

LE CODE CIVIL FRANÇAIS SURVIVRA-T-IL À LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE?

Professeur Marc Gjidara*

UDK 347(44)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2005.

Le Code civil français, aujourd'hui deux fois centenaire, longtemps cité en exemple en matière de codification, est confronté aux nouvelles sources du droit d'origine européenne et doit tenir compte de l'importance croissante donnée aux juges européens et nationaux par rapport au primat traditionnel reconnu au législateur national. Les idées d'unification juridique et de codification européenne globale ou sectorielle dans le domaine des rapports privés, ainsi que les processus suivis, suscitent en France des réactions mitigées et parfois hostiles. Les critiques se concentrent sur les méthodes appliquées et les domaines concernés par l'eurocodification, dont la légitimité même est parfois discutée. C'est la nature de l'intégration et la définition politique de l'Union qui sont en cause pour certains représentants de la doctrine civiliste, en raison des répercussions profondes qu'entraîne fatalement l'émergence d'un droit européen uniforme, qui suppose une culture juridique commune encore loin d'être réalisée dans les faits. C'est ce subtil dosage de l'unité au nom de l'efficacité et de la diversité respectueuse des identités, que l'Union Européenne doit réussir, au risque de voir contester ses acquis et obérer ses perspectives.

Mots-clés: droits de l'Homme, principes de primauté et de subsidiarité, codification, interprétation, unification et harmonisation juridiques, mercantilisme, communautarismes, légitimité politique, patrimoine culturel, cohésion sociale, compétition et plurilinguisme juridiques, coopération et imbrication juridiques, comparatisme

C'est à l'Europe en construction qu'est aujourd'hui confronté le Code civil français. Dans le but de favoriser la liberté des échanges économiques, l'Europe

* Marc Gjidara, Professeur de l'Université Panthéon-Assas, Paris-2, Place du Panthéon 75231, Paris Cedex 05, France

est à la recherche d'un idéal commun aux différents Etats-membres. C'est cette révolution-là qui constitue le nouveau défi. Dans son exil à Sainte-Hélène, Napoléon envisageait lui-même que son Code puisse servir de base à un Code européen¹, qu'il appelait donc de ses vœux, mais partant de l'idée que les règles qu'il avait édictées étaient supérieures aux solutions étrangères. C'est précisément dans ce genre de préjugé que le droit comparé bien compris permet de ne pas tomber. Le Code civil français a connu son d'âge d'or au 19^{ème} siècle, et la colonisation a permis de le prolonger quelque peu. La fin du communisme a provoqué en Europe de l'Est un regain d'intérêt envers les grandes codifications notamment française et allemande.

Deux siècles plus tard, le Code a survécu, mais le droit de propriété est autrement conçu, la famille n'est plus ce qu'elle était, la femme a conquis des droits, la liberté contractuelle doit être conciliée avec l'ordre public dont le domaine s'est accru, d'autres lois et d'autres codes régissent le droit des biens. Le monde actuel attend du droit des nouvelles règles qui favorisent la circulation des personnes et des biens, et qui reflètent des valeurs universelles. Pour le Code civil, au défi représenté par la modification des sources du droit inhérente au nouvel ordre international, s'ajoute celui de la modernité représentée par la subordination des systèmes juridiques nationaux aux droits de l'Homme.

§ 1. LE CODE CIVIL FRANÇAIS PRIS ENTRE LE RÊVE EUROPÉEN ET LE CAUCHEMAR DE L'UNIFORMISATION JURIDIQUE

L'unité de l'Europe implique celle de ses législations, et la réalisation des objectifs communautaires passe par l'unification des règles. A l'harmonisation des droits nationaux est donc substituée l'idée de droit européen unique. Le juge européen, partant des traités et des droits des six premiers pays membres et notamment de leurs droits administratifs, a élaboré un droit commun régissant les rapports interinstitutionnels et les relations avec les ressortissants des Etats-

¹ Selon le Mémorial de Sainte-Hélène à la date du 11 novembre 1816, cité par D. Tallon, "L'avenir du Code en présence des projets d'unification européenne du droit civil", in Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 998. Egalement L. Halperin, "L'histoire de la fabrication du Code. Le Code: Napoléon?", dans la Revue Pouvoirs, n° 107/2004, p. 20.

-membres. L'intégration croissante de la France dans un ensemble européen sans cesse élargi, a modifié les perspectives. L'ordre communautaire, la Convention européenne des droits de l'Homme, la primauté reconnue à ces "droits venus d'ailleurs", ont eu pour effet de rendre le législateur moins souverain qu'autrefois, et même de subordonner la loi au juge, au nom des droits de l'Homme d'abord et du marché intérieur ensuite.

A - Le Code civil et la nouvelle "religion" des droits de l'homme: le pouvoir des juges

Jusqu'à une époque récente, c'est le législateur national qui a gardé la pleine maîtrise du Code civil, d'ailleurs plus pour le compléter que pour le modifier ou le réviser. Aucune contrainte extérieure supranationale ne s'est exercée, jusqu'à la fin du 20^{ème} siècle, quand il est apparu que "cette souveraineté pouvait n'être plus totale, et que le contenu du Code pouvait avoir subi des modifications sous des contraintes européennes"². Les contraintes sont celles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, et surtout celles imposées par la Cour de Strasbourg, à travers ses interprétations libres et évolutives, dépassant la lettre des textes.

La philosophie et les préceptes des droits de l'Homme s'imposent au nouveau monde régulé par l'ONU, et au nouveau continent européen sans cesse plus intégré. Leurs ordres juridiques respectifs ont consacré les droits de l'Homme, en marquant ainsi le triomphe de l'individu et de la personne humaine. Les temps nouveaux ont affiché de nouveaux idéaux. La France et son Code civil s'inscrivent désormais dans ces nouveaux mondes, caractérisés par des abandons de souveraineté qui sont au fondement d'un nouvel ordre supra-étatique, notamment dans le cas de la Communauté européenne, qui ne dit toujours pas son véritable nom, en dépit du passage à l'Union.

Les droits de l'Homme sont les nouveaux dogmes qui s'imposent en droit civil, s'agissant des personnes, de leurs relations mutuelles. Le droit civil français est donc confronté à une espèce de supra-droit civil qui régit les relations privées, comme le droit communautaire régit l'espace politique. Il est devenu évident qu'à côté de l'unification économique et politique, l'unification juridique doit

² L. Leveneur, "Le Code civil et de droit communautaire", in Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 930.

se faire aussi sur le terrain du droit privé. Au dessus des traditions particulières et de leurs différences, des principes généraux fondamentaux s'imposent dans le domaine des droits des personnes. Constituant la base de toute société démocratique, ces principes fondamentaux et les droits qui y sont attachés, sont placés d'emblée hors de toute discussion. Ce processus de fondamentalisation des droits privés, concerne le droit civil dans son ensemble, et c'est le juge ordinaire qui est préposé au contrôle de conformité non seulement à la Convention européenne des droits de l'Homme, mais aussi à la jurisprudence dégagée par la Cour de Strasbourg.

L'engouement pour les droits de l'Homme fait que tous les droits peuvent désormais être jugés sur leur conformité à ce supra-droit civil, sans cesse plus développé, par l'effet d'une espèce de surenchère qui caractérise le droit contemporain dans l'affirmation des libertés fondamentales.³

D'après la constitution française de 1958 (art. 55), toute norme législative est inférieure aux traités internationaux. Le Code civil est un texte de valeur législative, à l'exception de quelques rares principes auxquels le Conseil Constitutionnel a accordé une valeur constitutionnelle. Par conséquent, toute disposition du Code qui contredirait la C.E.D.H. doit être modifiée. Cette dernière a été ignorée pendant assez longtemps par le législateur français, d'une part parce que le principe de subsidiarité fixe des limites aux contrôles externes, et d'autre part parce que les évolutions législatives en France, qui ont été conformes à la lettre et à l'esprit de la C.E.D.H., ne devaient rien à l'influence de la Cour de Strasbourg et se seraient produites en tout état de cause. Les instruments juridiques nationaux et l'évolution de la société française, suffisaient à expliquer les changements insérés dans le Code civil. Les réformes qui ont tendu à garantir l'égalité au sein de la famille et qui ont concerné l'autorité parentale (lois du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993), ou celles qui ont consacré le respect de la vie ou la dignité humaine (loi du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain), n'ont été ni influencées ni inspirées par la Convention des droits de l'Homme ou la jurisprudence de la Cour européenne. Si le contrôle de la Cour de Strasbourg "est plus lâche dans le domaine du droit civil que dans celui du droit pénal ou du droit public"⁴, celle-ci n'en est pas moins

³ Ph. Glaudet et J.M. Montazeaud, "L'avenir d'une Révolution", travaux de la Première Commission du Centième Congrès des Notaires de France, publiés sous le titre suivant: Code civil, les défis d'un nouveau siècle, Paris 16-19 mai 2004, ed. A.C.N.F., p. 123 et s. Egalement, Ph. Malaurie, "La C.E.D.H. et le droit civil", J.C.P.N., n°49, p. 1704.

⁴ A. Debet, "Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'Homme", Livre du Bicentenaire, Université Paris-II, p. 958.

attachée au principe de sécurité juridique, qui implique l'accessibilité, la clarté et la stabilité des normes. Cette exigence s'étend évidemment au droit civil, et la juridiction strasbourgeoise est devenue un nouvel acteur dans ce domaine au milieu des années 1990. Le droit civil français ne vaut donc que s'il est conforme à ce "droit des droits" que constituent la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour. Ainsi, par un retournement de situation extraordinaire des principes révolutionnaires de 1789 consacrant la primauté de la loi et la subordination du juge, ce sont les juges de Strasbourg (et ceux de Luxembourg pour l'U.E.), qui développant l'idée révolutionnaire des droits de l'Homme, ont fini par imposer leur toute-puissance, soumettant les lois nationales à la volonté des juges nationaux et européens.

Les législateurs nationaux, communautaire et européen, ont reconnu la prééminence des droits de l'Homme, acceptant que le droit national soit jugé à l'aune d'un supra-droit. Les juges ont désormais la capacité et l'obligation d'apprécier les lois nationales au regard des principes constituant ce "droit des droits". L'époque où les révolutionnaires de 1789 entendaient abaisser le juge sous la loi est révolue, et c'est au nom des droits de l'Homme proclamés par ces mêmes révolutionnaires que le pouvoir des juges s'installe. Non seulement la Cour de Strasbourg censure les lois, mais encore elle censure les plus hautes juridictions nationales. S'agissant du Code civil, ses relations avec la C.E.D.H. sont devenues conflictuelles, et plusieurs de ses dispositions ont été soumises à une relecture européenne, dans le domaine du droit des personnes, de la famille, des obligations. C'est ce qu'a montré l'arrêt C.E.D.H. du 1^{er} février 2000, *Mazurek*, à propos du statut de l'enfant adultérin en matière successorale. Il est vrai que la réforme du statut de l'enfant adultérin, opérée par la loi du 3 décembre 2001 (sur les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins) était programmée depuis plusieurs années, mais son adoption a été accélérée du fait de la condamnation prononcée par la Cour de Strasbourg à l'encontre de la France, qui a dû abroger les articles 759 à 763-3 du Code civil. Mais bien avant, la C.E.D.H. avait considéré que la réduction des droits des enfants naturels illégitimes était contraire aux droits de l'Homme: ainsi, la législation belge a été censurée dans les arrêts du 13 juin 1979 *Marckx* et du 25 novembre 1999, *Vermeire*. De même, le droit successoral irlandais désavantageant l'enfant adultérin a été jugé contraire à l'article 8 de la Convention dans un arrêt du 18 décembre 1985, *Johnston*, et le même genre de discrimination a valu à l'Autriche d'être sanctionnée dans l'arrêt du 28 octobre 1987, *Inze*. Tous ces Etats ont donc dû modifier leurs lois, et admettre que l'enfant adultérin fait partie de la

famille en matière successorale. Cette évolution a pris de l'ampleur: par exemple, en matière de changement de sexe justifiant la modification de l'état-civil (C.E.D.H., 25 mars 1992, B. c/France)⁵, ainsi qu'en matière d'égalité des époux pour le choix du nom patronymique (C.E.D.H., Bourghartz c/Suisse, série A n°280-B). Toutes ces décisions proclament des droits nouveaux au profit des personnes, et ces droits sont régis par le Code civil français. D'autres exemples concernant le consommateur, l'homosexuel, démontrent que le droit européen peut exercer une influence majeure sur le droit civil interne, s'agissant également du droit français des obligations, et en matière contractuelle⁶.

Cette influence ne s'exerce pas uniquement sur le contenu des règles inscrites dans le Code civil, mais aussi sur l'interprétation que le juge en donne. Au contrôle national de cette influence par le juge, qui est lié par les principes de primauté et d'effet direct du droit européen, il faut ajouter le contrôle exercé au plan international. Car au caractère obligatoire de l'arrêt rendu contre l'Etat concerné, il faut ajouter l'effet de l'autorité interprétative des arrêts rendus vis-à-vis des autres Etats. L'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg permet à celle-ci d'imposer sa volonté -au-delà du cas d'espèce- à tous les Etats qui pourraient se voir reprocher les mêmes violations. Ainsi, dans son arrêt du 23 avril 1993 visant Chypre, la Cour lui reproche de ne pas avoir tenu compte de l'arrêt Dudgeon rendu en 1981 à l'encontre du Royaume-Uni, et interdisant de réprimer les relations homosexuelles entre adultes consentants. L'autorité interprétative de la C.E.D.H. revient à dire, qu'un Etat peut se voir contraint de faire évoluer son droit interne dans le sens des modifications opérées dans d'autres Etats. Les conséquences qui risquent d'en découler sont d'autant plus importantes, que la Cour de Strasbourg considère que son interprétation doit être évolutive.⁷

La Convention européenne des droits de l'Homme peut devenir un élément déstabilisateur, dans la mesure où elle contribue à propager une certaine "passion des droits subjectifs",⁸ à laquelle risque de céder le juge, guetté par l'ivresse

⁵ Arrêt reproduit au J.C.P.G., 1993, I, 3654.

⁶ Voir H. Lemaire, A. Maurin, N. Poli, "Le nouveau monde contractuel", Travaux de la 2^{ème} commission du 100^{ème} Congrès des Notaires de France, in Code civil, les défis d'un nouveau siècle (précité), p. 230 et s.

⁷ C'est ce qu'elle a rappelé dans l'arrêt précité, Marckx c/Belgique. Voir J.P. Marguenaud (sous la direction de), C.E.D.H. et droit privé, l'influence de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français, La Documentation Française, 2001.

⁸ Ph. Glaudet et J.M. Montazeaud, op. cit., p. 147.

des ses nouveaux pouvoirs, et qui peut aussi saisir le législateur, qui est de plus en plus soucieux de plaire, étant entendu que dans la législation “post-moderne” les désirs des individus deviennent vite les ordres des gouvernants. Dans cette confrontation de la loi et du juge, le législateur peut aussi être tenté de désamorcer la censure du juge, par une surenchère de droits subjectifs érigés en droits fondamentaux. Dans ces conditions, les codes civils nationaux peuvent difficilement échapper à une remise en cause permanente, sous l’effet d’un droit commun plus ou moins flou, dans la mesure où en matière de droits de l’Homme certains concepts peuvent être très vagues et manquer de clarté (comme à propos de l’égalité ou du respect de la vie privée). La Convention de sauvegarde et la Cour européennes des droits de l’Homme, exercent donc et exerceront encore une influence certaine sur les dispositions du Code civil, mais elles doivent le faire plutôt comme un guide d’interprétation à l’usage du juge. Cela ne doit pas être un carcan, comme l’on a parfois tendance à le dire. Il s’agit de permettre au juge de trouver, dans une interprétation des dispositions du Code civil renouvelée par l’apport européen, “les moyens de faire pénétrer harmonieusement les droits fondamentaux dans le Code civil”.⁹

B - Le Code civil français et les spécificités de la formation du droit communautaire

Le temps est révolu où Montesquieu pouvait écrire, que l’important pour un pays était que les citoyens suivent les lois, et qu’il importait peu que d’un pays à l’autre ils ne suivent pas les mêmes.¹⁰

A une autre époque, marquée par la division idéologique du monde et de l’Europe, Henri MAZEAUD déclarait en se plaçant sous le signe d’une union sacrée contre le communisme athéiste et liberticide: “Pour faire l’Europe, notre Europe... il faut faire un droit européen. Que reste t-il donc à vaincre? Cet esprit de particularisme et d’orgueil national dont nous sommes tous imbus... la question n’est pas de savoir qui l’emportera, du Code italien, du Code suisse, du Code allemand ou du Code français, la question est de savoir si, comme le

⁹ A. Debet, op. cit., p. 973.

¹⁰ Montesquieu, L’Esprit des lois, Livre XXIX, ch. XVIII. Cité par Y. Lequette, “Quelques remarques à propos du projet de Code civil de Monsieur Von Bar”, Recueil Dalloz, n° spécial Bicentenaire du Code civil, 2004, p. 36.

firent les rédacteurs du Code Napoléon lorsqu'ils unifièrent le droit français, des juristes de bonne volonté veulent chercher dans les institutions civiles de tous les pays de notre Europe, celles qui doivent être préférées".¹¹ Ces propos en forme de profession de foi, sont certes influencés par l'esprit du temps, mais sept ans plus tard le traité de Rome jetait les bases d'une Europe communautaire à construire, et dont la nature apparaissait purement économique. La préoccupation du rapprochement ou de l'harmonisation juridique qui en a découlé, a contribué à développer l'étude du droit comparé dans les Etats-membres de l'Europe des Six. Les domaines de prédilection étaient plutôt le droit douanier et fiscal, le droit économique ou commercial, le droit social ou du travail. Mais l'attention était très peu tournée vers l'étude comparative en droit civil.¹² L'avantage du droit comparé c'est qu'il est libre, et qu'il dépend de l'Etat seul de nourrir sa réflexion comme il l'entend, en prenant ou en laissant ce que bon lui semble.¹³

Cette liberté même, permet de rompre avec une autosatisfaction qui n'est plus de mise, et qui trouve son origine dans l'ignorance du droit des partenaires. L'utilisation systématique du droit comparé revient à confronter le contenu des droits nationaux, à découvrir les similitudes, à apprécier les convergences qui rassemblent et les divergences qui séparent. L'analyse comparative s'impose pour mener à bien toute entreprise de coopération juridique. C'est pourquoi il faut s'inquiéter, dans chaque Etat-membre ou candidat, du degré d'ouverture à la recherche en droit comparé, et des faiblesses constatées en matière de documentation et de formation. Car cela obère toute coopération juridique véritable. Le développement du droit comparé et sa prise en compte à tous les stades de l'action, sont devenus des impératifs dans toute stratégie d'affirmation au sein de l'Union, ou de candidature à l'adhésion. En effet, la connaissance précise du droit des partenaires dans les domaines faisant l'objet des négociations (pour la confection des règles communes, mais aussi en vue de l'adhésion), permet d'identifier les éléments de transaction (sinon de marchandage), ainsi que les

¹¹ H. Mazeaud, *L'influence du Code civil dans le monde*, Travaux de la Semaine internationale de droit. Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française et Société de Législation Comparée, Paris 1950, ed. Pédone, 1954, p.571.

¹² A. Limpens, "Harmonisation des législations dans le cadre du Marché Commun", *R.I.D.C.* (Revue Internationale de Droit Comparé), 1967, p.67.

¹³ Sur ce point, G. Cornu, "Un Code civil n'est pas un instrument communautaire", *Recueil Dalloz*, n° spécial du Bicentenaire, p.28.

possibilités d'alliance. C'est là un gage de participation réelle à l'élaboration des règles communes pour l'Etat-membre, et un atout dans le processus d'adhésion pour l'Etat candidat. Cette connaissance des droits des partenaires (ou des futurs partenaires), peut aussi prémunir contre la transposition de concepts incompatibles, ou favoriser leur acceptation en connaissance de cause. Il est important pour les co-producteurs de règles, d'être informés sur les conséquences de leurs décisions, pour le bien-être collectif et pour leur confort personnel. C'est pourquoi, les juristes des Etats-membres ou candidats, doivent se familiariser avec les grands systèmes juridiques (et leurs langues propres) qui structurent l'Union européenne, bien entendu dans le domaine économique et financier, mais aussi dans tous les autres, sous peine de constituer un handicap pour leurs pays respectifs et d'être marginalisés lorsqu'il s'agira de façonner la législation nationale, dans la vie des affaires, et dans tous les grands domaines d'intervention publique.

L'objectif de tout Etat-membre est d'agir suffisamment tôt, pour que les textes communautaires bouleversent le moins possible son droit interne. Pour y parvenir, il faut intervenir très en amont du processus de formation du droit communautaire, en proposant à la Commission des concepts ou des modèles juridiques pertinents. L'influence exercée par un Etat, est à la mesure de l'avancée dans la construction européenne qui découle de sa force de proposition. Dans ce processus, les solutions offertes par l'Etat ont de fortes chances d'être amendées durant les négociations, ce qui en retour peut conduire à des adaptations de sa législation. C'est pourquoi, les gouvernements et leurs administrations ont besoin de s'appuyer sur des ressources intellectuelles intégrant le comparatisme. S'agissant de la France, la richesse de son fonds juridique public et privé, le nombre des éléments évolutifs que renferment les textes et la jurisprudence, ainsi que la variété des pratiques, lui permettent d'être l'un des chefs de file des grands systèmes juridiques mondiaux. Mais cet avantage même a son revers, car la vigueur des traditions juridiques peut rendre plus difficiles les transformations, les réceptions directes. Lorsque celles-ci sont assimilées par le génie propre d'un pays et grâce à sa doctrine, le résultat peut aussi lui conférer une position privilégiée en matière de droit comparé. A cet égard, tout semble opposer Common Law et Civil Law.¹⁴ Si les civil lawyers surestiment

¹⁴ P. Legrand, *European Legal Systems are not converging*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 52. L'opinion contraire est aussi soutenue : voir R. Zimmermann, "Europäischer Charakter des englischen Rechts", *Z.E.u.P.*, 1993, p.4 et s.

parfois les handicaps qui affectent leur système juridique, et si les common lawyers sont convaincus de la supériorité du système juridique qui leur est le plus familier, la réalité est plus équilibrée. En effet, le droit anglais notamment public a perdu de sa spécificité à l'occasion de l'invasion du droit communautaire, dont la primauté proclamée et consacrée à la fois sur la Common law et sur la Civil law aboutit à effacer leurs différences. S'agissant en particulier du droit civil français, le seul fait de l'existence du Marché Commun, déjà avec l'Europe des Six, l'a orienté vers des prises de conscience et des influences réciproques, sur la base des droits propres aux autres partenaires. Le mouvement s'est évidemment accentué et diversifié avec l'adhésion des pays régis par la Common law.¹⁵

L'Union européenne demeure un levier d'influence important pour le système romano-germanique et pour le droit français, dont le droit communautaire porte la marque. Ce relais d'influence agit de plusieurs manières à l'égard des pays qui viennent d'adhérer ou qui y aspirent. "La nécessité d'intégrer l'acquis communautaire, l'utilité de certaines solutions du droit public pour ménager la transition entre système communiste et économie libérale (permet) de renforcer l'ancrage de ces Etats du côté du système romano-germanique".¹⁶ Lorsque la Commission met en chantier des projets de directives et de règlements, elle procède par comparaison des solutions en vigueur dans les Etats-membres, avant d'arrêter son choix. Celui-ci se portera sur la solution qui apparaît la plus à même de réaliser la libéralisation du marché intérieur. L'attitude générale de neutralité de la Commission la conduit à rechercher la solution commune la plus proche des droits nationaux, de manière à faciliter

¹⁵ Nombreux ont été les études, les revues périodiques, les travaux de recherches, qui depuis les années 1960 ont contribué à diffuser chez les praticiens français les éléments de droit civil comparé de l'Europe. La situation a évidemment été toute autre dans les pays dits de l'Est, qui pendant pratiquement un demi siècle n'ont pas (ou beaucoup moins) participé au brassage des idées et aux échanges juridiques européens. Les retards et les handicaps en ce domaine doivent être corrigés au plus vite, notamment par un aménagement des études juridiques et des programmes d'enseignements et de recherches, notamment dans les facultés de droit.

¹⁶ Conseil d'Etat (Rapport du) "L'influence internationale du droit français", collection des Etudes du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2001, p. 94. Il est évident que le pays qui suivrait une autre voie, du fait que ses juristes seraient exclusivement anglophones et donc tournés surtout vers les modèles anglais ou américain (ce qui est différent), mettant le droit de leur pays à la remorque de modèles extra-européens, un tel pays verrait son intégration obérée ou rendue plus problématique.

son adoption au sein du Conseil. La Cour de Luxembourg suit la même démarche, dans la mesure où elle s'efforce d'équilibrer la tendance intégrative inhérente au droit originaire et aux règles dérivées, avec le respect des normes étatiques, qui reflètent des choix socio-politiques et économiques appropriés aux particularismes culturels nationaux.¹⁷

Le droit communautaire ainsi élaboré reposait d'abord sur une rationalité de type économique, compte-tenu de la nature de la construction envisagée de l'Europe. Mais le droit des communautés européennes et de la plus importante d'entre elles (la Communauté Economique Européenne), est devenu celui de la Communauté Européenne depuis le traité sur l'Union du 7 février 1992. Par ailleurs, les institutions communautaires ont élaboré de nouvelles politiques, dans des domaines non transférés, et en plus des politiques communes. Après les publicistes qui se sont d'abord intéressés aux aspects institutionnels de la construction européenne, les privatistes ont été progressivement concernés. Les commercialistes ont dû se pencher sur les questions touchant à la liberté d'accès au marché et à la concurrence. Puis ce fut le tour des spécialistes de droit du travail et de droit social, avec l'essor de la liberté de circulation des travailleurs et avec l'harmonisation des législations sociales qui a été accélérée avec l'adoption de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Le droit civil ne paraissait pas concerné par les nécessités de la construction européenne, en raison de l'objet limité des traités fondateurs et à cause du principe de subsidiarité. Mais si le droit de la famille continuait à relever du législateur national, le droit des contrats a été touché par l'extension progressive de la compétence communautaire. De nouveaux secteurs de l'activité sociale ont échappé au législateur national, notamment en droit privé. Le droit civil français s'est trouvé altéré, dans la mesure où le législateur, à l'occasion de la transposition des règles communautaires n'a pas modifié le Code civil, préférant les insérer dans des Codes spécialisés comme celui de la consommation. Paradoxalement aussi, les règlements européens qui sont directement applicables et obligatoires dans toutes leurs dispositions, sont absents des codes français, alors que les directives y entrent par le biais des lois nationales de transposition, alors qu'elles ne sont obligatoires que dans les objectifs assignés aux États.

¹⁷ C'est très exactement le but du mécanisme du renvoi préjudiciel pour interprétation inscrit à l'article 177 du Traité de Rome instituant la CEE (devenu art. 234) qui permet à la Cour de Justice de comparer et d'apprécier les règles nationales à l'aune des objectifs du droit communautaire.

Les lacunes et les incertitudes sont aggravées encore, par le fait que la France se distingue en Europe par ses retards à procéder aux transpositions auxquelles elle est tenue.

Ce droit communautaire, venu “d’ailleurs” sinon “de nulle part”,¹⁸ n’en est pas moins doté d’une primauté sur le droit interne. Non seulement il prévaut sur la norme nationale plus ancienne, mais encore il l’emporte sur toute règle nationale contraire postérieure. Le juge national est donc tenu de donner la priorité à des normes qui n’émanent plus du législateur. En outre, le juge national doit observer ce que font les juges des autres Etats-membres, et il doit se prononcer en tenant compte de ce qui se fait à l’étranger.

§ 2. LE CODE CIVIL FRANÇAIS CONFRONTÉ À L’IDÉE D’UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ EUROPÉEN

Les juristes sont unanimes à dénoncer l’inflation juridique et le pointillisme des textes, l’éclatement des concepts et la prolifération des catégories (le citoyen, le commerçant, le consommateur, l’agriculteur, le patient, etc. ...). L’aspiration aux principes fédérateurs est largement répandue en Europe, face aux divergences entre les systèmes. L’idée s’est propagée aussi selon laquelle, l’apparition d’une monnaie unique justifierait un droit unique, le débat étant ainsi placé sur le terrain économique, et plus précisément sur celui des avantages concurrentiels que représenterait l’uniformisation du droit.¹⁹

A - Les impulsions institutionnelles données à la codification européenne

Les institutions européennes ont préconisé assez tard, et très progressivement, le rapprochement des législations en matière civile; mais au cours de la

¹⁸ Selon l’expression du doyen J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la 5^{ème} République*, Flammarion, 1996, p. 47 et p. 48.

¹⁹ D. Tallon, “Un marché unique appelle un instrument contractuel unique”, *Répertoire Defrénois*, 2000, p. 683. Egalement, J. Basedow, “Un droit commun des contrats pour le marché Commun”, *R.I.D.C.*, 1998, p.7 et s. Pour une perspective plus générale, A.J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, P.U.F., Paris, 1991, p.241 et s., à propos des efforts à déployer pour mieux maîtriser la diversité juridique.

dernière décennie du siècle passé, elles semblent se livrer à une surenchère sur le thème de l'unification du droit privé européen. Cette idée a été envisagée dès les débuts de la construction européenne, notamment par le professeur HALLSTEIN, premier président de la Commission.

Durant les vingt premières années de la Communauté européenne, il n'y a eu que quelques rapprochements sectoriels en matière de droit privé, et plutôt de manière disparate. L'idée d'un code civil européen a commencé à germer dans les années 1980, sous la double action des institutions européennes et de certains universitaires, qui tout en prétendant agir parallèlement et en toute indépendance "travaillent en étroite liaison".²⁰ Dans une résolution du 26 mai 1989²¹ traitant du rapprochement du droit privé des Etats-membres, le Parlement préconise l'élaboration d'un Code européen commun et fixe les étapes des travaux préparatoires avec une ébauche de calendrier. Un tel Code de droit privé est présenté comme économiquement utile, politiquement nécessaire, tout en affirmant l'unité culturelle de l'Europe. Cette demande est renouvelée dans une résolution du 6 mai 1994 consacrée à l'harmonisation du droit privé des Etats-membres dans certains secteurs.²² Le Conseil européen de Tampere des 15-16 octobre 1999 s'est également interrogé, et pour la première fois au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement, sur l'unification du droit civil. Pour sa part, la Commission poursuivant la réalisation d'un marché unique sans frontières, en est arrivée à son tour à se demander si la politique traditionnelle d'harmonisation sectorielle du droit ne devait pas être complétée par l'élaboration d'un Code européen des contrats. Tel fut l'objet de la Communication datée du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats, soulignant les différences entre les droits nationaux en ce domaine qui freinent les actions transfrontalières. Il est vrai que les règles communautaires elles-mêmes n'étaient pas exemptes d'incohérences. Pour toutes ces raisons, la Commission lança le 16 juillet 2001 une vaste consultation auprès des Etats-membres et des acteurs économiques et sociaux, en vue de mettre en place un droit européen des contrats.²³ C'est sur ce thème que la Commission adopta le 13 septembre 2001, une Communication adressée au Conseil et au Parlement.

²⁰ A. Chamboredon et Ch. Schmid, "Pour la création d'un Institut du droit européen", R.I.D.C. 2001, p.85 et s., où est retracé l'historique des initiatives et des travaux.

²¹ Publiée au J.O.C.E. n° C.158-400.

²² Publiée au J.O.C.E. n° C. 205-518.

²³ Publiée au J.O.C.E. n° C.255-1.

Les milieux universitaires y étaient invités à se manifester avant le 15 octobre 2001. La brièveté du délai ainsi fixé, mais aussi une certaine impréparation teintée d'hostilité, n'ont pas permis aux juristes français de se mêler aux débats à cette époque.²⁴ Tout en critiquant la position de la Commission en ce qu'elle se limitait au droit des contrats, le Parlement dans une résolution du 15 novembre 2001 sur le rapprochement du droit civil et commercial des Etats-membres, appela à l'élaboration d'un corps de règles matérielles uniformes. A la suite de cette résolution du Parlement, le Conseil des ministres de l'Union Européenne diffusa un rapport sur la nécessité de rapprocher les législations des Etats-membres en matière civile. Le Conseil dans sa formation "Justice et Affaires Intérieures" insista sur le rôle central du droit des contrats, en évoquant prudemment le droit de la famille comme thème possible des discussions sur le rapprochement des droits privés nationaux. Le rapport précité du Conseil des ministres fut soumis au Conseil européen lors du sommet de Laeken qui se tint les 14 et 15 décembre 2001.

B - Les contributions privées au courant de codification européenne

Plusieurs groupes travaillant à titre privé et dont les objectifs ne sont pas toujours avérés, ont engagé des travaux en vue de mettre en place un droit commun dont l'opportunité n'a pas fait l'objet d'une réflexion approfondie et préalable. Mais parce qu'un Code civil européen serait un symbole fort, les institutions européennes ne peuvent que favoriser toute initiative tendant à l'harmonisation du droit.

Le groupe portant le nom du professeur danois qui en fut l'instigateur, Ole LANDO, a travaillé depuis 1980 sur les "principes du droit européen des contrats".²⁵ Après 11 ans de réflexion, ceux-ci ont été publiés en anglais et en

²⁴ Cette attitude passive, qui a ensuite fait place à une levée de boucliers et à quelques réactions virulentes ultérieures, a été sévèrement jugée par certains auteurs comme H.J. Sonnenberger, "L'harmonisation ou l'uniformisation européennes du droit des contrats sont-elles nécessaires?" *Revue critique DIP*, 2002, p. 405 et s. Il est vrai qu'il est vain de s'en prendre à la "bureaucratie" et à ses choix arbitraires, tout en la laissant faire lorsqu'il est encore possible d'influer sur ses propositions.

²⁵ O. Lando, "Principes de droit européen des contrats. Une première étape vers un Code civil européen", *Revue de droit des affaires internationales*, 1997, p.189 et s. Egalement, D. Tallon, "Vers un droit européen du contrat", in *Mélanges André Colomer*, Paris, 1993, p.485, et J. Raynard, *chronique de jurisprudence: sources européennes*, R.T.D.civ, 1998, p.1006 et s.

français, et n'ont pas été sans influence sur le droit français.²⁶ Les travaux de l'Institut de Rome pour l'unification du droit privé (groupe UNIDROIT) portant sur les contrats du commerce, ont aussi donné lieu en 1998 à des "principes relatifs aux contrats du commerce international". Ces derniers ont été assez peu utilisés par les acteurs du commerce international, qui préfèrent se référer à des lois nationales, car elles leur paraissent plus légitimes et bénéficient de l'éclairage de la jurisprudence. Un autre groupe dit de Pavie, fondé par le professeur GANDOLFI, connu sous le nom d'Académie des privatistes européens, vise pour sa part à développer une culture juridique européenne commune. Son avantage est qu'il a travaillé en plusieurs langues européennes (anglais, français, allemand, italien, espagnol) pour aboutir à des publications partielles après 12 ans d'activité. Son Code européen des contrats est inspiré du modèle italien.²⁷ Mais, cette initiative comme toutes les autres est d'ordre strictement privé, et aucune d'entre elles n'a force obligatoire.

Le cas de la commission von BAR est d'une autre envergure. Il a suscité des réactions virulentes en France, en raison de la nature de ses objectifs et surtout des méthodes de travail mises en œuvre, qui jettent la suspicion sur les intentions affichées et plus encore sur celles qui sont prêtées à tort ou à raison à son instigateur. C'est en 1998 que le professeur von BAR a constitué un groupe de travail rassemblant une centaine de juristes d'Etats membres ou candidats, pour élaborer un Code civil européen. Se réunissant tous les deux ans, le groupe s'est réclamé de la résolution du parlement européen du 15 novembre 2001, se défendant de l'accusation de pousser à l'abandon des codes civils nationaux.²⁸ Cette accusation a été reprise et aggravée après la conférence prononcée en anglais par Monsieur von BAR à Paris dans l'enceinte de la Cour de cassa-

²⁶ Voir H. Lemaire et A. Morin, "Droit français et principes du droit européen du contrat", L.P.A., n° 921/2004, p. 38 et s.; D. Mazeaud, "Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel", L.P.A., n°92/2004, p.47 et s.; C. Jamin et D. Mazeaud (sous la direction de), "L'harmonisation du droit des contrats en Europe", Travaux du colloque de Lille, mars 1999, ed. Economica, 2000; C. Witz, "Vers un droit privé européen des contrats", Journées franco-italiennes, avril 1995, Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1996, p.217.

²⁷ G. Gandolfi, "Pour un droit européen des contrats", R.T.D.Civ., 1992, p.707, et M.L. Ruffini-Gandolfi, "Unification du droit et code européen des contrats", R.I.D.C., 2002, p.1075.

²⁸ C. von Bar, "Le groupe d'études sur le Code civil européen", R.I.D.C., 2001, p.127 et s.

tion.²⁹ Derrière ses propos jugés “lénifiants”, ce qui lui est reproché est ni plus ni moins que de vouloir pousser les Etats-membres à couper leur droit de ses racines, et de vouloir atteindre cet objectif de manière délibérée et programmée.³⁰ Un échéancier précis était même fixé, qui prévoyait trois étapes. Dans une première phase entre 2002 et 2004, des règles devaient être formulées par secteurs (théorie générale des obligations, droit de la vente, droit des contrats de services y compris financiers et des assurances, droit des sûretés personnelles, responsabilité extracontractuelle, droit relatif au transfert de propriété des biens meubles, droit du crédit). Le projet de Code civil européen devrait ensuite être enseigné dans une seconde phase à partir de 2005 et mis en œuvre par les institutions communautaires dans l’élaboration et l’application des nouveaux textes. Enfin à partir de 2010, devrait être adopté un nouveau corps de règles concernant le droit des contrats. Alors que le droit de la famille et des successions était censé ne pas être concerné par les travaux du groupe von BAR, était annoncée en 2002 la création d’une “commission sur le droit européen de la famille”.³¹

Les raisons profondes justifiant cette entreprise ont paru obscures ou contradictoires pour beaucoup d’observateurs et de commentateurs français. A l’argument de Christian von BAR reprenant des propos tenus par Jacques DELORS, consistant à rappeler que “Charlemagne nous rappelle que l’Europe est plus ancienne que les Etats qui la composent”, le professeur Yves LEQUETTE qui est très représentatif du courant hostile au projet, objecte que ce “projet d’avenir pour le 21^{ème} siècle nous propose le retour à l’an 800... comme si 1200

²⁹ C. von Bar, intervention à la manifestation organisée par la Société de Législation Comparée, intitulée “From principles to codification: prospects for european private law”. Le texte français en a été publié par *Les Annonces de la Seine*, n° 33, 3 juin 2002, p.1.

³⁰ Voir les réquisitoires en règles du professeur Y. Lequette, dans son article à la fois argumenté dans sa partie technique et strictement juridique et philosophique, et polémique dans sa partie plus politique, “Quelques remarques à propos du projet de Code civil de Monsieur von BAR”, *D.* 2002, p. 2202, reproduit au *Recueil Dalloz*, n° spécial Bicentenaire du Code civil, 2004, p.30 et s. Le même argumentaire est développé dans son article intitulé “Vers un Code civil européen?”, *Pouvoirs*, n° 107/2004, p.97 et s., et dans sa contribution au *Livre du Bicentenaire du Code civil* publié par l’Université Paris-2, intitulée “D’une célébration à l’autre 1904-2004”, p.9 et s., spécialement les pages 27 et s.

³¹ Voir le texte français de la conférence de C. von BAR, dans *Les Annonces de la Seine*, n° 33 du 3 juin 2002, p.2.

ans d'histoire et de construction de notre droit ... n'avaient jamais eu lieu".³² Quant à l'argument économique invoqué à l'appui de l'initiative von BAR, il lui est opposé que les considérations économiques ne répondent pas aux fonctions essentielles de la législation civile. Cette prise de vue strictement économique du problème, révèle "une volonté d'organisation des peuples européens en termes purement quantitatifs et en fonction de critères exclusivement matériels".³³

C'est aussi la méthode suivie qui heurte les milieux juridiques français hostiles au projet. L'initiative est personnelle à son auteur et tout à fait unilatérale, mettant en avant l'autorité scientifique et les arguments de raison, mais en même temps est-il observé, son instigateur se place "dans la posture d'une personne officiellement investie... nous entretient non de science juridique mais de politique... c'est la politique du fait accompli".³⁴ C'est la légitimité de l'entreprise qui est mise en doute ainsi que son ambiguïté, en l'absence de tout mandat clair investissant son auteur d'une tâche d'intérêt communautaire. Les autres critiques visent l'origine du financement des travaux, les objectifs assignés aux groupes d'études constitués d'universitaires cooptés par le seul initiateur du projet, sans se préoccuper de l'avis des professionnels du droit, qui en raison de leur expérience sont les meilleurs représentants de la pratique et les mieux placés pour en répercuter les besoins. Les seuls professeurs ne sauraient être les interprètes exclusifs de tous les destinataires d'un futur Code civil européen, compte-tenu surtout de la surreprésentation de l'Allemagne et de l'usage unique de la langue anglaise. Sept groupes de travail fonctionnent sur les thèmes suivants: les services financiers, les sûretés personnelles des crédits, les obligations extracontractuelles, le transfert de la propriété des biens meubles, le droit des trusts, le droit européen des contrats et les ventes, les services et contrats à long terme. Les textes discutés sont élaborés par les directeurs des groupes de travail aidés par des assistants. La méthode et l'usage exclusif de l'anglais conduit à ce que quelques personnes ont le monopole de la rédaction initiale. Ainsi, nombre de cultures juridiques ne sont pas en mesure de participer de manière significative à la rédaction première. Certes, le Comité de rédaction présidé par le professeur von BAR est assisté d'un organe de coordination de

³² Y. Lequette, "Quelques remarques à propos...", op.cit., in Recueil Dalloz, n°spécial Bicentenaire du Code civil (précité), p.35.

³³ B. Oppetit, "Droit commun et droit européen", in Mélanges Loussouarn, 1994, p.311.

³⁴ Y. Lequette, "Quelques remarques à propos...", op.cit., p.38 et p. 39.

45 membres dont 4 sont français, mais il est inhabituel qu'au sein d'une organisation internationale une langue de travail unique soit imposée.³⁵ Cela est lourd de conséquences, dans la mesure où tous les concepts n'ont pas leurs équivalents dans d'autres langues. La langue unique imposée empêche la différence des cultures de s'exprimer. La perspective de la traduction après coup et a posteriori ne peut pas corriger toutes les déperditions de sens et les incohérences de la rédaction initiale. A cet égard, la co-rédaction est préférable à la traduction ultérieure. L'activisme dont a fait preuve le groupe von BAR peut d'autant moins tenir lieu de légitimité, que l'opacité affectant sa constitution et son fonctionnement est aggravée par la non diffusion des résultats des travaux. Le principe de transparence, qui est une exigence majeure de la démocratie moderne et de la bonne administration, ne peut être à ce point méconnu, même si l'utilité et la valeur doctrinale des travaux du groupe von BAR sont tout à fait estimables.

C - La question du périmètre de la codification européenne

Le grand débat ouvert en Europe sur l'éventualité de l'uniformisation du droit civil, a coïncidé avec l'instauration progressive de l'euro. Dotés d'une monnaie unique, les peuples européens seraient mûrs pour un droit civil commun. La modernité de l'intégration européenne, fondée sur le marché unique, impliquerait ce nouveau progrès décisif, qui serait hautement symbolique de la construction communautaire. La codification européenne donnerait à l'Europe un rayonnement dans le monde, qu'aucun de ses codes nationaux devenus anachroniques ne peut lui assurer, y compris le Code civil français qui serait "à bout de souffle".³⁶

L'exemple américain qui est censé conforter ce raisonnement, ne paraît guère probant, si l'on songe qu'aux Etats-Unis l'unité monétaire n'emporte toujours pas l'unité juridique à laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis s'oppose toujours.³⁷ Le fédéralisme fortement intégré qui a cours dans ce pays ainsi qu'au Canada, cohabite parfaitement avec l'absence d'uniformité dans des domaines

³⁵ Ph. Glaudet et J.M. Montazeaud, *op.cit.*, p.137.

³⁶ D. Tallon, "Grandeur et décadence du Code civil français", in *mélanges Marcel Fontaine*, ed. Larcier, 2003, p.279.

³⁷ L. Leveneur, *op.cit.*, in *Livre du Bicentenaire*, Université Paris-2, p. 945.

aussi sensibles pour l'économie que le droit des contrats, celui des sûretés ou celui de la responsabilité. L'Europe économique est certes appelée à devenir une Europe politique et une Europe des citoyens, mais elle ne se réclame toujours pas du fédéralisme. Même si l'Union Européenne est "fédéralisante", il n'est pas sûr que son droit civil, qui touche le plus à l'identité culturelle, doive être uniforme, comme tel n'est pas le cas du marché et des ensembles fédéraux nord-américains. L'histoire du continent nord-américain n'est pas celle du continent européen, et c'est cette dernière, son ancienneté et son fonds de valeurs communes, qui sont invoquées pour justifier l'émergence d'un espace politique nouveau. Un Code civil unique serait un symbole fort de la communauté de culture. Compte-tenu du primat toujours donné à l'économie dans l'édification de l'Union Européenne, dont la nature politique et institutionnelle reste équivoque et qui est toujours culturellement contrastée, il est difficile de considérer comme acquise ou prochaine l'uniformité des mœurs, qui est préalable au traitement juridique uniforme des relations privées. En outre, il est difficile de voir en quoi le développement des échanges économiques et commerciaux est entravé par les divergences existant dans le droit des personnes et de la famille.³⁸ Quant au droit des biens, et pour reprendre la distinction consacrée, les biens meubles peuvent être régis par des principes communs pour ceux d'entre eux qui relèvent du négoce international. Pour les biens immeubles, qui en principe ne relèvent pas du commerce international,³⁹ l'unification ne s'impose pas. Tout au plus une protection égale des consommateurs pourrait être assurée par une directive communautaire, comme en matière de "multipropriété" (ou propriété "à temps partagé").

Le plus grand flou règne encore en ce qui concerne le domaine et l'ampleur de l'unification juridique, et la question est posée de savoir s'il faut l'étendre à l'ensemble du droit civil, ou à certains secteurs et lesquels.

Des traces du droit communautaire sont déjà décelables dans le Code civil français. Il s'agit des cas d'harmonisation européenne de certaines législations par des directives ayant fait l'objet de transposition: comme celle sur la signa-

³⁸ Ph. Malinvaud, "Réponse hors délai à la Commission européenne: à propos d'un code européen des contrats", Recueil Dalloz, n° spécial Bicentenaire du Code civil, 2004, p.49, reproduisant son étude parue au Recueil 2002, p. 2542 et s.

³⁹ Mettons à part certaines exceptions comme les biens immobiliers possédés par des sociétés immobilières, représentés par des parts sociales, qui sont alors traités comme des valeurs ou des biens mobiliers.

ture et la forme électroniques, ou les règles communautaires relatives à la responsabilité des produits défectueux. Ce dernier cas est intéressant, dans la mesure où il illustre la suprématie du droit communautaire sur les législations nationales, et où il confirme la perte de souveraineté du législateur à propos du contenu qui peut être donné au Code civil lorsque l'harmonisation européenne s'impose.⁴⁰ A cet égard, le caractère léonin du partage des compétences entre législateur national et législateur communautaire saute aux yeux. Si l'on met à part le secteur de la protection des consommateurs, où des sujets de controverses doctrinales sont apparus, il faut rappeler que la plupart des directives n'ont pas d'impact sur le Code civil français. Ainsi, celles qui intéressent l'activité d'assurance sont insérées dans le Code des assurances, et celles relatives à l'activité des établissements de crédit trouvent place dans le Code monétaire et financier ou dans le Code de commerce. La protection des consommateurs est un souci constant du droit communautaire. La directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil des Ministres sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, se répercute sur le droit français des contrats.

Il est aisément compréhensible que l'harmonisation du droit des contrats en Europe soit importante, s'agissant du commerce intra-européen et du droit des sûretés qui garantissent l'exécution des contrats. En France même, la Commission de réforme du Code civil créée en 1945 et qui a cessé ses travaux le 6 février 1964, avait laissé de côté la matière du droit des contrats, au motif qu'elle "pourrait dans un avenir abordable faire l'objet d'une unification européenne".⁴¹ Plusieurs universitaires de renom ont entretenu l'idée d'un Code

⁴⁰ L'arrêt de la CJCE du 24 avril 2002, *Commission c/France*, a précisément sanctionné le manquement de la France dans la transposition de la directive du 25 juillet 1985 concernant la responsabilité du producteur pour les dommages causés par le caractère défectueux de ses produits. Cette décision est d'ailleurs paradoxale, dans la mesure où la loi française assurant pourtant un niveau plus élevé de protection du consommateur, vaut à la France d'être sanctionnée au motif que la directive doit être interprétée en tenant compte du droit communautaire existant au moment où la directive est adoptée. C'est une illustration du caractère "figé" de l'interprétation pratiquée par le juge communautaire, qui laisse d'autant moins de marge de manœuvre au législateur national, que les directives sont devenues anormalement détaillées et contraignantes. Pour un commentaire plus précis sur ce point, L. Leveneur, *op. cit.*, in *Livre du Bicentenaire*, Université Paris-2, p. 938 et s.

⁴¹ J. Carbonnier, "Introduction à l'évolution contemporaine du droit des contrats", *Journées René Savatier*, 1985, p. 29.

européen des contrats, alors que cela relevait encore de l'utopie. La réflexion a été relancée avec les travaux du groupe Lando, plusieurs auteurs plaidant ouvertement pour l'unification,⁴² d'autres affichant leur hostilité ou leurs réserves tout en acceptant le débat.⁴³

Constatant que l'harmonisation est devenue souhaitable dans ce domaine, la Commission de Bruxelles a publié le 11 juillet 2001 sa Communication sur l'europanisation du droit des contrats.⁴⁴ Cette communication qui avait lancé la consultation évoquée précédemment et en l'enfermant dans un délai assez bref (1 mois), a été mal perçue par les auteurs français, qui ont voulu y voir "les prémises d'un Code civil européen devant destituer le sacro-saint Code de 1804".⁴⁵ Les milieux juridiques français se partagèrent entre les tenants d'une uniformisation de l'ensemble du droit des obligations, y compris les biens, les sûretés, la responsabilité et même le droit de la famille, et ceux qui rejetaient toute idée de Code européen et en tout cas de codification d'ensemble de tout ce qui relevait du Code civil. Entre ces positions extrêmes, il y a toute une gradation des prises de position, allant de ceux qui acceptent l'idée d'un Code

⁴² D. Tallon, "Vers un droit européen du contrat?", in *Mélanges A. Colomer*, Litec 1993, p. 485, et "Les principes pour le droit européen du contrat", *Répertoire Defrénois*, 2000, p. 683. Egalement C. Witz, "Plaidoyer pour un Code européen des obligations", *D.* 2002, p. 79.

⁴³ Pour un aperçu bibliographique à propos des rapports entre Code civil français et Code civil européen, B. Fauvarque-Cosson, "Faut-il un Code européen?", *R.T.D. Civ.*, 2002, p. 463. Voir aussi R. Schulze, "Le droit privé commun européen", *R.I.D.C.*, 1995, p. 7 et s.; P. Legrand, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *R.I.D.C.*, 1996, p. 779 et s.; P. de Vareilles-Sommières (sous la direction de), *Le droit privé européen, Travaux du Colloque de Reims*, 1998; F. Osman (sous la direction de), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, 1998; R. Sacco "Non, oui, peut-être", in *Mélanges Mouly*, t. 1, 1998, p. 163; V. Magnier, *Rapprochement des droits dans l'Union Européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, L.G.D.J., 1999; Ph. Malaurie, "Le Code européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte", *Colloque de Louvain des 30 novembre et 1^{er} décembre 2001*, *J.C.P.*, 2002, I, n° 110; G. Cornu, "Un code civil n'est pas un instrument communautaire", *D.* 2002, chroniques p. 351; H.J. Sonnenberger, "L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires?", *Revue Critique de D.I.P.*, 2002, p. 405, qui écrit: "ceux qui ne participent pas au débat n'auront aucun droit de fustiger plus tard le caractère bureaucratique des choix de Bruxelles", p. 409; C. Prieto, "Un Code civil européen: de l'utopie à la prospectivejuridique", *L.P.A.* n° 97/2004, p. 19 et s.

⁴⁴ *J.O.C.E.*, C. 255 du 13 septembre 2001 (précité).

⁴⁵ M.A. Ribeyre, in *Droit et Patrimoine*, avril 2003, p. 6 et s.

européen des contrats, jusqu'à ceux qui admettent un Code commun des obligations.

Le processus d'uniformisation, pour incertain qu'il soit dans son périmètre, est le plus avancé et le moins contesté en matière de contrats, où l'acquis communautaire concerne les consommateurs, les agents commerciaux, le commerce électronique notamment. En ce domaine, les règles européennes sont une ambition officiellement proclamée, car les enjeux économiques sont importants. Mais d'une part, la question se pose de savoir si les règles communes seront impératives ou seulement supplétives, et d'autre part, l'uniformisation est particulièrement difficile à propos des contrats spéciaux. En effet, les intérêts s'opposent, si l'on considère que les pays traditionnellement exportateurs favorisent plutôt les vendeurs, alors que d'autres comme la France protègent mieux les acheteurs.⁴⁶ En l'état actuel des divergences entre les législations nationales, dont par ailleurs la lisibilité est problématique, les sociétés multinationales hésitent à contracter.⁴⁷

Plusieurs possibilités s'offrent aux entreprises et le professeur J. HUET les résume en quatre points. Ou bien, suivant les propositions du groupe Lando, un modèle de droit des contrats et des sûretés est proposé, ce qui permet de répondre aux besoins des entreprises en respectant la diversité des traditions juridiques nationales; et c'est la solution pratiquée par la Chambre de Commerce Internationale avec les "Incoterms", qui ont l'avantage de ne pas bouleverser le droit interne des Etats. Ou bien comme aux Etats-Unis,⁴⁸ il peut être proposé aux législateurs nationaux un modèle de règles uniformes, pour les adapter aux systèmes juridiques respectifs. Deux autres solutions sont encore évoquées par le professeur J. HUET, consistant soit "à prévoir des règles uniformes s'incorporant aux droits nationaux... applicables entre pays européens, laissant subsister le droit étatique pour les opérations internes", soit à imposer "l'uniformisation des droits internes, pour éviter la pluralité des droits, solution la plus radicale, la moins soucieuse des identités culturelles et la plus coûteuse".⁴⁹ D'autres auteurs s'interrogeant sur la manière de concevoir le Code

⁴⁶ C. Witz, "Plaidoyer pour un Code européen des obligations" (précité), étude publiée en 2002 et reprise in Recueil Dalloz, 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, p. 27.

⁴⁷ Voir le journal économique La Tribune, du 18 décembre 2001, qui titre "Les Sociétés réclament un droit européen des contrats".

⁴⁸ D. Tallon, "Droit uniforme américain, Code civil européen: quels rapports?", in Mélanges Von Mehren.

⁴⁹ J. Huet, "Nous faut-il un "euro" droit civil?", D., 2002, chroniques, p. 2611 et s., article repris dans le Recueil Dalloz, 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, p. 55.

des obligations, préconisent soit l'uniformisation, soit l'adoption d'une codification ressemblant plutôt à une directive, soit "une loi-modèle souple avec des versions nationales... (soit) des sous-ensembles par familles de systèmes juridiques".⁵⁰

Quoi qu'il en soit, le diagnostic est général pour admettre que la disparité des législations nationales en droit des contrats et des obligations, constitue une entrave aux échanges intra-européens, surtout pour les entreprises petites et moyennes. Car les grandes entreprises peuvent contourner les difficultés rencontrées en créant des filiales, en recourant à l'arbitrage, en mettant en œuvre des règles transnationales. Mais une objection est aussi évoquée à l'uniformisation du droit européen des contrats, partant aussi de l'intérêt bien compris des entreprises européennes. En effet, rappelle fort opportunément le professeur Ph. MALINVAUD, cette uniformisation "ne pourrait que favoriser les entreprises non européennes... en leur permettant de n'avoir affaire qu'à un seul droit pour pénétrer le marché commun, alors que les entreprises européennes devraient ... continuer à être confrontées à une multiplicité des régimes juridiques à l'intérieur des Etats-Unis et du Canada".⁵¹ L'argument n'est pas sans portée, mais peut aussi venir à l'appui de la thèse selon laquelle l'espace juridique pertinent n'est déjà plus l'Europe mais le monde, et si l'uniformisation est devenue inévitable, elle ne peut être que globale. La même objection à l'uniformisation du droit des contrats provient d'autres auteurs encore, pour qui celle-ci serait non seulement artificielle, mais favoriserait les grandes sociétés multinationales extra-européennes, au risque de fausser la concurrence internationale, en l'absence de réciprocité.⁵² Un autre argument plaide en faveur du statu quo juridique européen; les grandes sociétés américaines, japonaises, suisses ou autres, se sont tout à fait adaptées à la diversité des droits nationaux en Europe.

Aujourd'hui, devant les protestations suscitées par les projets de codification européenne d'ensemble, la perspective d'un Code civil européen substitué

⁵⁰ C. Witz, op. cit., in Recueil Dalloz 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, p. 26.

⁵¹ Ph. Malinvaud, op. cit., in Recueil Dalloz, 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, p. 51. Le même argument est repris par F. Terré et A. Outin-Adam, qui se demandent également si une Europe "uniformisée juridiquement ne serait pas défavorisée face à des Etats tiers, en leur offrant un accès simplifié au marché européen, sans aucune réciprocité", dans leur étude consacrée à "L'année du Bicentenaire" in, Recueil Dalloz, 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, p. 71.

⁵² J. Huet, op. cit., p. 55.

aux codes civils nationaux s'est éloignée. La Commission paraît temporiser s'agissant du droit des contrats, et semble s'orienter dans son dernier plan d'action en matière de droit européen des contrats, vers une solution consistant à ajouter un modèle européen aux modèles nationaux, avec possibilité de choix. Par ailleurs, "il s'agirait uniquement de réglementer les contrats transfrontières".⁵³ Or, en ce domaine les entreprises peuvent déjà utiliser les principes élaborés dans le cadre du groupe Unidroit, qui permet aux acteurs du commerce international de soumettre aux mêmes règles, aussi bien les contrats intracommunautaires que les contrats internationaux.⁵⁴

§ 3. CODE CIVIL FRANÇAIS OU EUROCODE: LA NATURE ET LA PORTÉE DU DILEMME

A propos de l'unification du droit et en faveur de la codification européenne, un parallèle est parfois fait avec le Code Napoléon, établi en quatre mois et mis en œuvre sans difficulté majeure. Mais c'est oublier la longue maturation doctrinale qui a précédé, depuis les travaux de Domat et Pothier, ainsi que la convergence des règles appliquées par le peuple français dont la langue était commune. C'est oublier aussi que le Code Napoléon a été rejeté là où il a été imposé contre la volonté des populations.

L'existence d'un Code se justifie dès lors qu'il y a lieu de réglementer les rapports entre individus. Mais l'ambition de tout code, à l'instar de celui de 1804 en France, est aussi de fonder une civilisation. Or, aujourd'hui, si le Code européen des contrats ne relève plus de l'utopie, il n'en va pas de même du projet de Code civil européen, même si les droits de l'Homme et les libertés fondamentales, faisant office de "droit des droits", peuvent en préparer l'avènement. Le débat sur la codification a été intense dans certains pays européens et notamment en Allemagne, alors que "les juristes français ne se

⁵³ Y. Lequette, *op. cit.*, in *Pouvoirs*, n° 107/2004, p. 111.

⁵⁴ Se reporter sur ce point aux études suivantes: C. Kessedjian, "Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposés par l'Unidroit", *Rev. Critique de DIP* 1995, p. 641; C. Larroumet, "La valeur des Principes Unidroit applicables aux contrats du commerce international", *J.C.P.*, 1997, I, 4011; B. Fauvarque-Cosson, "Les contrats du commerce international, une nouvelle approche: les Principes d'Unidroit", *R.I.D.C.*, 1998, p. 463.

sentent guère concernés par ce défi majeur”.⁵⁵ Si la doctrine ne s’en est pas totalement désintéressée, les réactions ont été soit résignées⁵⁶ soit dubitatives,⁵⁷ soit réservées⁵⁸, soit hostiles⁵⁹, pour reprendre la catégorisation établie par Y. LEQUETTE⁶⁰, lui-même farouchement hostile à l’idée de codification d’ensemble européenne et surtout très critique envers les méthodes suivies et les arrière-pensées qu’il déclare déceler.⁶¹ Il est vrai que la recodification civile en France se révèle difficile, coincée entre “le marteau strasbourgeois et l’enclume bruxelloise”⁶²; c’est ce qui explique que l’idée de codification européenne a pu trouver un écho également en France, et qu’elle est soutenue par une partie de la doctrine.

Mais toute codification revient aussi à faire un pari sur l’avenir, en privilégiant la stabilité. Codifier consiste à poser en postulat “que le changement social sera suffisamment lent pour permettre à la norme de demeurer adaptée durant une longue période. Or, la modernité du 21^{ème} siècle commençant devient de plus en plus réfractaire à la stabilité, à la rigidité qu’entraîne inmanquablement la codification”.⁶³ En outre, on ne légifère pas pour des peuples divers en se fondant sur les seuls communs dénominateurs. Toute œuvre de consolidation pour une Europe encore largement en devenir présente un risque de sclérose, de rigidité. A partir du moment où la codification fige, elle ne remplit pas sa fonction de modernisation, et le droit ainsi codifié risque d’être constamment en retard sur l’évolution des faits et des réalités. Les professionnels et les acteurs économiques sont plus demandeurs de souplesse que de pétrification.

⁵⁵ C. Witz, *op. cit.*, in *Recueil Dalloz*, n° Spécial Bicentenaire du Code civil, p. 23.

⁵⁶ B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, *R.T.D. Civ*, 2002, p. 403.

⁵⁷ J. Huet, *op. cit.*, *D.* 2002, p. 2611 ; Ph. Malaurie, “Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte” *J.C.P.*, 2002.I.110 et Ph. Malinvaud, *op. cit.*, *D.* 2002, p. 2542.

⁵⁸ V. Heuzé, “A propos d’une initiative européenne en matière de droit des contrats”, *J.C.P.*, 2002, I, 152 et C. Jamin, “Un droit européen des contrats”, in *Le droit privé européen*, 1998, p. 40.

⁵⁹ G. Cornu, “Un Code civil n’est pas un instrument communautaire”, *D.* 2002, p. 351.

⁶⁰ Y. Lequette, *op. cit.*, in *Pouvoirs*, n° 107/2004, p. 97. Pour un panorama des réactions françaises, se reporter à l’ouvrage publié par la Société de Législation Comparée sous le titre, *Pensée juridique française et harmonisation européenne*, 2003.

⁶¹ Y. Lequette, *op. cit.*, *D.* 2002, p. 2202.

⁶² Y. Lequette, *op. cit.*, in *Livre du Bicentenaire*, Université Paris 2, p. 27.

⁶³ C. Kessedjian, “La mondialisation du droit: défi pour la codification”, in *Livre du Bicentenaire*, Université Paris-II, p. 920.

L'expérience montre aussi, que "la diversité se réintroduit toujours au sein de l'uniformité".⁶⁴ En effet, d'une part, tout mécanisme d'uniformisation introduit dans le cadre d'une tradition juridique nationale et dans un système juridique particulier à un pays, tend à évoluer dans une direction propre; et d'autre part, les difficultés d'interprétation, l'imperfection des traductions, les divergences linguistiques, ne peuvent qu'accentuer cette dérive.

C'est pourquoi il faut se demander si l'unification du droit privé en Europe est économiquement, politiquement et culturellement bénéfique. Or, si l'argument économique plaide en faveur d'une législation civile uniforme, les aspects culturels jouent en sens contraire. C'est alors un choix politique qui doit être tranché: quelle vision faut-il avoir de l'Europe? Car "derrière la question du maintien du Code civil des Français ou de son abandon au profit d'un Code civil européen, c'est la conception même de l'Europe et des destinées de la France qui est posée".⁶⁵

A - La légalité incertaine du Code civil européen: les dimensions juridiques et techniques

L'harmonisation juridique n'est pas une finalité avouée des traités constitutifs: elle est présentée comme un instrument visant à faciliter l'apparition et le fonctionnement du marché unique.

1°/ Les fondements juridiques de la codification européenne

Le législateur communautaire ne possède que des compétences d'attribution en principe. Or, aucune disposition des traités ne l'autorise à procéder à l'unification du droit privé. Par conséquent, l'entreprise consistant à doter l'Union Européenne d'un Code civil commun manque de base juridique. Dans ces conditions, imposer un droit unique aux peuples ne manifeste pas un grand respect envers ceux-ci et consiste à pratiquer la politique du fait accompli. Si l'article 10 du Traité sur la Communauté Européenne impose aux Etats-membres un devoir de loyauté envers les institutions communautaires, la réciproque

⁶⁴ Y. Lequette, "Quelques remarques à propos..." op. cit., p. 33.

⁶⁵ Y. Lequette, "D'une célébration à l'autre", in Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 31.

doit aussi être vraie. Il est donc “permis de se demander ce qu’il advient de ce devoir de loyauté lorsque le Parlement ... incite... les autorités communautaires à s’immiscer dans un domaine qui relève de la compétence naturelle des Etats-membres, et à entamer un processus qui peut concourir à l’ébranlement des sociétés dont ces Etats ont la charge”.⁶⁶ Le fait que cette immixtion se réalise par l’intermédiaire de groupes privés est une circonstance aggravante, justifiant les réserves françaises. Toutes ces objections se sont conjuguées pour convaincre la Commission de réduire les ambitions premières.

Les partisans les plus convaincus de l’unification du droit sous l’égide de l’U.E., dans leur recherche d’un fondement textuel habilitant celle-ci, ont interprété extensivement l’article 95 du Traité C.E. Or, ce texte concerne seulement l’établissement et le fonctionnement du marché commun, et peut être utilisé pour supprimer les obstacles à la libre circulation des biens et services. Même s’il a servi à élaborer plusieurs directives sur la protection des consommateurs, et si un Code européen de la consommation peut éventuellement découler de cette disposition, la question du droit européen des contrats excède son domaine d’application. Ceci est encore plus vrai pour le droit civil européen. La Cour de Justice de Luxembourg a d’ailleurs condamné la lecture extensive de l’article 95, par ses décisions du 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil* et *Pays Bas c/Parlement et Conseil*.⁶⁷ Quant à l’article 308 du Traité,⁶⁸ qui a déjà été utilisé par le Conseil pour élargir son champ de compétences, il ne saurait concerner des matières fondamentales sous peine d’empiéter sur les prérogatives de principe des Etats-membres. Une autre justification pourrait consister à invoquer la théorie des compétences implicites, qui a été consacrée dès 1956 par la Cour de Justice des Communautés européennes (arrêt du 29 novembre 1956, *Fédéchar*). Ce mécanisme permet d’agir non plus sur la base des dispositions textuelles, mais en se fondant sur les objectifs assignés à l’Union. Mais ce raisonnement est inopérant, dans la mesure où, d’une part un Code civil européen ne relève pas des objectifs de l’Union tels qu’ils sont actuellement définis, et d’autre part les principes de

⁶⁶ Y. Lequette, “Quelques remarques à propos...”, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁷ Affaire C. 876, *Imperial Tobacco* et affaire C. 74/99, *Europe*, n° de décembre 2000.

⁶⁸ Il permet au Conseil, lorsque le Traité ne prévoit aucune compétence spécifique, de prendre à l’unanimité, après consultation du Parlement, les dispositions adéquates “si une action de la communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché, l’un des objets de la communauté”.

subsidiarité et de proportionnalité s'y opposent. Ces deux principes garantissent la répartition des compétences. Le premier impose à la Communauté d'agir "dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le Traité" (art. 5 al. 2), et pour autant que les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière satisfaisante par les Etats membres. Dès lors que l'Union décide d'exercer une compétence qui lui est attribuée, encore faut-il que "l'action de la communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité" (art. 5 al. 3), et les inconvénients découlant des mesures envisagées ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés. Ces deux principes se combinent donc pour limiter les compétences communautaires. Il résulte du plan d'action de la Commission du 12 février 2003, que la question du Code civil européen est reportée sine die, mais elle peut toujours resurgir à la faveur des impacts répétés que pourrait avoir ce "droit des droits" que représentent les droits de l'Homme et les libertés fondamentales. Car la disparité des normes fera de plus en plus sentir ses effets, au fur et à mesure des élargissements de l'Union Européenne. Si cette disparité semble exclure les rapprochements à brève échéance, elle peut aussi servir à en démontrer la nécessité. De ce point de vue, le Code civil européen peut être un moyen de rationaliser le processus d'élargissement, en transposant la problématique des frontières de l'Union, du plan de la géostratégie (qui est au cœur du débat sur la candidature turque), vers celui de la culture et des mœurs. Pour l'instant, le droit des personnes et de la famille n'est pas dans les finalités de l'Union, ni au titre des compétences exclusives, ni même au titre des compétences partagées. Le Parlement a rappelé que la présomption de compétence de l'Etat continue de jouer, aussi longtemps que le Traité n'en aura pas disposé autrement. Or, les choix politiques sont clairs à cet égard, et l'intervention communautaire ne s'étend pas non plus au droit des biens en principe. Mais en ce domaine l'harmonisation gagne du terrain, s'agissant notamment des biens qui sont objets du commerce international, c'est-à-dire les biens meubles. Mais le rapprochement est inévitable aussi en ce qui concerne les biens susceptibles de mutation entre particuliers, y compris les immeubles. Quant aux contrats qui sont le domaine de prédilection de l'unification juridique, et si celle-ci s'est surtout préoccupée des consommateurs, il est utopique de croire qu'un Code européen se réduira à un corpus de règles relatives aux contrats concernant les consommateurs. Le marché intérieur est aussi intéressé au premier chef par les contrats entre professionnels.

En recul par rapport à son engagement antérieur en faveur d'un Code civil européen, la Résolution adoptée par le Parlement le 15 mai 2002, sur "la délimitation des compétences entre l'Union Européenne et les Etats-membres", distingue deux listes de matières dans le domaine des compétences partagées.⁶⁹ D'une part, il y a celles, comme la protection des consommateurs, où l'Union peut fixer les règles générales et éventuellement les dispositions communes et des normes minimales. Mais même là, "la règle communautaire ne doit viser à l'uniformité que là où l'égalité des droits ou la concurrence risquerait clairement d'être compromise". D'autre part, il y a les matières - au nombre desquelles les contrats civils et commerciaux - où "l'Union Européenne ne peut intervenir que pour compléter l'action des Etats-membres", qui gardent la compétence de principe. Par conséquent, il est clairement rappelé que le Code civil n'est pas dans le domaine communautaire. A son tour, la Commission a confirmé dans sa Communication du 22 mai 2002, qu'elle entendait éviter les approches contraignantes. A propos du Code civil, il est précisé que l'harmonisation est liée au caractère transfrontalier de certaines opérations et à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Le 12 février 2003, la Commission a rendu publics les résultats de la consultation réalisée sur l'harmonisation du droit européen des contrats, et a annoncé un plan d'action pour "un droit européen des contrats plus cohérent". La première phase financée par l'U.E., et qui doit s'achever vers 2007, consiste à définir dans un document non normatif un cadre commun de références, c'est-à-dire des principes et une terminologie propres au droit des contrats. Ensuite, les règles communautaires en vigueur seront améliorées, et des normes seront élaborées. Enfin sera mis au point un instrument de droit européen des contrats, purement facultatif et à titre simplement optionnel. Mais il est précisé que la réflexion portera aussi sur le point de savoir, si cet instrument non contraignant "pourrait exclure l'application de dispositions nationales impératives antagoniques dans les domaines couverts".⁷⁰

⁶⁹ D'après Ph. Malinvaud, "Réponse - hors délai -..." (précité), Recueil Dalloz, n° Spécial Bicentenaire du Code civil, p. 46, reproduisant son article déjà publiée au Recueil Dalloz de l'année 2002, p. 2542 et s. V. également Ph. Glaudet et J.M. Montazeaud, op. cit., p. 146.

⁷⁰ Ph. Glaudet et J.M. Montazeaud, op. cit., p. 144.

2°/ Les problèmes techniques inhérents à la codification européenne

Nombre d'auteurs ont rappelé que le marché intérieur est une réalité, et que son fonctionnement n'est pas sérieusement entravé par la diversité des droits applicables au sein de l'U.E. A cet argument s'en ajoutent d'autres, qui consistent à rappeler, que "si l'on juge l'arbre à ses fruits passés... les normes produites sous l'égide des institutions européennes sont d'une qualité technique au-dessous du médiocre",⁷¹ et que c'est une raison parmi bien d'autres qui feront que l'unification réalisée par un éventuel Code civil européen ne peut être que toute relative. L'expérience montre que les législateurs nationaux sont naturellement enclins à modifier le moins possible leur législation. Dans les domaines concernés par les directives, des différences subsistent, car trop souvent encore l'horizon des juristes s'arrête à leurs frontières. C'est ce qui explique que selon les domaines qu'elles visent, les transpositions réalisées, soit restent en deçà, soit vont au-delà des directives, avec les conséquences fâcheuses et inattendues qui en résultent.⁷² Il n'est pas rare que les transpositions de directives bouleversent plusieurs principes importants dans un secteur juridique donné, qui peut se trouver plus ou moins perturbé. Le droit national prend alors l'aspect d'un "patchwork"⁷³ et l'harmonisation apparaît comme fautive de troubles et de desharmonisation du droit.⁷⁴ Par conséquent, lorsque

⁷¹ Y. Lequette, "Quelques remarques à propos..." (précité), p. 36.

⁷² Le cas de la transposition par la France de la directive sur la responsabilité des produits défectueux a été évoqué, ainsi que la condamnation pour manquement qui l'a frappée. Ce texte a été introduit par la loi aux articles 1386 et 1386-18 du Code civil, et la condamnation a d'autant plus choqué les spécialistes, que la loi française avait fait prévaloir une meilleure protection des consommateurs. Mais la Cour a jugé qu'il fallait éviter les différences entre Etats au nom d'objectifs purement économiques (l'égalité dans la concurrence). C'est une parfaite illustration de la différence qui sépare une législation dictée par des impératifs exclusivement économiques, et celle qui cherche à établir un véritable ordre civil. Sur cet épisode, voir les commentaires de l'arrêt de la Cour de Luxembourg par J. Calais-Auloy, D. 2002, p.2548, par C.Larroumet, D. 2002, p. 2462 et par G. Viney, J.C.P., 2002, I, p. 177. Pour un autre exemple où des dispositions sont adoptées ou maintenues en vue d'assurer un niveau de protection plus élevé, en matière de protection des salariés, T. Revet, "Un droit européen du travail", Colloque de Reims, *Economica*, 1998, p. 108.

⁷³ Pour reprendre l'expression de C. Witz, "Plaidoyer pour un code européen des obligations" (précité), p.24.

⁷⁴ H. Köts, "Gemeineuropäisches Zivilrecht", *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 481.

l'harmonisation ne se fait pas seulement en surface, comme cela arrive très souvent, le travail de rapprochement réalisé à l'échelle européenne doit se prolonger par une autre opération d'harmonisation, concernant d'une part les règles nationales modifiées, et d'autre part les règles nationales qui ne sont pas touchées par les directives. Ce travail est à réaliser par l'Etat lui-même.

La Commission a elle-même admis que le législateur européen en matière d'harmonisation a agi au "coup par coup", provoquant des incohérences au sein des droits nationaux et même au sein du droit communautaire. Il en est tiré argument, pour justifier le mouvement de codification européenne. Les adversaires ont alors beau jeu d'observer, qu' "ayant fait la démonstration de leur incapacité à élaborer une législation cohérente, ce qui est la qualité première d'un Code, les institutions communautaires en tirent argument pour que leur soit confiée l'élaboration d'un tel instrument. Leur incompétence passée deviendrait ainsi le gage de leur compétence future".⁷⁵ Pour remédier à l'incohérence qui affecte le droit communautaire, jusque dans ses principes parfois, point ne serait besoin d'une codification d'ensemble, il suffirait d'une opération de clarification et de remise en ordre du droit existant. Dans ce travail d'harmonisation au sein des règles communautaires, le législateur européen serait bien inspiré de se mettre à l'écoute des droits nationaux pour améliorer la qualité du droit communautaire. Si les codifications nationales - au premier rang desquelles se trouve le Code civil français - sont devenues lacunaires par rapport aux sources communautaires, la codification d'un droit uniforme à l'échelle de l'Europe se heurtera à des obstacles considérables. En outre, la problématique concernant les rapports entre droits nationaux et droit européen, se retrouve à l'identique dans les rapports entre celui-ci et le droit applicable à une échelle plus large.⁷⁶

Une autre difficulté technique sur la voie de la codification européenne doit être évoquée, et qui a trait à l'instrument le plus adéquat. Si tous les spécialistes semblent écarter la directive dont la transposition, on l'a dit, donne toujours lieu à des distorsions, faut-il recourir au règlement ou choisir la voie de la révision du Traité?

Si une certaine unification doit se produire, il serait judicieux avant de se lancer dans une rédaction aléatoire mêlant des formulations juridiques coupées

⁷⁵ Y. Lequette, "D'une célébration à l'autre..." op. cit., in Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 30 (note 94).

⁷⁶ M. Delmas-Marty, "La mondialisation du droit: chances et risques," D. 1999, chroniques, p.43.

de leurs racines, d'identifier les questions centrales à traiter. De même, cette unification doit limiter son ambition aux grands principes insusceptibles d'évoluer à trop brève échéance, chaque Etat-membre se chargeant d'édicter les règles d'application, éventuellement guidé par des directives. Il ne faut pas oublier également, que tout corps de règles européennes uniformisées, est exposé à des interprétations divergentes au niveau des Etats-membres. Ce n'est pas la règle seule qui doit être uniforme, mais aussi son application, donc son interprétation. Cela représente une énorme charge de travail dans une Union de 25 membres (et plus encore à brève échéance), comprenant près de 400 millions de citoyens. Seul un juge européen peut préserver une véritable sécurité juridique, qui reste la finalité de toute codification. La Cour de Justice de l'U.E. peut jouer ce rôle, si les moyens lui en sont donnés, et à condition de créer en son sein des chambres civiles spécialisées. On aperçoit quel coût représente toute codification européenne d'ensemble du droit privé. Aux moyens à donner au juge communautaire, il faut ajouter tous les autres coûts induits au niveau des étudiants, des juristes d'entreprises, des professionnels du droit, des juges nationaux et des professeurs, sans oublier les frais d'impression du nouveau Code européen, des ouvrages juridiques, et de "renouvellement radical des banques de données, dont le contenu, notamment jurisprudentiel sera devenu obsolète."⁷⁷

B - La douteuse légitimité d'une codification civile européenne: les aspects comparatistes et les implications politiques.

L'idée que l'uniformité serait un facteur de modernité est une croyance répandue, qui semble faire plus de place à l'affirmation qu'à la démonstration.

1°/ L'avantage de la diversité et les leçons du comparatisme

Le slogan consistant à dire que tout marché unique requiert un droit unique, est présenté comme voué à la défense des règles de concurrence. Autrement dit, la saine concurrence économique postulerait la fin de la concurrence juridique. Or, "les exemples des Etats-Unis ou du Canada démontrent... que la

⁷⁷ J. Huet, "Nous faut-il un 'euro' droit civil" (précité), p.56.

diversité du droit ne fait pas obstacle à une économie performante”,⁷⁸ et la diversité juridique est compatible avec la prospérité économique. Les deux grands marchés économiques intégrés nord-américains, se caractérisent par l’absence de droit civil unifié. Il existe aux Etats-Unis un Code de commerce uniforme et la loi civile relève de chaque Etat fédéré, qui peut incorporer à son droit tout ou partie de l’Uniform Commercial Code. Le choix de la diversité et de la concurrence des droits, a aussi été fait au Canada. En Europe même, le droit civil écossais cohabite avec la Common law anglaise, et cela ne constitue pas un handicap pour le Royaume-Uni, dont l’économie est l’une des plus performantes. L’idée sous-jacente à ces systèmes, qui n’ont rien de sclérosé, est qu’à terme la diversité du droit est un atout qui permet au meilleur de gagner. Il est paradoxal de constater, que c’est précisément sous prétexte de rivaliser avec les Etats-Unis et pour mieux les concurrencer, que certains préconisent des choix juridiques qui sont à l’opposé des choix américains, qui tiennent à la souplesse et à l’adaptabilité de leur droit. Quant à prétendre qu’il faudrait unifier le droit pour mettre fin aux distorsions de concurrence, encore faut-il que l’opération d’unification juridique soit elle-même respectueuse d’une concurrence authentique, que ce soit vraiment “la concurrence... de la science, de la qualité, et non celle des réseaux”.⁷⁹ C’est la meilleure connaissance mutuelle des droits nationaux, permettant une concurrence authentique des droits, qui révèle la loi la mieux adaptée, celle qui conduira aux emprunts réciproques, facilitant les rapprochements librement consentis. C’est ainsi que l’Europe peut s’enrichir de ses diversités, en favorisant l’émulation créative, par les confrontations du plurijuridisme. L’addition des différences n’est pas le repli sur soi ou l’isolationnisme, mais contribue tout au contraire au rayonnement de l’Europe. C’est précisément sa diversité qui lui a permis d’être la génitrice de tous les grands systèmes juridiques qui sont en vigueur dans le monde. Mais une évidence doit ici être rappelée: “pour s’enrichir de nos différences, encore faut-il les connaître”.⁸⁰ La diversité des droits nationaux apparaît donc plutôt comme un

⁷⁸ F. Terre et A. Outin-Adam, “L’année d’un bicentenaire”, Recueil Dalloz, n° spécial Bicentenaire du Code civil, 2004, p. 71.

⁷⁹ Y. Lequette, “Quelques remarques à propos...” (précité), p.42. Cette allusion vise les conditions dans lesquelles est apparu et a fonctionné le groupe von Bar, dans lequel on a pu voir une coalition d’intérêts et le jeu de relations occultes.

⁸⁰ Eod. loc., p. 41. Mais cette exigence s’impose aussi aux nations fondatrices de l’Europe communautaire, notamment vis-à-vis des Etats d’Europe centrale et orientale nouvellement entrés ou candidats déclarés, qui ont pendant un demi siècle et sous le totalitarisme,

laboratoire de réformes, à en juger précisément par l'exemple de l'Amérique du Nord, qui a su tirer parti des mécanismes de concurrence, y compris en matière juridique. Toute uniformisation risque de se heurter à un double risque, celui du nivellement par le bas, et celui de la non-adhésion des sujets de droit aux principes communs qui seraient imposés.

L'idée est souvent avancée en France, selon laquelle, les harmonisations sont utiles, mais elles doivent rester sectorielles, car "un Code civil européen... serait un acte de spoliation, un empiètement... une violation du pacte de non-ingérence... Le respect de cette sphère d'intimité est un minimum non négociable"⁸¹. L'important est que le droit soit partout présent, en dégagant des principes généraux qui rapprochent, et permettent d'éviter les effets négatifs d'une diversité des législations qui doit être préservée. L'aspiration unitaire à une Europe qui serait régulée par le marché et le droit qu'elle secrète, façonnée par la science des théoriciens du droit, est considérée comme une utopie. Un tel projet de Code civil unique est jugé "sans racines, ni historiques ni culturelles, et pour l'instant sans véritable volonté politique... sans autre idéologie que celle du marché"⁸². L'argument technique est aussi invoqué. Car les nouvelles technologies de l'information et de la communication rendent possible "une acceptation réaliste de la diversité des systèmes de droit"⁸³. Les initiatives en vue d'établir un droit commun européen ne peuvent ignorer que les normes découlent aussi des pratiques professionnelles, privées et publiques, des acteurs économiques, qui sont aussi sous la pression de la globalisation et de la mondialisation. La diversité nourrit la concurrence, et la loi d'autonomie permet de choisir la loi la plus appropriée. En Europe et en matière de vente internationale, les entreprises et leurs juristes sont attachés à la pluralité des droits, et la Convention de Rome du 19 juin 1980 permet de traiter les conflits de lois à propos des contrats internationaux. L'uniformisation du droit des

donné des gages à l'Europe, par leur attachement à l'histoire et à la culture européennes, qui ont servi de "rempart" à l'abri duquel la communauté européenne a pu se développer et prospérer. Il ne faudrait pas, qu'après avoir subi le "grand frère de l'Est", ces nations aient à subir le ou les "grands frères de l'Ouest". Car Bruxelles, Luxembourg, Strasbourg, ne doivent pas faire oublier Versailles, Munich et Yalta.

⁸¹ G. Cornu, "Un Code civil n'est pas un instrument communautaire", *Recueil Dalloz*, 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, p. 28.

⁸² Ph. Malaurie, "L'utopie et le bicentenaire du Code civil", in *Livre du Bicentenaire*, Université Paris 2, p. 7-8.

⁸³ F. Terré et A. Outin-Adam, *op. cit.*, p. 72.

contrats elle-même, ne peut se fonder sur le seul marché unique idéal, dans la mesure où le contrat n'est qu'un élément du Code civil. Invoquer une matière du code pour en déduire la nécessité d'une codification civile d'ensemble, relève plus de la manœuvre habile que de la cohérence intellectuelle. Plus le droit civil est éclaté en domaines spécialisés aux frontières incertaines (comme c'est le cas du droit de la consommation), et plus l'idée de droit civil commun est irréaliste. Un droit éclaté et complexe ne permet pas de dégager les définitions et les principes indispensables à l'édification d'un nouvel ordre consacré par un Code civil européen, dont la finalité est forcément plus large que le bon fonctionnement du marché unique.

2°/ - *La nécessaire redéfinition politique de l'Union*

Aborder la question de la législation civile à travers le seul prisme déformant de l'économie, conduit à méconnaître la nature véritable et toutes les dimensions du problème. Mettre en avant les seules justifications économiques, revient à remettre en cause l'Union elle-même dans sa conception, ainsi que les sociétés nationales qu'elle rassemble. Il est évident que l'Union Européenne n'est plus seulement une communauté économique et un grand marché intérieur. Elle s'affirme déjà comme un nouvel espace politique, et cette évolution continue et va même en s'accéléralant. La création d'un Code civil européen serait sans doute un instrument majeur de cette mutation, et constituerait un symbole fort. Mais il s'agit aussi "d'une décision politique sur la conception unitaire ou fédéraliste"⁸⁴ de l'ordre juridique européen. Il n'est pas imaginable qu'une transformation aussi profonde que celle de la législation civile, puisse s'affranchir du nécessaire respect des peuples, qui est au fondement de l'ordre politique européen d'où tout découle. Dans la mesure où tout projet de Code civil européen infléchit la construction européenne vers un autre modèle que celui qui a servi à édifier la communauté, il est vain de prétendre que l'opération est politiquement neutre. L'exemple du Code civil français (mais aussi du BGB), démontre que l'œuvre de codification, tant en amont qu'en aval, a des aspects et des effets politiques majeurs. Ce n'est pas sans raison que le Code Napoléon a été érigé en "constitution civile", contribuant à assurer la cohésion de la société et de la nation françaises. La disparition des droits civils nationaux a

⁸⁴ H.J. Sonnenberger, op. cit., p. 1014.

donc une portée politique évidente. Le droit civil constitue une composante majeure de l'histoire, de la culture et de l'identité des peuples. Ils ne sauraient en être dépossédés de manière technocratique. C'est pourquoi la méthode suivie pour unifier le droit civil dans l'U.E. est d'une importance capitale. L'entreprise de rationalisation ne doit procéder d'aucune intention cachée, sous peine de disqualification. Toute velléité hégémonique⁸⁵ dénaturerait irrémédiablement l'entreprise d'unification. La construction européenne n'a eu que trop tendance à se passer de l'opinion des peuples, dont la volonté souveraine ne saurait être escamotée au profit de la légitimité scientifique des experts, surtout s'ils sont autodésignés, politiquement irresponsables et échappent à tout contrôle. Cela équivaldrait à une grave régression démocratique, car il serait incompréhensible qu'au moins les représentants des peuples au sein des parlements nationaux ne soient pas tenus à l'écart d'un projet qui affecte l'organisation interne de chaque société, et non pas seulement les rapports interétatiques et les relations entre gouvernements.

Au-delà des seuls milieux universitaires et du cercle étroit des juristes, la décision à prendre revient aux politiques, à qui il faut faire prendre conscience qu'il y va de la charte de vie fondamentale et de la nature profonde de l'Union. Il leur appartient de dire, si celle-ci doit devenir un ensemble unitaire, ou demeurer une fédération d'Etats nations respectueuse de l'identité des peuples, ou se muer en une Europe des régions avec tous les effets voulus ou non voulus qui peuvent en résulter. C'est pourquoi "l'harmonisation... ou a fortiori l'unification du droit civil européen... nécessite une longue réflexion... car c'est une ambition... en lien étroit avec la politique, c'est-à-dire la conception que les Etats-membres retiendront pour l'Union".⁸⁶ Les choix politiques officiels, en France notamment, et toutes tendances idéologiques confondues, sont fondés sur le respect des peuples et non pas leur dissolution, leur fusion, ou leur segmentation. Tel est l'état actuel des traités fondateurs, où les Etats, qui sont aussi des nations forgées par une histoire inscrite dans leur culture, demeurent les réceptacles de la légitimité politique. Cette conception implique que chaque

⁸⁵ Fût-ce "selon la formule de M. Joschka Fischer, le n° 2 du gouvernement allemand, une "hégémonie douce" (Sanfte Hegemonie) privilégiant "les moyens de l'économie, de la diplomatie et du droit" pour reprendre l'observation du professeur Y. Lequette, "Vers un Code civil européen" (précité), p. 121.

⁸⁶ Ph. Malinvaud, "Réponse hors délai à la Commission..." (précité), p. 48.

Etat-membre conserve son propre Code civil. Une Europe unitariste “serait une entreprise réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire”.⁸⁷

Nul ne songe à nier que l’Union, si elle n’est pas tout à fait une fédération avouée, est dans son esprit et dans sa dynamique une entité “fédéralisante”. Mais le fédéralisme lui-même n’implique pas forcément un droit civil unique, et il “n’existe que si les collectivités fédérées sont véritablement des Etats et disposent de certains attributs de la souveraineté”.⁸⁸ Il en est déduit que l’entité européenne doit s’édifier “dans le respect de chaque peuple, de sa personnalité, de son histoire, de sa culture, de sa langue, de ses frontières et de son droit”.⁸⁹ Cela implique que chaque peuple puisse “choisir sa charte de vie fondamentale, le modèle approprié à sa culture, à ses besoins”.⁹⁰

Les tenants d’une Europe constituée d’Etats nations traditionnels, dénoncent donc le double mouvement de déconstruction qui sévit au niveau suprana-

⁸⁷ G. Cornu, “Un code civil n’est pas un instrument communautaire” (précité), *D.* 2002, chroniques, p. 351, article repris dans le n° spécial Bicentenaire du Code civil, du Recueil Dalloz 2004, p. 29. Egalement, P. Legrand, op. cit., in *R.I.D.C.*, 1996, p. 803.

⁸⁸ P. Pactet, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, A. Colin, 18^e édition, 1999, p. 53. Cette évidence, cette revendication forte, et cette affirmation légitime, invoquées par les auteurs français les plus éminents opposés à l’idée de Code civil européen, ont été pourtant bien oubliées lorsque s’est produite la “dislocation” du fédéralisme yougoslave. A l’époque, dans les médias, sous la plume des juristes les plus renommés, dans la bouche de maints diplomates et hommes politique, les entités fédérées étaient ravalées au rang d’entités dont les frontières n’auraient été que de nature administrative, leurs nations rétrogradées à l’état “tribal”. Les mêmes, qui voulaient ignorer le caractère “politique” des entités fédérées (et de leurs frontières), ayant manifestement conservé certains attributs souverains, voyaient aussi des “régions” là où aucun texte n’en consacrait l’existence. Ceux qui plaident pour le maintien des codes civils nationaux, en rappelant les limites du fédéralisme, seraient bien inspirés de revoir certains jugements hâtifs formulés à l’époque et aujourd’hui encore, à propos des Etats issus de l’éclatement de la fédération yougoslave. Cet épisode, le processus de dislocation, sont riches d’enseignements pour l’Europe, ses perspectives, ses risques et dérives possibles. Toutes les leçons de l’affaire yougoslave n’ont pas été correctement tirées: il est fâcheux de continuer à vivre sur des non-dits, des demi vérités, des approximations, des analyses erronées. La fâcheuse habitude des “deux poids, deux mesures” a décidément la vie dure, quand il s’agit d’apprécier les intérêts supérieurs de l’Etat français au sein de l’U.E. et les mêmes intérêts supérieurs de l’Etat croate par exemple, dont il est décidément fait bien peu de cas dans sa marche vers l’adhésion.

⁸⁹ Y. Lequette “Vers un Code civil européen” (précité), p. 122.

⁹⁰ *Ibidem*.

tional et au plan infra-étatique. Ce processus, à leurs yeux, est de nature à encourager dans les zones frontalières notamment, des processus irrédentistes.⁹¹ Ces dérives, auxquelles la France serait exposée comme les autres Etats nations, contrediraient les objectifs ultimes de l'Union, qui tendent à préserver la paix et l'intégrité territoriale des Etats. Dans cette perspective, remettre en cause les nations et les reléguer dans le passé politique de l'Europe, reviendrait à "vouloir séparer deux réalités indissolubles liées à l'époque moderne: la nation et la démocratie".⁹² Car l'espace d'où peut se dégager une volonté collective fondée sur un débat encadré par une culture politique commune, reste l'Etat nation. C'est en son sein que pour l'instant la décision majoritaire est légitimement rendue acceptable. Aller au-delà pour substituer aux divers droits civils nationaux un Code civil européen, impliquant une remise en cause du lien social dans chaque Etat nation, revient à tourner une page importante de la construction européenne. C'est l'Europe des régions qui fait figure d'épouvantail, chez ceux qui y voient "une juxtaposition de groupes ethniques autour d'un noyau dur germanophone... une espèce d'Autriche-Hongrie aux dimensions du continent".⁹³ Cette Europe des régions qui semble avoir les faveurs de l'Assemblée européenne selon les contempteurs du projet de Code civil européen, serait dirigée contre "la Grande Bretagne, l'Espagne, la France (qui) sont programmées pour éclater en une multiplicité d'entités (alors que) le monde germanique forme un bloc"⁹⁴ de l'Alsace au Tyrol du sud en passant par l'Allemagne, la Suisse alémanique et le Luxembourg. C'est donc une Europe ethnique qui se dissimulerait derrière les projets tels que celui du groupe Von Bar.⁹⁵ Cette dérive européenne serait à l'origine de la montée des commu-

⁹¹ Eod. loc, p. 118.

⁹² Y. Lequette, "Quelques remarques à propos..." (précité) p. 39.

⁹³ Eod. loc, p. 35.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Cette thèse et l'obsession anti-allemande nourrissent une série d'ouvrages publiés au cours de la quinzaine d'années écoulées, à partir des années 1990, s'appuyant sur les bouleversements survenus en Europe centrale et orientale, dénoncés comme autant de preuves des noirs desseins entretenus par l'Allemagne. Cette littérature a trouvé un certain public, notamment en France, nostalgique parfois de l'Europe de Versailles et de Yalta, qui a mal compris et mal vécu le mouvement d'émancipation des nations centre et est-européennes et la fin des hégémonies et des empires grands et petits. Ce courant est représenté par les écrits du général P. M. Gallois, avec entre autres son livre intitulé *La France sort-elle de l'histoire?*, 1998, spécialement p. 126 et s. Voir également Y. Bollmann,

nautarismes et des extrémismes, des phénomènes de repli identitaire, d'abstentionnisme électoral. Les Etats abandonnant leurs prérogatives, leurs populations s'en détachent. La redécouverte des racines s'expliquerait par une réaction de rejet vis-à-vis de l'uniformité imposée par une société mercantile, réduisant les individus à l'état de producteurs et de consommateurs substitués aux citoyens libres.

Quel que soit l'excès de certaines analyses politiques, qui tiennent parfois du fantasme et parfois d'une méconnaissance totale des causes des divers bouleversements survenus en Europe de l'Est, il paraît difficile d'éluder la question du partage exact des compétences entre l'Union Européenne et les Etats-membres. Au lendemain du Conseil Européen de Nice, et après l'adoption en mai 2002 par le Parlement de sa Résolution sur la délimitation des compétences, la tendance à l'accroissement systématique des pouvoirs de l'Union connaît une accalmie. Mais s'agissant de l'unification du droit civil, la tendance à réduire le problème à sa dimension exclusivement économique suscite toujours des inquiétudes. La conviction est ancrée selon laquelle, tout nouveau transfert en ce domaine doit passer par une renégociation et une modification du Traité. Un sujet aussi sensible que celui du Code civil européen, touche fondamentalement à l'identité des nations. C'est pourquoi les parlements nationaux doivent être associés à toute nouvelle initiative.

Certes, le Code civil français a puissamment contribué à l'édification politique et sociale de la société. Mais cette œuvre est venue couronner un processus millénaire d'unification politique, et elle a été minutieusement préparée par un long travail de rapprochement des coutumes entre elles d'abord, puis avec le droit écrit ensuite. Au plan européen, l'heure n'est pas encore à la synthèse juridique, car le travail de préparation n'en est qu'à ses débuts, tant dans le domaine politique que dans celui du droit civil.

La tentation allemande, 1998; E. Husson, L'Europe contre l'amitié franco-allemande, des malentendus à la discorde, 1998; P. Hillard, Minorités et régionalismes dans l'Europe fédérale des régions, enquête sur le plan allemand qui va bouleverser l'Europe, 2002, 3^e éd, spécialement p. 388 et s.; W. Von Goldenbach et H.R. Minow, Von Krieg zu Krieg, trad. française, 2002, D'une guerre à l'autre, la politique extérieure allemande et le morcellement ethnique de l'Europe.

C - Les dimensions culturelles de la codification européenne

La puissance matérielle et la force économique contribuent certainement à la propagation du modèle juridique auquel elles profitent. Mais toute vision exclusivement matérialiste serait déformante, si elle ne tient pas compte des qualités techniques, de l'esprit, de l'idéologie, qui caractérisent ce modèle. Si le Code civil européen devait être dominé par l'obsession fusionniste et marqué par la manie unitariste, l'entreprise serait jugée (rappelons-le) "réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire".⁹⁶ La construction communautaire n'a pas que des composantes économiques, financières et monétaires, pour lesquelles l'unité est certainement avantageuse; elle a aussi d'autres composantes tout aussi essentielles, notamment des assises civiles, qui supportent beaucoup moins l'uniformité, car elles touchent aux dimensions historiques, culturelles, linguistiques, auxquelles les Etats-membres et leurs peuples ne peuvent être sommés de renoncer.

Le traité sur l'Union Européenne signé à Maastricht en 1992, mentionne dès son Préambule que le mouvement d'approfondissement de la solidarité entre les peuples, repose sur "le respect de leur histoire, de leur culture, de leurs traditions" et renouvelle dans son article 6 l'engagement de respecter "l'identité nationale (des) Etats-membres". Le texte du "Traité constitutionnel" dans son Préambule également, parle d'une Europe "unie dans la diversité". Cette formule confirme que l'union implique le rejet de l'uniformité; si l'Europe a son histoire, chaque pays européen a la sienne.⁹⁷ Cela plaide en faveur du pluralisme culturel maintenu, de la diversité linguistique préservée, afin que toutes les cultures juridiques contribuent équitablement à l'écriture d'un éventuel Code civil européen.

⁹⁶ G. Cornu, op. cit., in Recueil Dalloz, n° Spécial Bicentenaire du Code civil, 2004, p. 29.

⁹⁷ Toutes proportions gardées, l'affirmation selon laquelle la déconstruction des nations anciennes serait légitimée par leur remplacement par une Europe (celle de Charlemagne) dont l'ancienneté est "encore plus ancienne", fait irrésistiblement penser aux propos tenus en 1991 par cet ex-chauffeur routier (Vucurevic) promu chef de milice, qui au début des guerres survenues en ex-yougoslavie, bombardant la ville croate de Dubrovnik et détruisant ses trésors architecturaux et ses monuments anciens, déclarait à qui voulait l'entendre, qu'il en reconstruirait "de plus anciens encore!".

1°/ Le maintien de la culture juridique plurielle

Tout droit, y compris le droit européen, est indissociable des individus et des peuples qu'il régit, ainsi que de leurs valeurs. Une greffe juridique qui méconnaîtrait les propriétés culturelles du corps social concerné, présente un risque majeur de rejet, quels que soient l'habileté, l'autorité et le renom de ceux qui l'auraient réalisée.⁹⁸ Certes, la question de l'unification juridique ne se pose pas dans les mêmes termes pour tous les 25 (et plus très bientôt) Etats-membres de l'U.E., car l'enracinement des droits de tous ces pays dans les cultures respectives n'est pas le même. L'imbrication du droit et de la culture est étroite dans un pays comme la France, tant en ce qui concerne son droit civil que son droit administratif, même si son Code civil n'a été que très partiellement actualisé. D'autres raisons peuvent militer pour le maintien des Codes nationaux, dans certains pays (comme les Pays-Bas ou l'Allemagne) qui ont récemment révisé leur Code civil ou leur droit des obligations, et vont jusqu'à les offrir comme modèles pour l'Europe. La situation peut être différente, en particulier dans certains Etats nouvellement admis dans l'Union, dont les traditions propres ont été refoulées et les racines juridiques étouffées pendant près d'un demi-siècle (et plus pour les Etats baltes), par l'envahissement d'un droit (qui n'avait de droit que le nom bien souvent) venu d'en haut et d'ailleurs. Ces pays dont le droit est devenu inadéquat au nouveau cadre politique et économique, démocratique et libéral, sont soucieux de se doter (parfois hâtivement) d'un droit performant, jugé plus moderne. Pour eux, l'obstacle culturel n'est pas de même nature, et l'idée d'un droit européen uniforme peut apparaître moins choquante et plus progressiste que perturbatrice.

En Europe, deux systèmes de droit coexistent: le système de droit romano-germanique incluant le droit français, lui-même moins marqué que d'autres par le droit romain, et le système de la Common law, qui loin d'être figé, a notablement évolué. Cette opposition, même si elle doit être relativisée, n'en a pas moins imprimé aux pays d'Europe une empreinte qui semble faire du Code civil européen un non-sens pour l'instant.⁹⁹ L'idée même de codification, qui reflète incontestablement la tradition romano-germanique, peut apparaître

⁹⁸ Les déconvenues liées au projet de "constitution européenne" le prouvent amplement. Le rejet du texte en France et aux Pays-Bas notamment, à l'issue de procédures référendaires, confirme que la structuration juridique de l'U.E. ne saurait ignorer les opinions nationales.

⁹⁹ P. Legrand, *op. cit.*, in R.I.D.C. 1996, p. 779 et s.

comme une manifestation de volonté hégémonique aux dépens de la Common law et au profit des traditions continentales. Inciter les Etats-membres de l'U.E. à renoncer à leurs spécificités juridiques au profit d'un modèle qui ne serait celui de personne en particulier, reviendrait à imposer une perte d'identité, au profit d'une espèce "d'esperanto juridique".¹⁰⁰ Un droit civil européen unique ne peut émerger que par étapes, graduellement et par secteur, au fur et à mesure de la convergence des mentalités, du rapprochement des cultures. Le temps qui sera nécessaire, est proportionnel à la différence des règles nationales, qui elles-mêmes reflètent les dissemblances des cultures (on le voit avec la candidature ou l'admission - discutées - des pays ex-communistes, et plus encore à propos de la Turquie). L'altérité des cultures est telle, que la concrétisation du projet (encore virtuel) de Code civil commun continuera à relever de l'utopie, si ses promoteurs n'y associent pas les nations concernées dont l'escamotage minerait la construction européenne.¹⁰¹ Invoquer l'argument de la modernité à l'appui d'une codification européenne à venir, ne doit pas conduire à ignorer les arguments de raison. N'est pas un argument de raison, celui qui consiste à présenter cette unification comme nécessaire, "que la preuve concrète puisse... être apportée ou non" du bien-fondé de ce projet.¹⁰² Dans aucun pays la législation civile n'a été le fruit du hasard; partout elle est élaborée, structurée et modifiée en fonction de l'évolution de la société à laquelle elle s'applique. Elle intéresse la culture, l'identité, la psychologie collective, la vie quotidienne du groupe.

La perte de substance à l'intérieur de l'Europe ne sera même pas compensée par un regain de rayonnement à l'extérieur, bien au contraire. Il ne faut pas

¹⁰⁰ La formule est de M. Charbit, "L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats", J.C.P., 2002, I, 100. Elle est reprise par la plupart des auteurs, réservés ou hostiles vis-à-vis d'un Code civil européen.

¹⁰¹ C'est en cela que l'échec des fédéralismes bureaucratiques et autoritaires, oublieux des spécificités culturelles et des intérêts nationaux, doit être médité, pour éviter certains errements ou dérives potentielles de l'U.E. L'identité européenne n'implique pas la disparition des cultures constitutives. C'est pour l'avoir oublié, ou pour s'être fondé sur un hégémonisme particulier, que les fédéralismes yougoslave, tchécoslovaque ou russo-soviétique, ont échoué. Sur ce point, M. Gjidara, "La solution fédérale bilan critique", in *Pouvoirs*, n° 57/1991, p. 23 et s.

¹⁰² Propos de Monsieur von BAR, rapportés dans *Les Annonces de la Seine*, n° 33/2002, p. 3, sévèrement critiqué sur ce point par Y. Lequette, "Vers un Code civil européen?", in *Pouvoirs*, n° 107/2004, p. 101.

oublier en effet, que ce sont quelques pays d'Europe qui, dans le passé, ont laissé leur empreinte dans de nombreux pays de par le monde. Hormis les droits religieux, qui ne sauraient être érigés en modèles, c'est l'Europe qui est à l'origine des deux grandes familles de droit universellement pratiquées. C'est cette diversité même qui assure à l'Europe son rayonnement en matière juridique.¹⁰³ L'Union Européenne, sa position dans le monde, n'aurait rien à gagner bien au contraire, si le Royaume-Uni, la France, sans oublier les Pays-Bas, l'Espagne, l'Italie et le Portugal, devaient sacrifier leurs positions sur les autres continents. La perte d'influence internationale de la Grande-Bretagne ne renforcera pas pour autant le prestige de l'entité européenne dans la sphère juridique. De même, celle-ci n'a rien à gagner à l'éradication du français en tant que langue juridique et si la France devait sacrifier ses liens juridiques particuliers avec l'Afrique, le Moyen-Orient, l'Amérique latine. C'est grâce aux atouts apportés par certains de ses Etats-Membres, que l'Union Européenne bénéficie de tout cet arrière-plan culturel. Cette présence de l'Europe plurielle, un peu partout sur la planète, n'est pas non plus sans retombées économiques pour l'Europe.

Il n'est donc même pas certain que les grands groupes européens aient beaucoup à gagner à une uniformisation juridique dont les avantages ne sont pas manifestes, pour les raisons exposées précédemment. Quant aux individus, l'offre de produits culturels uniformes n'est pas de nature à satisfaire leurs aspirations à la nouveauté, à la diversité. Toute évolution européenne dans la sphère juridique, consistant à standardiser les individus, en les réduisant à leurs seules dimensions de producteurs et de consommateurs, aurait pour effet d'occulter la dimension civique des européens. Le Code civil français "s'efforce d'appréhender le civis, le citoyen dans toute sa complexité et sa diversité"¹⁰⁴ et ne se présente pas comme un simple régulateur économique. Ordonner un éventuel Code civil européen au seul fonctionnement du marché, constitue une mutilation de ce citoyen européen, que l'on s'efforce de faire émerger, d'une élection européenne à l'autre, et à qui il s'agit de faire prendre conscience qu'il participe de l'"être" et non pas seulement de l'"avoir". L'individu en tant que sujet de droit ne se définit pas en droit civil, uniquement en fonction

¹⁰³ Sur cet aspect du problème, Y. Lequette, *op. cit.*, in Recueil Dalloz, 2004, n° Spécial (précité), p. 36 et *op. cit.*, in Pouvoirs, n° 107/2004, p. 111; Ph. Malinvaud, *op. cit.*, in Recueil Dalloz, 2004, n° Spécial, Bicentenaire du Code civil, p. 49.

¹⁰⁴ Y. Lequette, *op. cit.*, in Pouvoirs, n° 107/2004, p. 107.

de ses biens et des droits qui y sont attachés, mais aussi en fonction des qualités et des droits inhérents à la personne. L'avenir de l'Union et les règles de la société européenne ne doivent pas être appréhendés à travers le seul prisme du mercantilisme, et édifiés en fonction d'impératifs exclusivement économiques. Un code est un lieu qui embrasse toute la vie des individus. C'est ce qu'exprime le professeur G. CORNU lorsqu'il écrit, que "Le droit civil part, en toute matière, patrimoniale ou extra-patrimoniale, du faisceau des critères et du concert des valeurs qui... se croisent, se relativisent et se modèrent mutuellement".¹⁰⁵ C'est pourquoi code civil et culture sont en aussi étroite corrélation: celle-ci est le produit d'une histoire, et celui-là est un lieu de mémoire renfermant les règles intériorisées par les individus. Le Code Napoléon en tant qu'ensemble de règles intériorisées par les individus, traduisait l'aspiration à une double liberté politique et économique, et telle est aussi l'ambition du Code civil européen. Mais il révélait aussi la culture des Français, et l'on peut se demander quelle culture commune peut révéler aujourd'hui une législation civile européenne uniforme. C'est ce qui explique pourquoi en France, le Code civil ne sépare pas les personnes, les biens, les contrats, les sûretés, les obligations, les délits, et réunit la famille et le droit patrimonial. Dans un pays qui a connu tous les régimes politiques possibles et dix constitutions en un siècle et demi, la continuité dans les rapports juridiques entre les particuliers a conféré à sa "constitution civile" une légitimité incontestable.¹⁰⁶ La fréquence des mutations politiques a été heureusement contrebalancée par la stabilité du Code civil, qui a soudé la société française. On a pu dire qu'en lui, "matériellement, sociologiquement... sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s'est constituée et continue de se constituer".¹⁰⁷ Or, le plus grand danger qui guette la France et d'autres pays d'Europe, est la montée des communautarismes, notamment religieux ou religieusement connotés, qui est de nature à ébranler la cohérence sociale et ses fondements laïcs. C'est la force symbolique du Code civil français en tant que facteur de cohésion, qui pâtirait de sa marginalisation au profit d'un aléatoire Code civil européen.

¹⁰⁵ G. Cornu, op. cit., in Recueil Dalloz, 2004, n° Spécial Bicentenaire du Code civil (précité), p. 29.

¹⁰⁶ Le professeur G. Cornu constate pour sa part que "le droit civil donne au peuple français une organisation d'ensemble qui contribue à forger un type de société cette organisation civile de l'Etat est la base de ce qu'on a pu nommer la "constitution civile" de la France"; voir l'Introduction à son ouvrage de droit civil sur Les personnes et les biens, 2001, 10^{ème} ed., n° 257.

¹⁰⁷ Y. Lequette, "Quelques remarques à propos..." (précité) p. 34.

Depuis que la république existe chez elle, la France s'est évertuée à forger avant les autres une conception de la codification des lois civiles, en considérant qu'il était essentiel que l'harmonie règne entre les composantes du Code, et que les mêmes notions juridiques devaient rayonner dans l'ensemble de son droit. C'est ce qui faisait que "le Code a une fonction 'd'architecte' de l'ordre social".¹⁰⁸ Le Code civil français a résisté au temps, et les modifications qui lui ont été apportées n'ont pas affecté son symbolisme. D'autres réformes importantes sont encore nécessaires pour que la France puisse valablement participer à l'œuvre de codification en Europe dans le domaine des contrats. Ceux-ci s'internationalisent, ils se forment et se défont autrement, des protections particulières sont à prévoir pour certains contractants. Il est indispensable que la France adapte son droit à ces évolutions, à l'effet des nouvelles technologies sur les systèmes de preuve, au phénomène de la dématérialisation des biens, aux avancées de la science qui modifient le rapport à la vie et à la mort, aux transformations de la famille.

2°/ La préservation du plurilinguisme juridique

Les lois de la France et celles des autres Etats-membres ont été pensées et écrites dans leur langue usuelle. On a pu dire à ce sujet, que "Le droit s'écrit infailliblement dans une langue, participe inévitablement d'une culture, et relève invariablement d'une tradition".¹⁰⁹ Il appartient à chaque Etat de dire sa loi dans sa langue, et cette question de la langue de rédaction des Codes européens est sous-jacente à toute œuvre de codification, à côté de celle qui concerne la concurrence des systèmes juridiques. L'opinion qui prévaut en France, est que "Notre langue est notre mère. Il n'y a pas de langue européenne. La loi française ne peut être que la fille de la langue française. L'affirmation est constitutio-

¹⁰⁸ Y. Lequette, Recodification civile et prolifération des sources internationales, n° 8. Dans son Discours de présentation du Code civil, Portalis déclarait qu'un Code civil est "un corps de règles destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêts qu'ont entre eux les hommes qui appartiennent à la même société", cité par Y. Lequette, dans son article (précité) paru dans la revue Pouvoirs, n° 107/2004, p. 102.

¹⁰⁹ Voir la série d'articles consacrés à cet aspect de la codification européenne, par P. Legrand, "La leçon d'Apollinaire", in L'harmonisation du droit des contrats en Europe, p. 37, "Le primat de la culture", in Le droit privé européen, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", in R.I.D.C., 1996, p. 781.

nnelle”.¹¹⁰ La langue représente tout un patrimoine artistique, littéraire, philosophique et juridique. Le Code civil français et tous les grands textes du droit français ont une charge conceptuelle, constituent l’expression d’une culture et contribuent à son rayonnement.

Ce qui fait l’Europe, c’est la richesse de ses langues et des cultures qui s’y sont développées. La position officiellement proclamée en ce domaine est inscrite dans l’article 22 de la Charte des droits fondamentaux, qui dispose: “L’Union respecte la diversité culturelle, linguistique et religieuse”. Cette attitude dite de “respect” implique qu’il soit pris acte des réalités existantes, sans y porter atteinte en sacrifiant la “diversité” sous l’effet de contraintes économiques qui poussent à l’uniformisation. Le droit est un élément de cette diversité, avec la langue, à côté de l’histoire et de la tradition. C’est ce qui explique que certains concepts juridiques sont intransposables, n’ont pas d’équivalents exacts, sont insusceptibles de traduction fidèle. Bien entendu, une certaine imbrication des systèmes de Common law et de Civil law s’est produite et a pu être source de progrès. Mais cette interpénétration a surtout favorisé l’anglo-américain, qui a déjà notablement influencé la culture juridique européenne. Ce phénomène ne peut pas être dissocié d’un autre, qui n’est pas moins important: c’est la progression de l’espagnol aux Etats-Unis, devenu langue officielle dans certains Etats fédérés et concurrençant sérieusement la langue américaine en bien des endroits.

L’un des principaux reproches adressés au groupe constitué à l’initiative de Christian von BAR, est précisément de n’utiliser que l’anglo-américain comme langue de travail dans l’élaboration de l’éventuel Code civil européen. Cet appauvrissement culturel et scientifique est très imparfaitement compensé, par le projet de traductions envisagées en français, italien et allemand, en omettant curieusement l’espagnol. C’est dans une autre phase que le texte définitif serait établi dans toutes les autres langues de l’Union. Il est évident que l’opération consistant à traduire un texte initialement rédigé en anglais est très aléatoire, et dessert forcément les systèmes romanistes et leur valeur exemplaire. Le danger est aussi, que “l’unification risque d’opérer seulement au niveau des mots”¹¹¹, ou alors le droit autonome projeté par le groupe von BAR, coupé des racines nationales, aboutirait à une espèce “d’esperanto juridique”.¹¹²

¹¹⁰ G. Cornu, “Le Code civil n’est pas un instrument communautaire” (précité), in Recueil Dalloz, 2004, n° Spécial Bicentenaire du Code civil, p. 28.

¹¹¹ G. Samuel, “Confronting the Historical and Epistemological Obstacles to Harmonisation”, in *Rättshistoriska Studier*, t XXI, p. 151 et s., cité par C. Witz, op. cit., in Recueil Dalloz, 2004, n° Spécial Bicentenaire du Code civil, p. 25.

¹¹² Y. Lequette, op. cit., in *Pouvoirs*, n° 107/2004, p. 110.

Toute traduction faite a posteriori d'une langue dans une autre, notamment de l'anglais, et surtout vers des langues européennes de plus en plus diversifiées, représente un appauvrissement et entraîne une déperdition juridique, basculant très vite dans l'approximation, la périphrase, qui constituent autant d'altérations des concepts initiaux. Car le langage et la forme utilisés par les rédacteurs, et la compréhension des concepts employés, sont indissociables. A cet égard, la co-rédaction ne présente pas les mêmes défauts, car elle permet de vérifier immédiatement si les concepts retenus ont des équivalents et sont intelligibles dans d'autres langues.¹¹³ User de deux ou trois langues correspondant aux deux grandes familles de droits, permettrait d'améliorer la qualité des textes initiaux et leur adéquation aux contraintes socio-culturelles nationales. Il serait incompréhensible qu'une entreprise d'unification, censée renforcer la position de l'Europe et son indépendance vis-à-vis des Etats-Unis, soit conduite précisément dans la langue de cette superpuissance. Une saine concurrence dans ces conditions est improbable, si la langue faisant seule foi devait être celle du principal rival de l'Union Européenne. Il est aisé de deviner comment et au profit de qui seraient tranchés les problèmes d'interprétation, surtout s'il fallait se rabattre sur la jurisprudence censée guider l'interprétation. Par conséquent, et s'agissant par exemple du droit européen des contrats, le groupe de travail qui en serait chargé devrait présenter une légitimité incontestable en étant mandaté par les Etats-membres, qui doivent tous être représentés, sans aucun monopole linguistique, et en faisant une large place aux praticiens du droit. C'est à ces conditions que toutes les particularités et les caractéristiques de chaque système juridique pourront être prises en compte, dans la transparence et la libre confrontation qu'imposent les professions de foi européennes relatives au respect des cultures et des langues.

Pour doter l'Europe d'un droit approprié, il importe que les juristes des pays membres dialoguent. L'ouverture aux autres, à leurs méthodes, à leurs modes de raisonnement, passe par la remise en cause des habitudes nationales, notamment en matière d'enseignement du droit. Pour se faire comprendre et pour comprendre, il faut "posséder les clés du langage juridique de l'autre... il est indispensable que chaque juriste connaisse au moins les grands principes des deux systèmes juridiques en concurrence dans le monde".¹¹⁴ Les enseigne-

¹¹³ G. Cornu, *Linguistique juridique*, 2000, 2^{ème} ed.

¹¹⁴ S. Chaine, "Plaidoyer pour la survie du Code civil", in *Les Annonces de la Seine*, n° 34, du 24 mai 2004.

ments juridiques doivent inclure l'apprentissage non pas d'une langue unique, fût-elle la plus largement répandue, mais de plusieurs, car le droit lui-même n'est pas unique. L'interpénétration des droits et leur métissage ne sont pas envisageables, si l'on néglige l'enseignement des grandes langues correspondant aux principaux systèmes juridiques. La connaissance croisée de ces systèmes, peut alors faire émerger un ensemble de concepts translinguistiques qui peut empêcher que le droit civil européen et son interprétation ne deviennent un conglomérat informe d'interprétations éclatées de textes communs, mais appliqués à la lumière de concepts particuliers et divergents. L'un des remèdes préventifs à ce qui risque d'être un "chaos unifié", consiste à dégager une véritable communauté européenne de juristes capables de dialoguer. Cela suppose que la formation juridique ne soit plus délivrée à travers le prisme des droits nationaux. Il incombe aux universitaires de passer de l'enseignement du droit local à l'enseignement du droit tout court. Si l'on peut "être bon européen et considérer avec réticence l'unification des droits européens: on ne peut être bon européen et vouloir maintenir, sans effort d'harmonisation, la situation actuelle, c'est-à-dire la complète insularité de chaque système juridique national européen".¹¹⁵ Travailler à l'élaboration d'une culture juridique européenne, est un "préalable nécessaire à l'élaboration d'un ordre juridique européen".¹¹⁶ Pour être viable, un Code civil européen suppose une phase d'expérimentation, consacrée à l'harmonisation des enseignements juridiques et de la formation des juristes, permettant de rapprocher les cultures et les mentalités.

Dans une Europe qui a réussi le passage à une monnaie unique et sachant quelle victoire cela représente sur les égoïsmes nationaux, un droit public commun n'est plus de l'ordre de l'utopie et le projet de Traité constitutionnel en est la meilleure preuve. Mais le récent échec des ratifications référendaires en France et aux Pays-Bas, pourtant pays cofondateurs de la construction européenne, confirme que même l'adoption d'un droit public commun n'est pas facile, qu'une constitution unique ne saurait être improvisée et imposée d'en haut, en dépit des réels acquis en ce domaine et malgré tout le soin apporté

¹¹⁵ R. David, *Le droit comparé, Droits d'hier. Droits de demain*, Economica, 1982, p. 296.

¹¹⁶ D. Tallon, *op. cit.*, in *Livre du Bicentenaire*, Université Paris 2, p. 1008.

à la rédaction. C'est pourquoi un droit privé unique relève encore largement du rêve, dont la concrétisation passe par la connaissance des droits civils nationaux dans toute leur diversité, et par la prise en compte des cultures qu'ils reflètent dans toute leur richesse. Un Code civil européen imposé par la force de l'appareil institutionnel, découlant de conciliabules d'universitaires, coupant l'organisation du droit civil des Etats-membres de leurs racines historiques, serait en contradiction avec le fondement démocratique dont se réclame l'Union. Si les projets d'unification ne peuvent être appréciés exclusivement en partant des impératifs nationaux, la démarche comparatiste qui les intègre en les confrontant doit être privilégiée. Prétendre fonder un droit civil européen sur l'escamotage des nations, au passé parfois plus que millénaire, en leur substituant un super-Etat, c'est là une entreprise qui a connu des précédents qui ont piteusement fini. Une législation civile unifiée qui serait "l'expression de cette vision impériale, apparaît comme une chose dangereuse politiquement, nuisible culturellement et économiquement inutile".¹¹⁷ L'échec ancien des grands ou des petits empires qui ont existé en Europe, le fiasco récent des fédéralismes plurinationaux grands ou petits construits sur une domination hégémonique, et plus fondés sur la volonté des appareils que sur le consentement des populations et au mépris de leurs cultures, doit être médité. Comme doivent être méditées les désillusions liées aux récentes consultations référendaires relatives au Traité constitutionnel.

Le Code civil français montre que c'est avec le temps que se font les codes. Le temps nécessaire à la réflexion est à la mesure des élargissements successifs, réalisés ou à venir. La codification européenne n'est envisageable que si une culture commune a pu recueillir l'adhésion sincère des individus et des Etats. Pour l'instant, la diversité juridique, l'éclatement du droit, le contenu du Traité de l'Union, la volonté exprimée de maintenir les souverainetés étatiques, constituent autant d'obstacles à l'idée de Code civil unique. Mais la nécessaire harmonisation des droits nationaux, l'envahissement du droit communautaire, la place faite à ce "droit des droits" constitué par les droits de l'Homme et les libertés fondamentales, condamnent tout statu quo juridique. L'ambition européenne passe d'abord par la rénovation des enseignements juridiques, les échanges d'étudiants et de professeurs, le développement du plurilinguisme juridique, dans le respect des cultures et des valeurs qui les fondent. Les mutations sont à venir, mais elles ne sauraient être enfermées dans les limites d'une

¹¹⁷ Y. Lequette, op. cit., in *Pouvoirs*, n° 107/2004, p. 124.

Europe exclusivement marchande. S'agissant de la France, de sa culture, de son Code civil, de son droit en général, il dépend des Français et singulièrement des juristes français, de savoir s'ils sortiront de l'histoire. Leur attachement profond au Code civil n'est pas seulement sentimental. La conviction largement répandue, est que derrière l'alternative révision du Code civil - codification européenne, ce qui est en jeu ce sont les valeurs qui se trouvent au fondement de la société française.

Si l'on peut continuer à se référer à certaines dispositions fondamentales comme l'article 544 (définissant le droit de propriété) ou l'article 1.134 (sur l'effet des obligations), les besoins des temps nouveaux appellent des règles nouvelles. Même si l'éventualité d'un Code civil européen imposé semble exclue, "les juristes français de 2004 sont, comme leurs prédécesseurs de 1904, confrontés à la délicate question de la révision du Code civil".¹¹⁸ Certes "et au même titre que le Digeste, il restera comme un monument de la pensée juridique mondiale",¹¹⁹ et il s'agit de "défendre non pas seulement deux siècles de tradition juridique française et de culture nationale, mais 20 siècles de science juridique".¹²⁰ Il est cependant impossible d'ignorer les évolutions que connaissent les partenaires européens de la France, anciens et nouveaux. L'adaptation du droit civil doit intégrer les caractéristiques culturelles propres à la France, mais en tenant compte des effets de l'internationalisation, car l'environnement européen et mondial, et ses transformations profondes, ne permettent plus de considérer la loi nationale comme "le soleil de notre galaxie juridique".¹²¹ C'est ce qui complique l'œuvre de redéfinition de l'ordre civil, qui, pour être conforme à l'état actuel de la société, doit tenir compte de la diversification des sources. La révision de la "constitution civile" de la France n'a que trop tardé, et la réflexion engagée sur la codification européenne doit inciter à compléter les réformes accomplies depuis 1964 en matière de droit des personnes et de la famille, puis en matière successorale, par une remise en

¹¹⁸ Y. Lequette, "D'une célébration à l'autre, 1904-2004" (précité), Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 17.

¹¹⁹ D. Tallon, "L'avenir du Code civil en présence des projets d'unification", in Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 1009.

¹²⁰ P. Y. Gautier, "Sous le Code civil des Français: Rome (l'origine du droit des contrats)", in Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 54.

¹²¹ Pour reprendre l'expression imagée de J. C. Soyer, "La loi nationale et la Convention Européenne des droits de l'Homme", in Mélanges Jean Foyer, 1997, p. 126.

ordre du droit des contrats et plus largement encore des obligations. Pour retrouver une partie du prestige perdu du Code civil, il convient de l'actualiser pour lui permettre d'être le précieux outil d'un pluralisme juridique ordonné dont l'Europe ne doit pas être privée. Il y va du strict intérêt non seulement de la société française, mais aussi de l'Europe. La cohérence de l'une comme de l'autre paraît menacée, moins par la résurgence des provincialismes que par le phénomène des communautarismes, qui gagne plusieurs pays européens et qui voit la diversité ethnique entraîner avec elle une hétérogénéité juridique à forte connotation religieuse, notamment à propos du droit des personnes et de la famille. La fonction de symbole d'unité et de laïcité assumée par le Code civil doit pouvoir servir d'exemple, afin d'éviter les conflits de cultures toujours corrosifs, mais qui prennent une dimension particulière lorsque la religion se veut droit contraignant et culture obligée.¹²² L'aventure du Code civil est à la fois technique, politique et sociale; ni lui, ni l'éventuel Code européen, ne peuvent se contenter d'être une législation civile parmi d'autres. Si tel devait être le cas, c'est que la France et l'Union Européenne auraient accepté de troquer leur "constitution civile" pour une législation banale, les conduisant vers un avenir incertain, qui n'aurait plus d'européen que le nom et même pas les apparences.

C'est l'histoire qui dira "si l'année 2004 aura été celle de la condamnation à mort du Code civil des Français, de la renonciation à un élément fondamental de la culture nationale".¹²³ Autrement dit, la codification européenne enterrerait-elle le Code civil français? La réponse à cette question "est subordonnée à notre faculté de réaction et d'adaptation à l'environnement social et économique".¹²⁴ Une remise à jour est devenue urgente, face à l'activisme dont font

¹²² Le doyen Jean Carbonnier a pointé le conflit "qui a surgi entre le droit laïc du Code civil et le droit religieux qu'est le droit musulman. Non pas le droit musulman des musulmans étrangers, ce qui ne ferait qu'un conflit de lois, courtoisement résoluble comme il convient en droit international privé. Mais le droit musulman auquel aspirerait le Français musulman, conflit interne prêt à se transformer en clash"; Voir son article intitulé "Le Code civil des Français dans la mémoire collective", in Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 1053.

¹²³ J. Foyer, "Le Code civil, de 1945 à nos jours", in Livre du Bicentenaire, Université Paris 2, p. 296.

¹²⁴ S. Chaine, dans son Avant-Propos (p. VII) intitulé "Rendez-vous avec l'histoire", à l'ouvrage consacré au Code civil, qui rassemble sous le titre, Les défis d'un nouveau siècle, les travaux du 100^{ème} Congrès des Notaires de France, 2004, ed. A.C.N.F.

preuve au plan interne ou au plan européen certains Etats-membres de l'Europe, dont les codes nationaux actualisés seront érigés ensuite en exemples. Un indice encourageant à cet égard est fourni par la carte des Codes dans le monde¹²⁵, qui démontre que la France peut "rester un acteur dans la compétition sans trahir sa culture".¹²⁶

Sažetak

Mark Gjidara *

HOĆE LI FRANCUSKI GRAĐANSKI ZAKONIK PREŽIVJETI EUROPSKU KONSTRUKCIJU?

Francuski je Građanski zakonik, usprkos svom svojem ugledu, možda osuđen na nestajanje zbog europske konstrukcije čiji je cilj, kao što se pokazalo, da dođe ne samo do usklađenih nacionalnih prava nego i do jedinstvenog, potpuno integriranog prava koje bi uređivalo sve društvene odnose.

Filozofija ljudskih prava i praksa Suda u Strasbourgu utvrđuju nove ideale, a Europska unija k tome jača jednu vrstu građanskog nad-prava namijenjenog uređenju privatnih odnosa, onako kao što zajedničko pravo uređuje ekonomski i politički prostor. Na nacionalnom je sudcu da pazi na usklađenost nacionalnih pravila s tim novim "pravom nad pravima", a pod kontrolom europskih sudaca, čija se tumačenja nameću svima, a mogu se odjednom i promijeniti. To dovodi do stalnog preispitivanja, idući na ruku pojavljivanju novih subjektivnih prava i poredbenom proučavanju u građanskom pravu. Sama izradba zajedničkog prava podrazumijeva pravnu suradnju i uzajamno poznavanje prava partnera na područjima koja se uređuju. Zajednička se stečevina odnosi na sve pravne grane. Stoga često neko "pravo od negdje drugdje" ima prvenstvo pred internim pravom pa je nacionalni sudac dužan dati mu prednost pred državnom normom.

¹²⁵ L'Université d'Ottawa a établi une carte du globe et la liste des Etats indiquant la localisation des principaux systèmes juridiques (Source: <http://www.uottawa.ca/world-legal-systems>). Ces documents sont repris dans le Rapport (précité) du Conseil d'Etat français, pages 147 à 151.

¹²⁶ Conseil d'Etat, Rapport précité, p. 14.

* Professeur Marc Gjidara, Université Panthéon-Assas, Paris-2, Place du Panthéon 75231, Paris Cedex 05, Francuska

Federalizacija Europe, koja se ne naziva uvijek tako, nameće ideju, da bi jedinstvenom novcu trebalo odgovarati i jedinstveno pravo. Kodifikacija europskog privatnog prava potiče se već dvadesetak godina. Ideja Europskog građanskog zakonika napreduje, izazivajući osobito u Francuskoj kontradiktorne reakcije. Kritiziraju se legitimnost projekta i metode postupanja, iako se mnogima europsko ugovorno pravo čini poželjnim. Manje se osporava načelo pravnog izjednačivanja nego njegovo područje i metode postupanja. Poteškoća je, dakle, u pomirenju nužne jednolikosti u razmjeni s poštovanja vrijednom raznolikošću pojedinih tradicija, koja je faktor elastičnosti i modernizacije.

U pitanju je politička koncepcija Europe. Iako je jedinstveno tržište stvarnost, pravni su temelji europske kodifikacije i dalje nesigurni a tehničke prepreke nisu svladane. Ekonomska opravdanja europizacije ne mogu potisnuti nužno poštovanje naroda, njihovih jezika i kultura, na kojemu se temelji sadašnji europski poredak. Unifikacija građanskog prava treba biti lišena tehnokratskih primisli, mora isključiti svaku pojavu hegemonizma i pridobiti javno mnijenje. Unitarna Europa i Europa regija zabrinjavaju, a federalizam nije sinonim za jedinstveno građansko pravo. Nacionalna država nije postala anakronizam, budući da je s njom nerazdvojivo povezana demokracija. Jasno se postavlja problem redefiniranja podjele nadležnosti između Unije i država članica. Europski građanski zakonik ostaje osjetljiva tema i Francuska ustraje na poštovanju pluralistične pravne kulture i pravne višejezičnosti koji i dalje čine bogatstvo Europe. No, i dalje se postavlja pitanje reforme njezina sjajnoga Građanskog zakonika, kako bi se vodilo računa o stalnoj internacionalizaciji pravila, a otklanjajući opasnosti sadržane u fenomenu jačanja zajednice povezanom s miješanjem stanovništva. Ono što je u pitanju jest francuski Građanski zakonik kao građanski ustav, jamac kohezije i laičkih temelja i društva ove zemlje.

Ključne riječi: ljudska prava, načela prvenstva i supsidijarnosti, kodifikacija, tumačenje, unifikacija i usklađivanje prava, merkantilizam, zajednička pravna pravila, politička legitimnost, kulturna baština, društvena kohezija, suparništvo i višejezičnost prava, suradnja i djelomična nadređenost prava, komparatizam

Summary

Mark Gjidara **

WILL THE FRENCH CIVIL CODE SURVIVE
EUROPEAN CONSTRUCTION?

The French Civil Code, despite all of its prestige, is perhaps condemned to disappearance due to European construction whose objective is, as it has been shown, to establish not only harmonised national laws, but also uniform, fully integrated law which would regulate all social relations.

*The philosophy of human rights and case law of the Court in Strasbourg determine new ideals, and the European Union develops some kind of civil supra-law which provides for regulation of private relations, the same as Community law regulates the economic and political space. The national judge is the one whose task is to conform national rules to this new "law above law", under the control of European judges, whose interpretations are imposed on all, and may also be changed abruptly. This leads to permanent re-examination, causing the emergence of new subjective rights and comparative study in civil law. The creation of Community law itself implies legal cooperation and reciprocal understanding of the law of partners in the domains of regulation. The *acquis communautaire* concerns all branches of law. Thus frequently some "law from somewhere else" takes priority over internal law and the national judge is obliged to give priority to it over the state norm.*

Federalisation of Europe, which is not always called like this, imposes the idea that uniform law should also correspond to single currency. Codification of European private law has been encouraged for some twenty years. The idea of the European civil code progresses, provoking contradictory reactions, notably in France. Legitimacy of projects and methods of operation are criticised, although European contract law may seem suitable to the many. The principle of legal unification is less contested than its domain and methods of operation. The difficulty is, therefore, in conciliation of necessary uniformity of changes with due respect for diversity of particular traditions, which is the factor of flexibility and modernisation.

It is the political concept of Europe that is in question. Although the single market is a reality, legal foundations of European codification are still uncertain, and technical

** Marc Gjidara, Professor, Université Panthéon-Assas, Paris-2, Place du Panthéon 75231, Paris Cedex 05, France

obstacles have not been surmounted yet. Economic justification of Europeanisation of law may not neglect the necessity of respect for nations, their languages and their cultures, on which the present European order is based. Unification of civil law should be free from technocratic considerations, it has to exclude every trace of hegemony and reach consensus of opinion. Unitary Europe and Europe of regions cause concern and federalism is not a synonym for uniform civil law. The national state has not become anachronistic, because democracy is inseparably connected with it. There is an apparent problem of redefining the division of competences between the Union and Member States. The European civil code remains a delicate topic and France persists on respect for pluralistic legal culture and legal multilingualism which continue to be the richness of Europe. Nevertheless, the question of the reform of its prestigious Civil Code remains, taking into account constant internationalisation of rules, while avoiding the risks inherent in the phenomenon of strengthening the community connected with mingling of population. What is in question is the French Civil Code as a civil constitution which is a guarantor of cohesion and lay foundations of the State and society of this country.

*Key words: human rights, principles of priority and subsidiarity, codification, interpretation, legal unification and harmonisation, mercantilism, *acquis communautaire*, political legitimacy, cultural heritage, social cohesion, legal competition and multilingualism, legal cooperation and coordination, comparatism*

Zusammenfassung

Mark Gjidara ***

ÜBERLEBT DER CODE CIVIL DIE EUROPÄISCHE KONSTRUKTION?

Der Code civil könnte trotz seines hohen Ansehens durch die europäische Konstruktion, deren Ziel es erwiesenermaßen ist, nicht nur völlig harmonisierte nationale Rechtsrahmen, sondern ein einheitliches, völlig integriertes Recht zur Regelung sämtlicher gesellschaftlichen Verhältnisse zu schaffen, zum Untergang verurteilt sein.

Die Philosophie der Menschenrechte und die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofes legen neue Ideale fest, zudem konsolidiert die Europäische Union eine Art

*** Marc Gjidara, Professor, Université Panthéon-Assas, Paris-2, Place du Panthéon 75231, Paris Cedex 05, Frankreich

bürgerliches Supra-Recht, das die privaten Beziehungen ordnen soll, wie das Gemeinschaftsrecht den ökonomischen und politischen Raum gestaltet. Sache der nationalen Richter ist es, auf die Harmonisierung der nationalen Regeln mit diesem neuen „Recht der Rechte“ zu achten, dies unter der Oberaufsicht der europäischen Richter, deren Auslegung allen vorgegeben wird und auch plötzlichen Wandlungen unterliegen kann. So entsteht ein Prozess der ständigen Prüfung, der das Zustandekommen neuer subjektiver Rechte und die komparative Erforschung des Zivilrechts begünstigt. Die Erarbeitung eines Gemeinschaftsrechts setzt juristische Zusammenarbeit sowie die gegenseitige Kenntnis des Rechts der anderen Partner in den zu regelnden Bereichen voraus. Der gemeinschaftliche Besitzstand erstreckt sich auf alle Rechtsbereiche. Daher ist es häufig der Fall, dass „ein Recht von woanders“ Vorrang hat vor dem nationalen Recht und der nationale Richter es einer staatlichen Rechtsnorm vorziehen muss.

Die nicht immer als solche bezeichnete Föderalisierung Europas drängt die Idee auf, mit der einheitlichen Währung sollte auch ein einheitliches Recht einhergehen. Die Kodifizierung eines europäischen Privatrechts wird schon an die zwei Jahrzehnte lang angetrieben. Die Idee eines europäischen Zivilgesetzbuches schreitet voran und ruft dabei insbesondere in Frankreich widersprüchliche Reaktionen hervor. Die Legitimität des Projekts wie auch die angewandten Methoden stoßen auf Kritik, obwohl ein europäisches Vertragsrecht vielen wünschenswert erscheint. Weniger das Prinzip der rechtlichen Angleichung als vielmehr der Bereich und die Methoden sind umstritten. Die Schwierigkeit liegt somit in der Versöhnung der erforderlichen Gleichförmigkeit mit der achtenswerten Verschiedenartigkeit einzelner Traditionen, die einen Faktor der Elastizität und der Modernisierung darstellt.

Es geht hier um das politische Konzept Europas. Trotz der Realität des Binnenmarkts bleiben die rechtlichen Fundamente der europäischen Kodifizierung unsicher und die technischen Barrieren unüberwunden. Die ökonomischen Rechtfertigungen der Europäisierung vermögen den notwendigen Respekt vor den Völkern, ihren Sprachen und Kulturen, auf dem die heutige europäische Ordnung beruht, nicht zu verdrängen. Die Unifizierung des Zivilrechts muss frei von allen technokratischen Hintergedanken sein, jegliche Anzeichen von Hegemonie ausschließen und die öffentliche Meinung für sich gewinnen. Ein unitäres Europa und ein Europa der Regionen geben Anlass zu Besorgnis, Föderalismus ist kein Synonym für ein einheitliches Zivilrecht. Der Nationalstaat ist kein Anachronismus geworden, da die Demokratie untrennbar an ihn geknüpft ist. Es stellt sich klar das Problem, die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten aufs Neue zu definieren. Das Thema eines europäischen Zivilgesetzbuches behält seine Brisanz, und Frankreich besteht darauf, dass die pluralistische Rechtskultur und juristische Mehrsprachigkeit, die nach wie vor

den Reichtum Europas ausmachen, respektiert werden. Doch auch die Frage nach der Reform seines glänzenden Zivilgesetzbuches, des Code civil, bleibt aktuell, denn es gilt, der kontinuierlichen Internationalisierung der Regeln Rechnung zu tragen und zugleich die Gefahren abzuwehren, die dem Phänomen der erstarkenden Gemeinschaft in Verbindung mit der zunehmend heterogenen Bevölkerung entwachsen. Auf dem Spiel steht der Code civil als bürgerliche Verfassung, als Bürge des Zusammenhalts, der Fundamente des Laienstaates wie der Gesellschaft dieses Landes.

Schlüsselwörter: Menschenrechte, Grundsätze des Vorrangs und der Subsidiarität, Kodifizierung, Auslegung, Rechtsunifizierung und Harmonisierung, Merkantilismus, Gemeinschaftsregeln, politische Legitimität, Kulturerbe, sozialer Zusammenhalt, Rivalität und Mehrsprachigkeit im Recht, Zusammenarbeit und teilweise Dominanz eines Rechts, Rechtsvergleichung

PRAZNA str. 968