 10 mai, du Livre cinquième du Code civil de Catalogne relatif aux droits réels (en vigueur des 1 juillet 2006)
- Loi 4/2008, de 24 avril, du Livre troisième du Code civil de Catalogne relatif a la personne morale (en vigueur des 2 août 2008)
- Loi 10/2008, de 10 juillet, du Livre quatrième du Code civil de Catalogne relatif aux successions (en vigueur des 1 janvier 2009)

Le 3 septembre 2008, le ministère de justice du gouvernement catalan a présenté à l'exposition publique le projet de loi du Livre second du Code civil catalan, relatif à la personne physique et la famille. Il ne manquera que le livre sixième, relatif aux contrats, qui est le plus difficile, parce qu'il n'y a pas accord sur la interprétation de « les bases des obligations contractuelles », compétence exclusive du gouvernement espagnol. Et dans un moment ou le Parti Socialiste est dans le gouvernement espagnol et catalan, on ne doit pas attendre un nouveau tour du force des catalans, qui pourrait être échec et mat pour le parti socialiste dans le gouvernement de l'État.

Dien NGUYEN¹, La propriété immobilière en droit socialiste vietnamien: vers une propriété au sens du droit français

La législation vietnamienne de l'époque moderne s'est créée à la suite de la Révolution d'Aout 1945, Révolution qui a entraîné l'instauration d'un régime socialiste au VietNam. Alors, imprégné de l'idéologie socialiste sur laquelle se fonde le régime politique, le droit vietnamien moderne, lui aussi, prend nettement le caractère socialiste.

Le droit de la propriété immobilière vietnamien est original. Il se base effectivement sur un double principe établi par la Constitution en vigueur: d'une part, le sol appartient exclusivement au peuple qui dans l'exercice de ses droits est représenté par l'Etat; et d'autre part, l'Etat peut mettre les sols à la disposition des particuliers, pour usage.

Cependant, ce qui est remarquable, c'est que les prérogatives du titulaire du droit d'usage du sol sont de plus en plus étendues par suite des réformes successives entreprises, en matière de droit foncier, depuis l'adoption par les dirigeants socialistes de la politique de l'économie de marché. De la sorte, le droit d'usage a tendance à se rapprocher du droit de propriété au sens du droit français. Plus précisément, le droit d'usage du sol, qui constitue le bien immobilier de base en droit de la propriété immobilière vietnamien actuel, s'analyserait, au plan technique, en un droit de propriété limité: là où le propriétaire renonce

¹ Dien Nguyen est professeur et doyen de la Faculté de Droit de l'Université Cantho, Vietnam; président du groupe vietnamien de l'Association Capitant. ndien2002@gmail.com.

à telle ou telle prérogative faisant partie de son droit de propriété sur le sol, là où cette prérogative est reconnue au titulaire du droit d'usage du sol.

Aussi bien, dans une certaine mesure, l'institution du droit d'usage du sol pourrait être considérée comme une sorte d'adaptation de l'institution de la propriété au sens du droit français dans un système de la propriété publique des sols. D'où l'intérêt de l'étude de cette institution au regard du droit de la propriété.

Shi JIAYOU¹, La Codification chinoise

La codification chinoise en matière civile a été lancée il y a plus d'une décennie. Cette entreprise législative d'une grande envergure a pu déjà obtenir des résultats assez importants, et plusieurs grandes branches du Code civil ont été achevées, dont les contrats, le mariage et les biens. Or, le codificateur chinois a également rencontré des difficultés, à ce titre, l'élaboration de la loi relative aux droits réels de 2007 est un exemple révélateur. D'une part, le codificateur chinois essaie de concilier l'exigence de satisfaire aux besoins du développement économique et social de ce grand pays et celle de moderniser voire d'« occidentaliser » son droit. Ainsi, la loi de 2007 instaure un régime foncier basé sur la propriété publique de terres, en inventant un régime de « droit d'utiliser le sol » par les particuliers, propre au régime socialiste. En même temps, les catégories et les institutions fondamentales en matière des biens qui sont incontestablement l'héritage du droit romain sont retenues par la loi de 2007 (propriété, droit réel, sûreté, possession etc.). D'autre part, le codificateur chinois désire de combiner les apports des « modèles » classiques étrangers et l'esprit de « modernisme » qui marque la société chinoise contemporaine. Par conséquent, la loi de 2007, inspiré notamment par le droit allemand, est imprégnée du « classicisme », sans pour autant négliger la nécessité d'introduire un certain degré de « modernisme » dans le texte afin de relever les défis posés par l'évolution profonde de la société chinoise.

Florin STRETEANU², La codification roumaine en matière pénale: à la recherche d'un modèle

Comme la plupart des pays se trouvant dans la sphère d'influence de l'ancienne Union Soviétique, la Roumanie s'est vue dotée d'un nouveau Code pénal les années '60, plus précisément en 1969. Ce Code qui est toujours en vigueur a été réformé plusieurs fois après 1989, mais c'est seulement en 2001 que le problème de l'élaboration d'un nouveau code s'est posé. En l'absence de toute politique criminelle clairement établie, les travaux ont commencé et se sont déroulés très vite, de sorte qu'en juin 2004 un nouveau Code a été approuvé par le Parlement. Malheureusement le nouveau Code n'a suivi que deux modèles: le code pénal en vigueur et le code pénal français dans sa version originaire de 1994. Le résultat fut un mélange d'éléments d'inspiration soviétique et d'éléments françaises, dont l'application

¹ SHI Jiayou est professeur à l'Université du Peuple de Chine (Renmin) et président du groupe Capitant chinois. jiayoushi@gmail.com.

² Florin Streteanu enseigne le Droit pénal général à la Faculté de Droit de l'Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca, Roumanie. Il est membre de la Commission ministérielle chargée de la rédaction du projet du nouveau Code pénal roumain et membre du groupe roumain de l'Association Capitant. sflorin@law.ubbcluj.ro

pratique s'avère presque impossible. C'est la raison pour laquelle l'entrée en vigueur du nouveau code a été ajournée en deux reprises, pour prendre ensuite la décision de préparer un nouveau projet. Cette fois aussi les travaux ont commencé en l'absence de repères de politique criminelle antérieurement établis, le choix des modèles à suivre étant confié à la Commission d'experts chargée de l'élaboration du projet. La nouvelle Commission a décidé d'orienter la réglementation vers les systèmes italien et allemand, modèles suivis aussi par le législateur roumain de 1936. Bien qu'un avant-projet fut présenté en mars 2007, son avenir reste incertain en raison de l'absence d'une majorité parlementaire qui pourrait soutenir le Gouvernement dans cette démarche.

Șerban S. VĂCĂRELU¹, Les systèmes et les méthodes de codification du droit privé en Louisiane et aux Etats-Unis

Notre recherche présente et analyse les systèmes et les méthodes de codification du droit privé en Louisiane et aux Etats-Unis. Le caractère de droit coutumier ("common law") du système légal américain a déterminé l'usage d'une grande variété de méthodes pour codifier les règles du droit. Le rôle du précédent juridique a traditionnellement favorisé l'adoption d'une codification formelle, au lieu d'une codification substantive.

On commence avec une présentation des caractéristiques fondamentales du système légal américain, soulignant l'importance de la jurisprudence. Les concepts du *stare decisis* vs. *jurisprudence constante* sont expliqués, avec d'autres doctrines pertinentes. Le rôle de la jurisprudence sera contrasté avec la fonction traditionnelle de la législature dans le développement des règles du droit.

Une brève histoire de la codification aux Etats-Unis y est inclus et on discute les tendances modernes de la convergence vers une codification substantive. L'article présente et analyse les formes et les méthodes modernes de codification qui sont actuellement employées aux Etats-Unis. Les Codes, les Digestes, les Déclarations du droit ("Restatements of the law") sont comparés et contrastés sous l'aspect de l'exclusivité, de l'effet obligatoire, de l'application et de l'autorité. L'article présentera des observations sur le rôle et la participation des praticiens et des doctrinaires à l'élaboration de chaque type de la codification.

Une partie spéciale est consacrée à la méthodologie relative à la codification, la révision et la réforme des codes. L'article détaille aussi les techniques législatives employées dans différents secteurs ou branches du droit sur l'aspect de la spécificité vs. la généralisation, la simplicité vs. la complexité, etc. avec les exemples spécifiques.

¹ Șerban S. Văcărelu est juriste de recherche à la Cour Suprême de la Louisiane, Département Civil Staff. SVacarelu@lasc.org