

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 4/2009
octombrie-decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

asist. dr. Juanita GOICOVICI

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf.dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

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

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

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

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

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoît MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Puncte de vedere : Valentin Constantin - REFERENDUMUL SI FICTIUNEA DEMOCRATIEI DIRECTE.....	3
» Studii : Gardiol J. van Niekerk - PRE-CONTACT AFRICAN JUDICIAL PROCEDURE AND THE LEGIS ACTIO PROCEDURE OF EARLY ROMAN ANTIQUITY: A COMPARATIVE ANALYSIS.....	11
» Studii : Dan Teodorescu - DOMENIUL DE APLICARE AL UZUCAPIUNII IN SISTEMUL DREPTULUI AUSTRIAC / Der Anwendungsbereich der Ersitzung im Österreichischen Rechtssystem.....	25
» Articole : David Gilles - LA DOCTRINE COMME SOURCE DES CODIFICATIONS : JEAN DOMAT.....	61
» Articole : Ionel Reghini - CONVERSIUNEA ACTULUI JURIDIC - O POSIBILA CONSECINTA A NULITATII / La conversion de l'acte juridique - une possible conséquence de la nullité.....	111
» Articole : Rena van den Bergh - THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE PATRONUS AS REPRESENTATIVE IN CIVIL PROCEEDINGS...	129
» Articole : Alhousseini Mouloul - COMPRENDRE L'ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (O.H.A.D.A.).....	140
» Info : - TEZE DE DOCTORAT - IUNIE-DECEMBRIE 2009 / Thèses soutenues - résumés (juin-décembre 2009).....	183
» Info : Mircea Minea - CERCETAREA STIINTIFICA IN DOMENIUL DREPTULUI LA CEAS ANIVERSAR.....	192
» Info : Mircea Dan Bob - CONGRESUL ANUAL AL ASOCIATIEI "HENRI CAPITANT" A PRIETENILOR CULTURII JURIDICE FRANCEZE: JOURNÉES SUISSES - "DROIT DE LA SANTÉ: ASPECTS NOUVEAUX" ..	194
» Recenzii : Nathaniel Cornoiu-Jitarasu - Bianca Selejan-Gutan, Laura-Maria Craciunean, Drept international public, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2008, 284p.	197

PUNCTE DE VEDERE

REFERENDUMUL ȘI FICȚIUNEA DEMOCRAȚIEI DIRECTE

Valentin CONSTANTIN*

Referendumul este, în arsenalul democratic modern un instrument pe cât de periculos pentru o democrație liberală, pe atât de puțin relevant juridic. Democrațiile consolidate prin *rule of law*, fie exclud cu desăvârșire acest mecanism democratic de consultare sau de decizie din sfera deciziei politice (Marea Britanie), fie îl exclud din sfera deciziei la nivelul Constituției federale (Statele Unite sau Germania). Un filozof, de a cărui onestitate intelectuală nu ne putem îndoi, spunea următoarele: „Plebiscitul nu este o metodă prin care omul de rînd le impune legislatorilor preferințele sale; el este o metodă de a genera o guvernare cu autoritatea nelimitată de a face alegeri după bunul plac - prin plebiscit omul de rînd atinge eliberarea ultimă de povara individualității, i s-a transmis categoric ce să aleagă”¹.

Unii susțin că referendumul ar fi o formă de democrație participativă. Însă referendumul modern este o rudă prea îndepărtată a celui care instituia democrația participativă. Chiar și adjectivul „participativă” este, așa cum s-a observat, înșelător². Un referendum la care se prezintă 99% din electorat nu este mai concludent decît unul la care se prezintă doar 50%. Celebrul referendum inițiat de Nicolae Ceaușescu se plasa, fără îndoială, pe culmile totalitare ale participării la vot. Puțini ar susține însă că era o referință pentru „democrația participativă”.

A participa presupune un minim de interacțiune, un spațiu mai mult sau mai puțin restrîns al deliberării. Este ceva diferit de faptul de a exprima un vot. Fără îndoială că în Atena sau la Roma *demosul* participa la decizie. Alegătorul modern, în schimb, este expus exclusiv unei serii de mesaje unilaterale (impactul lor depinde uneori doar de fondurile puse la bătaie de partizani). Cetățeanul nu poate să pună întrebări, și doar întîmplător poate afla răspunsuri. El este expus tuturor metodelor verificate de manipulare și a altora în curs de consacrare. Modul în care este informat alegătorul a fost descris, cred că pe bună dreptate, ca un model *on-line* de procesare a informațiilor. A fost numit „impresiile șoferului”, ceea ce implică faptul că majoritatea alegătorilor procesează informațiile în același timp în care este expusă la ele. Consecința este aceea că alegătorul uită repede informația însăși și reține doar o evaluare sumară. Pe de altă parte, așa cum s-a observat, „informația nu este cunoaștere”. Cetățeanul recepționează doar amprenta unei judecăți de valoare la care a participat prea puțin sau deloc³. Exemplele din Olanda și Franța unde a fost expus la referendum Tratatul constituțional al Uniunii Europene, sînt concludente. Foarte puțini îl citiseră. Cîți înțelegeau ce se întîmplă?

Nu pot să omit o problemă pe care o ridică referendumul din perspectiva coeziunii sociale. Este clar că referendumul plasează electoratul pe două poziții extreme și îi soliciță, mai mult emoțional, să adere la o opinie extremă. Electoratul plasat pe o poziție intermediară, de exemplu cel care ar răspunde „da, în principiu” sau „nu acum” nu poate fi identificat în rezultat. Să presupunem că cei care susțin poziții intermediare ar fi cei care nu participă la vot. Să presupunem că absența de la vot a majorității nu are nici un efect legal asupra calificării rezultatului referendumului. Opinia majorității celor prezenți la vot este calificată juridic ca fiind opinia poporului. Or, cetățenii care nu ar spune nici „da”, nici „nu” sînt excluși din popor (adică din populația cu drept de vot, care exercită suveranitatea).

Două lecții despre referendum din istoria constituțională relativ recentă a două state europene

În anul 1962, președintele de Gaulle dorea să modifice Constituția Franței și să introducă alegerea Președintelui prin sufragiu universal direct. Pentru a înfrînge opoziția Senatului și a Adunării Naționale, de Gaulle a decis să recurgă la art. 11 din Constituție. La fel ca și articolul 90 din Constituția României, art. 11 nu conținea nici o referire expresă dacă referendumul inițiat de Președinte poate sau nu să includă și revizuirea Constituției⁴. Pe de altă parte însă, ca și Constituția României, Constituția Franței prevedea o procedură specială pentru revizuirea Constituției, în care referendumul avea rolul său.

Marea majoritate a juriștilor francezi au calificat referendumul generalului de Gaulle ca fiind neconstituțional. Argumentul principal s-a bazat pe existența unei proceduri speciale a revizuirii Constituției care era inderogabilă și orice încercare de a ocoli normele speciale reprezenta un act neconstituțional de depășire a competențelor. Au existat și critici mai dure, care au calificat conduita Președintelui ca, pur și simplu, iresponsabilă⁵.

Pentru că în Franța nu există o curte constituțională și pentru că nu exista o competență a Consiliului Constituțional francez de a tranșa un conflict juridic de natură constituțională, referendumul s-a desfășurat cu succesul anticipat de Președinte, iar Constituția Franței a fost modificată în sensul dorit. Ulterior, au apărut juriști care au susținut că are prea puțină importanță dacă referendumul a fost licit sau ilicit, deoarece faptul că majoritatea politicianilor au achiesat la desfășurarea lui a condus la formarea unei cutume constituționale, conform căreia revizuirea Constituției franceze poate fi inițiată de președinte prin referendum. Juridic, această teză este de nesusținut.

Cert este că revizuirea plebiscitară a Constituției nu este caracteristica statului de drept (bazat pe democrația reprezentativă), ci a unui stat republican (care privilegiază democrația directă în numele unei suveranități populare absolute). Însă un stat de tip republican ar putea funcționa oricând ca stat totalitar. Problema statelor republicane este aceea că sînt construcții prin excelență fungibile, și se transformă mai ușor în state totalitare decît în veritabile state de drept. Lecția care se desprinde este despre diferența între un stat de drept nominal așa cum este aproape întotdeauna statul de tip republican, care nu poate asigura supremația Constituției în absența unor mecanisme judiciare de garantare și un stat de drept efectiv în care puterea este limitată, iar excesul de putere al organelor de stat poate fi controlat. Italienii au caracterizat derapajele constituționale ale vecinilor lor în două cuvinte: „principat plebiscitar”⁶.

Al doilea caz pe care doresc să-l descriu este mai puțin cunoscut, dar nu mai puțin relevant. În anul 1985 în Italia, premierul socialist Bettino Craxi a declanșat o serie de atacuri personale, neobișnuite într-un stat de drept, la adresa judecătorilor Curții Constituționale italiene. Motivul îl constituia faptul că fusese declarat constituțional un referendum abrogativ al unei legi, referendum inițiat de adversarii săi politici.

Acest derapaj al executivului a fost urmat la scurt timp de un contencios între puterea judecătorească (care condamnase, în viziunea lui Craxi cu o severitate excesivă, cîțiva politicieni socialiști corupți) și diverși politicieni care populau instituțiile statului, în principal, un conflict între magistrați și partidul premierului. La 4 decembrie 1985, toți judecătorii care făceau parte din Consiliul Superior al Magistraturii și-au prezentat demisia, în semn de protest. Ei protestau împotriva faptului că Președintele statului, care prezida de drept ședințele Consiliului, i-a oprit să dezbată atacurile vehemente ale Primului ministru la adresa magistraților. La scurt timp, sub sloganul populist „pentru o justiție justă”, partidele aflate la putere au promovat două referendumuri reprieve, ambele avînd ca scop transparent slăbirea independenței sistemului judiciar. Primul viza extinderea răspunderii civile a magistraților, secundul reforma sistemului de formare al Consiliului. Din păcate pentru statul de drept, Curtea constituțională italiană a considerat ambele inițiative constituționale. Din fericire pentru statul de drept, coaliția guvernamentală s-a dizolvat și represaliile politice care utilizau ca armă referendumul nu au mai fost puse în practică⁷.

Lecția care se desprinde de aici, cred că suficient de clar, este că un proiect de stat de drept supraviețuiește într-adevăr doar prin hazard, dacă instrumentele de garantare ale supremației Constituției sale sînt inexistente, prost construite sau fragile.

Problemele juridice ale referendumului din 22 noiembrie

Referendumul cu două întrebări disimulează faptul că, din punct de vedere juridic, au fost declanșate două referendumuri distincte, deoarece au un regim juridic diferit. Unul este legal iar celălalt este ilegal.

Referendumul privind numărul de parlamentari este unul legal deoarece privește o materie legislativă și, așa cum vom vedea, Președintele posedă competența de a consulta populația în chestiuni de interes național care pot fi reglementate prin lege. În schimb, referendumul privind desființarea celei de-a doua camere a Parlamentului este un referendum constituțional și, prin declanșarea sa, Președintele și-a depășit competența atribuită de Constituție în materia referendumului. Iată care sînt motivele.

Articolul 90 din Constituție, care îi atribuie Președintelui României competența de a convoca poporul la referendum are următorul conținut: „*Președintele României, după consultarea Parlamentului, poate cere poporului să-și exprime, prin referendum, voința cu privire la probleme de interes național.*”

Atribuția Președintelui României de a consulta poporul compensează faptul că acest organ nu posedă dreptul de inițiativă legislativă. Astfel că, ori de cîte ori un președinte constată că adoptarea sau modificarea legislației este necesară pentru că, de exemplu, o problemă de interes național a rămas fără un răspuns legislativ, sau fără un răspuns adecvat, poate declanșa consultarea poporului.

Avizul Parlamentului este necesar deoarece:

- 1) Parlamentul trebuie sesizat de Președinte în mod oficial cu problema de interes național pe care a ignorat-o;
- 2) Parlamentului i se oferă posibilitatea de a accepta punctul de vedere al Președintelui, de exemplu, că ar trebui redus numărul de parlamentari, ceea ce ar face consultarea inutilă. Cred că nu trebuie subliniată prea mult importanța consultării Parlamentului, care face posibilă remedierea carenței într-un mod prompt, fără costurile materiale ale referendumului și fără costurile tergiversării deciziei într-o problemă de interes național. A insista în organizarea referendumului atunci cînd Parlamentul a achiesat la inițiativă reprezintă un act lipsit de sens și implicit o deturnare a competenței.

Însă și termenul „consultativ” este un termen înșelător. Opiniile populare despre norme și instituții sunt în general cunoscute. Sondajele de opinie periodice și studiile sociologice probează, este adevărat că neoficial, opiniile și stările de spirit. Atunci cînd întrebăm poporul într-o chestiune în care îi cunoaștem opinia constantă, opinia lui nu mai este sursa de inspirație a deciziei, ci proba pentru legitimarea deciziei.

Dacă descoperim, de pildă, din studiile sociologice, că românii ar dori reintroducerea pedepsei cu moartea pentru omor intenționat, vom considera preocuparea lor, să spunem constantă, pentru acest subiect, o problemă de interes național? Sau dacă observăm că, în materie de încredere în instituții, Parlamentul este mult mai puțin

prețuit de români decît sînt Armata și Biserica, ar trebui să încredințăm producția legislativă, sau măcar controlul constituționalității legilor, unui Consiliu Suprem format din reprezentanții acestor ultime instituții? Luăm în serios întotdeauna cele mai răspîndite și mai solide opinii din popor, sau flatăm electoratul din cînd în cînd?

În concluzie, articolul 90 din Constituție reprezintă este un mecanism de echilibru, care tinde să activeze pasivitatea celor care dețin dreptul de inițiativă legislativă. Președintele atenționează poporul că ar trebui să-și exercite dreptul constituțional. Răspunsul pozitiv la întrebarea Președintelui este și un mijloc de a persuadea Guvernul sau parlamentarii. Dacă consultarea Parlamentului este *obligatorie*, pentru a i se da șansa de a acționa așa cum îi propune Președintele, conținutul avizului este *non-obligatoriu* pentru că, în cazul unui aviz negativ obligatoriu, ar fi anihilat mecanismul de echilibru.

De ce este consultarea poporului pentru revizuirea Constituției, ca problemă de interes național, o excepție de la procedura referendumului consultativ a cărei competență de declanșare a fost rezervată Președintelui? Pe de o parte, revizuirea Constituției nu este o problemă de interes național, printre altele. Revizuirea Constituției este cea mai importantă problemă de interes național, care se detașează net de orice altă problemă, de exemplu, din lista de probleme de interes național pe care Parlamentul a introdus-o în Legea din 2000 a referendumului și pe care, cred că pe bună dreptate, Curtea Constituțională a declarat-o neconstituțională. Importanța revizuirii Constituției justifică un regim juridic special. Acest regim juridic special este în rezumat următorul: în materia revizuirii Constituției poporul nu este consultat, ci posedă prin referendum dreptul de *veto*, adică decizia finală. Pe de altă parte, atît Președintele cît și poporul (un cvorum de 500.000) posedă inițiativa revizuirii Constituției. Această competență face inutilă consultarea. Este un cost social și material care nu se justifică și o inutilă manifestare a divizării populației prin „da” și „nu”.

În fine, mai există un argument, însă el provine dintr-un act inferior Constituției, din art. 2(1) din Legea privind organizarea și desfășurarea referendumului din 2000 modificată prin ordonanță de urgență în 2009. Acest argument va fi contestat, unii vor merge pînă acolo încît să considere neconstituțional textul la care mă refer. Art. 2(1) din lege clasifică referendumul național în trei categorii distincte, care privesc a) revizuirea Constituției; b) demiterea Președintelui României și c) problemele de interes național. Acestor trei tipuri de referendumuri le corespund trei tipuri de acte normative care stabilesc obiectul și data la care va avea loc: lege de organizare pentru referendumul de la litera „a”, hotărîre a Parlamentului pentru referendumul de la litera „b” și un decret al Președintelui pentru referendumul consultativ de la litera „c” (art. 15(1) din lege). Aceste norme care nu au fost contestate de nimeni pînă în prezent probează totuși un fapt semnificativ. Ele dovedesc că a existat pînă în prezent o interpretare consensuală a organelor statului cu privire la sensul clar al art. 90 din Constituție: materia revizuirii Constituției este exceptată din cîmpul competențelor de la art. 90 din Constituție.

Constituția a oferit Parlamentului competența de a respinge inițiativele de revizuire a Constituției. Competența Parlamentului de a respinge inițiativele de revizuire a Constituției, indiferent din ce direcție provin, se justifică prin caracterul său reprezentativ.

Care sînt pînă la urmă efectele referendumului din 22 noiembrie 2009?

Președintele României a fost întrebat public care sînt efectele referendumului. Am auzit răspunsul său radiofonic din data de 5 noiembrie. Președintele susținea în esență că Parlamentul nu va putea să ignore voința poporului suveran. Consecința va fi aceea că Președintele și poporul suveran vor impune Parlamentului, într-un fel sau altul, cu forțe unite, mini-reforma constituțională.

E limpede că așa-zisul „referendum consultativ” al Președintelui României tinde să legitimizeze în avans inițiativa sa de revizuire a Constituției. Președintele uzează de competența sa constituțională ca de un privilegiu constituțional, atît în sens pozitiv, pentru a se autolegitima, cît și în sens negativ, pentru a delegitima Parlamentul. Odată inițiativa legitimată, refuzul ulterior al Parlamentului de a-i da curs este delegitim. Delegitimarea este cu atît mai puternică cu cît Parlamentul este plasat într-un conflict de interese.

Iar pentru ca victoria Președintelui asupra Parlamentului să fie totală, au fost propuse doar două teme de revizuire, exact temele care îi plasează pe senatori și deputați în cel mai vizibil conflict de interese. În acest context, efectul plebiscitar a fost probabil atins.

Cît privește efectele juridice, limbajul Constituției, care rămîne ca întotdeauna clar, suferă în acest punct de precizie. Pentru că un referendum consultativ, cum este cel din 22 noiembrie 2009, nu exprimă voința poporului, indiferent cum sînt formulate întrebările, ci doar opinia sa. Voința poporului se exprimă doar atunci cînd îi permite Constituția statului de drept, și anume atunci cînd poporul este chemat să decidă în ultimă instanță, prin referendum obligatoriu. Decizia este cea care exprimă o voință, iar consultarea degajă o opinie care, cu un surplus de informare, se poate schimba periodic. Consultările nu sînt concludente decît pentru o stare de spirit sau într-un context de moment. În plus, cel care exprimă o simplă opinie nu simte și o responsabilitate pentru opinia sa⁸. Constituția României a fost aprobată prin referendum la 8 decembrie 1991 de 8.464.624 de români, reprezentînd 77,3% dintre participanți⁹. A fost o participare masivă deoarece românii erau conștienți că trebuie să exprime o decizie importantă. La 22 noiembrie 2009 au răspuns afirmativ la întrebarea adresată de Președinte în jur de 7 milioane de români. De ce ar trebui luată în considerare părerea a 7 milioane de persoane și desconsiderată voința a 8 milioane de persoane?

Însă referendumul de tip plebiscitar, cum a fost cel din 22 noiembrie curent, mai are un viciu procedural care nu poate fi contestat. Deși Curtea Constituțională a decis că un referendum consultativ poate fi cuplat cu orice tip de alegeri, nu a analizat cu atenție și ipoteza în care promotorul referendumului (organ unipersonal) are un interes personal în alegerile cu care referendumul a fost cuplat.

Cuplarea referendumului cu un tip de alegeri, care statistic a probat o prezență la vot mai mare decât altele, influențează sau chiar determină validitatea procedurii. O parte, posibil o mică parte dintre cei care au votat la referendum, nu s-a deplasat la secția de votare pentru a exprima o opinie despre parlamentul monocameral, ci, pentru că tot se afla în secția de votare, a exprimat și o opinie, mai mult sau mai puțin articulată. În aceste condiții, nașterea opiniei nu pare cu nimic mai imaculată decât a fost concepția referendumului.

Decît să justificăm referendumul prin ficțiunea politică a democrației directe, poate ar fi mai bine să-l privim ca pe un expedient de care trebuie să uzăm doar în caz de necesitate, atunci și numai atunci cînd trebuie luată o decizie pe cît de gravă, pe atît de puțin predictibilă în consecințe. Atunci cînd trebuie luată o astfel de decizie, iar reprezentanții poporului vor ezita să-și asume răspunderea morală, singura soluție ar putea fi aceea de a transfera răspunderea poporului. În acest punct însă, buna-credință, în toate formele ei, este crucială.

Inițiat de o persoană care se supune ea însăși votului și cuplat cu data la care este votată persoana, răspunsul prin „da” și „nu” devine echivoc. O parte din respondenți se vor exprima prin „nu” și vor dori să se disocieze simbolic de persoana inițiatorului, iar o parte din respondenții vor adera la persoana promotorului, cu aerul că aderă la opinia sa. Vom avea două tipuri de achiesare, unii vor achiesă la persoană, alții vor achiesă la problemă. Trebuie să conchidem că poporul s-a exprimat fără echivoc pentru desființarea unei camere a Parlamentului și pentru reducerea drastică a numărului de parlamentari?

În fine, dacă un referendum formal valid este totuși neconstituțional în substanța sa și dacă, în plus, pare neconcludent, ar trebui să producă efectele proiectate?

* VALENTIN CONSTANTIN este profesor la Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara; arad@valentin-asociatii.com.

¹ Michael Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays*, Liberty Fund., Indianapolis, 1991, p. 380.

² G. Sartori, *Teoria democrației reinterpretată*, Polirom, Iași, 1999, pp. 119 et seq.

- ³ Așa cum remarca pe bună dreptate profesorul Corneliu Liviu Popescu, „pentru un Parlament este mai important să fie reprezentativ decât să fie eficace și eficient”, v. *Referendumul consultativ privind parlamentul universal și reducerea numărului parlamentarilor*, în *Curierul judiciar*, nr. 10/2009, p. 543. Or, judecata falsă de valoare care a fost indusă a fost aceea că Parlamentul nu este eficient.
- ⁴ Desigur, între art. 11 din Constituția Franței și art. 90 din Constituția României există diferențe importante. Președintele Franței supune la referendum un proiect de lege, care în cazul aprobării este adoptat fără să mai treacă prin Parlament. Este, cu alte cuvinte, un referendum decisiv. Apoi, Constituția Franței, spre deosebire de Constituția României, nu recunoaște poporului competența de a iniția revizuirea.
- ⁵ v. Vlad Constantinesco, Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2004, p. 403 și Louis Favoreu *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 775-6.
- ⁶ v. Adriano Giovannelli, *La V^e République vue d'en face*, Pouvoirs, nr. 50/1989, p. 132.
- ⁷ Pentru detalii, v. Denise Detragiache, *L'élection du Président Saja à la tête de la Cour constitutionnelle italienne: un événement fondamental dans la vie de la Cour*, Pouvoirs, nr. 52/1990, pp. 127-39.
- ⁸ „Spiritul unui cetățean (ca individ) poate îmbrățișa, plenar, un câmp îngust din realitate. În mare acesta cuprinde subiectele care îl privesc în mod direct, familia, operațiunile profesionale, distracțiile, prietenii și dușmanii, orașul sau cartierul, mediul său, biserica, sindicatul sau un grup social oarecare în care este activ – lucrurile care cad în câmpul său personal de observație, care îi sînt familiare independent de ceea ce spun ziarurile, cele asupra cărora ar putea exercita o influență sau ar putea să le dirijeze și pentru care simte responsabilitatea care decurge din relația directă între un anumit comportament și consecințele sale favorabile sau defavorabile”. J.A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, 1942, p. 258.
- ⁹ v. Comunicatul Biroului Electoral Central, în *Geneza Constituției Române*, Dumitru Ionică ed., Monitorul Oficial, București, 1998, p. 1089.

**PRE-CONTACT AFRICAN JUDICIAL PROCEDURE AND THE
LEGIS ACTIO PROCEDURE OF EARLY ROMAN ANTIQUITY:
A COMPARATIVE ANALYSIS***

Gardiol J. van NIEKERK**

Summary: *The purpose of the law and the legal processes in pre-contact Africa and ancient Rome differed fundamentally. The purpose of the law in Africa was to attain communitarian justice and in Rome, law focused on the attainment of individual justice. The legal process in Africa was consensual, informal and non-specialised, and the outcome aimed at reconciliation and integration of the parties. Legal knowledge was open and the litigants were groups, not individuals. The Roman legal process, again, was confrontational, specialised, formal and ritualistic and the outcome may be described in terms of winning and losing. Nevertheless, certain similarities in the law and legal procedure may also be observed: a pre-eminence of the spoken word; the emphasis on the sensory world; the absence of legal representation; the inquisitorial nature of proceedings; and inductive legal reasoning with a concomitant casuistic approach to law.*

Keywords: Pre-contact African legal procedure; *legis actio* procedure; purpose of the law; communitarian justice; informal consensual process; pre-eminence of individual; reconciliation and integration of parties; confrontation, specialised, formal, ritualistic legal procedure; winning and losing; sensory observation; struggle for law; inductive legal reasoning

Introduction

Superficially, there appears to be remarkable resemblances in the social, political and legal organisation of many ancient cultures. It is therefore not surprising that scholars often compare the jural phenomena of pre-contact¹ Africa and early Roman antiquity.²

Societal structures in these two ancient civilizations displayed many similarities.³ Nevertheless, in spite of the similarities in their social ordering, a closer inspection of their legal systems reveals fundamental differences as regards the purpose of the law, legal procedure, and the outcomes of the legal process.

The Purpose of Law

The purpose of law informs the process or method followed to attain that purpose. Buckland⁴ rightly points out that “substantive law can hardly be said to exist as law unless some method of enforcement is provided”.

Within a western or European paradigm, to preserve order and to do justice have through the ages widely been accepted as the main objectives of law.⁵ Significantly, the primacy of the individual has played an important role in the various theories of justice that have been developed through history.⁶

Modern discussions of justice in Roman law generally start with Ulpian's definition as evinced in the *Digest*: "Justice is the constant and unceasing will to give everyone his due."⁷ It is notable that the individual takes a primary position already in this early description of justice: neither is the individual posited in a community, nor are the interests of the community as a whole referred to or even juxtaposed to the interest of the individual.

In contrast, pre-contact African law was founded on the principle of harmony and solidarity of the community,⁸ collective good took a preferential position over individual claims. Therefore, justice focused on the welfare of the community as a whole and comprised communitarian ideals.⁹

The question is whether individualism dominated Roman jurisprudence during the time that the *legis actio* procedure was the only system of litigation and whether Roman procedure was consequently postulated on individualism.¹⁰ Schultz¹¹ wrote that "the Romans probably passed through a medieval period of fettered rights", but that individualism in private law was undeniable from the beginning of the second century B.C.

Nevertheless, economic expediency prompted individualism to develop very early in Roman society. One may assume that by the time of the Twelve Tables the concept of individual "ownership" had already appeared, if not yet in the modern technical sense of the word. Individualism in Roman jurisprudence is confirmed by, among others, the ritual of the *rei vindicatio* as described in *G. 4.16*;¹² the unrestricted character of ownership in general: there were few limitations on the alienation of real and personal property;¹³ freedom of testation (restriction on legacies were introduced only around the second century B.C.);¹⁴ the *actio familiae erciscundae* for the division of the family property¹⁵; and the extremely individualistic nature of marriage (excluding the *manus* marriage).¹⁶

In essence, then, the difference in the purpose of pre-contact African and ancient Roman law may be described in terms of communitarianism versus individualism. The next question would then be whether the respective legal procedures to attain the divergent ideals of law, were equally divergent and likewise respectively based on communitarian and individualistic precepts.

Legal Procedure

In Africa, legal procedure was an informal process of restoring equilibrium through consensus. In Rome, it was a ritualistic, formal process aimed at giving the individual his or her due, through confrontation. Most of the other disparities in the civil procedure of these communities could in some way be reduced to the fundamental

distinctions between communitarianism and individualism; between consensus and confrontation; and between informality and formalism. The discussion that follows will consequently focus on these three aspects.

(a) Communitarianism v. Individualism

It is not surprising that legal procedure in Africa focused on restoring harmony and unity within groups and within larger communities, given the communitarian foundation of pre-contact African law.¹⁷

In civil procedure, the litigants were groups represented by the family head or the head of the ward.¹⁸ It has to be borne in mind that in pre-contact African law, groups were legal subjects and that individual persons could not be the bearers of rights or incur personal liability. Proceedings commenced when an agnatic group reported their complaint to the head of the wrongdoer's group. The groups approached the headmen of the ward or the chief only if they could not settle their differences by agreement.¹⁹

As to be expected, the individual was at the centre of Roman civil procedure. In *I.4.6pr* the purpose of the law, as captured in *D.1.1.10pr*, and the manner of attaining that purpose are brought together when it is stated that "an action is nothing else but the right to seek by litigation what is due to one".²⁰ Romanists view this passage as wide enough to encompass both substantive law and legal procedure²¹ – not that the Romans had necessarily reached a stage of abstraction in early antiquity that allowed for any distinction between the law of things and the law of procedure.²² The pre-eminence of the individual speaks for itself in *D.1.1.10pr*.²³ Also *G.4.3* focuses on individual rights: "an action *in rem* is one in which we claim either that some corporeal thing is ours, or that we are entitled to some right".²⁴ Accordingly, the litigants were individuals,²⁵ free Roman citizens above puberty.

(b) Consensus v. Confrontation

There was an important link between law and compassion in ancient African culture manifested by a disinclination to litigate and a preference for mediation. Since confrontation was avoided as far as possible, the prospective litigants had to resort to certain extra-judicial processes before a dispute could be settled in court.

The meeting of the parties to attempt to work out the problem amicably was in fact an important phase in the legal process and a court would not continue with a hearing unless the parties had taken that step first. Where all the preliminary steps had been taken, the court would still refrain from adjudicating a case immediately. It would first make an effort to restore peace and reconcile the parties by mediation. Only if that also failed, could adjudication commence. In African law, procedure was inquisitorial. Consensus, equilibrium and conciliation were the primary objectives of the legal process and the responsibility of the court.²⁶

In contrast, the hallmark of ancient Roman civil procedure was confrontation. Nevertheless, Roman procedure is generally characterised as inquisitorial in nature and the presiding official (magistrate and judge) played an active part in the process.²⁷ The formal, ritualistic *legis actio sacramento in rem* as described in *G.* 4.16,²⁸ epitomised most of the features of Roman civil litigation and will accordingly form the basis of this discussion.

Although confrontation permeated Roman civil procedure as a whole, it was especially evident in the *in iure* stage of the proceedings.

Both parties, as well as the movable thing in dispute,²⁹ had to be present before the magistrate³⁰ and the onus was on the claimant to ensure this³¹ – not necessarily always in an affable manner. If the defendant did not want to yield to the summons to appear before the magistrate, the claimant could physically seize him.³² The claimant was also at liberty to confiscate the object from the possessor and if the possessor denied possession, he could even pursue his search for the thing in his opponents' house as if it had been stolen.³³

The symbolic theme of a physical contest³⁴ was refrained in the ritualistic words and actions of the *in iure* process.³⁵ The claimant or *vindicator* had to grasp the thing he claimed physically and touch it with a staff. His opponent asserted his right in the same way, by wielding a staff.³⁶ The staff symbolised a spear.³⁷ The image of power, conflict or war was therefore distinctive.³⁸ The adversarial nature of the proceedings was further confirmed by the fact that Gaius used the term “adversarius” when referring to the opponent, the grammatical meaning of which includes notions such as “antagonist, adversary, enemy and rival”.³⁹ Interestingly, the term “adversarius” was often used to denote any one of the litigants, confirming the conflictual nature of the proceedings.⁴⁰

These are but a few examples to illustrate the spirit of hostility which permeated the traditionally two-phased *legis actio* procedure of Roman law and which, as will be explained below, was also evident in the outcome of the legal process.

Informality v. Ritualistic Formalism

With the emphasis on cohesion within the community, and concomitantly on harmonious relationships, it naturally follows that in pre-contact Africa, legal procedure was characteristically informal and free from technicality.⁴¹

Grevenbroek, Dutch-East India Company Secretary of the Local Council of Policy at the Cape of Good Hope noticed the simplicity of the African legal process when he observed the Xhosa in the seventeenth century. He wrote that the chief “deals out simple justice to his subjects, without tortuous pleas and judgments, but after hearing both sides, and on a fair and equitable basis”.⁴²

The African court assembled out of doors, in the cattle pen, and all adult males⁴³ could attend, ask questions and offer evidence. There was no oath. A trial was an interactive process and the law was in the public domain. In accordance with Africa's oral tradition, the law was communicated to children from a very early age and was consequently known to everybody.

Importantly, the focus was on facts, rather than rules. As a result of the lack of abstraction in indigenous African law and procedure, a consequence of the non-specialised nature of that culture, legal reasoning was founded in sensory observation. This was, of course, a natural corollary of the general pre-literate condition of ancient Africa. In an inquisitorial procedure, the presiding officer played an active role in eliciting evidence. Legal reasoning was further inductive and the approach to law casuistic: the court did not apply abstract, formulated rules of law to specific cases.

As expected, proceedings were conducted orally and there was obviously no record of the trial in the pre-literate African society. Consequently, judicial precedent could not be strictly followed – and certainly not in the modern-day sense of the practice. However, the court relied to an extent on previous decisions as guidelines in difficult cases, but only as part of the collective memory or accumulated knowledge of the past.

The Roman tradition could be distinguished by its ritualistic formalism of acts and spoken words.⁴⁴ Notably, even though ancient Roman society was not pre-literate,⁴⁵ as was the case with ancient African societies, there was an idiosyncratic emphasis on oral communication in the law in general and during the period under discussion written documentation was not regarded as a legal formality.⁴⁶

A distinctive stylistic feature of Roman law was the "struggle for law"⁴⁷ which, in this context, entailed that even though law was aimed at giving everyone his due, the individual nevertheless had to struggle to attain what was due to him or her and a duty rested on the individual to fight for his rights. Although only selected aspects of civil procedure will be referred to in this regard, the Roman legal order, its law and procedure, abound with examples of how the individual had to struggle for justice.

The formalism and fixed ritual of the Roman legal process may be regarded as one of the main obstacles that the individual had to overcome in this struggle for justice. As indicated, the utterance of formal words were rigorously adhered to and in the *legis actio* procedure an action was easily lost where the prescribed formularies had not been followed strictly.⁴⁸ Gaius⁴⁹ provides the example of where a man lost his action because he had used the word "vines" instead of "trees" as prescribed by the Twelve Tables.

Further, this procedure pertained only to the strict *ius civile* and was applied only between Roman citizens.⁵⁰ This is in stark contrast to the "open" legal procedure and legal knowledge which prevailed in pre-contact Africa. Since social solidarity and harmony of the collectivity were fundamental postulates of African legal ordering, no one – not an individual,⁵¹ a family group, a ward, or chiefdom; not even a foreigner – was excluded from the legal order, neither as regards legal procedure, nor as regards knowledge of the law.

But, knowledge of the law, or rather lack of such knowledge, was another barrier in the Roman citizen's struggle for justice. Before the Twelve Tables, the

legal order was closed and secretive and the reserved domain of the state priests. Although the laws and regulations were made known to everybody in the Twelve Tables, the *legis actiones* still remained a closed book in the pontifical archives.⁵²

From the third century B.C., a secular jurisprudence started developing alongside the pontifical body of legal knowledge. It was during this time that the formularies of the civil actions and the pontifical calendar were published in the *Ius Civile Flavianum*. However, there was practically not much difference in this period between sacred and secular jurists:⁵³ they were all from the same small and select social class and they continued to monopolise legal knowledge.

There was no provision for legal representation in the *legis actio* procedure.⁵⁴ A separate class of legal representatives came to the fore only in the last two centuries of the republic⁵⁵ when specialisation in Roman law began developing.⁵⁶ A general aversion to general rules, abstract definitions, and so on, combined with the pre-eminence of procedure, naturally led to inductive rather than deductive legal reasoning – the latter comprising reasoning from the general rule to the specific case.⁵⁷ Concomitantly, the Roman jurisprudential method was characteristically casuistic and substantive law was created from considering (real and fictional) cases.

Interestingly, there was a predominant sensory element in Roman procedure which focused on tangible and sensory observation in the legal process. This was evidenced by the prevailing orality, the ritualistic physical contact which formed such an important part of the litigation process and the requirement that in the *actio in rem* the thing in dispute had to be present at the *in iure* stage of the proceedings.

Outcome of the Process

Pre-contact African procedural law was aimed at the reconciliation of the parties and restoration of harmony in the community.⁵⁸ Harmony could be restored only if both parties were satisfied that justice had been done. The court had to ensure that the party at fault was aware that his behaviour had fallen short of communal expectations, that he had accepted the decision of the court and that he would be reintegrated into the community.⁵⁹

The importance of reconciliation is illustrated by the way in which the Tiv of Northern Nigeria handled truth in litigation. They never judged truth in isolation, but viewed it within the context of equilibrium in the community. It was more important to determine whether a statement might be detrimental to the balance in the community, than whether strictly the statement was true or false. In fact, it was sometimes preferred that an untruth be told if that would enhance the possibility of a reconciliation between the parties to a dispute. Bohannan⁶⁰ explains:

‘Truth’ in Tivland is an elusive matter because smooth social relationships are deemed of higher cultural value than mere precision of fact. We must not judge Tiv litigants or witnesses by our standards. They are not liars, as they are sometimes called: their truth has other referents than has European truth

From this perspective, the absence in African litigation of an oath to tell the truth is not unexpected.

In ancient Roman procedural law, the enforcement of a judgement was true to the ethos of confrontation that permeated its procedure in general. There was no question of restoring relationships or reconciling the litigants, “there was no room for compromise”, the judge decided “wholly for one party or the other”.⁶¹ The outcome of the Roman civil litigation was in effect the “winner takes all”. Added to that, there was a measure of punishment for the unsuccessful litigant: While the successful party could recover the *sacramentum* he had pledged, the unsuccessful litigant forfeited his to the state by way of a penalty.⁶²

Conclusion

Given how significant the deviation is in the legal procedure of pre-contact African and ancient Roman law, one would hardly expect that there could also be similarities, the more so if one considers how essentially different these two ancient societies viewed the purpose of the law in general. Nevertheless there were areas in the legal process that showed some resemblance, such as the pre-eminence of the spoken word along with the fact that proceedings were not recorded; the absence of legal representation and the inquisitorial nature of proceedings; and, importantly, inductive reasoning and a casuistic approach to law.

Still one would do well to heed Metzger’s words of caution: “Anyone who studies procedure should be wary of ideas that have passed unchanged from textbook to textbook and be alert to the possibility that these ideas are modern”.⁶³ The paucity of information on early, pre-classical civil procedure⁶⁴ has induced Romanists and historians through the ages to attribute characteristic features to Roman procedural law which may or may not reflect a true understanding of antiquity. Likewise scholarly interpretation of pre-contact African oral traditions⁶⁵ may have distorted current knowledge of those ancient legal procedures, especially since legal research has emanated predominantly from Western or European academics and also because the ancient, pre-literate Africans left no original paper-based or any other written information of their past.

That we must be circumspect when it comes to modern *communis opinio* is true. Yet we cannot let caution deter us from investigating all available knowledge on antiquity, for the past is accessible only through the present.

* Paper presented at the 63rd Session of the Société Internationale “Fernand de Visscher” pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité (Greece, 22-25 September 2009).

** GARDIOL J. VAN NIEKERK, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa. Vniekgj@unisa.ac.za.

- ¹ The term “pre-contact” refers to the period before African communities came into contact with either the Arabic (trans-Saharan) or the European (Atlantic) slave traders: Hammond-Tooke *The Roots of Black South Africa* (1993) pp. 8-9. This term is preferred to “ancient” since it denotes a period in history before African cultures and specifically African law were influenced by other cultures.
- ² It is important to bear in mind that pre-contact African societies were traditionally preliterate and there are no ancient written sources compiled by indigenous Africans themselves. The most valuable sources of knowledge of pre-contact African law are the anthropological writings on African culture and the restatements of the law. Although some appeared in the early twentieth century and even during the nineteenth century, most of these works were published from the 1930s onwards. Some information on the law and institutions of early African societies may also be gleaned from sixteenth and seventeenth-century texts of early travellers. Importantly, these works prove that already during the sixteenth century, African societies were socially and politically organised and had legal orders with well-structured laws and institutions. Examples of such works are Ioannis Leonis Africani *De Totius Africae Descriptione, Libri IX* (1556) and the texts of Olfert Dapper, *Kaffrarie, of Lant der Hottentots* (1668), Willem ten Rhyne *Schediasma de Promontorio Bonae Spei* (1686) and Johannes Gulielmus de Grevenbroek *Gentis Africanae circa Promontorium Capitis Bona Spei Vulgo Hottentotten Nuncupatae Descriptio* (1695). The latter three works together with translations and annotations were published by the van Riebeeck Society in CapeTown as Schapera Ed. *The Early Cape Hottentots*. During the nineteenth and early twentieth centuries various reports of commissions and parliamentary committees were published. Also these reports are valuable sources of information. Examples of these are the reports of the Natal Native Commission dated 1846-1847, 1852-1853, 1881-1882 and 1903-1905; and the reports of the Commons Select Committee on Aborigines (British Settlements) 1836-1837 and of the Commons Select Committee on Affairs of the Cape of Good Hope, 1851.
- ³ See Westrup *Introduction to Early Roman Law. Comparative Sociological Studies. The Patriarchal Joint Family. Patria Potestas* Vol. 3 (1939) pp. 147, 150, 151, 186-187; Maine *Ancient Law* (1920) pp. 136-137.
- ⁴ Buckland *A Manual of Roman Private Law* (1939) p. 361.
- ⁵ Hahlo & Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) pp. 25, 26; Du Plessis *Die Juridiese Relevansie van Christelike Geregtigheid* (unpublished LLD Thesis, University of Potchefstroom, 1978) p. 827.
- ⁶ Importantly, neo-Marxist and critical-legal-studies theorists have criticised the mainstream liberal theories of justice which emphasise the pre-eminent position of the individual and absolute individual freedom: Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (1984) pp. 857-861, 935-941.
- ⁷ *D. 1. 1. 10pr. (I. 1 .1pr.): Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. The historical antecedent of this definition may be traced to Cicero's conception of justice as the disposition that each should be granted his own. See *de Finibus* 5.23.65: *quae animi affectio suum cuique tribunes*: cf. Van Zyl *Justice and Equity in Cicero. A Critical Evaluation in Contextual Perspective* (1991) p. 107.
- ⁸ See, e.g., Kidd *Kafir Socialism* (1908) Ch 1 *passim* on the concept of social solidarity in Africa. According to Gluckman "Natural justice in Africa" in Varga Ed. *Comparative Legal Cultures* (1992) p. 176, the adherence to a doctrine of natural justice in Africa is

illustrated by the fact that courts maintained the principles of law while restoring the disturbed relationships within the community. Harmony and equilibrium had to be maintained horizontally between members of the community, as well as vertically, between the community and the deceased ancestors (the superhuman), because relationships in the community did not cease with death: Omi & Anyanwu *African Philosophy. An Introduction to the Main Philosophical Trends in Contemporary Africa* (1981) p.143; see also Mbiti *African Religions and Philosophy* (1975) p. 107.

⁹ Kidd (*supra* n.8) pp. 8-9 describes pre-contact African justice as “socialistic” and (at p. 80) “corporate”; see generally his discussion at pp. 61-93. Strictly speaking, it is not correct to speak of the absolute primacy of the collectivity over the individual good, since the welfare of the community was inextricably linked to the welfare of the individual. Accordingly, in pre-contact African societies there were mechanisms in place to protect the dignity of the individual.

¹⁰ This legal procedure started even before the Twelve Tables and persisted until Augustus abolished it 17 B.C.: Mousourakis *The Historical and Institutional Context of Roman Law* (2003) p. 132; Buckland *Manual* (*supra* n. 4) p. 362.

¹¹ Schulz *Principles of Roman Law* (1936) pp. 146.

¹² Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (1948) at pp. 58-59, states that “het ritueel der *reivindicatio* [described in G. 4.16] duidelijk het beeld geeft van de manifestatie van individueelen eigendom op roerend goed”; see also *idem* pp. 96; 113, 116. It has to be borne in mind, though, that a relative right of possession preceded the absolute individual ownership of the earliest republican times: Jolowicz *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1967) pp.142, 144. See further Westrup *Introduction to Early Roman Law. Comparative Sociological Studies. The Patriarchal Joint Family. Joint Family and Family Property* Vol. 2 (1934) pp. 157, 172.

¹³ Schulz *Principles* (*supra* n. 11) p. 153.

¹⁴ *Idem* p. 156.

¹⁵ Westrup Vol. 2 (*supra* n. 3) pp. 39, 43, 45, 61, 65; Van Oven (*supra* n. 12) pp. 570 571; Kaser *Das römische Privatrecht* Vol. 1 (1971) pp. 123, 124, 367, 368; Diósdí *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law* (1970) pp. 44, 46.

¹⁶ See Schulz *Principles* (*supra* n. 11) pp. 146-148.

¹⁷ The following general sources have been consulted with regard to pre-contact African law of procedure: Myburgh *Papers in Indigenous Law* (1990); Van Niekerk *A Comparative Study of the Application of Indigenous Law in the Administration of Criminal Justice in Southern Africa* (unpublished LLM dissertation, University of South Africa, 1986); Myburgh & Prinsloo *Indigenous Public Law in KwaNdebele* (1985); Prinsloo *Inheemse Publiekreg in Lebowa* (1983); Van Niekerk "Principles of the indigenous law of procedure and evidence as exhibited in Tswana law" in Sanders Ed. *Southern Africa in Need of Law Reform* (1981); Van der Merwe "Accusatorial and inquisitorial procedures and restricted and free systems of evidence" in Sanders (*supra*); Mönnig *The Pedi* (1978); Schapera *A Handbook of Tswana Law* (1977); Schapera "The Tswana" in Forde Ed. *Ethnographic Survey of Africa. Southern Africa Part 3* (1971); Cotran & Rubin Eds. *Readings in African Law* Vol. 1 (1970); Junod *The Life of a South African Tribe* (1966); Elias *The Nature of African Customary Law* (1956); Bohannan *Justice and Judgment among the Tiv* (1957); Bryant *The Zulu People* (1948); Marwick *The Swazi* (1940).

¹⁸ Junod, (*supra* n. 17) pp. 332 437; Myburgh *Papers* (*supra* n. 17) pp. 70-75.

- ¹⁹ In civil procedure there was always the possibility of informal settlement by a family council which played an important role in the procedure preceding the actual court hearing. The decision of a family council was not binding but was taken into consideration by the court. Family councils tried to reach a peaceful settlement out of court through conciliation.
- ²⁰ See also *D* 44.7.51; cf. Thomas *The Institutes of Justinian* (1975) p. 282; see also Sandars *The Institutes of Justinian* (1903) p. 426; Lee *The Elements of Roman Law* (1952) p. 412.
- ²¹ See, e.g., Lee (*supra* n. 20) p. 412; Buckland *Manual* (*supra* n. 4) p. 363; Buckland *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (1966) pp. 604-606.
- ²² See Buckland *Textbook* (*supra* n. 21) p. 606; Maine *Dissertations on Early Law and Custom* (1901) pp. 366-368; *contra* Watson “The law of actions and the development of substantive law in the early Roman republic” 1973 (89) *Law Quarterly Review* pp. 389ff. See also Metzger “Roman judges, case law, and principles of procedure” 2004 (22-2) *Law and History Review* pp. 246-247; Buckland *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline* (1965) pp. 6-10.
- ²³ The element of individualism further comes to the fore in general academic enquiries into the nature of Roman procedure. Thus, Greenidge *The Legal Procedure of Cicero’s Time* (1971) p. 1 defines procedure as the “symbolic actions” used by individual members of society to assert their rights or liberties.
- ²⁴ *In rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere.*
- ²⁵ Although one individual started the proceedings, it is in fact incorrect to speak of “plaintiff” and “defendant” in real actions since both parties made claims and neither could win unless he could prove his personal entitlement. This is confirmed by the fact that Gaius does not use these terms Buckland *Manual* (*supra* n. 4) p. 374; see also Van Oven (*supra* n. 12) p. 96. The terms he uses, as will be explained below, denotes the confrontational nature of the proceedings: *G.* 4.16 and 17. De Zulueta *The Institutes of Gaius Part I* (1946) uses “claimant” and “opponent” in his translation of *G.* 4.16.
- ²⁶ Breutz *Die Politischen und Gesellschaftlichen verhältnisse der Sotho-Tswana in Transvaal und Betschuanaland* (1941) p. 50; Myburgh & Prinsloo (*supra* n. 17) pp. 111-112, 121-122.
- ²⁷ Buckland *Textbook* (*supra* n. 21) p. 637; Meyer *Legitimacy and Law in the Roman World* (2004) p. 122.
- ²⁸ Procedure to assert ownership of a thing or control over a person in terms of *patria potestas*: Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) p. 133. The following sources were consulted with regard to the *legis actio* procedure: Amos *The History and Principles of the Civil Law of Rome* (1883) 343-347; Kaser *Das römische Zivilprozessrecht* 2nd ed. by Hackl (1996) 89-107; Van Oven (*supra* n. 12) pp. 7-12; Lee (*supra* n. 20) pp. 412-428; Ledlie *Sohm’s Institutes of Roman Law* (1935) pp. 229-240; Buckland *Textbook* (*supra* n. 21) pp. 610-616; Buckland *Manual* (*supra* n. 4) pp. 372-376; Greenidge (*supra* n. 23) pp. 49-75; Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) pp.137-138; Mousourakis *A Legal History of Rome* (2007) 31-38.
- ²⁹ *G.* 4.17: *in rem praesentem vindication*; *G.* 4.16: *mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur.* See also Greenidge (*supra* n. 23) pp. 54-59; Van Oven (*supra* n. 12) pp. 8, 96; Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) p. 134. One may argue that, as with the requirement of the physical presence of the

parties before the magistrate, the simple, practical reason why the thing had to be present was that it was a guarantee against misunderstanding and that it enhanced clarity – especially since the proceedings were conducted orally.

³⁰ The magistrate refers to a consul (or according to some, a pontiff) and later, from 367 B.C. in terms of the *leges Liciniae Sextiae*, a praetor: cf. Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) pp.128, 132.

³¹ Buckland *Textbook* (*supra* n. 21) p. 610 indicates that there is only scant evidence on the exact form prescribed for the summons (or *in ius vocatio*). See, too Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) p. 132; Metzger “Roman judges” (*supra* n. 22) pp. 247-250; Metzger *Litigation in Roman Law* (2005) pp. 7-44 on the view that the *in ius vocatio* was replaced by consensual appearance.

³² Unless he had a valid reason for not attending and he could procure a *vindex* or guarantor who could guarantee that he would appear before the magistrate at a specific date. Expert opinion appears to be divided on whether the *vindex* could be appointed under any circumstances or whether only in specific instances where there were grounds for non-appearance, such as *morbis soticus*. Nevertheless, there are no details available on this specific practice: Buckland *Textbook* (*supra* n. 21) pp. 612-613, 708-709; Kaser *Zivilprozessrecht* (*supra* n. 28) pp. 224-226; see also Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) pp. 132, 137; Metzger *Litigation* (*supra* n. 33) pp. 4-5, 13-15; and see n. 54 below.

³³ In such a case witnesses had to be present: see *G.* 3.186, 192 and 193 on the search for a stolen thing.

³⁴ Cf. Cicero *de Re Publica* 4.8: “I marvel at the elegant choice, not only of the facts, but of the language. If they dispute (*jurgant*). It is a contest between well-wishers, not a quarrel between enemies, that is called a dispute (*jurgium*)”. In 4.10 it is further stated: “Thus the word *pleading*, signifies rather an amicable suit *between* friends, than a quarrel between enemies.” For the latter fragment see Yonge *The Treatises of M.T. Cicero: On the Nature of the Gods; On Divination; On Fate; On the Republic; On the Laws; and On Standing for Consulship* (1878) at p. 372. This work is a revised edition of Barham *The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising his Treatise on the Commonwealth; and his Treatise on the Laws* (2 Vols.) (1841/1842). The Latin text which was translated was a manuscript discovered in 1822 by the librarian of the Vatican among the palimpsests in that Library. (Yonge p. 283).

³⁵ As evinced in *G.* 4.16

³⁶ *Ibid*: *Qui vindicabat festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: hunc ego hominem ex iure quirritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui; et simul homini festucam imponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.* (The claimant, holding a rod and laying hold of the actual thing – let us say a slave – said: “I affirm that this man is mine by Quiritary right according to his proper title. As I have declared, so, look you, I have laid my staff on him” and at that moment he laid his rod on the man. His opponent spoke and did the selfsame things.)

³⁷ According to *G.* 4.16 the rod represented a spear, which symbolised lawful ownership. The reasoning was that a person was considered to be the lawful owner of things which had been captured in war (*festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent*).

- ³⁸ This part of the process where each asserted their claims was known as “*manus consortio*”: Buckland *Manual* (*supra* n. 4) p. 372.
- ³⁹ See Lewis & Short *A Latin Dictionary*; Cassell’s *Latin Dictionary*: sv “adversarius”.
- ⁴⁰ See Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) p. 130.
- ⁴¹ Significantly, Van der Westhuizen “Legal Philosophers (1) Socrates (469-399 B.C.) and the Ancient Greeks” 1982 *De Rebus* 31, notes that Socrates once introduced his own defence by saying that truth and a just decision were more important than the use of formal procedure and technical skills. That occurred at the age of seventy, when he appeared before a people’s court facing charges of being a speculative philosopher and evil-doer who meddled with things under the earth and in heaven, of corrupting the youth and of being an atheist.
- ⁴² [Q]ui jura subditis de plano, sine judiciorum litiumque anfractu, parte utraque auditâ, ex aequo et bono reddit: De Grevenbroek (*supra* n. 2) 257.
- ⁴³ Due to their perceived monthly ritual impurity, females were not casually allowed since that would affect the fertility of the cattle. They were however allowed if they were actively involved in a case.
- ⁴⁴ Schulz typified this as “actional formalism”. Schulz *History of Roman Legal Science* (1946) 24-26 29-30; Watson “Law of actions” (*supra* n. 22) at p. 388 indicates that the process *in iure* was more formal than that *apud iudicem*.
- ⁴⁵ Records of legal acts were made from the sixth century B.C.: Schulz *Science* (*supra* n. 44) at p. 25. Isolated written records of judgments from the last century B.C. have survived: see generally Schulz *idem*. 25-26; Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) pp. 211ff.
- ⁴⁶ Kaser *Zivilprozessrecht* (*supra* n. 28) at pp. 10-11; Metzger “Roman judges” (*supra* n. 22) at pp. 264ff; Meyer (*supra* n. 29) at pp. 2 36-39. Various reasons have been afforded for the prevalent orality of that time: from a practical point of view the physical presence of the parties was probably a guarantee against misunderstanding and enhanced clarity. It could also be attributed to general illiteracy, the available methods of writing and time limitations. Another view is that the “principle of orality ... lessened the complexity and secrecy of a procedure dominated by writing”: Metzger “Roman judges” (*supra* n. 22) at p. 262.
- ⁴⁷ See the discussion of Zweigert & Kötz *Introduction to Comparative Law* trl. Weir (1998) pp. 71-72, of this characteristic feature of Western law in general.
- ⁴⁸ Kaser *Zivilprozessrecht* (*supra* n. 28) p. 35; Buckland *Textbook* (*supra* n. 21) p. 610; Buckland *Manual* (*supra* n. 4) p. 372; Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) pp. 132, 198ff; Van Oven (*supra* n. 12) pp. 8-9. For a contrary view see Watson “Law of actions” (*supra* n. 22) pp. 389-391: he avers that the action was lost because of the extinctive effect of *litis contestatio*.
- ⁴⁹ G. 4.11.
- ⁵⁰ The *praetor peregrinus* introduced the *per formulam* procedure for the benefit of foreigners and in 200 B.C. the *Lex Aebutia* extended its application to cases where both parties were Roman citizens. Schulz *Principles* (*supra* n. 11) p. 93 points out that the introduction of the formulary litigation system did not bring an end to the formalism of Roman legal procedure. See generally on the *per formula* procedure Kunkel *An Introduction to Roman and Constitutional History* trl. Kelly (1966) ch 6; Kaser *Zivilprozessrecht* (*supra* n. 28) pp. 151-171.
- ⁵¹ Through his or her agnatic group: See Junod (*supra* n. 17) p. 436.

- ⁵² Schulz *Science* (*supra* n. 44) p. 34; Van Oven (*supra* n. 12) p. 9. The rigid ritual, formalistic acts and declarations of the procedure were prescribed by statute and by priestly lawyers interpreting the statute. At this early stage of Roman legal development private law and civil procedure centred mostly on the family and inheritance: *G.* 4.11; Buckland *Textbook* (*supra* n. 21) p. 608.
- ⁵³ Schulz *Science* (*supra* n. 44) pp. 7-12; he points out that the college of priests did not consist of a body of spiritual or religious leaders but rather of “*honoratiores*” who were wealthy men of high social standing, from respected Roman families, who worked without remuneration. See also Metzger “Roman judges” (*supra* n. 22) p. 525; Kerr Wylie “Roman law as an element in European culture” 1948 *South African Law Journal* pp. 349-350.
- ⁵⁴ *G.* 4.82: ... *cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agree non liceret, praeterquam ex certis causi* (whereas in former times when the *legis actiones* were in use, one was not allowed to take proceedings on another’s behalf, except in certain cases). See also *I 4 10pr*: ... *cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela* (but anciently, custom forbade one person conducting an action in the name of another, unless for the people, for freedom, or for a pupil): Sandars (*supra* n. 20) p. 469). Oltmans *De Institutien van Justinianus* (1961) 254 explains that these exceptions were where a magistrate acted in a case of public interest; where an *adsertor libertatis* acted on behalf of a slave; and where a guardian acted on behalf of his pupil. This was representation in the *in iure* stage of the proceedings. See further Buckland *Textbook* (*supra* n. 21) pp. 613, 708; Buckland *Manual* (*supra* n. 4) pp. 406-407; Greenidge (*supra* n. 23) pp. 59, 235.
- ⁵⁵ Schulz *Science* (*supra* n. 44) p. 40; Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) p. 212. Economic development, as well the needs of the old and infirm led to the development of representation in litigation. *Cognitores* could be appointed to represent the old and the infirm *apud iudicem*: Greenidge (*supra* n. 23) pp. 146, 235ff; Buckland *Manual* (*supra* n. 4) pp. 406ff. Buckland notes that there is speculation that the *cognitores* could be appointed in any case. Importantly in the *legis actio* procedure a *cognitor* appeared as a party and not as the principal of the party. *G.* 4.83 states: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur* (A *cognitor* is substituted as a party to an action by special words being uttered in the presence of the opposing party). Further, women, children and mentally challenged persons could not appear in court alone and needed assistance; *Sui iuris* women had to be assisted by their guardians and children and the insane were represented. Mousourakis *Context of Roman Law* (*supra* n. 10) p. 131. See also n. 32 and n. 54 *supra*.
- ⁵⁶ Schulz *Science* (*supra* n. 44) pp. 40ff. However, it has to be borne in mind that traces of specialisation could be detected as early as the Twelve Tables. The division of civil procedure in two stages evidenced the separation of powers and thus specialization. Judges were always private individuals. During the period under discussion, a judge was not an institution of the State and did not represent the absolute powers of the State. He acted under oath to adjudicate in accordance with the existing law. In contrast, the magistrate acted as a representative of the State. The state power was thus eliminated from the sphere of private law. See generally Ledlie (*supra* n. 28) pp. 227-228; Rabello “Non liquet: From modern law to Roman law” 2004 (10) *Annual Survey of International and Comparative Law* pp. 14, 20.

⁵⁷ See Buckland *Roman Law and Common Law* (*supra* n. 22) pp. 9-10; Van der Merwe "Judicial institutions in the civil law: Towards a theory for common-law adjudication" 1993 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* pp. 581-582.

⁵⁸ Gluckman (*supra* n. 8) pp. 190 -191.

⁵⁹ Allott "African law" in Derrett Ed. *An Introduction to Legal Systems* (1968) p. 145. See also Darboe *The Interaction of Western and African Traditional Systems of Justice: The Problem of Integration. (A Case Study of the Gambia)* (1982) pp. 108, 109. At p. 109 he observes that, African law aspired "not only [to] assure the continuity of social groupings, but also [to] enable the entire society to sustain conflicts which may arise to threaten social coherence and equilibrium". Reintegration into the community and rehabilitation of an accused in a criminal case is described by De Grevenbroek (*supra* n. 2) p. 249. However, Schapera (*supra* n. 2) p. 249 n. 69, doubts whether this was a general practice among the Hottentots.

⁶⁰ Bohannan (*supra* n. 17) p. 51; see also pp. 49-50; Gluckman (*supra* n. 8) pp. 190-191.

⁶¹ Watson *Ancient Law and Modern Understanding* (1998) pp. 94-95.

⁶² *G. 4.13: Nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, aequae in publicum cedebat* (For the defeated party forfeited the amount of the *sacramentum* by way of penalty, and this went to the public treasury). See also the references to a "penal sum" in *G. 4.14*.

⁶³ Metzger "Roman judges" (*supra* n. 22) p. 246.

⁶⁴ *Idem* 245.

⁶⁵ A technical term which refers to the oral communications of the past in the form of storytelling, legends, emblems, and so on.

DOMENIUL DE APLICARE AL UZUCAPIUNII ÎN SISTEMUL DREPTULUI AUSTRIAC

Dan TEODORESCU*

Zusammenfassung: *Im Kontext der engen Verbindungen, die während der Geschichte zwischen den rumänischen Ländern – insbesondere Siebenbürgen und Bukowina – und dem Habsburgischen Reich bestanden, ist das vorliegende Werk ein Versuch die Rechtsfigur der Ersitzung des österreichischen Rechtssystems, so wie sie zur Zeit der Redaktion des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs existierte samt ihrer Entwicklung bis zum heutigen Tag darzustellen. Daraufhin kann man eine interessante Parallele mit der Entwicklung der Ersitzung im rumänischen Grundbuchssystem ziehen, insbesondere weil auch dieses der Rechtsordnung des österreichischen Reiches mit deren tiefen Wurzeln bis ins römische Zeitalter entstammt. Darüber hinaus, die meisten gegenwärtigen Fälle in der Region Siebenbürgen, in welchen die Ersitzung zur Anwendung kommt, gründen sich noch immer auf die Anordnungen des ABGB, die einen viel breiteren Anwendungsbereich als die restriktive Vorschrift des Dekret-Gesetzes Nummer 115/1938 haben. Das Problem ist umso aktueller, da voraussichtlich bis zum Inkrafttreten der neuen Katasterverordnung des Gesetzes Nummer 7/1996 noch eine längere Weile zu verstreichen hat.*

Rezumat: *Prezenta lucrare este justificată de strânsele legături care au existat de-a lungul istoriei între țările Române – în special Transilvania și Bucovina – și Imperiul habsburgic. Este o încercare de a înfățișa imaginea instituției uzucapiunii din sistemul de drept austriac, așa cum a existat în momentul redactării Codului civil austriac, împreună cu evoluția acestei instituții până în zilele noastre. În acest context se poate realiza o paralelă interesantă cu evoluția uzucapiunii din sistemul românesc de carte funciară, mai ales că și aceasta are aceeași origine – legislația Imperiului austriac, cu adânci rădăcini până în epoca romană. Chiar mai mult, inclusiv în prezent cele mai numeroase cazuri de aplicare a uzucapiunii în zona Transilvaniei sunt întemeiate pe dispozițiile Codului civil austriac, acesta având un spectru de aplicare mult mai larg decât restrictivele prevederi ale Decr.-Lege nr. 115/1938. Problema este cu atât mai actuală cu cât se pare ca până la aplicarea noilor reglementări cadastrale prevazute in Legea nr. 7/1996 va mai trece o perioadă semnificativă de timp.*

Schlüsselworte: Ersitzung, Grundbuch, Einverleibung, Besitz, Verjährung

Cuvinte cheie: uzucapiune, carte funciara, intabulare, posesie, prescriptie

În dreptul civil austriac, reglementarea uzucapiunii este oarecum atipică raportat la majoritatea celorlalte legislațiilor europene, astfel că prin §1455 ABGB¹ teza I se dispune că poate constitui obiect al uzucapiunii „tot ceea ce este susceptibil de dobândire“. Realitatea juridică reduce însă în general domeniul de aplicare al uzucapiunii la anumite drepturi reale, cu toate că ideea acestei limitări nu este împărtășită de toți doctrinarii. Pentru găsirea variantei corecte este necesar să se determine în

ce măsură poate fi justificată, în baza literei legii, eliminarea celorlalte drepturi (în primul rând a drepturilor de creanță) de la posibilitatea de a fi uzucapate. Se impune așadar examinarea condițiilor – mai ales a acelor conținute de §1455 ABGB teza a II-a – care trebuie îndeplinite pentru ca un bun să poată fi uzucapat. Este vorba în principal de susceptibilitatea de a fi posedat și de susceptibilitatea de circulație.

Încă din perioada redactării Codului civil austriac, fondatorii acestuia au susținut că „pentru a nu se ajunge la situația ca proprietatea privată să devină ceva incert și pentru a evita pe cât posibil disputele juridice, legea trebuie să implementeze drepturile de uzucapiune și de prescripție și să le definească foarte exact”². Cu toate acestea, este greu explicabil de ce limitele acestei instituții juridice nu au fost niciodată marcate cu precizie, astfel că o dispoziție prin care să se enumere cu exactitate drepturile susceptibile de uzucapiune nu poate fi întâlnită în toată istoria legislației habsburgice și ulterior austriece. Se creează în permanență impresia că dreptul de proprietate ar fi oarecum centrul instituției uzucapiunii, și totuși este în același timp clar că ca pe lângă dreptul de proprietate există de asemenea alte drepturi care trebuie cuprinse; însă chiar întrebării – care trebuie să fie respectivele drepturi, sau unde trebuie trasată exact granița – nu i s-a răspuns niciodată în formă legislativă. S-ar părea că definirea precisă a domeniului de aplicare al uzucapiunii a fost lăsată în mod deliberat în seama doctrinei.³

I. Prezentare generală a uzucapiunii din sistemul austriac

Uzucapiunea este dobândirea unui drept prin posesie⁴ calificată exercitată pe parcursul timpului stabilit de lege. Aceasta duce la o dobândire originară a dreptului, care are ca urmare faptul că titularul de până atunci își pierde respectivul drept (§1478 ABGB). Condițiile pentru realizarea uzucapiunii sunt următoarele: bunul să fie susceptibil de a fi uzucapat, o posesie calificată și exercitarea acesteia de-a lungul unei anumite perioade de timp.

Cel ce a uzucapat valabil un drept rămâne protejat față de acțiunea în îmbogățire fără justă cauză a proprietarului anterior.

Obiect al uzucapiunii sunt doar drepturile private patrimoniale care pot forma obiectul posesiei (§1455 ABGB), fiind vorba în principal de dreptul de proprietate și de servituți. §1456-1459 ABGB exclud expres de la uzucapiune drepturile suverane ale statului (de exemplu dreptul de a percepe impozite), drepturile personale și drepturile de familie.

În privința drepturilor de creanță, părerile sunt diversificate, însă doctrina majoritară exclude în general uzucapiunea, chiar și atunci când este vorba de drepturi de creanță care pot fi posedate⁵.

O importanță practică deosebită revine §50 din Legea Măsurătorii⁶, care împiedică uzucaparea unor fracțiuni dintr-un teren înscris în Cadastrul Granițelor.⁷

ABGB cunoaște două **forme ale uzucapiunii**, anume propriu-zisă și improprie. Uzucapiunea propriu-zisă cere o posesie legitimă (§316 și următoarele ABGB), de bună credință (§326 și următoarele ABGB) și neviciată⁸ (§345 și următoarele ABGB). În cazul uzucapiunii improprie, legitimitatea (titlul) nu este o condiție, fiind necesară doar posesia de bună credință și neviciată a celui care uzucapează. În funcție de durata de timp necesară se poate de asemenea face diferență între uzucapiunea de scurtă durată (3 ani) și cea de lungă durată (30 ani).

Uzucapiunea propriu-zisă este scurtă în cazul bunurilor mobile și lungă în cazul celor imobile, în timp ce uzucapiunea improprie necesită întotdeauna scurgerea unei perioade de 30 de ani. Astfel, în cazul imobilelor uzucapiunea propriu-zisă devine inutilă, întrucât nu aduce uzucapantului nici un avantaj, ci din contră, dezavantajul necesității unui titlu calificat.

Uzucapiunea propriu-zisă are însemnătate practică doar pentru bunurile mobile, timpul uzucapiunii fiind în principiu de 3 ani (§1466 ABGB). §1472 ABGB prevede un termen mai lung, de 6 ani, atunci când bunul uzucapat aparține statului sau altor persoane juridice, iar în favoarea persoanelor absente §1475 și §1496 ABGB prevăd o prelungire, respectiv împiedicare a uzucapiunii. De asemenea, în §1476 ABGB se menționează că cel ce a dobândit de la o persoană care avea posesia viciată sau de rea credință are nevoie de timp dublu pentru a uzucapa. Ca și în dreptul românesc, dacă după începerea uzucapiunii bunul este predat unei alte persoane, în favoarea acesteia se socotește și timpul primului posesor.

Posesia celui care uzucapează trebuie să se bazeze pe un titlu obiectiv valabil, care ar fi fost suficient pentru transmiterea proprietății dacă înstrăinătorul ar fi fost proprietar, ca de exemplu vânzare-cumpărare, donație, legat, etc. (§1461 ABGB). Din contră, nu este suficient pentru uzucaparea proprietății un titlu care acordă doar dreptul de folosință, ca de exemplu un contract de închiriere (§1462 ABGB).

Uzucapiunea propriu-zisă nu are așadar aplicabilitate în caz de vicii inițiale ale titlului (de exemplu ale contractului de vânzare-cumpărare), ea fiind de fapt adesea excedentară, întrucât dobânditorul devine de cele mai multe ori proprietar încă de la încheierea cu bună credință a contractului și remiterea bunului, conform dispozițiilor §367 ABGB⁹. Această uzucapiune are însemnătate mai ales în cazul dobândirii neonerose de la o persoană neîndreptățită, întrucât aici nu se aplica dispozițiile §367.

Uzucapiunea improprie se aplică la bunuri mobile și imobile, necesitând de regulă o scurgere a timpului de 30 de ani (§1461, 1470, 1477 ABGB), termen prelungit la 40 de ani în cazul uzucapiunii împotriva persoanelor juridice (§1472 ABGB).

Uzucapiunea improprie nu este dependentă de mențiunile din CF, posesorul de buna credință și legitim dobândind proprietatea după 30 de ani (excepție de la principiul întabulării¹⁰) și putând ulterior cere îndreptarea CF. Existența sarcinilor întabulate nu este însă afectată de uzucaparea proprietății. Totuși, până la momentul întabulării noului proprietar, terțul care dobândește cu bună credință, încrezându-se în aparența înscrierii din CF, este protejat (§1500 ABGB).

Însemnătatea practică a uzucapiunii de lungă durată este așadar mult mai mare decât a celei de scurtă durată. Prin ea nu doar că se uzucează proprietatea viciată a persoanei anterioare, ci devine posibilă și dobândirea dreptului în pofida nevalabilității titlului.¹¹

II. Legătura dintre prescripție și uzucapiune

În cuprinsul ABGB, uzucapiunea se găsește în partea a treia („Dispozițiuni comune drepturilor personale și drepturilor reale”), capitolul IV („Despre prescripție și uzucapiune”: §1451-1502). Din acest fapt și din formularea deosebit de vagă a obiectului uzucapiunii, în care ar urma să fie cuprins orice bun ce poate fi dobândit (§1455 ABGB), se poate deduce că legiuitorul din anul 1811 a încercat să reglementeze împreună două instituții nu identice, dar totuși înrudite între ele.

Pierderea dreptului de către o persoană (prescripție propriu-zisă) a fost privită ca o condiție pentru dobândirea dreptului de către o alta (uzucapiune). La această viziune este corect faptul că ambele instituții au la bază ideea conform căreia o stare de fapt care se întinde pe o perioadă îndelungată de timp trebuie transformată în stare de drept (puterea normativă a timpului), în scopul încrederii în situația aparentă (siguranța generală a circuitului civil). Pe de altă parte dispoziția §1478 ABGB, în care se susține că uzucapiunea ar impune neapărat o prescripție, este incorectă, chiar dacă are un fundament legislativ. Aceasta întrucât există drepturi care nu se pot prescrie (de exemplu dreptul de proprietate), însă pot fi uzucapate; în plus există posibilitatea de a fundamenta prin uzucapiune drepturi care până atunci nu aparținuseră nimănui (ceea ce se întâlnește foarte des în cazul servituților)¹².

Această împletire strânsă a prescripției și uzucapiunii în cuprinsul ABGB a generat în literatură o sumedenie de controverse.¹³

Părerea dominantă actuală refuză tratarea prescripției și a uzucapiunii într-un context atât de strâns. Se știe că redactorii ABGB au pornit de la o viziune legată de relația dintre prescripție și uzucapiune care odinioară era dominantă și bazată pe dreptul comun din secolul al XVIII-lea, însă acest lucru este totuși incorect. Pentru aceasta, în doctrina actuală – în pofida ordinii stabilite de lege – prescripția este tratată în partea generală a dreptului, în timp ce uzucapiunea rămâne în mod tradițional obiectul drepturilor reale. Despărțirea sistematică a prescripției de uzucapiune are însă consecințe considerabile pentru aria de utilizare a fiecăreia.

Unul dintre actualii doctrinari¹⁴ reușește într-un anumit grad să mijlocească o clarificare în multe puncte de divergență dintre vechea și noua doctrină, el arătând că și fondatorilor ABGB le era cunoscută diferența dintre prescripție și uzucapiune. Conform acestui autor, cel mai mic numitor comun al prescripției și uzucapiunii ar consta în consecințele juridice ale pierderii dreptului prin trecerea timpului. Pentru ambele instituții ar fi fost însă stabilite reguli proprii, astfel că împărțirea în prescripție extinctivă și prescripție achizitivă nu ar fi de înțeles în sensul că acestea să fie

subordonate unei noțiuni superioare comune, care să le cuprindă pe amândouă – așa cum înțelege adeseori doctrina; în vederea împlinirii uzucapiunii ar fi necesară și realizarea tuturor condițiilor prescripției. Pentru aceasta, cele două instituții ar putea fi tratate împreună doar în ramele ansamblului elementelor constitutive ale uzucapiunii. Dacă acest ansamblu este îndeplinit, apar simultan două consecințe juridice: atât uzucapiunea cât și prescripția.

Se pune întrebarea care urmare juridică se petrece mai întâi: pierderea sau dobândirea dreptului? Din definiția proprietății ca fiind un drept absolut ar reieși că întâi trebuie să aibă loc pierderea dreptului, și doar apoi dobândirea. Dacă uzucapiunea ar fi în același timp o formă de dobândire originară, atunci dobândirea dreptului ar avea loc doar mijlocit. Pierderea subsecventă a dreptului nu ar fi o condiție materială, ci o condiție simultan-logică a dobândirii dreptului prin uzucapiune; prescripția și uzucapiunea nu s-ar afla într-o legătură cauzală, ci într-una temporal-logică. De aceea pierderea dreptului nu ar putea fi niciodată o consecință a dobândirii dreptului. Genialitatea formulării §1452 ABGB, care exprimă atât unitatea prescripției și a uzucapiunii, cât și subsecvența temporală a pierderii și dobândirii dreptului ar fi fost neobservată atât de vechea, cât și de noua doctrină.

Din cercetările întreprinse de respectivul autor pot fi trase următoarele concluzii, pentru rezolvarea problemei: amestecarea dreptului prescripției cu dreptul uzucapiunii de către legiuitorul istoric nu poate fi un argument pentru eliminarea §1455 ABGB, întrucât legiuitorul era foarte conștient de diferențele dintre cele două instituții. Chiar în ABGB sunt folosite două noțiuni diferite de uzucapiune: astfel, în prima teză a §1478 ABGB se întâlnește o uzucapiune într-un sens larg, influențată filozofic, în timp ce în a doua teză este vorba de uzucapiune în sens juridic-tehnic. Doar astfel este explicabil faptul că proprietatea nu se poate prescrie în sens restrâns (§1459), ci doar în sens larg. Cu toate acestea s-a decis că nu doar obiectul prescripției, ci și al uzucapiunii să fie stabilit printr-o regulă cât se poate de cuprinzătoare, urmată de o categorie corespunzătoare de excepții.

Având în vedere cele enunțate, se poate susține ca legiferarea domeniului vast de aplicabilitate a uzucapiunii nu a fost o omisiune normativă.

III. Efectul real al uzucapiunii – argument pentru limitarea drepturilor susceptibile de uzucapiune?

S-ar putea avea în vedere, din modul în care acționează uzucapiunea, o reducere a obiectului ei: dacă se poate prezuma că uzucapiunea are efect real, atunci pot fi fundamentate prin uzucapiune doar astfel de drepturi.

Efectul real (mai bine spus absolut) al uzucapiunii ar trebui să exprime în general faptul că dreptul uzucapat acționează imediat împotriva oricui. Aceasta nu se menționează totuși expres de lege: efectele uzucapiunii în general sunt tratate de ABGB în §1498, care însă vizează doar efectul împotriva proprietarului anterior, acesta trebuind să recunoască dreptul uzucapantului.

Conform actualei păreri dominante nu mai este nevoie de nimic altceva pe lângă condițiile uzucapiunii (de exemplu de întabulare), în vederea dobândirii dreptului prin uzucapiune. Aceasta înseamnă că drepturile reale (care conform părerii majoritare formează exclusiv obiectul uzucapiunii) sunt dobândite imediat, cu toate atributele lor – așadar și cu efectul real.

Cine aduce însa efectul real ca argument pentru posibilitatea de uzucapare doar a drepturilor reale se situează într-un cerc vicios: doar atunci când se elucidează care drepturi pot fi uzucapate se poate răspunde la întrebarea cum acționează aceste drepturi.¹⁵

Împotriva unei argumentări bazate pe caracterul real se poate aduce de asemenea faptul că sarcinile reale au fost tratate dintotdeauna ca obiect al uzucapiunii, chiar și în vremurile în care încadrarea acestora în categoria drepturilor reale era foarte disputată.

Concluzionând, se poate susține că din punctul de vedere al conținutului domeniului de aplicare al §1455 ABGB există două concepții: pe de-o parte este expresia (destul de clară) a §1455 ABGB; pe de altă parte pledează doctrina majoritară, deja prin însăși rânduirea dreptului uzucapiunii în cadrul drepturilor reale, pentru o expunere restrictivă a elementelor constitutive.

IV. Condiții pentru bunurile susceptibile de uzucapiune

A. Înțelesul §1455 ABGB

În cuprinsul său, §1455 ABGB face referire la „bunuri” atunci când reglementează obiectul uzucapiunii. §285 ABGB prezintă noțiunea de „bun” ca și termen tehnic, lărgind acest termen nu doar asupra bunurilor în sensul limbajului uzual, ci asupra a „tot ce servește la trebuințele omului și se deosebește de persoană”.

Este clar însă că în special în domeniul uzucapiunii, prin formularea „uzucapiunea unui bun” (spre exemplu în §1455 ABGB) trebuie înțeleasă uzucapiunea unui drept asupra bunului. A vorbi despre uzucapiunea unui bun este imprecis, întrucât rezultatul împlinirii uzucapiunii este – așa cum corect menționează și §1452 ABGB – întotdeauna un drept dobândit nou, anume uzucapat. Se poate doar diferenția eventual între uzucapiunea unui drept asupra unui bun corporal sau incorporeal.

De asemenea trebuie avut în considerare faptul că redactorii ABGB nu doar au exemplificat unele drepturi susceptibile de uzucapiune, ci au și exclus explicit prin §1456-1459 ABGB o serie de drepturi de la posibilitatea de a fi uzucapate. De aici se poate concluziona că așezarea sistematică a uzucapiunii în partea a III-a a ABGB („Dispozițiuni comune drepturilor personale și drepturilor reale”) nu a fost aleasă aleatoriu, și că uzucapiunea ar trebui să reprezinte un „motiv general de dobândire a tuturor drepturilor”.¹⁶

Consecințe. După reglementarea susceptibilității generale de uzucapare a bunurilor din punctul de vedere al §285, în §1455 teza I ABGB domeniul de aplicare al uzucapiunii cunoaște în continuare două limitări semnificative, prin faptul că bunul trebuie să poată face obiectul posesiei: în primul rând aceasta înseamnă că existența a corpus și animus trebuie să fie cel puțin imaginabilă, iar pe de altă parte rezultă chiar din elementele constitutive ale posesiei că bunul trebuie să fie obiect al circuitului juridic civil. În această sferă problematică se încadrează și ideea că trebuie să fie posibilă – conform §1455 teza I ABGB – „dobândirea“ bunului, și că acesta, din pricina §1455 teza a II-a ABGB, nu poate fi absolut inalienabil.

B. Bunuri susceptibile de a fi posedate

O foarte consistentă restrângere a obiectului uzucapiunii se realizează prin posesie, cerută de §1455 ABGB: toate bunurile care pot fi posedate sunt susceptibile de a fi uzucapate.

Este evident că pot fi aduse o serie de argumente sistematice pentru o expunere restrictivă a formulării deosebit de vagi din §1455 ABGB; în acest scop trebuie cercetat cum se poate limita domeniul de aplicare al uzucapiunii, care aparent este nemărginit.

1. Posesia – prezentare generală

În general pot fi posedate bunuri corporale („posesie de bunuri”) și de asemenea pot fi în principiu uzucapate fracțiuni din bunuri și părți componente ale bunurilor. Însa obiect al posesiei îl pot constitui și drepturile („posesie de drepturi”¹⁷): §311 ABGB exprimă clar, că bunuri corporale sau incorporale care sunt legalmente în circulație pot fi luate în posesie. În doctrina actuală, posesia este recunoscută asupra anumitor drepturi reale, ca de exemplu servituțiile, dar și asupra drepturilor de creanță rezultate din raporturi de creanță ce executare succesivă.

Se mai pune doar problema dacă nu cumva acele bunuri a căror posesie este interzisă prin lege sunt automat excluse de la uzucapiune. În acele legi care interzic posesia (de exemplu Legea drogurilor¹⁸ și Legea armelor¹⁹) nu este vorba în realitate de o interdicere a posesiei în sensul dreptului civil, ci doar de o sentință de nevalorificare referitor la detenție. În acest sens menționează §6 din Legea armelor, că „are valoare de posesie a armelor și muniției [...] și detenția acestora”.²⁰ Stânjenitor uzucapiunii ar putea fi în cele două legi speciale mai degrabă faptul că în §6 din Legea drogurilor sau în §17 din Legea armelor este interzisă nu doar posesia, ci de asemenea dobândirea de „mărfuri interzise”. Aceasta urmează însă a fi analizat în secțiunea legată de susceptibilitatea de circulație.

2. Posesia în baza unui titlu (putativ) – § 1461 ABGB

2.1 Relevanța generală a dispoziției

Conform §1461 ABGB, în vederea împlinirii uzucapiunii este nevoie de o posesie legitimă. Această condiție, referitoare la uzucapiunea de scurtă durată, ar putea justifica în același timp o nouă îngrădire a sferei drepturilor susceptibile de a fi uzucapate. Astfel, după litera legii (§1477 ABGB), pentru uzucapiunea de lungă durată nu este necesar un just titlu; ba mai mult, nici măcar dovada inexistenței unui just titlu nu poate elimina efectele uzucapiunii deja împlinite.²¹ Prin această dispoziție sunt avute în vedere acele situații în care titlul a luat naștere formal, însă este suspensiv, neeficient sau anulabil din cauza unui viciu, urmărindu-se astfel protejarea posesorului nelegitim, dar de bună credință.

Justețea rămâne totuși un punct important, care trebuie să se suprapună cu buna credință. Într-o formă substanțial modificată (în sensul de slăbită) are importanță justețea și pentru uzucapiunea de lungă durată: se pune problema în ce fel de titlu s-a încrezut uzucapantul. Doar dacă acest titlu – acceptat din eroare de către uzucapant – corespunde exigențelor pentru justețea titlului, atunci poate fi vorba despre intervenția uzucapiunii; aceasta întrucât instituția uzucapiunii nu are în principiu scopul de a legitima dobândirea fără titlu și nejustă, ci – cu excepția uzucapiunii extratabulare²² – în primul rând are scopul de a „uzucapa“ lipsa îndreptăririi proprietarului anterior.²³

În cazul lipsei titlului s-ar putea constitui două categorii: cel care spre exemplu crede că a dobândit proprietatea dintr-un titlu care teoretic ar fi fost suficient pentru transferul proprietății, deși posesia bunului i-a fost transmisă doar în baza unui contract de închiriere, este protejat în cadrul uzucapiunii de lungă durată, deoarece această apreciere greșită referitoare la conținutul titlului trebuie să ducă la dobândirea dreptului.²⁴ Cel care, din contră, știe că a obținut bunul doar în baza unui contract de închiriere, însă crede că prin uzucapiune poate dobândi proprietatea dacă folosește bunul suficient de mult timp, acesta este de rea credință – întrucât folosește bunul cu credința că este proprietar doar din momentul în care s-a scurs termenul uzucapiunii –, în spatele respectivei situații aflându-se în realitate (doar ipotetic în privința uzucapiunii de lungă durată) și problema justului titlu prevăzut în §1461 ABGB.

Sfera bunurilor susceptibile de a fi uzucapate trebuie așadar limitată la aria uzucapiunii de scurtă durată. Un argument pentru această susținere poate fi adus printr-o interpretare teleologică a normelor ABGB: §1477, care exclude legitimitatea posesiei de la cerințele pentru uzucapiunea de lungă durată, nu se situează în secțiunea referitoare la condițiile uzucapiunii (§1460-1465 ABGB), ci se situează relativ ascuns, la sfârșitul dispozițiilor legate de timpul uzucapiunii. Această așezare nu lasă impresia că legiuitorul ar fi dorit crearea unei forme diferite a uzucapiunii pentru o nouă categorie de drepturi.²⁵

Prin ideea că doar acele drepturi pot fi dobândite prin uzucapiunea de lungă durată care cel puțin raportat la titlul lor ar putea fi dobândite în principiu și prin uzucapiunea de scurtă durată, s-ar putea eventual exclude de la susceptibilitatea de uzucapare și drepturile de creanță; referitor la aceste drepturi nu este aplicabilă uzucapiunea de scurtă durată, deoarece în cazurile în care există deja un just titlu, dreptul de creanță se naște oricum – chiar și dacă respectivul titlu are drept consecință obligarea la daune-interese întrucât nu procură poziția dorită (de exemplu în cazul subînchirierii interzise)²⁶.

O uzucapiune de scurtă durată a drepturilor de creanță ar presupune așadar posibilitatea uzucapării propriului drept, ceea ce nu este acceptabil.

2.2 Conținutul §1461 ABGB

2.2.1 Limitarea uzucapiunii prin titlu

Conform viziunii redactorilor ABGB, proprietatea poate fi uzucapată în baza unui just titlu doar dacă respectivul titlu ar fi putut transmite proprietatea: dacă bunul este transmis în vederea folosinței, titlul nu este suficient pentru uzucaparea proprietății; cel cărui i se transmite un bun cu titlu de uzufruct sau depozit, nu poate să și-l însușească permanent ca și proprietar, în baza instituției uzucapiunii²⁷; persoana care beneficiază de un contract de folosință a unui drum larg de 2 metri nu poate în baza respectivului titlu să uzucapeze folosința unui drum de 2,5 metri. De asemenea, într-o speță s-a statuat că deși a folosit mai mult de 40 de ani un teren acordat de autoritățile locale, biserica nu a dobândit totuși proprietatea prin uzucapiune, deoarece folosința a fost acordată doar pentru înmormântări, iar folosirea conform acestei de destinații nu poate duce la dobândirea proprietății prin uzucapiune.²⁸

Limita titlului constituie așadar și limita uzucapiunii.

2.2.2 Titlu irevocabil

O ultimă îngrădire a domeniului de aplicare al uzucapiunii este reprezentată de excluderea tuturor titlurilor revocabile, redactorii ABGB considerând că acestea nu se pot încadra în categoria titlurilor juste. Însă dacă ar fi să urmărim fidel acest punct de vedere ar trebui exclusă și uzucapiunea bazată pe un transfer al proprietății cu titlu de garanție²⁹ (cel puțin în cazul în care transferul se face sub condiție).

În realitate, soluția corectă este că sunt îndestulătoare doar acele titluri în baza cărora un bun este transferat durabil unei alte persoane³⁰. Înțelesul vag al noțiunii „durabil” necesită în continuare o analiză detaliată, putându-se forma mai multe categorii de situații în care titlul este îngrădit prin durată:

a) Transferul proprietății cu titlu de garanție – sarcina de natură obligatorie de returnare a transferului

Actuala majoritate doctrinară consideră că un titlu prin care se realizează transferul proprietății cu titlu de garanție nu este suficient pentru admiterea uzucapării propriu-zise a proprietății. Există însă și unii autori care nuanțează puțin ideea de respingere categorică a fundamentării uzucapiunii propriu-zise pe transferul proprietății cu titlu de garanție. Aceștia aduc ca argument faptul că revocabilitatea titlului operează doar în raport cu titularul precedent, nu și față de terți – așadar nici față de adevăratul proprietar.

Printr-un exemplu (fig. 1) se poate demonstra că în cazul de față uzucapiunea contravine siguranței circuitului civil, fără a ajunge însă din această cauză la rezultate inechitabile: B transferă un bun cu titlu de garanție lui C, adevăratul proprietar fiind însă A. C uzucapă proprietatea (oferită ca și garanție), dar este nevoit să o transfere înapoi lui B, în baza obligației contractuale; în continuare B, întrucât dispune de titlul, modus și îndreptățirea titularului precedent, devine el însuși proprietar pe cale derivativă – cale în care nu e nevoie de buna credință.

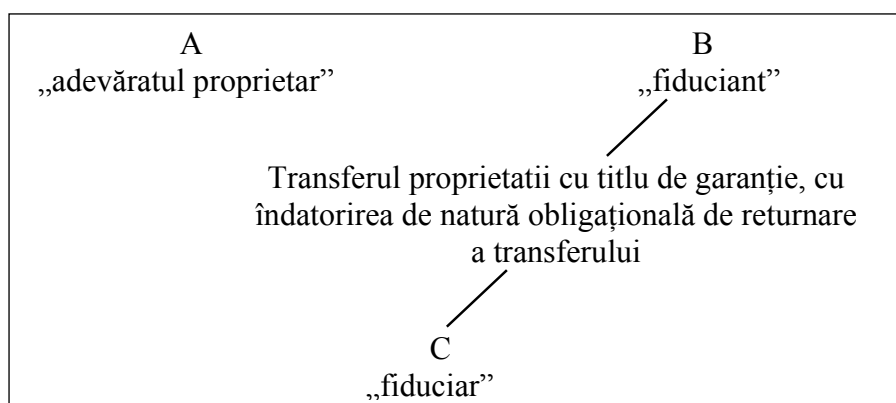


Fig. 1³¹

În prima variantă, B este de bună credință și ar fi uzucapat proprietatea chiar și fără mijlocirea lui C. Faptul că el dobândește de la fiduciar și nu direct de la A nu afectează rezultatul, întrucât A și-ar fi pierdut proprietatea și în cazul în care B însuși ar fi uzucapat între timp.

În varianta a II-a B este de rea credință, neputând să uzucapeze de unul singur. Deoarece i-a fost înstrăinat propriul bun, lui A îi stă oricum la dispoziție o acțiune de revendicare împotriva lui B, obținând restituirea în baza §1041 ABGB („întrebuințarea unui bun în folosul altuia“). Așadar admiterea uzucapiunii nu duce la o nedreptate nici în această variantă, bunul ajungând în cele din urmă înapoi la A.

Ar putea fi discutabil dacă C, care a uzucapat „doar” proprietatea cu titlu de garanție, poate să-i transfere „înapoi” lui B (care este de rea credință) și proprietatea materială deplină. Doctrina majoritară consideră că aceasta este posibil, întrucât proprietatea cu titlu de garanție este deplin valabilă față de terți. B nu profită însă de uzucapiunea lui C întrucât în cazul lui B nu se aplică principiul conform căruia cel ce dobândește proprietatea în mod originar prin uzucapiune rămâne protejat față de acțiunea în îmbogățire fără justă cauză. Așadar A poate revendica și obține bunul în temeiul §1041 ABGB.

Rezultatul revendicării lui A este diferit doar în cazul în care B a ajuns între timp în insolvență, deoarece în această variantă bunul va intra în masa de faliment, iar A va fi tratat ca orice alt creditor. Dacă B ar fi falimentat înainte de dobândirea intermediară a proprietății de către C, atunci A ar fi putut cere sustragerea bunului din masa de faliment, întrucât acesta îi aparținea încă.

Așadar din punctul de vedere al rezultatului final, uzucapiunea nu are consecințe care să-l avantajeze în vreun fel pe B, iar raportat la A, uzucapiunea are efecte depline doar atunci când B și C sunt de bună credință (și îndeplinesc bine-nțelele restul condițiilor uzucapiunii).³²

b) Transferul proprietății cu titlu de garanție, afectat de condiție sau termen

Pentru analiza influenței condiției și a termenului asupra uzucapiunii este necesară diferențierea între titlul juridic afectat de condiție/termen rezolutoriu și cel afectat de condiție/termen suspensiv:

Dacă B îi transferă lui C un bun cu înțelegerea ca titlul să se desființeze și bunul să fie înapoiat lui B în momentul în care acesta face plata, atunci este vorba de un titlu cu **condiție/termen rezolutoriu** (fig. 2). Acest caz se aseamănă cel mai mult celui descris mai sus.

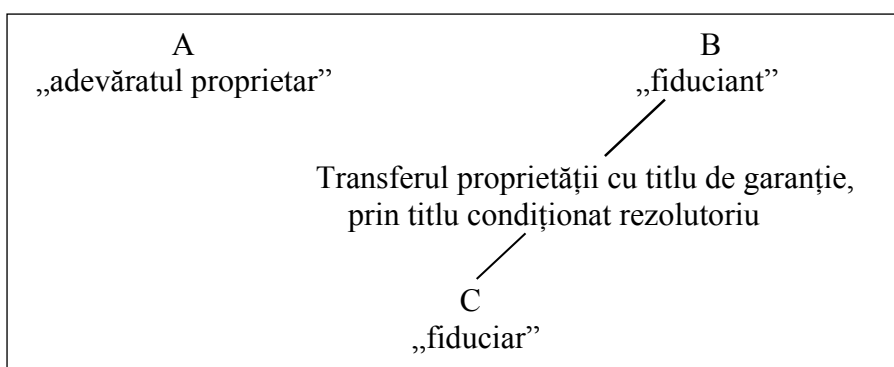


Fig. 2³³

În baza unui just titlu, C poate uzucapa (eventual cu adăugarea timpului de uzucapiune al lui B) doar proprietate acordată cu titlu de garanție sub condiție/termen rezolutoriu, întrucât limitele titlului reprezintă și limitele uzucapiunii. În cazul realizării condiției/termenului, titlul lui C dispare, dispărând astfel și proprietatea sa uzucapată de la neproprietar.³⁴ Se pune problema cui să îi revină în acest moment proprietatea.

Și aici trebuie făcută distincție între buna și reaua credință a lui B: dacă B e de rea credință, atunci el dintru început nu poate să uzucapeze, în consecință proprietatea poate ajunge în acest caz doar înapoi la A, care era îndreptățit inițial (§1041 ABGB).

Situația diferă în ipoteza în care B este de bună credință: detenția lui C trebuie înțeleasă în sensul că acesta îi mijlocește posesia lui B până în momentul dispariției titlului, astfel încât buna credință a lui B duce la uzucapiune. În formula în care B este de bună credință, uzucapiunea lui C acționează în defavoarea lui A.

Mai rămâne de analizat situația în care un bun aparținând lui A este vândut de către B lui C sub **condiție/termen suspensiv** (de exemplu din cauza necesității emiterii de către o autoritate publică a unei aprobări legate de circulația terenurilor) – fig. 3. Titlul lui C este susceptibil de a transfera proprietatea doar în momentul realizării condiției/termenului, până atunci proprietatea i-ar fi rămas vânzătorului B și în ipoteza în care ar fi vândut un bun propriu.

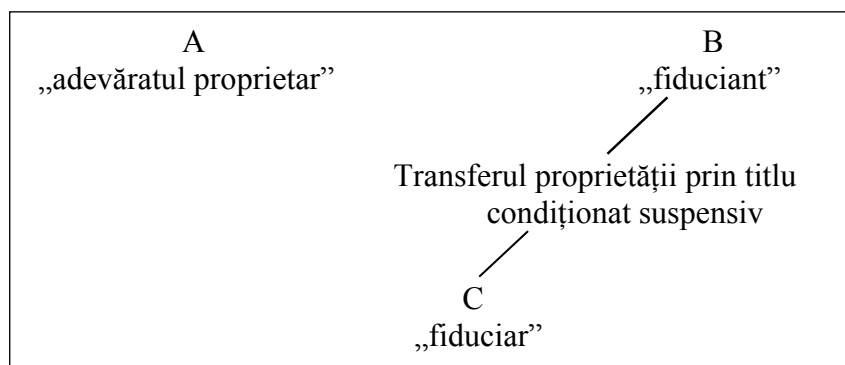


Fig. 3³⁵

O parte a doctrinei³⁶ susține că un titlu afectat de condiție/termen suspensiv – așadar încă nesusceptibil de transferul proprietății – permite o uzucapiune legitimă doar din momentul realizării condiției/termenului. Ar fi vorba așadar, spre deosebire de ipotezele enunțate mai sus, nu de un caz de revocabilitate (în sensul unei desființări) a titlului, ci de încheierea situației suspensive de dinaintea începerii validității titlului.

Totuși, doctrina majoritară consideră că timpul de posesie anterior realizării condiției/termenului se adaugă la uzucapiune.

Întrucât atât în cazul titlului suspensiv cât și în cazul titlului rezolutoriu nu intervin rezultate inechitabile și contrare ordinii generale, posesia bazată pe astfel de titluri este susceptibilă să ducă la uzucapiunea propriu-zisă a proprietății și a altor drepturi condiționate rezolutoriu (de exemplu servituți).³⁷

c) Revocare în baza dreptului potestativ³⁸ stabilit de lege

După cum s-a enunțat mai sus, conform viziunii redactorilor ABGB, un drept poate fi uzucapat doar în cazul în care a fost transferat irevocabil printr-un contract ce reprezintă titlu. Această teză este la prima vedere incompatibilă cu ideea că orice contract – indiferent că este un contract cu executare instantanee sau unul cu executare succesivă – este desființabil cel puțin prin acțiunea redhibitorie a cumpărătorului în cazul existenței unor vicii substanțiale. În realitate, sensul „irevocabilității” cerute de ABGB privește excluderea doar a ipotezelor unui drept de revocare absolut arbitrar (în care înstrăinătorului îi revine exclusiv dependent de voința sa un drept de revocare sau de reziliere – așadar un drept potestativ), nu și a acelor ipoteze în care dreptul de revocare rezultă din dispoziții legale generale, în special când este vorba atingeri aduse bunelor moravuri și ordinii publice. De asemenea se încadrează în sfera irevocabilității imaginate de fondatorii ABGB situația transferului afectat de condiție, dacă realizarea condiției nu este dependentă exclusiv de voința unei părți contractante, ci mai necesită în plus anumite circumstanțe obiective.³⁹

C. Susceptibilitatea de circulație

La analiza textului §1455 ABGB („Tot ce se poate dobândi, [...] bunuri ce nu se pot posedă [...] de asemenea bunurile și drepturile ce sunt absolut inalienabile”), se poate constata că susceptibilitatea de circulație a bunurilor care pot fi uzucapate este de fapt exprimată în trei rânduri. Teza I a articolului menționează că doar „ce se poate dobândi” poate fi uzucapat, iar teza a II-a face referire în prima parte la posesie, care de asemenea este posibilă doar la acele bunuri care sunt legalmente în circulație (§311 ABGB), în timp ce în a doua parte exclude de la uzucapiune acele „bunuri și drepturi ce sunt absolut inalienabile”.

1. Bunuri și drepturi „absolut inalienabile”

Ultima parte a §1455 ABGB menționează că bunurile și drepturile absolut inalienabile nu pot face obiect al uzucapiunii. Ce-i drept, susceptibilitatea generală de circulație este în sine o condiție a posesiei unui bun, însă totuși redactorii ABGB nu au vrut să renunțe la legiferarea acestui element al posibilității de înstrăinare ca punct independent.

2. Susceptibilitatea de circulație raportat la §311 ABGB

După cum s-a amintit, §311 ABGB impune susceptibilitatea de circulație a bunurilor pentru ca acestea să poată fi posedate. Aceasta indică în primul rând că efectele juridice ale posesiei sunt legate doar de bunuri patrimoniale sau de drepturi patrimoniale, nu și de acele drepturi care nu pot exista în proprietatea vreunei persoane sau care izvorăsc din personalitatea omului.

În comentariile sale, unul dintre părinții fondatori ai ABGB⁴⁰ enunță bunurile care nu pot face parte din circuitul civil, încadrându-le în două categorii: pe de-o parte bunuri care din motive de stat și pe de altă parte bunuri care din pricina naturii lor nu sunt susceptibile de circulație. Sfera drepturilor neincluse în circuitul de drept privat poate fi și ea împărțită în două: drepturi care nu pot fi dobândite de nici o persoană și drepturi strict personale.

Totuși, de la instituția posesiei nu trebuiesc excluse acele bunuri a căror posesie este expres interzisă de lege, dacă această interdicție nu este generală, adresată tuturor persoanelor: este vorba aici doar de o îngrădire a circulației, nu de o suprimare a susceptibilității de circulație.

3. Susceptibilitatea de dobândire obiectivă și subiectivă

3.1 Notiuni generale

În observațiile redactorilor ABGB legate de §1455 ABGB (având ca temă susceptibilitatea de circulație), aceștia fac trimitere nu doar la dispozițiile articolului referitor la posesie (§311 ABGB), ei menționează de asemenea că trebuie să se facă uz și de dispozițiile §355 ABGB⁴¹. Acest articol cunoaște însă pe lângă limitările obiective (generale, reale) și limitări subiective (legate de persoană) ale circulației.

Faptul că este necesară și susceptibilitatea de dobândire subiectivă reiese încă din §1453 ABGB. Această dispoziție cere pe latură subiectivă „capacitatea de a dobândi”, însă trebuie făcută observația că în dreptul austriac nu există persoane complet incapabile de a avea patrimoniu; în consecință este în principiu oricine capabil din punct de vedere subiectiv de a uzucapa. Totuși, §1453 ABGB nu se referă la o capacitate de dobândire abstractă, ci la una concretă, după cum și fondatorii ABGB susțineau că „cine nu este capabil să posedă și să dobândească anumite categorii de bunuri sau drepturi, nu le poate obține pe acestea nici prin uzucapiune”⁴². Este vorba așadar nu doar de capacitatea subiectivă de dobândire a posesiei, ci în plus de capacitatea subiectivă de dobândire a proprietății, reglementată în §355 ABGB.

În concluzie, obiectul uzucapiunii trebuie să fie nu doar obiectiv susceptibil de circulație, ci și (subiectiv) susceptibil de a fi dobândit.

Vechea doctrină⁴³ sublinia că există bunuri corporale care n-ar trebui înstrăinate, însă nu există asemenea bunuri care nu pot fi înstrăinate, astfel că un contract de dobândire interzis determină doar nevalabilitatea titlului, uzucapiunea de lungă durată

fiind posibilă. Se făcea de asemenea distincție între noțiunea de susceptibilitate de circulație și cea de susceptibilitate de înstrăinare, iar aceasta din urmă era enunțată în legătură cu interdicțiile de înstrăinare legale, judecătorești și „voluntare”. Cazurile înstrăinării interzise nu reprezintă – după cum susțineau vechii doctrinari – cazuri ale înstrăinării absolut imposibile; o interdicție de înstrăinare (de exemplu limitările de circulație în cazul terenurilor) se răsfrânge doar asupra titlului, lăsând neatinsă posibilitatea unei uzucapiuni de lungă durată.

Încă din vechea doctrina se dezvoltase ideea că susceptibilitatea de înstrăinare poate fi împiedicată doar de interdicții de înstrăinare absolute, în timp ce în cazul interdicțiilor relative rămâne valabil contractul (care constituie titlul) încheiat contrar interdicției de înstrăinare cu un terț.

Actualmente se consideră că trebuie diferențiat și între interdicții de înstrăinare legale, voluntare sau judecătorești, iar în cadrul limitărilor de înstrăinare voluntare trebuie din nou distins între limitări contractuale și limitări de ultima voință.

3.2 Limitări de dobândire dispuse prin lege

3.2.1 Bunuri corporale

Referitor la susceptibilitatea dobândirii de bunuri a căror înstrăinare e limitată prin norme speciale, trebuie făcută distincție între situația în care mijlocul respectiv de dobândire nu poate fi realizat din cauza naturii sale și situația în care însăși transmiterea dreptului trebuie să fie împiedicată. De regulă scopul normei este diferit, în funcție dacă un bun nu trebuie deloc să ajungă în proprietate privată, sau dacă nu poate fi transmis mai departe într-o anumită formă.

Și în BGB⁴⁴ este de altfel menționat că interdicțiile de circulație stabilite prin lege împiedică uzucapiunea atunci când prin ele se urmărește să fie împiedicată dobândirea proprietății. Așadar când interdicția de circulație are scopul de a împiedica dobândirea proprietății, o „potențială dobândire legală” este inimaginabilă.

Asemenea limitări de înstrăinare se întâlnesc în diferite ramuri ale ordinii de drept austriece, cum ar fi spre exemplu Legea armelor⁴⁵, care interzice în sensul dreptului armelor nu doar dobândirea, ci și „posesia” fără aprobare din partea autorităților publice. Dacă se admite că scopul interdicției nu se îndreptat doar împotriva naturii, locului și timpului încheierii contractului, ci în realitate împotriva dobândirii necontrolate a anumitor arme de către persoane neadecvate, atunci trebuie trasă concluzia că achiziționarea fără aprobare a unei arme este lipsită de efect. Așadar în acest caz nu se poate ajunge la uzucapiune întrucât dobândirea unui drept prin uzucapiune este posibilă doar în acel cadru în care este permisă și dobândirea prin contract.

O finalitate diferită o are §3 din Legea pirotehniei⁴⁶, al cărei scop nu este de a îngriji dobândirea de articole pirotehnice, dar mai degrabă de a asigura ca bunurile periculoase să ajungă doar în mâinile persoanelor competente. Aceasta

înseamnă că industriașul poate cumpăra asemenea articole, însă nu le poate „poseda” în sensul de a le deține în păstrarea sa personală; așadar fiind admisibilă posesia mijlocită, prin angajați profesioniști, nu există nici un motiv pentru înlăturarea posibilității de a uzucapa.

3.2.2 *Drepturi de creanță*

Drepturile de creanță, asemenea bunurilor corporale, reprezintă valori patrimoniale pentru cel îndreptățit, iar la dispoziția transmiterii lor se află instituția cesiunii de creanță. Și în cazul acestei categorii de valori patrimoniale există anumite drepturi care din cauza susceptibilității lor de circulație pot face obiect al posesiei, însă în lipsa susceptibilității de dobândire nu pot face obiectul uzucapiunii.

În principiu sunt toate drepturile de creanță susceptibile de înstrăinare în sensul că sunt cesibile. Îngrădiri ale posibilității de cedare pot reieși din lege la fel cum se întâmplă la dobândirea de bunuri corporale, astfel că nu pot fi în general cedate drepturi atunci când prin schimbarea creditorului i se impune debitorului cedat un conținut modificat al creanței. Cerința identității conținutului creanței are rolul de a-l ocroti pe debitor și este o aplicare a principiului inadmisibilității încheierii de contracte în dauna terților. În plus există interdicții legale exprese de cesiune, ca de exemplu pentru dreptul de răscumpărare (§1070 ABGB), dreptul cumpărătorului de a revinde bunul vânzătorului (§1071 ABGB corelat cu § 1070 ABGB) și dreptul de preempțiune (§1074 ABGB).

3.3 **Limitări de înstrăinare făcute voluntar**⁴⁷

3.3.1 *Limitări de ultimă voință (substituția fideicomisară*⁴⁸)

În prezent se admite în mod unanim că în nici un caz nu pot fi afectate de substituția fideicomisară alte acte decât cele de dispoziție, în timp ce actele de asumare a obligației rămân neafectate. Așadar înstrăinarea împotriva interdicției este valabilă în ceea ce privește actul de asumare a obligației, doar dreptul de dispoziție fiind condiționat de consimțământul moștenitorului subsecvent.

În ipoteza în care acest consimțământ pentru dispoziție lipsește, este necesară evaluarea unei dobândiri de bună credință. Legat de bunurile imobile și drepturile tabulare, în încheierea unei hotărâri a Curții Supreme austriece⁴⁹ se poate observa o modalitate a dobândirii de bună credință care depășește principiul pozitiv al publicității prevăzut în GBG⁵⁰: instanța a statuat că în cazul în care rubrica de substituție⁵¹ nu a fost niciodată completată, cererea prin care moștenitorul subsecvent solicită iradierea noului dobânditor este din start ineficientă, iar acesta din urmă obține o poziție de drept incontestabilă. O dobândire de bunuri mobile ar fi de asemenea imaginabilă, mai ales în ceea ce privește dobândirea bunurilor de gen.

3.3.2 Interdicția de înstrăinare și grevare, conform §364c ABGB

a) Prezentare generală

Începând cu a treia revizuire a ABGB din anul 1916, §364c stabilește clar că interdicțiile de înstrăinare și grevare sunt valabile exclusiv inter partes. Doar înscrierea unei asemenea interdicții în CF (conform tezei a II-a a §364c ABGB) face posibilă o limitare opozabilă terților a susceptibilității de circulație pentru dreptul de proprietate asupra imobilelor și dezmembrămintele acestuia.

Referitor însă la uzucapiune, actuala doctrină consideră că aceasta nu poate fi împiedicată nici chiar printr-o interdicție de înstrăinare și grevare opozabilă terților. Dacă uzucapiunea se împlinește înainte ca interdicția să fie întabulată, atunci respectiva interdicție, întrucât nu are acțiune retroactivă, nu mai poate înlătura efectele uzucapiunii. Pentru situația în care interdicția de înstrăinare sau grevare luase ființă înainte de împlinirea uzucapiunii, în doctrină s-au conturat două opinii: una consideră că și în acest caz uzucapiunea produce efecte, întrucât acestea nu sunt împiedicate de nașterea unei interdicții „reale”; dimpotrivă, cealaltă opinie (ce-i drept minoritară) consideră că uzucapiunea nu se mai poate împlini.⁵²

b) Caracteristicile interdicțiilor de înstrăinare și grevare înscrise în CF

Conform unei viziuni mai vechi, interdicția de înstrăinare sau grevare ar împiedica doar nașterea unui titlu valabil, nu și uzucapiunea de lungă durată.⁵³ Din contră, majoritatea doctrinei și jurisprudenței actuale consideră că nu contractul-titlu, ci doar actul de dispoziție ar putea fi ineficient în cazul în care acesta se face cu nerespectarea interdicției. Așadar la prima vedere nu pare a fi problematică nici încălcarea prin uzucapiune a interdicției întabulate de înstrăinare sau grevare.

Scopul „tehnic” al §364c este limitarea capacității de dispoziție a celui împotriva căruia operează interdicția. Pe lângă posibilitatea juridică de a dispune, prin interdicția de înstrăinare și grevare este îngădită și posibilitatea faptică de dispoziție, întrucât altfel persoana obligată ar putea să-și însușească terțului posesia de bună credință, și astfel să eludeze obligația; dovada celui în favoarea căruia operează interdicția că posesia i-a fost acordată terțului de către proprietarul tabular este suficientă pentru eliminarea eficacității uzucapiunii deja împlinite.⁵⁴

Extinderea asupra dispoziției de fapt se justifică și prin scopul interdicției: proprietarului unui imobil trebuie să-i fie permis să transmită neîngrădit dreptul său tabular urmașilor săi, cu alte cuvinte el trebuie să fie protejat de dispoziții care contravin intereselor acestora. Încheierea de contracte nu are nimic condamnat în sine, întrucât înstrăinătorul poate încerca să obțină consimțământul din partea celui în favoarea căruia operează interdicția.

c) Excurs: uzucapiunea extratabulară și efectele sale juridice

(1) Dezvoltarea actualei situații juridice

➤ ABGB

După cum s-a arătat mai sus, în vederea dobândirii proprietății asupra imobilelor întabulate, §431 ABGB prevede că singurul mod susceptibil de realizare al transferului (modus) este înscrierea contractului de dobândire în CF.⁵⁵

Trebuie evidențiat faptul că redactorii ABGB i-au recunoscut întabulării efectul constitutiv al dobândirii proprietății (modus) asupra imobilelor nu doar pentru situația dobândirii prin contract, ci pentru toate modurile de dobândire. În aceasta stă diferența esențială față de actuala viziune doctrinară, care ce-i drept îi menține întabulării funcția constitutivă în cazul dobândirii prin contract, însă recunoaște și cazuri de dobândire extratabulară a proprietății; în aceste din urmă cazuri modificarea înscrierilor funciare mai are doar rol declarativ.⁵⁶

În cadrul ședinței Comisiei pentru redactarea ABGB s-a propus impunerea unei noi condiții (pe lângă cerința documentului întabulabil) necesare pentru eficiența deplină a întabulării, anume „declarația precisă a posesorului care predă bunul cum că dobânditorul poate fi întabulat”. Se susținea că această declarație este „foarte necesară pentru siguranța înstrăinătorului”, întrucât „adesea contractul este deplin încheiat, însă dobânditorul bunului nu a îndeplinit toate condițiile exprese sau tacite, în special achitarea prețului, astfel că n-ar avea dreptul la întabulare necondiționată. Din acest motiv ar trebui să se pretindă, în vederea întabulării, ca dobânditorul să dovedească îndeplinirea obligațiilor sale prin intermediul declarației de renunțarea la drept făcută de înstrăinător sau printr-o chitanță”.⁵⁷ Urmând acestei propuneri, comisia a inclus drept condiție suplimentară a întabulării consimțământul (conținut în contractul de dobândire sau într-un document separat) dat de cel ce predă bunul cum că „dobânditorul poate fi întabulat ca proprietar”.⁵⁸

Prin această măsură s-a pus „supravegherea” îndeplinirii de către dobânditor a condițiilor material-juridice, necesare pentru întabulare, în sarcina personală a înstrăinătorului bunului.

Din faptul că principiul înscrierii în CF a fost statuat fără excepții pentru dobândirea proprietății asupra imobilelor întabulate se poate deduce că redactorii ABGB nu vedeau în uzucapiunea extratabulară a proprietății un mod de dobândire cu efecte reale; din contră, ei au prevăzut ca efect al acesteia un drept de creanță al posesorului uzucapant împotriva proprietarului înscris în CF, prin care se poate cere transcrierea tabulară a proprietății (prin aceasta dobândind dreptul de proprietate). Dacă proprietarul întabulat era dispus să admită voluntar modificarea înscrierii din CF, atunci se proceda la întocmirea unui document (§435 ABGB) care putea duce la transcrierea dreptului. În cazul refuzului unei atare contribuții, posesorul uzucapant era nevoit să ceară pe calea acțiunii în justiție recunoașterea proprietății și apoi întabularea dreptului recunoscut în baza §1498 ABGB.

➤ Legea Generală a Cărții Funciare 1871⁵⁹

După ce primele principii legate de dobândirea drepturilor reale în baza înscrierii în CF au primit prin intermediul ABGB o reglementare unitară pentru toate provinciile, o comisie a curții imperiale a fost însărcinată cu propunerea unei ordini funciare generale, care să se integreze în noua ordine civilă.

Evenimentele anului 1848 (în special cele prin care așa-numita „eliberare a țăranilor” a provocat naționalizarea cărților funciare domnești) au făcut neamânabile numeroase reforme. Lucrările de modernizare legislativă au condus în cele din urmă în anul 1869, după elaborarea mai multor proiecte, la introducerea în Parlament a proiectului de adoptare a unei legi funciare generale. §4 al acestuia menționa că „prin înscrierea drepturilor reale și a modificărilor acestora în CF, dobândirea, grevarea sau desființarea respectivelor drepturi se produce corespunzător dispozițiilor dreptului civil”.

Comisia juridică a Parlamentului a reliefat că proiectul – asemenea tuturor legilor funciare austriece emise până la acel moment – pornește de la principiul că drepturile reale asupra imobilelor pot fi dobândite doar prin înscrierea în CF (§431 și §445 ABGB). Comisia nu a renunțat la acest principiu printre altele și datorită faptului că în motivarea unei legi prusace din anul 1868, legată de dobândirea proprietății și grevarea reală a terenurilor și a minelor, se evidențiaseră efectele negative ale recunoașterii tradițiunii din dreptul roman ca modus în domeniul imobiliar.

Urmând indicațiilor Comisiei, în §4 al redactării finale a GBG 1871 era specificat că „dobândirea, transmiterea grevarea și desființarea drepturilor civile se realizează doar prin înscrierea acestora în CF”. Această dispoziție, prin lipsa trimiterii la ordinea civilă generală (așa cum se făcea în proiectul legii), consfințează în mod independent principiul întabulării, fără excepții, pentru toate drepturile întabulate.

Autorii GBG 1871, cărora li se întipărise concepția redactorilor ABGB, au aplicat prin această lege în continuare principiul întabulării nu doar la cazurile înstrăinării de voluntare (dobândirea imobilului printr-un contract), ci au făcut de asemenea orice dobândire a proprietății dependentă de întabulare. În conformitate cu acestea, uzucapiunea contra tabulas genera doar un drept de creanță în baza căruia se putea cere transcrierea proprietății, întabularea fiind o condiție esențială pentru dobândirea dreptului de proprietate.

Întabularea unui drept real obținută în procedura nou reglementată în domeniul CF putea fi aprobată doar printr-un document obținut în temeiul unui motiv de drept valid. §32 GBG 1871 stabilea ca și condiție necesară pentru susceptibilitatea de întabulare a unui document privat declarația expresă (conținută în documentul respectiv, în altul separat sau într-o cerere adresată CF) a persoanei al cărui drept era restrâns, grevat, desființat sau transcris asupra unei alte persoane, cum că este de acord cu întabularea. În cazul în care această persoană refuză să coopereze, locul acordului său putea fi ținut de o hotărâre judecătorească, de asemenea susceptibilă să ducă la întabulare (și astfel la transferul proprietății).

➤ Legi care au pus capăt acțiunii absolute a principiului înscrierii în CF

Anul 1896 a marcat o întrerupere a perspectivei legiuitorului austriac în legătură cu valoarea absolută a principiului înscrierii în CF pentru toate modurile de dobândire ale drepturilor reale asupra imobilelor întabulate. Parlamentul a stabilit expres în Legea executării silite⁶⁰ că adjudecatarul imobilului licitat public poate solicita instanței de executare întabularea dreptului său de proprietate și transcrierea drepturilor tabulare legate de proprietatea respectivului imobil chiar și înainte de distribuirea către creditorii a sumei adjudecate, în măsura în care dovedește împlinirea tuturor condițiilor licitației. În §237 al acestei legi s-a specificat pentru întâia oară că dreptul de proprietate se dobândește în cadrul licitației publice odată cu plata prețului.

Curând după acestea a urmat – printr-o lege specială pentru regiunile Tirol și Voralberg – încă un pas legal în direcția înlăturării principiului general că drepturile reale asupra imobilelor pot fi dobândite doar prin întabulare. Respectiva lege stabilea că servituțile de trecere și de scurgere a apelor, în măsura în care se întemeiază pe uzucapiune, nu necesită înscrierea în CF și prevedea că dispoziția §1500 ABGB nu are aplicare asupra acestor drepturi.⁶¹

➤ Legea CF 1955

Una dintre deosebirile esențiale conținute de noua lege funciară față de cea veche constă în faptul că în §130-135 reglementează rectificarea pe cale judecătorească a CF, iar în §136 rectificarea acesteia la cerere⁶². Aceste noutăți sunt deosebit de utile, întrucât în vechea reglementare lipsea un instrument adecvat pentru rectificarea înscrierilor inutile, nepermise, fără obiect sau greșite, astfel de înscrieri care împiedicau sever circulația imobilelor neputând sau putând foarte greu fi înlăturate.

În vederea îndreptării înscrierilor neconforme cu starea de drept, noua lege funciară prevede că aceasta se face fără alte formalități suplimentare în cazul în care eroarea este notorie sau poate fi dovedită prin documente publice. În măsura în care această dovadă poate fi adusă prin declarația unei părți, este suficient un act privat autentificat de notar sau de instanță (§136 alin. 1 GBG).

(2) Actuala viziune în doctrină și jurisprudență

În prezent se consideră că principiul întabulării – conform căruia dobândirea și transcrierea (precum și îngrădirea și desființarea) drepturilor reale asupra imobilelor întabulate are loc prin înscrierea în CF a contractului de dobândire, ca o formă de tradițiune (modus) pentru bunurile imobile – are aplicabilitate doar pentru acele cauze de dobândire pentru care la bunurile mobile tradițiunea este stabilită de lege ca formalitate obligatorie pentru transferul proprietății⁶³.

În afara acestei sfere a devenit de netăgăduit transferul extratabular al proprietății în cazul moștenirii, al adjudecării executării silite, al dobândirii proprietății prin expropriere sau prin construirea cu bună-credință pe teren străin, în cazul dobândirii

proprietății prin succesiunea universală a persoanei juridice (de exemplu prin fuziune), al transferului proprietății terenurilor în cadrul unei proceduri de constituire a unei proprietăți comune și de asemenea în cazurile dobândirii originare a proprietății (de exemplu prin aluviune sau avulsione), inclusiv al uzucapiunii.⁶⁴

Această viziune și-a găsit o pârghie excelentă de aplicabilitate prin §136 GBG 1955, în care se prevedea posibilitatea îndreptării prevederilor tabulare neconforme cu realitatea juridică. În baza acestei dispoziții, ABGB a putut fi interpretat în sensul că acțiunea prevăzută la §1498 ar fi de fapt doar o cerere de îndreptare a mențiunilor funciare, întrucât proprietatea se transmisese deja în momentul împlinirii uzucapiunii, astfel că înscrierea nu mai corespundea realității juridice.

(3) Procedura de întabulare a proprietății dobândite prin uzucapiune

➤ Aspecte generale

Dacă uzucapantul proprietății unui imobil întabulat dorește – în vederea dobândirii deplinei posibilități de dispoziție formală (tabulară) asupra imobilului și în vederea excluderii posibilității dobândirii proprietății de către terțul de bună credință (§1500 ABGB) – întabularea proprietății sale dobândite deja extratabular, el are la dispoziție două variante de a obține un document care poate duce la întabulare (document impus de Legea CF pentru realizarea acestei intenții): pe de-o parte calea de acceptare voluntară a proprietarului aparent din CF și pe de altă parte, în lipsa colaborării voluntare a acestuia, înlocuirea acestei căi de comun acord prin utilizarea unei proceduri în fața autorităților. În ambele cazuri, noul proprietar obține un document în baza căruia poate cere îndreptarea înscrierii din CF.

➤ Întocmirea de comun acord a unui document susceptibil de întabulare

Trebuie menționat că, în general, consimțirea la întabulare – declarație expresă a aceluia al cărui drept urmează să fie îngrădit, grevat, desființat sau transcris asupra unei alte persoane prin înscrierea în CF (§433 ABGB și §32 alin 1 lit. b GBG 1955) – este, ca document doveditor al voinței de a dispune, parte componentă a actului de dispoziție care duce la întabulare (modus)⁶⁵. O cerere de predare a acordului de întabulare – în orice caz după îndeplinirea condițiilor de drept material pentru înscrierea în CF (în special contraprestația din actul de asumare a obligații contractuale) sau după asigurarea îndeplinirii acestora – trebuie făcută doar în concordanță cu actul anterior de asumare a obligației și doar acolo unde este necesară pentru transferul dreptului, realizat prin tradițiunea bunului (la imobilele întabulate prin înscrierea în CF); nu însă acolo unde această modificare de natură reală a intervenit deja extratabular.⁶⁶

Cu toate acestea, practica judiciară tratează „întabularea consensuală” a proprietății uzucapate în același fel în care tratează procedura de transcriere tabulară a proprietății în temei contractual. Astfel, într-un document de recunoaștere, părțile

indică actualul conținutul al CF și starea de fapt relevantă pentru uzucapiune împreună cu concluzionarea împlinirii valabile a uzucapiunii, iar în baza acestui document uzucapantul își poate valorifica dreptul de întabulare a proprietății. Cel întabulat recunoaște astfel expres cererea de transcriere funciară a proprietății și consimte la întabulare conform §32 alin (1) lit b GBG 1955 (articolul este identic cu cel din GBG 1871). „Temeiul legal“ este așadar în cazul acesta un contract civil de consimțire (§26 GBG 1955). Această procedură are la bază §433ABGB și §32 alin (1) lit b GBG 1955, norme redactate în conformitate cu vechea doctrină, în care se susținea că uzucapiunea proprietății la imobilele întabulate i-ar procura uzucapantului împotriva celui întabulat doar un drept de creanță de a cere transcrierea proprietății (modus), singura în măsură să îi furnizeze dreptul de proprietate.

Soluțiile practicii sunt aspru criticate în doctrina de specialitate, care consideră că fundamentul întabulării proprietății obținute prin uzucapiune ar trebui să fie §136 GBG (referitor la rectificarea la cerere a înscrierilor greșite). Aceasta pare a fi varianta corectă, având în vedere că efectul real al uzucapiunii îi procură uzucapantului proprietatea originală, extratabulară și pune în același timp capăt proprietății celui întabulat chiar în secunda juridică a împlinirii uzucapiunii. Ideea acceptată în practica judiciară, că întabularea se face prin intermediul unui document privat – cu declarația expresă a aceluia împotriva căruia operează uzucapiunea cum că acceptă înscrierea (§32 alin 1 lit b GBG 1955) – nu este așadar conformă cu situația juridică generală. Persoana întabulată face declarația în scopul îndeplinirii unei formalități care este însă lipsită de conținut, întrucât se fundamentează pe aprobarea transferului proprietății unui imobil care nu mai este al său. Odată cu scurgerea timpului de uzucapiune intervine dobândirea proprietății de către uzucapant și în același timp pierderea proprietății de către cel întabulat ipso iure, fără a mai fi necesar vreun alt act juridic. Înscrișul din CF, care inițial era corect, nu mai corespunde realității din momentul modificării situației juridice (discrepanță între starea de drept materială și înscrișul tabular). Uzucapantului i se naște, din dreptul său real dobândit extratabular, dreptul unei cereri de natură reală de rectificare a CF, această cerere nefiind însă una de transfer al proprietății, ci una având ca scop îndreptarea înscrierii greșite din CF.⁶⁷

Așadar întabulării cerute îi revine doar o valoare declarativă, nu una constitutivă. Ca și fundament al înscrierii este suficient, în locul condiției suplimentare cerute de GBG 1955 (înaintarea unui document public sau privat), dovada incorectitudinii înscrierii funciare, dovadă ce se face printr-un document public sau prin faptul că incorectitudinea este notorie, conform §136 GBG. Această dovadă poate fi de asemenea făcută prin declarația unei părți (în special cea împotriva căreia a acționat uzucapiunea) conținută într-un document autentificat de instanță sau notar, atâta timp cât aceste afirmații relevă incorectitudinea înscrișului din CF. Însă o simplă declarație a unei părți, chiar și a aceleia care a pierdut prin uzucapiune, cum că înscrișul din CF ar fi incorect, nu este suficientă pentru a genera automat modificarea înscrișului. Aceasta este o apreciere juridică ce revine instanței funciare, părțile putând doar să-i furnizeze acesteia starea de fapt, din care instanța va trage singură concluziile.

➤ Eliberarea de către autoritatea administrativă a unui document susceptibil de întabulare

În cazul în care cel întabulat nu e dispus la întocmirea unui document privat susceptibil să rectifice înscrierea din CF, uzucapantul poate să obțină pe cale contencioasă un alt document – anume public – potrivit pentru transpunerea cererii sale de îndreptare. Acest document trebuie să aibă conform §33 alin 1 lit d GBG 1955 „proprietatea unei sentințe executabile silit“

Jurisprudența, ca de altfel și doctrina majoritară îmbrățișează punctul de vedere că doar o sentință care este executabilă silit potrivit §350 Legea executării silite corespunde cerințelor §33 alin 1 lit d GBG 1955 privind posibilitatea de întabulare, în timp ce unei sentințe în constatarea dreptului îi lipsește caracterul executabil, și prin urmare susceptibilitatea înscrierii în CF.

Astfel, în practică, acțiunea de chemare în judecată intentată de proprietarul care a uzucapat îmbracă adeseori forma unei cereri în constatarea dreptului, cumulată cu o cerere în realizarea dreptului (de exemplu cerere de predare a acordului la întabulare sau cerere de transfer tabular al proprietății); această formulă combinativă are evident rolul de a deschide uzucapantului calea spre întabulare potrivit §350 din Legea executării silite⁶⁸.

Există unii autori⁶⁹ care aduc critici unei asemenea practici. S-a susținut că având în considerare efectele dobândirii extratabulare și nemijlocite a dreptului, cererea din §1498 ABGB în vederea „recunoașterii dreptului de proprietate” este o simplă cerere de îndreptare a CF. Prin urmare nu ar trebui să fie admisibilă o cerere suplimentară – cumulată cu cea în constatarea dreptului – prin care să se ceară părâtului întabulat consimțirea expresă la întabularea proprietății uzucapate, întrucât la un asemenea consimțământ este obligată persoana întabulată doar când este vorba de moduri derivative de dobândire a proprietății, care necesită înscrierea în CF (modus).

În argumentarea acestei susțineri se merge pe ideea că sintagma „pronunțare executabilă silit” din §33 GBG 1955 înseamnă, de fapt „executabilă de către instanța de carte funciară”. Așadar sentința care consfințește proprietatea reclamantului uzucapant asupra unui imobil întabulat ar fi, conform autorului menționat, un document public adecvat pentru realizarea întabulării în baza §33 alin 1 lit d GBG 1955, o asemenea sentință în constatarea dreptului intrând în categoria acelor documente care au proprietatea unei pronunțări „executabile silit” a unei autorități publice.

(4) Concluzie

Cu toate că fondatorii ABGB au avut în vedere un principiu absolut al întabulării, jurisprudența și doctrina ultimului secol au adus o altă interpretare a normelor care se află într-o anumită relație de tensiune cu acest principiu; o astfel de interpretare nu este în contradicție cu textul ABGB și se armonizează cu celelalte principii ale dreptului civil. Chiar și legiuitorul austriac și-a însușit această concepție

prin faptul că – încă din 1896 prin §237 al Legii executării silite (referitor la transferul proprietății odată cu plata prețului în cadrul adjudecării imobilelor la licitații publice), dar cel mai evident în anul 1955 prin redactarea §136 GBG – a recunoscut expres excepții ale principiului înscrierii în CF.

d) Consecințe

Întrucât uzucapiunea extratabulară generează transferul dreptului încă dinainte de întabulare, o interdicție de înstrăinare sau grevare înscrisă ulterior în CF nu poate înlătura efectele uzucapiunii deja împlinite.

Problema se pune dacă o asemenea interdicție născută anterior împlinirii termenului de uzucapiune îngrădește în asemenea măsură susceptibilitatea de circulație a bunului, încât să poată împiedica dobândirea dreptului prin uzucapiune extratabulară. Jurisprudența și doctrina majoritară neaga în general această posibilitate.

Cu toate acestea, există unii autori⁷⁰ care susțin că răspunsul jurisprudenței și al doctrinei este corect doar cât privește cazurile în care terțul uzucapează fără influența celui împotriva căruia operează interdicția. Motivarea constă în faptul că §364c ABGB are rolul de a împiedica doar acele modificări ale proprietății care se întemeiază pe voința celui obligat, nu și cele întemeiate exclusiv pe voința legii, ca de exemplu atunci când neclarități legate de poziționarea hotarelor duc la uzucaparea unor fracțiuni dintr-o parcelă de teren.

Problematic devin însă acele cazuri în care cel ținut prin interdicție favorizează uzucapiunea într-un anumit mod: cazul extrem pare a fi cel în care acesta îi acordă posesia (de buna credință) terțului. Asemănarea cu un act de dispoziție nu poate fi tăgăduită în această situație. Este însă vorba de o dispoziție și în cazul în care cel obligat îl vede pe terț exersând „dreptul” său, fără însă a-l lămuri pe acesta, nepunându-i astfel capăt bunei credințe? Sau în cazul în care permite exersarea fără rezerve a „dreptului”, de către persoana care uzucapează, aceasta considerându-se legitimată printr-un titlu (putativ)? Unde este granița?

Pentru a putea răspunde la această întrebare trebuie avut în vedere că există două poziții care ar merita ocrotite. Pe de-o parte persoana în favoarea căreia operează interdicția își dobândește adesea dreptul său în mod oneros și în principiu se asigură împotriva tuturor prin întabularea dreptului său. Pe de altă parte posesorul care uzucapează se comporta în mod obligatoriu cu bună credință – altfel nu ar putea oricum uzucapa. Lui îi poate fi imputat cel mult că ar fi trebuit să verifice înscrierile din CF, pe când celui în favoarea căruia operează interdicția i se poate eventual imputa că ar fi trebuit să se ocupe în 30 de ani de imobilul care este obiect al dreptului său.

Așadar stau față-n față pe de-o parte principiul ocrotirii aceluia care a avut încredere în siguranța înscrierii din CF, iar pe de altă parte a aceluia care posedă cu bună credință, nevicat și (eventual, însă nu obligatoriu) legitim.

Evaluarea intereselor ocrotite de lege trebuie să fie făcută având ca bază domeniul de aplicare al interdicției de înstrăinare (prezentat mai sus) și luându-se în considerare că utilizarea §364c ABGB se cere a fi tendențial restrictivă. Din aceasta rezultă că în principiu dobândirea dreptului prin uzucapiune nu este vizată de interdicția din acest articol, deoarece nu se află în mod nemijlocit în sfera de dispoziție a celui obligat prin interdicție.⁷¹ În practică însă uzucapiunea este împiedicată în majoritatea cazurilor deoarece interdicția este înscrisă în CF, ceea ce se răsfrânge asupra bunei credințe.

3.3.3 Dreptul de preempțiune și dreptul de răscumpărare

Raportat la dreptul de preempțiune par a fi valabile – din punctul de vedere al limitării susceptibilității de circulație – aceleași idei ca și în cazul interdicției de înstrăinare și grevare, întrucât cele două instituții sunt tratate în principiu, sub condiția înscrierii în CF, asemănător.

Există totuși o diferență importantă între dreptul de preempțiune întabulat și interdicția de înstrăinare întabulată: astfel, §1079 ABGB reglementează în cazul dreptului de preempțiune urmarea juridică a înstrăinării împotriva interdicției, anume că bunul poate fi revendicat terțului dobânditor; aceasta înseamnă că o înstrăinare validă este posibilă (când funcționarul CF nu observă înscrierea interdicției și efectuează întabularea), însă deasupra ei planează ca o sabie a lui Damocle revendicarea celui care avea dreptul de preempțiune, când în procedura de acordare a posesiei există un act care poate fi asimilat unuia de înstrăinare.⁷²

În doctrina de specialitate⁷³, ca de altfel și în jurisprudență⁷⁴, se consideră că trebuie pornit – ca și în cazul interdicției de înstrăinare și grevare – de la ideea că uzucapiunea poate opera în principiu asupra unui bun grevat de un drept de preempțiune cu efect absolut. Situația urmează să fie tratată diferit în cazurile de eludare, în care se consideră că debitorul obligației de preempțiune efectuează un act de dispoziție (în sensul arătat mai sus⁷⁵). Eludarea deliberată a înstrăinării prin intermediul uzucapiunii trebuie tratată în consecință ca pe o înstrăinare, motiv pentru care în asemenea cazuri se pornește de la prezumția că avem de-a face un drept de preempțiune, iar cel ce beneficiază de respectivul drept poate revendica bunul în baza §1079 ABGB.

Așadar dreptul de preempțiune întabulat nu îngrădește în principiu susceptibilitatea de dobândire a bunului.

Cât privește dreptul de răscumpărare, acesta nu conține o interdicție de înstrăinare – nici chiar atunci când este întabulat – prin urmare nu poate limita în nici un fel susceptibilitatea de circulație a bunului.

3.3.4 Interdicții contractuale de cesiune

În plan obligațional, interdicțiile de cesiune stipulate în convențiile părților pot împiedica transmiterea contractuală a drepturilor relative. Dacă se pornește de la efectul absolut al interdicțiilor de cesiune – așa cum o face și doctrina majoritară –

atunci acest efect împiedică circulația contractuală a drepturilor în aceeași măsură în care o face și §364c ABGB referitor la bunuri. Așadar se poate afirma și despre interdicțiile de cesiune – în baza aceluiași raționament ca la §364c – că acestea nu pot face din drepturile vizate niște res extra commercium, nesusceptibile de a fi posedate respectiv uzucapate.⁷⁶

3.4 Interdicții judecătorești de înstrăinare, grevare și gajare/ipotecare

Interdicțiile de înstrăinare, grevare și gajare/ipotecare dispuse de instanțele judecătorești sunt reglementate în Legea executării silite, iar în practică ele se întâlnesc în hotărârile cu executare provizorie. Respectivul interdicții au rolul de a-l împiedica pe adversarul celui periclitat de la a face acte de dispoziție voluntare, prin aceasta practica judiciară înțelegând, în măsura în care este vorba de drepturi tabulare, actul de dispoziție împreună cu toate actele necesare prestației tabulare (de exemplu autentificări). Actul de asumare a obligației nu este însă cuprins în noțiunea de dispoziție.

Interdicțiile pronunțate nu produc efecte generale și directe față de terți, dar sunt opozabile oricărui potențial dobânditor, putând împiedica dobândirea dreptului; situația prezintă însă un oarecare pericol de inducere în eroare în măsura în care se stăruie asupra noțiunii de ineficacitate relativă a dispozițiilor interzise.

Raportat la executările silite, care sunt independente de voința adversarului celui periclitat, aceste interdicții nu au efect. Tot ca o dobândire independentă de voința adversarului, asemenea executării silite, trebuie privită și uzucapiunea, și astfel admisă ca o formă valabilă de dobândire. La urma urmei, „vindecarea” dreptului de dispoziție viciat al proprietarului anterior se numără printre funcțiile de bază ale uzucapiunii.

4. Consecințe

Așadar există bunuri care sunt retrase din circuitul civil, uzucapiunea putând fi împiedicată în special prin îngrădirile de drept public, atunci când acestea au scopul de a-i sustrage bunului – în circumstanțele sus arătate – susceptibilitatea de circulație (posibilitatea de a fi înstrăinat). Aceasta se întâmplă atunci când contractul de dobândire este desființat datorită faptului că prin lege nu se dorește dobândirea dreptului. Este de asemenea esențial pentru admiterea uzucapiunii ca legea să nu urmărească o interdicție a asumării de obligații de către înstrăinător, ci eventual o interdicție a dobândirii de către cumpărător. Susceptibilitatea de circulație și uzucapiunea nu sunt împiedicate nici printr-o simplă limitare a dreptului de dispoziție.

Existența și a altor drepturi pe lângă cel de proprietate care pot fi limitate din punctul de vedere al susceptibilității de înstrăinare este unanim recunoscută, și de asemenea se recunoaște că nu toate drepturile strict personale sunt „absolut inalienabile”.

În orice caz, din criteriul susceptibilității de circulație nu se poate deduce limitarea obiectului uzucapiunii la cazul drepturilor reale.

D. Limitări exprese ale posibilității de a uzucapa

În afara de limitările derivate din §1455 ABGB trebuie avute în vedere și diferite limitări legale speciale, care interzic expres uzucapiunea. Astfel, §4 din Legea Apelor⁷⁷ interzice dobândire proprietății sau a altor drepturi reale asupra apelor maritime prin uzucapiune.

V. Concluzie

Așadar din interpretarea strictă a dispozițiilor legale referitoare la uzucapiune nu se poate deduce cu claritate că aceasta s-ar întinde doar asupra drepturilor reale. În consecință rămâne de analizat fiecare drept în parte, pentru a vedea în ce măsură îndeplinește exigențele cerute de lege pentru a putea fi uzucapat.

Problema practică cea mai importantă și cea mai controversată legată de această neclaritate este cea a drepturilor de creanță, și anume dacă acestea pot sau nu forma și ele obiect al uzucapiunii; este vorba despre drepturi de creanță susceptibile de a fi posedate, caracterizate prin prestații succesive⁷⁸, și doar referitor la uzucapiunea de lungă durată.⁷⁹

Cu toate că doctrina majoritară și jurisprudența nu acceptă în general o asemenea posibilitate, problema rămâne totuși foarte controversată. Însăși OGH a acceptat uzucapiunea unui drept de creanță într-o speță mai veche⁸⁰, în care se cerea autorității locale continuarea plății unei rente anuale, care fusese plătită de aceasta de mai mult de 40 de ani, însă căreia nu i se cunoștea temeiul juridic. Deși în perioada mai recentă instanța supremă și-a modificat practica legată de această problemă, ea nu a motivat în mod suficient de clar fundamentul legal de scoatere al drepturilor de creanță de sub incidența uzucapiunii. Așadar problema rămâne în continuare deschisă și discutabilă.

VI. Comparație cu uzucapiunea românească în regim de carte funciară

A. Efectele uzucapiunii extratabulare

Uzucapiunea extratabulară este reglementată în Transilvania de art. 28 din Decretul-lege nr. 115/1938⁸¹ (Legea cărților funciare), care conferă dreptul de proprietate celui care a posedat timp de 20 ani după moartea proprietarului înscris în CF.

O problemă foarte controversată în literatura de specialitate românească se referă la efectele pe care le produce uzucapiunea extratabulară, conturându-se în principal două opinii. Pe de-o parte unii autori consideră că această uzucapiune îi procură posesorului uzucapant un drept de creanță prin care poate cere înscrierea în CF, întabulare care ar avea un efect constitutiv, generând transferul dreptului uzucapat de la momentul îndeplinirii înscrierii.⁸² Pe de altă parte s-a conturat ideea că înscrierea

în CF are doar un efect declarativ, întrucât dreptul real se transferă în mod retroactiv prin împlinirea uzucapiunii, încă de la data începerii posesiei, respectiv a morții titularului tabular. Astfel, prin întabulare se recunoaște doar un drept preexistent.⁸³

Probabil că în reglementarea uzucapiunii extratabulare, legiuitorul român a încercat o oarecare continuare a tradiției austriece, care în anul 1938 încă mai prevedea – în baza principiului absolut al întabulării consfințit de §4 GBG – că uzucapiunea ar genera doar un drept de creanță în baza căruia se poate cere înscrierea în CF, înscriere prin care s-ar realiza transferul proprietății. Cu toate acestea, în doctrina austriacă au început să apară voci critice la adresa acestor efecte ale uzucapiunii încă de la sfârșitul sec. al XIX-lea⁸⁴, astfel că până la mijlocul secolului trecut, majoritatea doctrinei renunțase la viziunea clasică. Începând cu anul 1942, odată cu revizuirea adusă GBG, a devenit posibilă aplicarea practică a noii orientări, așa încât s-au putut interpreta dispozițiile ABGB în sensul că împlinirea uzucapiunii produce transferul proprietății fără alte formalități, rămânând înscrierii tabulare doar un efect declarativ. Această înscriere are loc în baza dispozițiilor din GBG referitoare la îndreptarea mențiunilor funciare care nu corespundeau realității juridice.⁸⁵ Este drept că, spre deosebire de Codul civil român și de cea de-a doua interpretare sus-amintită a dispozițiilor Decr.-lege 115/1938, în actualul sistem austriac dreptul se consideră transferat în momentul împlinirii termenului de uzucapiune, fără efect retroactiv.

În concluzie există posibilitatea ca, orientându-se spre un model care încă mai era în vigoare în anul 1938, legislația românească să fi preluat din dreptul austriac niște principii care deja erau învechite și în pragul revizuirii. Un lucru este sigur: că uzucapiunea imaginată de legiuitorul român interbelic este într-o anumită măsură depășită, împiedicând intervenția unui efect imediat și eficient, anume efectul real; acesta este sacrificat în schimbul unei așa-zise „protecții” suplimentare a titularului întabulat, protecție care pare a fi exagerată.

O soluție asemănătoare celei austriece ar putea fi găsită și pentru legislația noastră, dacă se încearcă o reorientare a opticii legate de art. 34 alin 3 din Decr.-lege 115/1938, în care se prevede că rectificarea unei întabulări se poate cere „dacă nu mai sunt întrunite condițiile de existență ale dreptului înscris”. Dacă dreptul uzucapat s-ar întabula prin intermediul unei acțiuni în rectificare, cu procedura prevăzută la art. 130 Lcf, atunci condiția prevăzută la art. 17 alin 1 pentru transferul proprietății ar fi din start evitată.

În ipoteza în care prin uzucapiune trece spre exemplu dreptul de proprietate asupra altei persoane, condițiile de existență ale vechiului drept, al cărui titular era proprietarul anterior, nu mai sunt întrunite; aceasta întrucât uzucapiunea este un mod originar de dobândire a proprietății, ceea ce înseamnă că vechiul drept se stinge simultan cu nașterea noului drept al proprietarului uzucapant. De asemenea, dacă prin uzucapiune se dobândește un drept nou de servitute, condițiile de existență ale proprietății în forma înscrisă în CF nu mai sunt întrunite, deoarece proprietatea inițială nu mai este deplină, ea suferind o divizare prin dezmembrământ; în consecință suntem iarăși în prezența a două drepturi noi, unul fiind proprietatea în forma redusă, iar celălalt drept fiind dezmembrământul proprietății inițiale, anume servitutea.

S-ar putea susține că un asemenea mod de dobândire a drepturilor reale nu ar putea fi aplicabil întrucât presupune în sine și o stingere a dreptului titularului inițial, stingere pe care art. 17 alin 2 o condiționează de înscrierea în CF cu acordul titularului. Cu toate acestea, considerăm că articolul menționat nu se referă la pierderea dreptului în cadrul unor moduri originare de dobândire, ca argument pentru această afirmație putându-se aduce cazul accesiunii. Aceasta – fiind un alt mod originar de dobândire a proprietății, asemenea uzucapiunii – este formată dintr-o pierdere a dreptului inițial, simultană cu dobândirea subsecventă a dreptului. Așadar în art. 26 accesiunea este prevăzută ca o excepție de la principiul că drepturile reale se pot dobândi doar prin întabulare, însă nicăieri nu este prevăzut că accesiunea este o excepție de la art. 17 alin 2, anume că drepturile reale se sting tot numai prin înscriere. În consecință, pierderea dreptului real ca urmare a unui mod originar de dobândire, fără necesitatea întabulării, pare a rezulta implicit din prevederile Decr.-lege 115/1938.

Mergând în continuare cu argumentația, nici prevederile art. 17 alin. 1, în care este prevăzut principiul efectului constitutiv al întabulării, nu mai au aplicabilitate, deoarece acestea se referă la o dobândire care necesită acordul de voință al fostului titularului; or, de îndată ce dreptul acestuia nu mai există în momentul dobândirii de către uzucapant (pierderea și dobândirea dreptului petrecându-se simultan), ar fi absurd să se mai solicite un astfel de consimțământ.

Legat de controversa amintită, un alt punct disputat a fost determinarea persoanelor protejate de ultimul alineat al art. 130 Lcf, în care se prevede că dreptul uzucapat nu mai poate fi întabulat dacă între timp acesta a fost înscris definitiv sau provizoriu în folosul unei alte persoane. Se pune problema dacă beneficiază de această protecție și moștenitorii titularului sau terții care aveau cunoștință despre împlinirea uzucapiunii.⁸⁶ Și acest articol al Lcf pare a fi inspirat din §1500 ABGB, însă în acesta din urmă se prevede că este protejată persoana care a dobândit dreptul înainte de întabularea dreptului uzucapat „încrezându-se în registrele publice“. Așadar formularea Codului civil austriac implică automat buna-credință a terțului, excluzând prin urmare moștenitorii și persoanele care cunoșteau situația juridică reală a bunului⁸⁷.

B. Oportunitatea reglementării restrictive a Lcf

Reglementarea Lcf legată de instituția uzucapiunii este restrictivă prin comparație cu reglementarea Codului civil austriac introdus începând cu anul 1853 și în Ardeal, deși sistemul de publicitate imobiliară este identic. Astfel, nu este explicabil, pornind de la statutul de stare de fapt al posesiei, de ce aceasta se poate îndrepta numai împotriva moștenitorilor unei persoane decedate în condițiile nevalorificării statutului lor de moștenitori prin introducerea unei acțiuni în revendicare timp de 20 ani.

S-ar putea găsi o justificare de ordin istoric, însă aceasta nu este în măsură să justifice o măsură legislativă pe termen lung, cum trebuie să fie reglementările în materia proprietății, ci doar să acopere o realitate specifică în mod limitat la România postbelică. Astfel, în anul 1938, când s-a emis Decretul–lege nr. 115/1938, tocmai

se împlineau 20 de ani de la sfârșitul primului război mondial și probabil că erau numeroase situațiile în care acest text de lege ar fi fost aplicabil în urma pierderilor de vieți omenești atunci survenite.

Este o situație atipică, îngrădind posibilitatea posesorului neproprietar de a uzucapa împotriva proprietarului neposesor înscris în CF și aflat în viață. Limitarea este inechitabilă, mai ales că cel înscris în CF ar fi mai în cunoștință de cauză, mai în măsură și mai îndreptățit să își apere proprietatea decât moștenitorii săi, asupra cărora poate plana suspiciunea că nu cunosc tot patrimoniul moștenit.

Este inechitabil de asemenea că se realizează o diferențiere a efectelor juridice ale aceleiași situații de fapt în funcție de subiectul pasiv (proprietar înscris în CF sau moștenitor) al efectelor uzucapiunii fără nici o justificare obiectivă.

De asemenea, față de enunțul art. 28 din Lcf rămâne un mare semn de întrebare asupra aplicabilității acestui text de lege în situațiile în care moștenitorii, fără a deposeda pe proprietarul neposesor, își întabulează dreptul de proprietate cu titlu de moștenire asupra imobilului. Interpretând strict textul art. 28, se poate concluziona că nici în această situație nu se mai poate uzucapa, întrucât cel înscris în CF trăiește, iar instituția uzucapiunii devine inaplicabilă, chiar dacă posesia ar continua astfel de ordinul sutelor de ani.

Acesta este și unul din motivele pentru care în practica judiciară din Ardeal, cele mai multe situații de invocare a uzucapiunii sunt fondate pe dispozițiile §1453 ABGB⁸⁸ și mai puțin pe dispozițiile art. 28 din Lcf. Condițiile de probatoriu pentru invocarea §1453 ABGB devin însă din ce în ce mai dificile, dat fiind că dovada posesiunii trebuie realizată începând cu anul 1943, iar martori care să fi trăit în acele vremuri sunt tot mai rari. În condițiile în care judecătorii vor manifesta rigiditate (sau „exigență”) în dovedirea posesiei pe întreaga perioadă, tot mai mulți justițiabili vor deveni la modul etern posesori neproprietari.

De aceea pare îngrijorător faptul că, pe măsura trecerii timpului, instituția uzucapiunii devine în zonele de carte funciară tot mai mult o literă moartă, o instituție fără acoperire în practică. Acesta este și motivul pentru care pot fi exprimate rezerve față de decizia Curții Supreme de Justiție⁸⁹, care a opinat pentru neaplicarea art. 1890 și 1895 din Codului civil român în ținuturile cu regim de CF.

Se poate ajunge în România – dintr-o ignoranță legislativă grefată pe lipsa unor inițiative venite din sfera doctrinei și a practicii judiciare – ca instituția uzucapiunii, deși s-a dovedit timp de milenii benefică pentru limpezirea situațiilor de incertitudine în materia proprietății, să cadă în desuetudine până la momentul în care nevoile stringente ale societății vor presa de o asemenea manieră încât să forțeze forul legislativ să o readucă în actualitate.

Este de remarcat în materia uzucapiunii un hiatus legislativ pentru zonele cu carte funciară din Transilvania, dat fiind că noua Lege a cadastrului⁹⁰, după ce în art. 72 abrogă integral Decretul-lege nr. 115/1938 (desigur ulterior finalizării lucrărilor de cadastru la nivel național) nu mai reglementează nici o ipoteză de uzucapiune, deși la art. 28 amintește de această instituție ca temei al înscrierii în CF. Întrebarea care derivă din aceasta ipoteză este aceea dacă se intenționează desființarea instituției

sau este doar o omisiune a legiuitorului. Desigur că nevorbindu-se de abrogarea art. 1890 și 1895 Cod civil ne putem întoarce la dispozițiile acestuia⁹¹, însă apare în mod firesc întrebarea de ce în viitor se va putea uzucapa în temeiul actualului Cod civil, iar în prezent Înalta Curte de Casație îngrădește posibilitatea uzucapiunii la situațiile limitativ prevăzute în art. 27 și 28 din Decretul-lege nr. 115/1938⁹².

O soluție pentru evitarea efectelor negative ar putea fi aplicarea extensivă a unor artificii de interpretare, putându-se ajunge chiar la redarea deplinei aplicabilități instituției uzucapiunii, așa cum exista înainte de restrângerea exagerată făcută prin Decr.-lege 115/1938, restrângere implementată sub îndobândirea unei griji excesive pentru fostul proprietar funciar, astfel că „dobândirea dreptului de proprietate n-a fost recunoscută decât în cazurile când, în chip legitim, se poate presupune că nu se aduce de fapt vreo știrbire drepturilor celui înscris”⁹³. Marele dezavantaj al aplicării restrictive al instituției uzucapiunii îl constituie nesiguranța juridică rezultată din neconcordanța stării de fapt cu starea de drept, neconcordanță ce se poate întinde pe parcursul a sute de ani. De altfel uzucapiunea, tocmai prin condițiile ei destul de severe – în special termenul îndelungat – oferă o garanție suficientă oricărui proprietar care manifestă un minim absolut de diligență

Cu toate că autorul⁹⁴ care a propus aplicarea simultană a prevederilor legate de uzucapiune din Codul civil român (art. 1895-1896) cu cele din Decr.-lege 115/1938 (art. 27-28) a fost sever criticat în doctrină⁹⁵, acesta rămâne totuși singurul care a încercat salvarea de la extincție a instituției uzucapiunii în teritoriile de CF.

S-ar pute susține că este inechitabilă pierderea dreptului prin uzucapiune, după cum menționa și unul dintre marii autori austrieci, anume că „nu există așadar în legea naturală un motiv suficient pentru ce un proprietar adevărat, care nu a vătămat pe nimeni, să-și piardă bunul și să-l cedeze altuia împotriva voinței sale”⁹⁶. În aceste considerente, uzucapiunea nu este în nici un caz o instituție de drept imaculată, dar cu toate acestea, încă din timpurile străvechi a avut câștig de cauză interesul realizării unei siguranțe juridice generale.

Prin urmare ar putea fi timpul ca – după cum s-a întâmplat și în Austria – doctrina și jurisprudența noastră să apeleze la unele artificii de interpretare, chiar și fără un fundament legislativ clar, cu scopul de a readuce în actualitate o instituție a cărei beneficii erau cunoscute încă din dreptul roman.

Listă de abrevieri:

§	= articol
alin.	= alineat
art.	= articol
ABGB	= Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Codul civil austriac)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch (Codul civil german)
BGBI	= Bundesgesetzblatt
Dreptul	= Revista „Dreptul“

dRGBI	= deutsches Reichgesetzblatt
CF	= carte funciară
CSJ	= Curtea Supremă de Justiție
EvBl	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
GBG	= Grundbuchsgesetz (Legea CF)
Lcf	= Legea cărților funciare (Decr-Lege nr. 115/1938)
leg.	= lege
OGH	= Oberste Gerichtshof (Curtea Supremă)

* DAN TEODORESCU, student, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca; dante806@yahoo.com.

- ¹ „Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch“ (Codul civil austriac), publicat în JGS Nr. 946/1811, intrat în vigoare la 1 ian. 1812.
- ² Zeiller, Urentwurf III §592, *apud* K. Gusenleitner, „Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand”, edit Österreich, Viena 2004 p. 65.
- ³ O poziție diametral opusă o are Codul civil german, în care uzucapiunea este reglementată doar prin raportare la drepturile susceptibile de uzucapiune. Astfel, în BGB regula este nesusceptibilitatea de uzucapiune, prin excepție putând fi uzucapate doar acele drepturi care sunt prevăzute expres.
- ⁴ Raportul dintre posesie și detenție în dreptul austriac este foarte asemănător cu cel din dreptul român. Astfel, conform §309 teza I ABGB, „cine are un bun în puterea sau în păstrarea sa se numește detentor”, iar teza a II-a a aceluiași articol menționează că „atunci când detentorul unui bun are voința de a-l păstra ca al său, în acest caz devine posesor.” Detenția se bazează așadar pe ceva exclusiv aparent, condiția fiind doar ca bunul să se afle în stăpânirea unei persoane, în vreme ce posesia impune, ca și în Codul civ. rom., corpus și animus. În domeniul dreptului comercial situația este diferită, întrucât pentru obținerea posesie în sensul Codului comercial nu este necesar ca detentorul să aibă voința de a deține bunul pentru sine (animus), astfel că posesia echivalează cu detenția în sensul ABGB. Însa în măsura în care în domeniul comercial se impune folosirea Codului civil (de exemplu în cazul tulburării posesiei), va fi avută în vedere posesia specifică ABGB.
- ⁵ A se vedea *infra*, p.10 nota 17.
- ⁶ Vermessungsgesetz 1968, publicată în BGBl Nr. 306/1968.
- ⁷ Grenzkataster = sistem de stabilire exactă a granițelor fondurilor de pe teritoriul Statului austriac, introdus prin Legea măsurătorii (Vermessungsgesetz).
- ⁸ Posesia neviciată mai este denumită și „posesie justă” sau „posesie de uzucapiune”.
- ⁹ Reglementarea este cvasi-identică cu dispozițiile art. 1909-1910 C. civ. rom., doar că în dreptul austriac posesia de bună credință valorează proprietate numai atunci când este dobândită pe cale oneroasă.
- ¹⁰ Principiu conform căruia proprietatea asupra unui imobil întabulat se poate transmite doar în urma înscrierii în CF.
- ¹¹ H. Koziol, R. Wesler, „Bürgerliches Recht” vol I, ed a 13-a, edit Manz, Viena 2007, p. 337-340.
- ¹² H. Koziol, R. Wesler, *op. cit.*, p. 337.

- ¹³ Gusenleitner, *op.cit.*, p. 85.
- ¹⁴ Thalmayr, „Gemeinsame Rechtsnatur von Verjährung und Ersitzung auf Grundlage des ABGB“, Dipl. Univ. Salzburg (1990), p 95 și urm. *apud.* Gusenleitner, *op.cit.*, p.87-88.
- ¹⁵ Gusenleitner, *op.cit.*, p. 92.
- ¹⁶ E. Demelius, „Grundriß der Sachenrechts“, edit Duncker & Humblot, Leipzig, 1900, p.34, *apud.* Gusenleitner, *op.cit.*, p.97.
- ¹⁷ Posesia unui drept semnifică în sistemul austriac deteția de către posesor a unui bun și comportarea acestuia într-un mod care corespunde exersării unui anumit drept. Ca și în cazul posesiei unui bun, existența efectivă a dreptului nu este nici aici o condiție. Posesia dreptului exista doar pentru acele drepturi care permit o exercitare succesivă (de exemplu locațiune, arendă, uzufruct); drepturi care se sting printr-un singur act nu pot face obiect al posesiei (de exemplu plata prețului de cumpărare) (A se vedea R. Wesler *et al.*, „Fachwörterbuch zum Bürgerlichen Recht“, edit Manz, Viena 2005, p.426).
- ¹⁸ Suchtmittelgesetz, publicată în BGBl. I Nr. 112/1997.
- ¹⁹ Waffengesetz, publicată în BGBl. Nr. 121/1967.
- ²⁰ Gusenleitner, *op.cit.*, p. 110.
- ²¹ F. Zeiller, „Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie“, vol. 4, 1813, p. 231 (referitor la §1477 ABGB), *apud.* Gusenleitner, *op.cit.*, p.112.
- ²² Prin uzucapiunea extratabulară (contra tabulas) sunt avute în vedere toate situațiile uzucapării unor drepturi reale înscrise în CF, transferul dreptului operând independent de îndeplinirea întabulării. În dreptul românesc uzucapiunea extratabulară este reglementată de art. 28 din Decr-Lege nr. 115/1938 și se rezumă la situațiile în care o persoană posedă neîntrerupt un imobil timp de 20 de ani din momentul decesului titularului înscris în CF sau al înscrierii declarației de renunțare a acestuia la dreptul tabular (a se vedea Radu Motica, „Drept funciar și publicitate imobiliară. Noile cărți funciare”, edit. All Beck, București 2001, p.117).
- ²³ P. Apathy, „Ausgewählte Fragen der Ersitzungsrecht“, în „Juristische Blätter“ 1999, p. 210.
- ²⁴ F. Zeiller, *op. cit.* vol 4, p. 231 (referitor la §1477 ABGB), *apud.* Gusenleitner, *op.cit.*, p.113.
- ²⁵ Gusenleitner, *op. cit.*, p.114.
- ²⁶ Obligația se naște în sarcina celui care se obligă indiferent dacă acesta în mod subiectiv este incapabil de a-și onora obligația (nu este vorba despre o imposibilitate obiectivă).
- ²⁷ G. Plopu, „Părți alese din dreptul privat ungar“, tomul I, Tipografia „Ateneul“, Societatea Anonimă, Oradea-Mare 1929, p.396.
- ²⁸ Ștefan Laday, „Codul civil austriac“, vol. III, edit. Curții de Apel Cluj, Cluj 1928, p.692 pct.5543; G. Plopu, *op. cit.*, p.439.
- ²⁹ Traducerea vine de la noțiunea germană „Sicherheitseigentum”, care desemnează o instituție asemănătoare gajului și ipotecii, prin care însa debitorul transferă proprietatea unui bun asupra creditorului său în vederea garantării creanței. În raport cu terții, creditorul dobândește proprietatea neîngrădit, însă față de debitor aceasta este îngrădită de returnarea convenită de părți. Folosința bunului rămâne în permanență debitorului; în caz de neplată a datoriei, bunul urmează să fie valorificat în vederea acoperirii respectivei datorii, iar dacă debitorul își îndeplinește obligația, bunul îi revine în patrimoniu; modul de realizare al acestei reveniri (în baza unui drept de creanță; de drept prin împlinirea

- condiției sau termenului) depinde însă de înțelegerea inițială dintre părți (A se vedea R. Wesler *et al.*, *op. cit.*, p.496).
- ³⁰ P. Apathy, *op. cit.*, p. 209.
- ³¹ Gusenleitner, *op. cit.*, p.120.
- ³² *Ibid.*, p. 120.
- ³³ *Ibid.*, p.123.
- ³⁴ H. Koziol, „Grundriss des bürgerlichen Rechts”, editia a 12-a, 2002, p. 367.
- ³⁵ Gusenleitner, *op. cit.*, p. 125.
- ³⁶ M. Schwimann, „ABGB-Praxiskommentar”, edit. LexisNexis, ediția a III-a, vol. 6, Viena 2006, §1461, 1462.
- ³⁷ Gusenleitner, *op. cit.*, p. 126.
- ³⁸ Echivalent al cuvântului german „Gestaltungsrecht”, drept subiectiv prin care se poate modifica unilateral o stare de drept. Exemple de asemenea drepturi sunt revocarea în baza garanției contractuale (în cazul unor vicii substanțiale ale bunului, cumpărătorul este îndreptățit să revoce unilateral contractul) sau rezilierea (A se vedea R. Wesler *et al.*, *op. cit.*, p.240).
- ³⁹ Gusenleitner, *op. cit.*, p. 127.
- ⁴⁰ F. Zeiller, „Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie”, vol 2 partea I, 1812, p. 43 (referitor la §311 ABGB), *apud.* Gusenleitner, *op. cit.* p.133.
- ⁴¹ F. Zeiller, *op. cit.*, vol. 4, p.196 (referitor la §1455 ABGB), *apud.* Gusenleitner, *op. cit.* p.137.
- ⁴² *Ibid.*, p. 194 (referitor la §1453 ABGB).
- ⁴³ A. Ehrenzweig, „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts”, ediția I, partea a II-a: Drepturi reale, 1923 p. 179, *apud.* Gusenleitner, *op. cit.* p.142.
- ⁴⁴ „Bürgerliches Gesetzbuch” – Codul civil german, publicat în Reichsgesetzblatt 1896 p.195, intrat în vigoare la 1 ian. 1900.
- ⁴⁵ Waffengesetz, publicată în BGBl. Nr. 121/1967.
- ⁴⁶ Pyrotechnikgesetz, publicată în BGBl. Nr. 282/1974.
- ⁴⁷ Cu acest prilej considerăm util să amintim că în dreptul austriac, pentru realizarea transferului proprietății §380 ABGB pretinde un temei de dobândire valid (causa/titlu) – spre exemplu contractul de vânzare – și un mod legal de dobândire (modus) – de obicei tradițiunea bunului. Existența doar a titlului (causa) nu este suficientă pentru transmiterea proprietății, aceasta dobândindu-se, cu excepțiile prevăzute de lege, doar prin tradițiunea și primirea legală (modus), după cum precizează §425 ABGB. Din acest punct de vedere, tradițiunea bunului este considerată un act de dispoziție (*Verfügungsgeschäft*), în timp ce încheierea contractului este un act de asumare a obligației (*Verpflichtungsgeschäft*). Pentru obținerea proprietății asupra imobilelor întabulate, §431 ABGB prevede înscrierea contractului de dobândire în CF drept singurul mod susceptibil de realizare al transferului (ca modus, corespunzător tradițiunii bunurilor mobile). În cazul dobândirii originare a proprietății (așa cum se întâmplă la uzucapiune) nu mai poate fi vorba despre un temei de dobândire valid (causa), decât dacă presupunem că însăși legea ar fi un asemenea temei (A se vedea R. Wesler *et al.*, *op. cit.*, p.575, 587 și 536).

- ⁴⁸ În această privință este de reținut că legislația română în art. 803 Cod civ. se distanțează de reglementarea austriacă prin interzicerea substituției fideicomisare.
- ⁴⁹ OGH, în SZ 41/151 (www.vlex.at/vid/52368736).
- ⁵⁰ Grundbuchsgesetz (Legea CF), publicată în BGBl. Nr. 39/1955.
- ⁵¹ Rubrică în CF în care se menționează limitările de dispoziție ale actualului moștenitor în vederea protejării moștenitorului subsecvent.
- ⁵² Gusenleitner, *op cit* p.155.
- ⁵³ H. Klang, „Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch“, editia a 2-a, vol. VI 1951, p.572, *apud*. Apathy, *op. cit.* p.207.
- ⁵⁴ P. Apathy, *op. cit.*, p. 219.
- ⁵⁵ A se vedea supra, p.22 nota 47.
- ⁵⁶ R. Sprung, „Zur Intabulation ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften“, în Festschrift für Walter Rechberger zum 60. Geburtstag, edit. Springer, Viena 2005, p. 632.
- ⁵⁷ F. Zeiller, *op. cit.*, vol. 2 partea I, p. 234, *apud*. R. Sprung, *op. cit.*, p.633.
- ⁵⁸ Varianta inițială a §435 ABGB dispunea: „În acest act trebuie să fie indicat cu precizie: numele persoanei care înstrăinează și dobândește proprietatea; bunul ce urmează a fi înstrăinat cu hotarele lui; titlul dobândirii; apoi locul și data încheierii afacerii și în afară de aceasta, înstrăinătorul trebuie să dea în acest act sau prin act separat consimțământul ca dobânditorul să poată fi întabulat ca proprietar.“ În urma celei de-a III-a revizuirii a ABGB din anul 1916, această prevedere a fost introdusă în conținutul §433 ABGB cu unele modificări ne semnificative.
- ⁵⁹ Allgemeines Grundbuchsgesetz 1871, publicată în RGBL. nr. 95/1871.
- ⁶⁰ Exekutionsordnung, publicată în RGBL 79/1896.
- ⁶¹ R. Sprung, *op. cit.*, p. 642 și 643.
- ⁶² Aceste dispoziții au fost de fapt prevăzute încă din anul 1942, prin revizuirea adusă la GBG 1871 („Verordnung zur Änderung und Ergänzung des Grundbuchsrechts im Geltungsbereich des Österreichischen Allgemeinen Grundbuchsgesetzes“ din 19 ian. 1942, publicată în dRGBl p.37), fiind ulterior preluate în aceeași formă de GBG 1955.
- ⁶³ A se vedea supra p.22, nota 47; de asemenea, §425 teza a II-a ABGB.
- ⁶⁴ H. Koziol, R. Wesler, *op. cit.*, p. 362.
- ⁶⁵ A se vedea supra p.22, nota 47.
- ⁶⁶ H. Hofmeister, „Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes“, edit. Manz, Viena 1977, p. 328.
- ⁶⁷ R. Sprung, *op. cit.*, p. 653.
- ⁶⁸ §350 alin 1. Leg. executării silite: „Executarea unei cereri de dobândire, transmitere grevare și desființare a unui drept întabulat se realizează prin întreprinderea înscrierii funciare”.
- ⁶⁹ R. Sprung, *op. cit.*, p. 655.
- ⁷⁰ Gusenleitner, *op. cit.*, p. 165.
- ⁷¹ *Ibid.*, p. 166.
- ⁷² M. Schwimann, *op. cit.*, §1079.
- ⁷³ A se vedea P. Apathy, *op. cit.*, p. 218.
- ⁷⁴ OGH, în *EvBl* 1958/200.
- ⁷⁵ A se vedea *supra* p.34.

- ⁷⁶ Gusenleitner, *op. cit.*, p.168.
- ⁷⁷ „Wasserrechtsgesetz”, publicată în BGBl. Nr. 215/1959.
- ⁷⁸ A se vedea *supra*, p.10 nota 17.
- ⁷⁹ Pentru motivele excluderii drepturilor de creanță de la obiectul uzucapiunii propriu-zise a se vedea *supra*, p.12.
- ⁸⁰ Sammlung von zivilgerichtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes 6803.
- ⁸¹ Decretul-lege nr. 115 din 27/04/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare, publicat în Monitorul Oficial nr. 95 din 27/04/1938.
- ⁸² Ioan Albu, „Curs de drept funciar”, edit. Litografia și tipografia învățământului, București 1957, p.464; Ana Boar, „Efectul creator al posesiunii în sistemul de publicitate imobiliară prin cărți funciare” în „Dreptul” nr. 1/1996, p.78.
- ⁸³ Eugen Roșioru, „Uzucapiunea în dreptul civil român”, edit. Hamangiu și Sfera juridică, 2008, p.52; D. Chirică, „Uzucapiunea în sistemul cărților funciare în practica instanțelor de judecată”, în „S.C.J.” nr. 1/1986, p.62-65; L. Pop, „Drept civil. Drepturi reale principale”, edit. Universul juridic, București 2006, p.295.
- ⁸⁴ Strohal, „Zur Lehre vom Eigentum an Immobilien”, Graz 1876 *apud*. R. Sprung, *op. cit.* p. 640.
- ⁸⁵ Pentru detalii a se vedea *supra*, p.28-29.
- ⁸⁶ D. Chirică, *op. cit.*, p. 65.
- ⁸⁷ G. Plopu, *op. cit.*, p.437.
- ⁸⁸ Art. 6 din Leg. nr. 241/1947 prevede că uzucapiunile începute anterior extinderii legislației românești în teritoriile de peste Carpați rămân a fi guvernate în continuare, în ce privește natura, durata și efectele lor, de dispozițiile legii sub care au început.
- ⁸⁹ C.S.J., secția civilă, decizia nr. 1264/26.05.1993, în „Dreptul” nr. 7/1994, p.96-97; pentru mai multe detalii, a se vedea și Adriana Pena, „Accesiunea imobiliară și uzucapiunea – Culegere de practică judiciară”, ediția a III-a, edit. C.H.Beck, București 2007, p.186-189.
- ⁹⁰ Legea cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, publicată în Monitorul Oficial nr. 61 din 26/03/1996.
- ⁹¹ Pentru detalii referitor la modul de aplicare uzucapiunii prevăzute de Codului civ. rom. în teritoriile cu CF, a se vedea Eugen Roșioru, *op. cit.*, p.62-65.
- ⁹² Pentru o părere contrară, în care se susține justetea deciziei CSJ nr.1264/1993, a se vedea Pavel Perju, „Discuții asupra unor probleme controversate de drept procesual civil și de drept civil” în „Dreptul” nr. 10-11/1995, p.55 pct. 4.
- ⁹³ Salvator Brădeanu, „Extinderea legislației civile și comerciale a Vechiului Regat în România de peste Carpați”, edit. Dacia Traiană, Sibiu 1944 p.188.
- ⁹⁴ Paul Demeny, „Legea cărților funciare nr. 115/1938 comentată și adnotată”, edit. Cordial Lex, Cluj 1995, p. 48-49.
- ⁹⁵ Ana Boar, „Uzucapiunea. Prescripția, posesia și publicitatea drepturilor”, edit. Lumina Lex, 1999, p.259-260; A. Țuluș, „În legătură cu uzucapiunea extratabulară”, în „Dreptul” nr. 7/1995, p.25 pct. 1 c).
- ⁹⁶ Carl Anton von Martini, „Lehrbegriff des Naturrechts”, Viena 1799, p.189 *apud*. Gusenleitner, *op. cit.*, p.31.

**LA DOCTRINE COMME SOURCE DES CODIFICATIONS :
JEAN DOMAT**

David GILLES*

Plan de l'article¹

Introduction

I. La quête de l'unité normative doctrinale

- A. Une summa divisio originale*
- B. Un jusnaturalisme romaniste*

II. Les Lois civiles, introduction au Codes

- A. Les Lois civiles, prolégomènes du Code Napoléon*
- B. Aux fondements des codifications nord-américaines : le Digest of the civil Law (1808) et le Code civil du Bas-Canada*

Conclusion : Romanité, codification roumaine et Lois civiles

« *Qu'est-ce qu'un Code Civil ?* » s'interroge Portalis lors de l'une des premières délibérations qui aboutira à l'adoption du Code civil en 1801. « *C'est un corps de lois destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux des hommes qui appartiennent à la même cité* »². Si l'on reprend cette large définition de ce que doit être un Code, il semble dans un premier temps facile d'assimiler à un Code civil de nombreux traités et ouvrages de la doctrine de l'Ancien droit français. Des auteurs renommés, comme André-Jean Arnaud³ ou Rodolfo Batiza⁴, ont cherché à établir les origines historiques et doctrinales des grandes codifications. Il semble présomptueux de vouloir rattacher une codification à l'œuvre d'un auteur, le travail des rédacteurs, montrant constamment que chaque article ou chaque solution juridique est issu d'une conjonction – quasi alchimique parfois – entre les proses de différents auteurs, les réflexions des codificateurs, les aspirations des politiques et les attentes de la pratique. Tenter de démontrer l'influence, fut-elle ténue, d'un auteur du XVII^e siècle sur les codifications du XIX^e siècle est une tâche ardue. Rares sont pourtant les auteurs français qui ont véritablement ambitionné, du XVI^e au XVIII^e siècle, la rédaction d'un corps normatif cherchant à encadrer l'ensemble de la société humaine. La recherche d'unité, intrinsèquement diverse, prend des formes qui font d'un code un objet juridique protéiforme⁵. Le Code Napoléon, c'est un lieu commun, trouve ses racines dans la pluralité de la doctrine d'Ancien régime.

Si accomplir une codification suppose une véritable volonté politique, essentielle pour mener à bien un tel projet, réussir une telle entreprise nécessite une maturation juridique et intellectuelle qui oblige à un large effort doctrinal. Si la codification roumaine, initiée par le prince Alexandre Ioan Cuza a été réalisée en un temps record - 40 jours d'élaboration par la commission - son entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1865 correspond au terme d'un long processus d'insertion de normes de tradition française depuis le début du XIX^e siècle. De plus, comme l'écrivait Leontin Constantinescu, à partir de cette période « (...) les étudiants roumains iront faire ou achever leurs études à Paris. (...) À partir de 1848 et jusqu'à la fin du siècle, ces hommes joueront un rôle déterminant dans chaque secteur de la vie du pays (...) à mesure que la Nation avançait dans la voie du progrès, l'influence française ne cessait de s'élargir et de se consolider, avec une prodigieuse régularité, de génération en génération. (...) Et lorsqu'il fallut établir un ordre juridique conforme à la nouvelle orientation, les yeux des anciens étudiants parisiens se tournèrent tout naturellement vers la France. C'était un hommage rendu à son prestige, aux liens du sang et à la sympathie qu'elle n'avait cessé de montrer à la nation roumaine. Mais c'était aussi une nécessité, étant donné les liens culturels, spirituels et politiques »⁶. En Valachie, le Code de commerce français avait d'ailleurs été introduit dès 1839 et le Code pénal français dès 1852. Le Code de 1804, bien que non adopté officiellement en Moldavie, sera traduit en roumain et appliqué dans la pratique judiciaire à l'instar d'une véritable loi avant la codification de 1864⁷. Ainsi, imposer un corps de droit cohérent ne peut se faire *ex nihilo*. Il faut une formation de la culture juridique compatible avec le *corpus juris* envisagé. La doctrine et sa diffusion prennent alors une place primordiale dans la formulation de toute codification, fondée sur un modèle étranger ou visant l'organisation rationnel d'un droit propre.

Robert-Joseph Pothier figure bien évidemment au premier rang de ceux dont l'érudition et l'œuvre se sont imposées aux rédacteurs du Code civil français comme source principale de leur réflexion⁸. Son œuvre immense et quasi-exhaustive se prêtait naturellement à former la colonne vertébrale d'un Code civil tourné vers une société nouvelle mais fortement ancrée dans une tradition juridique. La pensée de Bourjon, elle aussi, participa grandement à la formulation de nombreuses dispositions⁹. Mais plus d'un siècle avant la rédaction du Code, c'est Jean Domat, à travers ses *Lois Civiles dans leur ordre naturel*, qui a entrepris la rédaction d'un corpus juridique organisé, systématisé, ayant vocation à refléter l'âme juridique d'une société¹⁰. Son œuvre marque ainsi une antériorité et une filiation forte aux formulations du Code. Pourtant, rien ne destinait *a priori* ce juriste janséniste solitaire à tenter une telle entreprise. Expliquer l'influence que joueront les *Lois civiles* est d'autant plus complexe que cet auteur n'a pas ébloui ses contemporains par ses hautes fonctions au sein de la magistrature, par un rôle politique d'importance ou par une participation aux grandes ordonnances civilistes qui ont marqué son époque¹¹. Obscur avocat du roi près le présidial de Clermont¹² – une juridiction subalterne et provinciale – situation le

privant de toute influence, rien ne destinait Domat à la gloire et à se voir attribuer la paternité doctrinale – aux côtés de Pothier¹³ – du Code Napoléon dont le gratifieront le philosophe Victor Cousin¹⁴ et le sarcastique Sainte Beuve au XIX^e siècle¹⁵.

C'est essentiellement par son œuvre et sa science – et c'est là l'essentiel – que le juriste clermontois s'imposera au regard de ses contemporains tout d'abord, puis, de part et d'autre de l'Atlantique, aux yeux des codificateurs. Ses *Lois civiles dans leur ordre naturel*, publiées de 1689 à 1694¹⁶, suivies de l'ouvrage posthume du *Droit public* publié une première fois en 1697, vont marquer sans conteste la doctrine juridique de l'Ancien droit français, dont le Code Napoléon et le *Code civil du Bas-Canada* sont les héritiers directs.

Le juriste clermontois s'impose en effet comme le seul auteur antérieur à la vague codificatrice du XIX^e siècle à avoir tenté et réussi, du moins en partie, la réduction à l'unité de la science juridique tant en droit privé qu'en droit public, qui plus est sur un fondement jusnaturaliste, poussant la théorie du droit de son époque à ses limites conceptuelles¹⁷. Adoptant une perspective holiste du droit – originalité en son temps – il développe une herméneutique rationaliste qui annonce les codifications des XVIII^e et XIX^e siècles. Au XVII^e siècle règne dans la France d'Ancien Régime une diversité normative source d'insécurité et de confusion. Aux coutumes – dont le nombre est estimé à une cinquantaine après les efforts des rédactions officielles depuis le XV^e siècle – s'ajoutent les édits et ordonnances, dont le nombre et l'importance en droit privé vont en grandissant sous les règnes de Louis XIV, puis de Louis XV. Outre ces deux éléments normatifs, deux autres sources de droit viennent compléter le champ juridique : d'une part le droit canonique, dont l'impact s'atténue à l'aube des Lumières, mais dont le poids reste conséquent en matière matrimoniale, d'autre part le droit romain, source subsidiaire certes – comme *recta ratio* – mais qui constitue encore la base de l'enseignement juridique¹⁸. Ce droit forme ainsi des juristes empreints des modes de pensée de l'*urbs*, alors même que dans leur pratique c'est la règle coutumière qui revient de manière incessante. Dans la France d'Ancien Régime comme au Bas-Canada dans la première moitié du XIX^e siècle, une telle multitude normative ne pouvait qu'inciter à la difficile recherche d'un *corpus* unifié.

Face à cette diversité normative, amplifiée par la doctrine et l'importance des arrêtières, l'œuvre unitaire de Domat, la recherche d'une ligne claire et l'établissement de principes juridiques jusnaturalistes et rationnels font des *Lois civiles* une œuvre qui détonne dans la science de l'Ancien droit français. S'apparentant par bien des aspects à l'école du droit naturel moderne, son œuvre reste en retrait de celle-ci par l'attention portée à la pratique civiliste et le refus d'envisager un droit détaché de son fondement divin. Davantage proche d'un Grotius ou d'un Suarez dans ses fondements, la pensée de Domat se rapproche de celle d'un Pufendorf ou d'un Wolff quant à sa structure géométrique¹⁹. Sa réflexion sur les fondements du droit, quelle qu'en soit la pesanteur scolastique, ne cesse de subir l'attraction des sciences physiques et mathématiques, sous la forme essentiellement d'une dynamique euclidienne partant

d'un certain nombre de définitions, d'axiomes et de principes afin de démontrer un ensemble de propositions ou de théorèmes. Le juriste clermontois adopte une perspective similaire à la *nova methodus* de Leibniz²⁰ qui, dans sa *jurisprudentia* relie toutes les maximes du droit à la justice universelle. Ce dernier d'ailleurs, chantre de la géométrie dans le droit, jugera que la méthode domatienne « n'est pas à mépriser » tout en lui préférant sa propre structure²¹. Toutefois, contrairement aux juristes allemands, hollandais ou suisses appartenant au courant de l'École du droit naturel moderne – davantage orientés vers l'abstraction, la philosophie du droit et le contractualisme politique²² – Domat a le grand mérite d'apporter un *corpus* pragmatique, concret, fondé sur les principes jusnaturalistes et structuré autant autour du droit privé que des questions de droit public²³. La pensée sise dans les *Lois civiles* annonce la redoutable – mais fructueuse – inféodation de la jurisprudence et de la doctrine civiliste aux principes, méthodes et réflexes des sciences exactes. Empreinte de thomisme, sa théorie générale de la loi, notamment dans son *Traité des Lois*, préface aux *Lois civiles*, est moins novatrice que celle d'un Hobbes par exemple, dont la réflexion est sur bien des points aux antipodes de celle du janséniste Domat. Sa réflexion s'articule autour d'un ordre axiomatique posant les principes essentiels transcendant son système – la bonne foi par exemple, ou un certain volontarisme encore en germe – et un ordre normatif reposant sur des impératifs fondés sur la volonté du Créateur telle que manifestée par l'ordre de la Création.

La question de l'héritage juridique qui fonde les *Lois civiles* se pose, comme dans l'ensemble de l'œuvre, de manière particulièrement aiguë. La proximité de la réflexion du juriste auvergnat avec les solutions romaines – mais aussi les réflexions du *mos gallicus* ou les critiques humanistes – pourrait être étayée à l'infini. Mais l'absence de référence dans les *Lois civiles* à toute autre source que les sources antiques – celles-ci étant largement transformées – oblige à une grande prudence²⁴. Par sa mise en système des lois civiles, il fait pourtant davantage que réorganiser le droit romain à l'aune de la raison. Il fonde une société « juridicisée », encadrée par la science juridique qui doit participer à un retour de l'homme vers Dieu²⁵.

Ce qui marque lorsqu'on aborde les *Lois civiles*, c'est l'effort de l'auteur pour renouveler la science du droit, par le choix d'un plan géométrique rejetant la distinction traditionnelle héritée de Gaius entre personnes, biens, actions. Ses choix en matière de classification des obligations trouveront d'ailleurs un certain succès sous la plume des codificateurs du Code civil de 1804 et dans le droit québécois²⁶. Il s'attache également à exposer le droit de la manière la plus pédagogique possible, mettant en avant les principes, se dégageant de la casuistique romaine au profit de l'expression d'un droit naturel. Enfin, il cherche à embrasser l'ensemble du droit civil dans ses *Lois civiles* tout comme il envisagera de circonscrire le *Droit public* à une science de l'administration. Ses aspirations, on le voit, sont proches de celles qui conduisent à toute grande codification. Il souhaite se départir d'une hétérogénéité normative dans une optique unificatrice, exposer un corps de droit appréhendé dans

son ensemble, organiser chaque pan du droit civil en faisant apparaître dans un premier temps les principes, puis les exceptions, les règles d'applications, en renvoyant en note les références au droit romain ou à la législation royale, en occultant les autorités de la doctrine et les solutions coutumières.

L'œuvre de Domat peut alors être rattachée, dans sa structure et dans les solutions qu'il établit, à une œuvre annonçant la codification napoléonienne et indirectement la codification du Bas-Canada (I). Une seconde analyse portant sur l'usage des *Lois civiles* faite par les codificateurs de part et d'autre de l'Atlantique (II) éclairera la forte influence de l'œuvre du juriste clermontois sur les lieux de mémoire du droit que sont les grands codes, en établissant certaines lignes forces de la pensée de Domat qui ont guidé la doctrine et la jurisprudence postérieures à la codification.

I. Les *Lois civiles* ou l'appel à l'unité du droit naturel

Dans son œuvre, édiflée à l'origine dans le but de faciliter l'apprentissage du droit à l'un de ses fils, Domat s'attache à une forte pédagogie, même si dans la mise en œuvre de cette aspiration, il faut bien reconnaître que le fil d'Ariane est parfois perdu. Outre cette pédagogie, il entend construire son *corpus juris* en suivant une méthode déductive et en lui appliquant une structure rationaliste. Si les juristes médiévaux ont bien souvent préféré suivre les plans du *Digeste* ou du *Code*, le XVI^e siècle bénéficia, par l'intermédiaire de l'humanisme juridique, du renouveau de la *summa divisio* sur laquelle reposaient les *Institutes* romaines : la distinction entre personnes, biens et actions²⁷. À partir de cette « redécouverte » du plan des *Institutes*, le système d'exposition pensé par Gaius connaît un succès permanent dans la doctrine jusqu'à la rédaction du Code civil²⁸. Proche d'une certaine *doxa juris* sur le fond (B) – même s'il ne craint pas d'innover parfois -, les *Lois civiles* détonnent de prime abord par la structure novatrice choisie par le jurisconsulte auvergnat (A), clairement démarquée de la doctrine de son époque et du droit romain.

A. Une *summa divisio* originale

Au siècle de Descartes, Domat est le premier juriste – et l'un des seuls pour la France de l'Ancien droit – à tenter la convergence de la science mathématique et du droit. Son herméneutique propre lui permet d'extraire des scories du droit romain une *nata lex* en écartant ce qu'il appelle les « subtilités » du droit romain. Il en résulte le choix d'un plan binaire, moderne, qui fait envisager les structures romaines comme d'honorables antiquités en reprenant nombre des critiques qui étaient déjà faites par les humanistes et Hotman dans son *Anti-Tribonien* au XVI^e siècle. Il n'est pas le seul à critiquer, en son temps, le droit romain et l'œuvre de Tribonien²⁹, Pothier ne l'épargnant pas davantage. Mais là où ce dernier pliera le droit français à la perspective romaine en édiflant ces *Pandectes du Droit français*, Domat écarte résolument la distinction tripartite des *Institutes* de Gaius. Il lui préfère

une structure normative binaire distinguant les engagements des successions, puis partageant l'ensemble des obligations entre engagements volontaires et engagements se formant sans conventions.

Selon lui, les engagements, quels qu'ils soient, sont à « chacun comme ces lois particulières qui lui marquent ce que la seconde loi demande de lui, et qui marquent ses devoirs », qui ne sont autre chose « que les effets de l'amour sincère que tout homme doit à tout autre »³⁰. Les engagements nés au sein de la famille sont alors les plus naturels³¹ : « L'engagement que fait le mariage entre le mari et la femme et celui que fait la naissance entre eux et leurs enfants forment une société particulière dans chaque famille, où Dieu lie ces personnes plus étroitement, pour les engager à un usage continuel des divers devoirs de l'amour mutuel »³². De la volonté de Dieu découlent d'une part la différenciation des sexes et d'autre part l'existence de besoins, qui tous deux poussent l'homme vers son prochain³³ et vers l'établissement de conventions liant les hommes entre eux, d'abord au sein de la famille, puis au sein de la société dans son ensemble. Toutefois la distinction engagements familiaux et engagements non familiaux n'est pas reprise dans le corps même des *Lois civiles*, Domat semblant, à juste titre, juger plus structurante la distinction engagements volontaires/engagements involontaires.

Dans le livre préliminaire des *Lois civiles*, qui doit établir les grands principes régissant ses *Lois civiles*, il choisit néanmoins de discriminer entre les règles du droit en général (t. I), les personnes (t. II) et les choses (t. III), se rapprochant de la perspective de Gaius. Pour lui toutefois, il semble évident que la seule distinction qui permet l'établissement d'une pyramide juridique relativement homogène est celle – à l'intérieur des obligations – entre les conventions et les engagements involontaires. La convention est alors définie comme « le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour résoudre un précédent ou pour y changer »³⁴, la substance de cette convention consistant en « la diversité infinie des matières volontaires dont les hommes règlent entre eux les communications et les commerces de leur industrie et de leur travail et de toutes choses, selon leurs besoins »³⁵. Elle se décline dans les *Lois civiles* tout au long de la première partie, en posant tout d'abord les principes généraux qui guident l'ensemble des conventions, puis les différents types de contrat, en partant du contrat peut-être le plus classique, le contrat de vente, et en s'achevant par les vices de ces conventions. Pour la deuxième partie, concernant les engagements qui se forment sans convention, la géométrie du mode d'exposition – bien que davantage mise à mal – repose néanmoins sur une certaine logique. Le livre III, qui décrit les suites des conventions et le livre IV qui traite des suites qui diminuent ou anéantissent les engagements respectent la perspective géométrique, même si un esprit critique pourrait souhaiter un autre choix. Une lecture « moderne » ou contemporaine ne saurait ainsi se satisfaire de certains archaïsmes. Ainsi le titre XVIII, « des vices de conventions », s'il clôt le livre, aurait « logiquement » trouvé sa place dans un grand titre I traitant des conventions en général.

Toutefois, Domat se dégage de la doctrine de son temps et la structure de son œuvre s'éloigne de travaux ayant puisé aux mêmes sources, tels ceux d'Antoine Despeisses, qui a cherché à établir lui aussi un plan « méthodique des plus importantes matières du droit romain »³⁶. On ne retrouve alors dans cette œuvre aucune des distinctions posées par le jurisconsulte auvergnat.

Le caractère logique et limpide de la méthode domatienne est frappant en matière d'engagements volontaires et se retrouve lorsqu'il aborde la question des engagements se formant sans conventions.

Le critère de distinction repose sur le caractère mutuel ou non de l'obligation. La deuxième catégorie englobe ceux qui participent à ces conventions. C'est le cas pour les tuteurs (t. I) et les mineurs qui se trouvent dans leur puissance, de même pour les curateurs (t. II) ou les syndics des communautés (t. III), même si pour ces derniers, on peut estimer qu'en entrant dans leurs fonctions ils donnent leur accord pour répondre de leurs actions à la tête de ces « personnes morales ». Les titres IV, V, VI, VII et IX répondent dans l'esprit du jurisconsulte aux aléas de la vie en communauté ou de la vie tout simplement, en abordant à l'occasion des problèmes techniques tels que la possession de mauvaise foi. Le titre VIII traite sous le titre « des dommages causés par des fautes qui ne vont pas à un crime ni à un délit » d'une grande partie de la responsabilité, et notamment de la responsabilité quasi-délictuelle. Le dernier titre traite de ce qui se fait en fraude à l'égard des créanciers. Le principe des obligations involontaires semble bien suivi dans ce plan. La même rigueur figure dans les livres III et IV³⁷, faisant des *Lois civiles* un exposé extrêmement efficace et rationnel.

À l'intérieur de certaines questions toutefois, la volonté de construire un propos déductif – respectée lorsque le jurisconsulte pose les principes relatifs à l'interprétation des conventions ou des vices de consentement – est mise à mal lorsqu'il pose par exemple, à la suite de Grotius, un principe général de responsabilité civile pour faute. Il le fait dans le titre VIII de sa seconde partie, en évoquant le principe presque négligemment, au quatrième paragraphe de son propos³⁸. Au sein de certains titres, des liens sont discutables, obligeant à une herméneutique parfois hasardeuse. Le titre XVI traite ainsi « des personnes qui exercent quelques commerces publics, et de leur commis, et autres préposés... » et des lettres de change. Le lien entre les deux ensembles repose sur une logique étrangère à l'économie générale du système³⁹. Dans le livre second, si le lien entre le titre VIII qui vise la responsabilité quasi-délictuelle et le titre IX « des engagements qui se forment par des cas fortuits » est visible, celui avec le titre X « de ce qui se fait en fraude des créanciers » l'est bien moins. Dans le livre III, le titre VI des preuves et présomptions prend à son tour une place surprenante au vu de l'économie générale du livre.

En matière de successions, auxquelles Domat consacre la deuxième partie de son œuvre civiliste, la géométrie du propos est encore plus triomphante⁴⁰. Il distingue cinq livres : le premier vise les règles régissant les successions en général, le deuxième

touche aux successions légitimes ou *ab intestat* qui sont le plus en accord avec la loi naturelle, le troisième traite des successions testamentaires. Cet ensemble étant posé, il s'intéresse aux dispositions à cause de mort et aux legs auxquels il consacre le quatrième livre. Enfin, le cinquième livre touche aux substitutions et fidéicommiss qui clôturent le développement consacré aux successions. Se démarquant encore une fois de la structure de la doctrine de son temps – par exemple de Le Brun ou de Ricard⁴¹ – son œuvre en la matière souffre néanmoins de son faible pouvoir innovant sur le fond, reprenant essentiellement le droit de son époque⁴².

In fine, le juriste auvergnat innove considérablement en matière de théorie de l'obligation en abandonnant la classification quadripartite, héritée du droit romain, pour une double distinction binaire entre engagements volontaires et engagements involontaires. Cette volonté de se démarquer dans la structure n'occulte toutefois pas une pensée conservatrice sur le fond, même si elle marque souvent une étape essentielle dans l'avancée de la rationalisation du droit.

B. La quête d'un droit naturel romaniste

Impossible, en quelques lignes, de dresser l'inventaire des héritages et des innovations menées par Domat sur le droit civil. Quelques exemples permettent toutefois d'esquisser la richesse de l'œuvre et l'importance de l'héritage. Le juriste auvergnat, plus souvent qu'à son tour, exprime une fidélité marquée à l'œuvre juridique romaine. Ainsi, comme la doctrine dominante de son époque, il reprend le principe hérité du droit de Justinien de la prohibition des stipulations pour autrui, reliant celle-ci au caractère personnel et nécessaire du consentement. Seules les exceptions de la représentation juridique et la promesse du porte-fort sont alors admises⁴³. La distinction entre obligation de résultat et obligation de moyen est également en genèse dans les *Lois civiles*, les médecins répondant seulement de leur impéritie, des fautes qu'ils commettent contre les règles de leur profession⁴⁴. En matière d'obligation, Domat ouvre notablement la catégorie des obligations naturelles, en ajoutant aux obligations contractées par des incapables celle de la femme mariée qui, une fois devenue veuve, ne peut invoquer la nullité de l'engagement contracté au temps du mariage sans l'autorisation de son mari, afin de permettre la restitution contre la prestation exécutée depuis lors⁴⁵. Il prend toutefois parfois ses distances avec le droit romain et annonce le Code, lorsqu'il s'intéresse aux notions de quasi-contrat et de quasi-délit. Il n'envisage le quasi-contrat que là où l'homme est uniquement mu par sa propre volonté. Il distingue ainsi dans les engagements qui se forment sans convention, ceux qui procèdent d'un fait volontaire de ceux qui découlent directement de la loi⁴⁶.

Comme dans le futur Code Napoléon, toutes les obligations non conventionnelles sont groupées dans un même ensemble. On constate chez Domat également une force attractive du contrat vis-à-vis des autres sources d'engagement. Il est amené ainsi à classer l'usufruit et les servitudes dans le livre consacré aux conventions, car ils

s'acquièrent le plus souvent par cette voie selon lui. Il s'écarte même parfois du droit positif de son temps, afin d'affirmer le droit naturel, notamment en matière de preuve des conventions, où il abandonne la lettre de l'ordonnance de 1667, estimant que dès lors qu'une convention n'a pas fait l'objet d'un *instrumentum*, les parties doivent pouvoir faire la preuve de la vérité de la convention, ou par témoins ou par les autres voies que prescrivent les règles de preuves⁴⁷.

Concernant le contrat de vente, il se contente, avec la majeure partie de la doctrine, de relever que la vente ne peut être établie sans prix, soulignant que le prix de la vente ne « peut jamais être autre chose que de l'argent en monnaie publique, qui fait l'estimation de la chose vendue »⁴⁸. En matière de garanties dues par le vendeur, Domat annonce la reprise par le Code Napoléon, aux articles 1644 et 1645, de la réglementation des vices cachés⁴⁹. La question du transfert purement consensuel de la propriété par le contrat de vente est caractéristique de la place de l'œuvre. Domat hésite entre la tradition romaine et l'adhésion aux avancées de l'École du droit naturel moderne, mettant en avant le principe consensualiste. Il souligne que la vente renferme le consentement du vendeur à la mise en possession de l'acheteur⁵⁰, mais rappelle que c'est par la délivrance « que la vente reçoit son entier accomplissement »⁵¹. En matière de louage, il prend position pour une conception unitaire des différentes formes de louages⁵². Largement fidèle aux préceptes romains en matière de contrat de société, il prohibe les clauses léonines car elles blessent l'équité et la bonne foi⁵³, souhaitant même que, si l'associé a commis un dol, les autres associés soient appelés à user de « commisération » envers lui, n'exigeant pas, éventuellement, « tout ce qu'il leur doit »⁵⁴. En matière de mandat, la même fidélité au droit romain se révèle, reprenant le principe de la gratuité, du consensualisme et réaffirmant la bonne foi⁵⁵. De même la définition du commodat⁵⁶ est conforme trait pour trait à la logique des juristes de l'*urbs*. La seule distinction entre commodat et le louage est alors la gratuité du second vis-à-vis du premier, Domat unifiant le régime des deux contrats⁵⁷ et annonçant les formulations des articles 1874 à 1892 du Code français.

Classiquement, il rejette l'usure⁵⁸, refusant l'intérêt comme contraire à la loi divine, au droit naturel, à l'équité et à la justice⁵⁹. Comme le prêt à usage, le prêt de consommation doit rester gratuit, un contrat de bienfaisance, « l'obligation du prêt ne pouvant excéder la chose prêtée »⁶⁰.

Concernant l'affirmation du contrat réel moderne, Domat est en retrait, comme Grotius d'ailleurs⁶¹, et il considère les contrats réels comme des engagements synallagmatiques, les obligations du prêteur trouvant leur cause dans les obligations réciproques de l'emprunteur. Pour lui et pour Grotius, un tel contrat découle des préceptes du droit naturel (rendre à chacun ce qui lui appartient), la remise de la chose ne semblant constituer qu'un simple mode d'expression du consentement.

Ces quelques éléments épars ne doivent pas faire oublier les grands thèmes sur lesquels la pensée de Domat s'impose pour la doctrine de son temps et pour lesquels les rédacteurs du code seront largement redevables. Il s'agit, par exemple,

de la réflexion autour de la cause des contrats. Si Domat, à la suite du romaniste auvergnat Connan, recherche la cause dans les éléments objectifs, matériels du contrat à titre onéreux, sans se référer à la psychologie des parties, il se dégage de la définition d'Ulpian de la *causa* (D. 2. 14. 7) faisant de la cause la simple promesse d'exécuter à laquelle chacun s'engage, constituant l'espérance d'exécution pour l'autre partie. Il use alors du vocable « cause » pour les contrats à titre onéreux, et de « motif » pour les contrats à titre gratuit. Il n'élabore toutefois pas une définition générale de la cause, une théorie applicable pour tous types d'actes juridiques, comme le fera la doctrine classique au XIX^e s., comme Aubry et Rau ou Demolombe, même s'il pose les principes généraux qui gouverneront celle-ci. Toutefois, l'esprit de sa réflexion semble tendre vers l'idée d'intérêt à l'acte, se rapprochant alors de la cause subjective. Ces atermoiements expliquent que c'est davantage Pothier qui se retrouve sous la plume des rédacteurs du Code pour définir la cause.

Au contraire, concernant la formulation de l'article 6 du Code Napoléon, ce seront les *Lois civiles* qui se trouveront à l'honneur, la réflexion de Domat sur les bonnes mœurs et l'ordre public ayant posé les cadres généraux de ces notions.

En raison de l'importance que revêtent la bonne foi et l'équité dans le système de Domat, on ne sera pas étonné de l'importance qu'il donne à la lésion, le vendeur étant obligé de « s'exprimer clairement et nettement » sur les qualités de la chose, à tel point que toute ambiguïté sera interprétée contre lui⁶². Il développe d'ailleurs une seconde idée qui distingue la lésion de la question de la bonne foi proprement dite. Il évoque l'équité qui empêche d'abuser d'un état de nécessité. Ainsi, il est de droit naturel que celui qui achète « n'abuse pas de la nécessité où se trouve celui qui vend, et n'achète pas à un trop vil prix »⁶³. Il est, selon lui, des « conventions où la simple lésion, quoique sans dol, suffit pour résoudre la convention »⁶⁴.

Faisant du contrat non pas l'instrument d'un égoïsme individuel mais d'une réalisation du bien commun, il a largement caractérisé et imposé la notion de bonne foi dans l'ensemble de son système. C'est le cas par exemple du contrat de société où les engagements « généraux et indéfinis » des associés sont déterminés par la bonne foi⁶⁵. Les *Lois civiles* s'imposent également à la doctrine du temps en matière de vice de consentement, d'usufruit ou d'interprétation...

Innovante et conservatrice à la fois, l'œuvre de Domat apporte-t-elle pour autant sa pierre à l'édifice de la codification ? Sur le fond, il éclaire, voire édifie dans leur structure moderne un certain nombre de thèmes, tels que les vices de consentement, l'interprétation des conventions, la notion de cause ou encore le fondement de la responsabilité civile. Ces thèmes feront la richesse de son héritage, et cela même si, bien souvent, Pothier sera celui qui donnera la forme définitive à certaines formulations initiées par Domat.

Ce dernier adopte surtout « une technique de la ligne claire », c'est-à-dire écarte les commentateurs et les références hors de son propos immédiat, pose d'abord la règle puis seulement l'exemple, si exemple il y a. Il se démarque ainsi

des auteurs des XVI^e et XVII^e siècles qui brillaient par leur érudition au détriment de la clarté de leur propos. Il se détache également – et c’est peut-être un défaut – de Pothier qui, par ses exemples, explicitera largement sa réflexion, au détriment de la présentation même de certaines questions. C’est donc l’art de la formule autant – sinon davantage – que les solutions sur le fond qui font des *Lois civiles* un outil précieux, voire indispensable pour les codificateurs tant du Code Napoléon que du *Code civil du Bas Canada*.

II. Les *Lois civiles*, préface des Codes

Certains thèmes juridiques tirés des *Lois civiles* se sont déjà imposés dans les grands recueils du XVIII^e siècle qui constitueront les sources de références de la doctrine et de la jurisprudence québécoises avant la codification. Les traductions en anglais de Strahan puis de Cushing⁶⁶ favoriseront la diffusion en Amérique du Nord de la pensée du juriste clermontois. Dans les recueils de jurisprudence, tels que ceux de Ferrière ou de Rousseaud de la Combe, s’imposent les références aux *Lois civiles* pour les thèmes de l’arbitrage, de la définition de la convention, de l’interprétation de celle-ci – notamment la notion d’ambiguïté – de la détermination des vices des conventions (erreur et dol), de la distinction droit privé-droit public, en matière d’accessoire, de garantie de clause dérogatoire en matière testamentaire, etc.⁶⁷. Concernant le quasi-délit, Garat, l’auteur de la notice dans le *Répertoire de jurisprudence* de Guyot rend un hommage appuyé au jurisconsulte et contribuera largement à la perpétuation de sa réflexion dans le Code civil de 1804 et dans la pratique du droit québécois : « On est heureux, quand on peut marcher dans la jurisprudence avec un guide tel que Domat. Il faudra recourir à son livre si l’on veut connaître tous les détails de cette partie du droit »⁶⁸. C’est l’héritage de la méthode qui va donner à l’œuvre un rayonnement européen. Les lecteurs des *Lois Civiles* sont frappés par la capacité de Domat à unifier le droit romain dans un cadre déductif sur une base homogène de deux types de lois, les lois immuables et les lois arbitraires. Ainsi, Louis de Héricourt, écrit, dans ses *Lois ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel*, que « la meilleure méthode qu’on puisse suivre pour apprendre la jurisprudence est d’étudier les lois dans les sources, de s’appliquer à en entendre la lettre par soi-même, et à en pénétrer l’esprit. Mais il est très difficile que ceux qui commencent puissent suivre cette méthode ; et plusieurs personnes l’ont abandonnée, parce qu’elles n’en ont pas retiré tout le fruit qu’elles pouvaient en espérer »⁶⁹. Et il ajoute immédiatement, « c’est ce que l’auteur du *Traité des lois civiles*, mises dans leur ordre naturel a prouvé d’une manière très sensible pour le droit romain. Il a fait voir que ce n’est que par un travail long et pénible qu’on peut parvenir à réunir les mêmes matières qui se trouvent disposées différemment dans le digeste et dans le code et qui sont sans aucun ordre dans les nouvelles (...) »⁷⁰. Le prestige de la méthode n’est pas moindre à l’étranger où Muratori, Mercurio, Bentham, Blackstone, Leibnitz ou Cocceji se réfèrent à l’œuvre du jurisconsulte auvergnat...⁷¹

L'exemple du rédacteur du *Code Frédéric*⁷² est particulièrement marquant de ce point de vue. La préface montre une connaissance approfondie du travail de Domat par Cocceji, le rédacteur de ce texte. Si celui-ci ne cite pas nominalement le jurisconsulte, la proximité entre les deux pensées ne laisse aucun doute. En effet, après avoir défini l'ordre idéal devant régner dans la société, il établit trois sortes de troubles de celle-ci tirés directement du *Traité des Lois* de Domat : « Néanmoins les sociétés où l'ordre paraît le mieux établi sont encore exposées à divers troubles. On en compte trois espèces principales, les procès, les crimes et les guerres. Les guerres ont leurs lois dans le droit des gens, les crimes et procès servent de matière aux lois civiles ; »⁷³. L'analogie avec Domat est évidente⁷⁴. Elle se poursuit lorsqu'on évoque les trois manières de terminer les procès⁷⁵, ou la critique du *corpus juris civilis*⁷⁶. Les objectifs assignés au Code Frédéric sont les mêmes que ceux des *Lois Civiles* : mettre de l'ordre dans un système d'exposition juridique inspiré du droit romain⁷⁷. Comme l'œuvre du jurisconsulte, le *Code Frédéric* a pour objectif « de faire sentir aux personnes mêmes qui n'ont aucune teinture de jurisprudence, la beauté et la justesse de ce plan »⁷⁸. Domat comme Cocceji sont attachés à l'idée de principes généraux comme guide des lois naturelles et arbitraires⁷⁹, à l'idée de lois fondées sur la raison⁸⁰, inspirées du droit romain et dont l'interprétation se doit d'être faite selon l'esprit général du système d'exposition⁸¹.

A. Les *Lois civiles*, ou le livre préliminaire du Code Napoléon

Cet héritage hétéroclite de la réflexion sise dans les *Lois civiles*, s'accroît par la lecture que font les codificateurs français de l'œuvre domatienne. L'importance de l'influence de la pensée de Domat sur les personnes mêmes des rédacteurs du Code va jouer un rôle important dans sa transmission. C'est le succès de la vocation pédagogique première des *Lois Civiles* qui transparait ici. Une grande partie des auteurs ont été nourris dans leur formation juridique par les sentences du juriste auvergnat. Les *Lois Civiles*, devenues l'instrument d'exposition des règles romaines pour de nombreux juristes, vont contribuer à l'établissement de formulations concises tout en donnant l'autorité du passé à une formulation moderne. L'importance de l'apport des rédacteurs du Code, des débats, des discussions devant le Conseil d'État, des efforts d'exposition devant le Tribunal, l'utilisation des projets précédents⁸², les remarques des tribunaux ont contribué à renouveler la formulation, à élaborer un texte novateur bien que construit pour une part sur des formules éprouvées⁸³. L'influence des *Lois Civiles* est tributaire des personnes même des rédacteurs, de leur formation, de l'influence des autres auteurs... Malgré la concurrence d'auteurs moins singuliers peut-être⁸⁴, il s'impose comme une référence historique dans les travaux préparatoires. Forte sur la personne de Portalis⁸⁵ et sur le livre préliminaire du Code, l'influence des *Lois civiles* est moindre sur les trois autres codificateurs, Félix Bigot-Préameneu⁸⁶, François Tronchet et Jacques de Maleville⁸⁷ qui lui préfèrent Pothier. Parfois, comme c'est le cas en matière de propriété, le juriste auvergnat n'est pas évoqué, alors même

que sa réflexion eut été éclairante⁸⁸. Toutefois, les *Lois civiles* figurent indéniablement parmi les ouvrages de référence des débats menés de 1801 à 1804. Nombreux sont les codificateurs et les législateurs qui ne tarissent pas d'éloges sur l'utilité des *Lois civiles* dans l'établissement des formules du futur Code, plusieurs émaillent ainsi leurs discours de références révérencieuses à Domat. À ce jeu, ce dernier surpasse même largement Pothier, bien moins cité dans les proses codificatrices recueillies consciencieusement par Fenet. Seul Montesquieu l'est davantage dans les travaux préparatoires, lui dont la plume avait notamment la faveur des membres du Tribunal, plus tentés par la lecture de l'*Esprit des Lois* que celle – plus aride il est vrai – des *Lois civiles*⁸⁹.

On retrouve ainsi Domat tel un génie tutélaire, servant de réfèrent aux travaux en matière d'obligation conventionnelle, en matière d'interdiction pour les capables de demander la répétition d'une obligation exécutée de bonne foi⁹⁰, en matière de tutelle et d'établissement du conseil de famille⁹¹, en matière de biens paraphernaux⁹², de responsabilité civile, de présomption, de dol... ou plus simplement évoqué par le tribun Gillet lors de la communication officielle au Tribunal du projet relatif au mariage et au rôle du père dans le mariage de sa fille⁹³.

Tout au long du XIX^e siècle⁹⁴, les commentateurs du Code tireront bien évidemment profit de la méthode exposée dans les *Lois civiles* concernant les obligations. Duranton trouvera des avantages à poursuivre son œuvre⁹⁵ alors que Troplong dira de Domat qu'il a la « *rigueur d'un algébriste* »⁹⁶. Favart, devant le Tribunal, rappelait déjà lors de la codification tout ce que doivent les rédacteurs du Code à Domat en cette matière :

« (...) Dans la partie qui traite des contrats et des obligations conventionnelles, le législateur se trouve dans l'heureuse impuissance de proclamer une volonté particulière, tout ce qu'il dit doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples. Le livre où il puise ces lois doit être la conscience ; ce livre où tous les hommes trouvent le même langage quand la passion ne les aveugle pas. Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant Domat, et Pothier en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé »⁹⁷.

L'influence des *Lois civiles* est également forte sur la formulation même des articles du Code, en matière d'obligation bien évidemment, mais également en matière d'usufruit, où la proximité des formulations – moins connues – est flagrante. Ainsi, pour la rédaction de l'article 612 qui dispose que l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, mais à des personnes morales ne dure pas plus de trente ans, Galli montre une révérence forte aux *Lois civiles*, préférant sa formule à l'énonciation du droit romain *Placuit centum annis tuendos esse municipales*⁹⁸. Il s'exclame alors :

« À la vérité, on ne pourrait trouver bien solide la raison qui y est alléguée, *quia is finis vitae longaevi hominis est*. Comment ! Parce qu'un homme peut vivre cent ans, il faudra décerner l'usufruit aussi pour cent ans à une ville ou autre communauté ! Je ne

comprends pas bien la conséquence de ce principe : mais je comprends bien la doctrine de l'immortel Domat, qui lui-même devança l'opinion de notre Code, et n'eut pas de peine à dire qu'il y aurait eu bien plus de raison de fixer cet usufruit à trente années seulement »⁹⁹.

Concernant les articles touchant à la responsabilité, Bertrand de Greuille et Mouricault soulignent judicieusement la proximité des solutions posées par Domat et celles du Code, celui-ci les ayant « toutes recueillies dans ses lois civiles, ouvrage profond qui sera toujours utilement médité »¹⁰⁰. Jaubert revendique également la filiation du juriste auvergnat en matière de théorie de l'obligation¹⁰¹. Il est encore évoqué en matière de créance solidaire, de vices de consentement, d'usufruit, de mandat... Outre les citations présentes dans les discours des codificateurs, il est possible d'établir de nombreuses filiations entre les articles du Code Napoléon et les formules des *Lois civiles*. Il faut souligner que dans cet emploi, les formules de Domat sont bien souvent reprises afin de poser un principe ou une formule lapidaire caractérisant la définition d'un acte ou affirmant une règle générale. Il en est ainsi de l'article 1235 : « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées », qui trouve sa formulation dans les *Lois civiles* : « le paiement supposant la dette, celui qui se trouve avoir payé par erreur ce qui n'était point dû, peut le recouvrer [...] »¹⁰². En matière d'exception d'inexécution, Domat, en systématisant les solutions romaines, généralise la règle en allant même au-delà de la solution qui est reprise dans l'article 1184.

On trouve bien souvent une parfaite homothétie entre ces différentes formules rédigées à plus d'un siècle d'intervalle, comme c'est le cas en matière de cautionnement pour l'article 2017 : « Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée ». La formulation des *Lois civiles* est la suivante : « Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à la réserve des contraintes par corps, si l'engagement était tel que le fidéjusseur y fût obligé »¹⁰³. Il en est de même pour l'article 2050 : « Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure ». Les *Lois civiles* sont reprises alors *in extenso* : « Si celui qui avait transigé d'un droit qu'il avait de son chef, acquiert par la suite un pareil droit du chef d'une autre personne, la transaction ne fera pas de préjudice à ce second droit [...] »¹⁰⁴. Dans l'ensemble du Code, on trouve plus de 330 articles dont les formules sont quasiment identiques des *Lois civiles* au Code Napoléon ce qui place immédiatement les *Lois civiles* comme la seconde source doctrinale du Code après les travaux de Pothier¹⁰⁵. De même en matière de cause, le juriste clermontois a influencé la rédaction de l'article 1131. Son influence sur Portalis semble jouer ici un rôle important. La formule de ce dernier, selon laquelle « *il n'y a de cause dans la vente que lorsque le prix est en proportion avec la valeur de la chose* », qui

paraît avoir influé sur l'article 1131, relève de la même philosophie que *Les Lois Civiles*. Jaubert revendique également la filiation au juriste auvergnat en matière de théorie de l'obligation. Dans son rapport au Tribunat sur le projet du Livre 3^{ème} du *Code Civil* sur le droit des contrats et des conventions, Jaubert compare Cujas, Dumoulin, Pothier et Domat, aux grands jurisconsultes romains, pour leur apport à la science du droit, et pour avoir dégagé le droit romain « *de ces subtilités qui dans certains, cas, embarrassaient le droit écrit* »¹⁰⁶. C'est pourquoi la réflexion du jurisconsulte est exploitée, en compagnie de celle de Pothier en matière de créance solidaire. Pour le tribun Mouricault :

« Domat et Pothier ont pensé que le créancier solidaire, ayant le droit d'exiger du débiteur toute la dette, devait avoir également le droit d'en faire la remise, sauf contre lui le recours de ses cocréanciers pour leur part ; et l'on peut dire en faveur de cette opinion qu'il semble inutile d'interdire la remise directe à qui peut la faire indirectement, en donnant quittance sans recevoir »¹⁰⁷.

En définitive, il semble que les objectifs que Domat s'est assignés ont été remplis dans l'œuvre codificatrice française : l'ordre et la lumière qu'il a insérés dans le droit romain permettent pour partie l'affirmation d'un droit naturel dans l'œuvre codificatrice. Il faut néanmoins souligner deux éléments qui nuancent cette affirmation. D'une part, l'abandon du plan original des *Lois civiles*, au profit d'une distinction moins géométrique et plus conservatrice puisque héritée de Gaius. On peut d'ailleurs regretter, comme le Doyen Wiedekher, que les codificateurs aient davantage opté pour le livre troisième pour un catalogue à la Prévert¹⁰⁸ que pour l'austère rigueur géométrique auvergnate. D'autre part, certains pans du Code, hérités des lois révolutionnaires, ne pouvaient accueillir favorablement l'héritage des *Lois civiles*. Rien de plus éloigné du Code que les aspirations chrétiennes assignées à la réorganisation du droit des *Lois civiles*. La loi d'amour de Dieu et la loi d'amour de son prochain, qui président aux *Lois civiles*, ne constituaient pas les lignes forces du projet des codificateurs, fidèles héritiers des Lumières pour la plupart.

B. Aux fondements des codifications nord-américaines

Comme le soulignait Michel Grimaldi, « l'exportation du code civil de 1804 est un phénomène majeur de l'histoire juridique universelle »¹⁰⁹. Si d'autres codifications ont vu le jour au XVIII^e, aucune ne connaîtra le rayonnement mondial du Code Napoléon¹¹⁰ qui fera de la codification française un modèle de système juridique privatiste de l'Amérique au Japon, en passant par la quasi-totalité des systèmes juridiques européens¹¹¹, dont la Roumanie. C'est essentiellement par les traductions en anglais de Strahan et l'établissement des Code civil Louisianais (1808 puis 1823-1824) puis du *Code civil du Bas Canada* (1865) que les *Lois civiles* s'imposent comme un ouvrage juridique majeur dans le monde anglo-saxon et en Amérique du Nord. Thomas Jefferson¹¹² et John Adams¹¹³ possédaient tous deux

les *Lois civiles* en français ainsi que les traductions de Strahan, Adams n'hésitant d'ailleurs pas à évoquer le *Traité des lois* dans les prétoires au détriment de la common law¹¹⁴. Toutefois, son influence doctrinale est assez largement limitée aux évocations des *Lois civiles* dans le *Dictionnaire* de John Bouvier¹¹⁵ même si une étude plus approfondie permettrait de révéler certainement un rayonnement insoupçonné. Les États d'Amérique du Sud, quant à eux, considérant le *Code civil* français comme un exemple de codification sur un fondement romaniste, adoptèrent par la même occasion la pensée du juriconsulte comme une source précieuse d'interprétation¹¹⁶. Trois causes expliquent traditionnellement le rayonnement du Code Napoléon¹¹⁷ : la force des armes, la colonisation et enfin l'éminence de sa rigueur intellectuelle et donc sa qualité intrinsèque. Ce sont ces deux derniers éléments qui expliquent la diffusion de la tradition juridique française à travers les codifications nord américaines, auxquels s'ajoute le média du partage d'une même source normative : le droit romain. C'est donc dans les États à forte tradition romaniste que l'influence de Domat se fait le plus sentir, dont la Louisiane et le Bas-Canada.

1. Les codifications louisianaises

Les *Lois civiles* se trouvent ainsi au cœur des différentes codifications en Louisiane, expressions d'un pluralisme juridique par excellence¹¹⁸. Le *Code civil de Louisiane* de 1808 (*Digest of the civil Law*) représente un tournant dans l'histoire juridique louisianaise, permettant l'affermissement du système civiliste dans une sphère d'influence de la *common law*¹¹⁹. Malheureusement, il n'existe pas d'exposition des motifs laissée par les rédacteurs du Code – contrairement au Code civil du Bas-Canada – afin de déterminer les sources dont ils se sont servis en 1808¹²⁰. Toutefois, une copie du Code de 1808 de la main de Moreau de Lislet, appelée le *Manuscript de la Vergne*¹²¹ ainsi que les travaux de Rodolfo Batiza notamment, ont permis d'éclaircir les sources du *Digest*. Une fois encore, Pothier et Domat sont fortement liés dans la rédaction des différents textes qui forment la loi civile de l'État de Louisiane. Mais pour ce texte, c'est l'influence du Code Napoléon qui est prédominante. Les rapprochements effectués par Rodolfo Batiza ont établi l'influence d'environ 70 % des articles du Code de 1804 et de son projet avec ceux du *Digest*, alors que les *Lois civiles* sont créditées de 175 articles soit 8 % et les travaux de Pothier de 118 articles soit 5%¹²². Ces rapprochements, parfois discutables, laissent pourtant apparaître que l'influence du juriconsulte sur le *Digest* est plus importante que celle du juriste orléanais. Cela est vrai pour le *Digest* de 1808 mais aussi le code remanié de 1823-1824. Lors de cette réforme, les rédacteurs cherchent à renforcer la symbiose entre héritage romain, lois hispaniques - transmises par les *Partidas*¹²³ et les lois de *Toro* notamment - et l'héritage de l'Ancien droit tout en adoptant une posture pragmatique¹²⁴. Ainsi, concernant la réforme du livre 2 « des choses » du *Digest*, les rédacteurs font de larges emprunts à Pothier et aux *Partidas*, ainsi qu'aux *Lois civiles* pour les articles concernant l'usage et l'usufruit du titre III, reprenant ainsi

la voie qu'avaient tracée les rédacteurs du Code de 1804 sur les mêmes points. L'optique générale des rédacteurs est de modeler la réforme de 1824 sur le Code Napoléon, en mettant en avant les sources doctrinales de l'Ancien droit comme Domat et Pothier dans une orientation très pragmatique : « We have thought best to suppress this article which prescribed, that servitudes did not establish any right of preeminence of one estate over another, as it is copied from the Code Napoleon, and was adopted in France only for the purpose of preventing, that under the title of servitude feudal rights should be established, which had before been abolished. It is useless among us »¹²⁵. L'influence du juriste auvergnat doit être nuancée toutefois. Si elle est forte sur les codifications louisianaises, elle le doit essentiellement à la proximité entre les solutions établies par le juriste clermontois et le droit romain alors que la plus faible influence de Pothier résulte de la forte utilisation du Code de 1804 et de son projet, passerelle vers la pensée du juriste orléanais mais rendant *de facto* le recours à cette référence inutile. La perspective romaniste de la pensée de Domat rapproche ses développements des dispositions des lois espagnoles. Il est parfois bien difficile de partager l'origine exacte d'une solution en l'absence d'indications laissées pour le Code de 1808 par les rédacteurs¹²⁶. L'influence de Domat est toutefois grande et se retrouve sous la plume de Moreau de Lislet qui se réfère abondamment à l'œuvre du jurisconsulte dans ses *Loix de l'état de Louisiane*¹²⁷ de 1808, faisant de ce dernier le vulgarisateur des lois romaines¹²⁸ :

« Mais comme il eût été trop long de référer aux lois de tous les codes du droit romain et du droit espagnol, on s'est contenté, quant aux lois civiles de citer Domat parce qu'on trouve dans chacune des dispositions de cet ouvrage les textes du droit romain où elles sont puisées (...) »¹²⁹.

Il relève notamment l'acointance entre les lois espagnoles et les solutions des *Lois civiles* concernant le titre 2 du livre I du *Digest* touchant au domicile¹³⁰, mais également pour les dispositions établissant des curateurs et défenseurs en cas d'absence¹³¹, les modalités du contrat de mariage (L. I, T. IV, Ch. II du *Digest*)¹³², les seconds mariages (T. IV, Ch. VI du *Digest*)¹³³, les relations entre pères et enfants (L. I, VII, Ch. I du *Digest*)¹³⁴, les obligations respectives des pères et des enfants et des aliments qu'ils se doivent respectivement (L. I, T. VII, Ch. II, S. XI du *Digest*)¹³⁵, le droit d'usufruit du père sur les biens de ses enfants. Les règles relatives à la tutelle (L. I, T. VIII, ch. I du *Digest*)¹³⁶ renvoient encore largement aux *Lois Civiles* (vingt-trois renvois à celles-ci pour le seul titre huit). Domat est cité comme la source principale en matière d'incapacité et de curatelle (L. I, Tit. IX, Ch. I du *Digest*) où Moreau de Lislet se réfère à ses solutions¹³⁷, notamment pour l'article 19 concernant la curatelle du mari sur la femme contraire aux règles romaines¹³⁸. Le titre X touchant les « communautés et les corporations » renvoie encore largement à Domat (quatorze occurrences), confirmant l'importance de sa réflexion sur ce thème (et cela même si ce sont les *Lois Civiles* qui sont citées plutôt que le *Droit public*). Le Livre II du

Digest, touchant les biens et les différentes modifications de la propriété confirme cet état de fait. Le livre I des choses ou des biens comporte quinze occurrences renvoyant essentiellement au livre préliminaire des *Lois Civiles*. Le titre III de la pleine propriété comporte dix occurrences, mais cette fois-ci se référant davantage aux lois romaines citées par le juriste auvergnat qu'à la pensée du jurisconsulte lui-même. Le chapitre concernant l'usufruit confirme l'influence du jurisconsulte sur ce thème (car trente quatre renvois sont faits aux *Lois civiles* pour ce seul chapitre¹³⁹). Le Titre IV touchant aux servitudes montre que l'analyse de Moreau ne se contente pas de renvoyer aux *Lois civiles* comme un abrégé des lois romaines puisqu'il cite les sources antiques aux côtés des renvois à l'ouvrage de Domat¹⁴⁰. Le livre III du *Digest* portant sur les successions confirme une fois encore la pertinence de la pensée du juriste auvergnat dans la lecture du *Digest*.

De manière générale, on peut noter que, sous la plume de Moreau de Lislet, le juriste auvergnat l'emporte largement sur Pothier comme source présumée et comme référent dans sa lecture du *Digest* de 1808. Cela s'explique en partie par le choix fait par Moreau de renvoyer parfois aux *Lois Civiles* plutôt que de citer les lois romaines. De plus, il ne s'agit pas des sources du *Digest* mais des concordances. Toutefois, l'importance des renvois laisse penser que l'accointance entre lois romaines, lois espagnoles et les *Lois Civiles* imposait naturellement Domat, plus fidèle à la pensée de *l'urbis* que Pothier par exemple. Ce lien entre la pensée du jurisconsulte et les formulations du Code Louisianais a permis à celle-ci de garder une certaine actualité dans l'État de Louisiane jusqu'au XXe siècle¹⁴¹, notamment dans la jurisprudence¹⁴², même si les dernières réformes du Code civil tendent visiblement à l'atténuer.

2. Le code civil du Bas-Canada (1866)

Quand s'ébauche le *Code civil du Bas Canada* l'influence des *Lois civiles* est encore faible dans la pratique canadienne française. Pourtant, au XVIII^e siècle, la doctrine française, notamment Domat et Pothier, était largement invoquée par les juges anglais – au premier rang desquels Lord Mansfield¹⁴³ – dans leurs recherches de principes généraux. Avant même l'implantation du Code au Canada¹⁴⁴, la pensée du jurisconsulte était déjà utilisée comme référence doctrinale comme elle le sera encore après celui-ci¹⁴⁵.

S'attachant aux sources du droit du Bas-Canada¹⁴⁶, les commissaires du *Code civil du Bas-Canada*¹⁴⁷ édifièrent un droit civil rationalisé en s'appuyant largement sur le Code civil français de 1804¹⁴⁸ dont la structure fût largement reprise¹⁴⁹. C'est donc à travers ce dernier ouvrage et par le poids de ses sources que les rédacteurs de la codification bas-canadienne firent leur profit des formulations des *Lois civiles*. La loi de 1857¹⁵⁰, initiant le processus de codification prend pour modèle le Code civil de 1804, oblige les commissaires à citer les autorités sur lesquelles ils s'appuient pour formuler une disposition, donnant ainsi toute sa place à l'héritage doctrinal¹⁵¹. Ce faisant, les commissaires prouvent, appliquant l'article 6 de la loi de 1857, que

la règle est effectivement « en force » au Bas-Canada, leur capacité d'amendement devant être distincte de la reprise de la tradition civiliste¹⁵². Toutefois, leur rôle n'est pas à mésestimer, et nombre des innovations comprises dans le *Code civil du Bas Canada* sont à porter à leur crédit¹⁵³. Œuvre de compromis, la genèse du Code de 1866 trouve ses racines principales dans le droit d'inspiration française, héritage de la Nouvelle-France¹⁵⁴, mais également dans l'évolution du droit propre à la Province¹⁵⁵, laissant place à certaines innovations parfois inspirées de la common law¹⁵⁶. Si, comme le remarquait Adhémar Esmein parlant des codificateurs du Code Napoléon, « les rédacteurs du Code trouvaient soit dans les codifications antérieures, soit dans la littérature juridique, tout préparés, exprimés déjà dans une langue précise et excellente, les principaux éléments de leur œuvre puisqu'ils voulaient surtout emprunter au passé »¹⁵⁷, il appartenait toutefois aux commissaires canadiens de mettre une âme propre à la codification et adapter les solutions de la doctrine au contexte du XIX^e siècle. Ainsi, les commissaires soulignent que l'intention n'était pas de « permettre l'abrogation, ni même l'altération des lois en force, ni remettre en vigueur celles éteintes, si ce n'est avec pleine connaissance de cause et après avoir été mis en position d'en apprécier la nécessité ou les avantages »¹⁵⁸.

Dans le rapport des commissaires sur le titre des obligations du *Code civil du Bas-Canada*, sur deux cents articles régissant les obligations, les auteurs renvoient cent soixante-quatorze fois à Pothier dans l'établissement des formules du Code, alors que quatre-vingt-quatorze articles trouvent leur inspiration – pour partie – dans les dispositions des *Lois Civiles*¹⁵⁹. Pothier reste donc largement préféré à Domat, même si la pensée de celui-ci se trouve à l'honneur. Sur les deux mille six cent quinze articles constituant le *Code civil du Bas Canada*, deux cent soixante-quinze articles contiennent une référence aux *Lois civiles*¹⁶⁰. Cette proportion est proche de celle du Code Napoléon (environ 11 %) ¹⁶¹. Toutefois, si le penseur clermontois est cité comme autorité, il l'est le plus souvent en compagnie d'une solide doctrine. Les rapporteurs font référence à de nombreux auteurs de l'Ancien droit (Furgole, d'Argentré, Dumoulin, Serres, Denisart, Fremenville, Ricard, Guyot, Brillon, Bourjon, Henrys, Bretonnier, Lamoignon...) ¹⁶², mais également à la doctrine civiliste du XIX^e siècle (Toullier, Zachariae, Merlin, Demolombe...) ¹⁶³, aux ordonnances et déclarations françaises de l'Ancien Régime et pour une part à la doctrine anglaise (Blackstone, Russell, Wharton...) et à la législation du Bas-Canada. La filiation est donc plus diffuse entre la pensée du juriconsulte et les formulations du Code, Domat faisant ici figure davantage d'autorité que de fondement principal de la rédaction. C'est bien évidemment Pothier qui reste la principale source doctrinale du *Code civil du Bas Canada* ¹⁶⁴ et lorsqu'il existe conflit entre les deux auteurs, comme c'est le cas en matière de contrat de vente ¹⁶⁵, le juriste orléanais est préféré à Domat.

Toutefois, les commissaires – tout au long de leurs rapports – seront fidèles à l'héritage des *Lois civiles*. Ainsi en matière de restitution de fruits pour le possesseur de bonne foi, souhaitant faire coïncider la formulation avec celle de

l'article 1376 du Code Napoléon, ils jugent « plus équitable que la partie innocente qui reçoit par erreur et de bonne foi ce qui ne lui appartient pas ne soit pas tenue de rendre les fruits que dans le plus grand nombre de cas elle a consommés »¹⁶⁶. Ainsi, ils s'appuient sur l'autorité conjointe de Pothier et Domat. L'attitude vis-à-vis des sources romaines est éminemment pragmatique. Parfois écartée lorsque la loi romaine est jugée trop rigoureuse – comme en matière de responsabilité des mandataires¹⁶⁷ où la doctrine de Pothier est jugée plus conforme à la pratique britannique et aux intérêts du commerce¹⁶⁸ –, elle est parfois invoquée, sur la même matière ou en matière de contrat de dépôt¹⁶⁹, comme l'expression d'une solution juridique quasi-universelle – justifiant sa qualité de *nata lex* et l'évocation de Domat. Ainsi, concernant les courtiers, appelés proxénètes en droit romain, les commissaires relèvent que leurs fonctions à Rome étaient « les mêmes que celles qu'ils remplissent maintenant chez les peuples adonnés au commerce. La règle contenue dans l'article 29 [du projet] est prise de Domat et s'accorde avec ce qui se pratique en Angleterre, en Écosse et aux États-Unis [...] »¹⁷⁰. Parfois pusillanimes ou trop orthodoxes vis-à-vis du Code Napoléon¹⁷¹, les commissaires n'hésitent pourtant pas à écarter la doctrine lorsqu'elle ne sert pas leurs vues et qu'ils jugent celle-ci contraire à l'équité¹⁷² ou se montrent critiques de la pratique française¹⁷³, assurant ainsi la singularité de la réflexion juridique civiliste bas-canadienne. Sans dogmatique stérile, les commissaires n'hésitent pas à se détacher du Code Napoléon lorsque ses innovations leur semblent néfastes¹⁷⁴ ou contraires à la doctrine de l'Ancien droit¹⁷⁵, exprimée parfois par les plumes conjointes de Pothier et Domat¹⁷⁶. Le *Code civil du Bas-Canada* – objet juridique hétérogène¹⁷⁷ – ne pouvait être ainsi considéré comme une simple imitation du Code Napoléon¹⁷⁸ ni être relié à un auteur en particulier, encore moins un jusnaturaliste versé dans le droit romain – fût-il Domat. Ainsi, rares sont les articles qui font des *Lois civiles* le référent unique (comme l'article 1607¹⁷⁹), alors que cela est le cas pour Pothier à de nombreuses reprises. On retrouve toutefois l'auteur clermontois sur les thèmes qui ont fait la fortune de sa pensée dans les dictionnaires juridiques du XVIII^e siècle ou dans le Code civil français. Il est cité – de manière incidente – en matière de tutelle (art. 310), de déni de justice (art. 11), de mort civile (art. 36 al. 2), de puissance paternelle (art. 242), de serment en matière de tutelle (art. 292), d'usufruit (art. 454), de droit de passage (art. 542), de donation (art. 756 et 760), de droit de réméré (art. 1546 et 1547), de contre-lettre (art. 1212), de prohibition de la preuve testimoniale face à l'écrit (art. 1234).

Logiquement, c'est toutefois encore une fois en matière d'obligation que sa réflexion s'impose. On la retrouve en matière de dol (art. 993), de violence (art. 944), de responsabilité du fait des animaux (art. 1055) et de responsabilité contractuelle (art. 1065). Elle structure parfois des pans entiers du *Code civil du Bas-Canada*. Il en est ainsi de la lésion (art. 1002-1004 et 1007-1009), de l'interprétation des contrats (art. 1013 et 1016-1020), des effets des contrats (art. 1024, 1031, 1034, 1038), des quasi-contrats (art. 1043, 1045 et 1046), de la bonne foi (art. 1047-1050), des

dommages et intérêts (art. 1071-1074 et art. 1077), en matière de solidarité entre créanciers (art. 1100-1102) ou débiteurs (art. 1103-1105, art. 1107 et 1108), en matière d'extinction des obligations (art. 1139-1141, art. 1148 et 1158-1162), de compensation (art. 1187, 1188, 1190, 1191 et 1193), de vente (art. 1472, 1475, 1484, 1494, 1496, 1497, 1501) et de garantie de celle-ci (art. 1507-1509, 1511, 1513 et 1514). Les articles touchant la novation¹⁸⁰, la garantie des vices cachés¹⁸¹, le mandat¹⁸², le séquestre conventionnel¹⁸³, le contrat de société et sa dissolution¹⁸⁴ font également appel aux formulations des *Lois civiles*. Peut-être davantage encore que dans le Code Napoléon, le *Code civil du Bas-Canada* fait appel à la réflexion du jurisconsulte afin d'établir les dispositions générales et les définitions de nombreuses questions. C'est le cas en matière de privilège et d'hypothèque¹⁸⁵, de legs¹⁸⁶, de preuve (art. 1203), du principe du contrat de louage et plus spécifiquement de louage des choses¹⁸⁷, des dispositions générales relatives au mandat¹⁸⁸, au prêt à la consommation et au dépôt simple¹⁸⁹, au contrat de société¹⁹⁰, au contrat de nantissement et aux principes régissant les transactions¹⁹¹. Des lignes forces apparaissent dans le référencement des commissaires. En matière d'obligations par exemple, une trinité juridique est largement invoquée – le droit romain, Domat, Pothier – parfois accompagnée du renvoi au Code Napoléon à titre d'apôtre de la *regula juris*¹⁹². En matière de responsabilité des ouvriers et de contrat de louage, les commissaires déplorent toutefois les incertitudes de l'Ancien droit – et de Domat et Pothier – sur le sens précis adopté au cas de perte provenant de causes autres que celle résultant de la faute des parties¹⁹³.

Malgré ce large écho que trouve la pensée de Domat dans le *Code civil du Bas-Canada*, celle-ci reste absente de certains thèmes, comme c'était le cas dans le Code civil français de 1804. En matière d'absence, le *Code civil du Bas-Canada* préfère renvoyer à la doctrine civiliste du XIX^e siècle ou à Pothier comme en matière de mariage et de convention matrimoniale (art. 1257 et suiv.), où les rédacteurs du *Code civil du Bas-Canada* ont rejoint ceux du Code Napoléon en utilisant largement la pensée du juriste orléanais ou encore celle d'autres auteurs, plus proches de la pratique coutumière comme Denisart en matière de curatelle¹⁹⁴. Certaines spécificités – liées au pluralisme juridique du Canada naissant ou à sa tradition coutumière – expliquent également l'absence de l'auteur clermontois sur certaines questions, comme la communauté de biens¹⁹⁵. Ainsi, la coutume de Paris et les auteurs coutumiers prennent naturellement une place particulière dans la rédaction du Code en raison de l'application de celle-ci en Nouvelle-France puis dans la province de Québec. De plus, les dispositions commerciales échappent pour partie à l'influence juridique française et se réfèrent à la jurisprudence et à la doctrine anglo-saxonne¹⁹⁶. Certains thèmes ont subi l'influence quasi exclusive de la doctrine anglo-saxonne. Il en est ainsi des dispositions relatives aux corporations (art. 352-364) qui sont construites autour de la réflexion de Blackstone et qui écartent, *de facto*, la nécessité de se référer à la réflexion du jurisconsulte auvergnat

en matière de communauté, qui s'était pourtant en partie imposée sur ce thème dans les dictionnaires juridiques du XVIII^e siècle. Malgré cette remarque, les références aux *Lois civiles* restent – quantitativement – bien supérieures à celles qui sont faites à la réflexion d'auteurs anglo-saxons – Blackstone est ainsi cité à une vingtaine de reprises seulement dans le *Code civil du Bas Canada*. Les commissaires vont ainsi même jusqu'à renvoyer les lecteurs à deux reprises vers le *Droit public*, pour les articles 584 et 586 relatifs respectivement aux biens sans maîtres et aux trésors¹⁹⁷, sans que l'originalité de la réflexion de Domat justifie, sur ces matières, totalement la référence. On retrouve donc dans le *Code civil du Bas-Canada* la plupart des thèmes sur lesquels sa réflexion a pesé au XVIII^e et XIX^e siècle, constituant une référence idoine : la domanialité publique, la bonne foi, l'interprétation des conventions, la responsabilité (notamment du fait des animaux), le droit des personnes¹⁹⁸, le contrat de vente...¹⁹⁹. On peut remarquer toutefois qu'en matière de tutelle et d'usufruit l'influence du juriste clermontois semble moindre outre-Atlantique, en raison peut-être de la survivance dans la pratique des règles coutumières, notamment sur la première question.

Comme en France, le prestige de l'auteur en Europe et en Amérique du Nord est pour partie une reconstruction *a posteriori* du fait de l'œuvre codificatrice et de la lecture par les interprètes du XIX^e siècle des formules des codes à l'aune de leurs sources. C'est après la codification que Domat est apparu comme le plus grand juriste du XVII^e siècle, ce qu'il n'était pas encore véritablement au XVIII^e siècle. Il semble qu'une analyse similaire puisse d'ailleurs être faite pour Pothier, qui comme le juriste auvergnat profitera largement des codifications pour s'imposer comme *deus ex machina* dans la bataille de l'interprétation des codes, alors qu'au XVIII^e siècle, on évoquait de préférence les arrêttistes ou les auteurs comme Ricard ou Le Brun.

Au XIX^e siècle, par l'interprétation des différentes codifications, l'influence de Domat et de Pothier se renforce sous la plume de la doctrine civiliste. L'élaboration des différents codes civils à cette période se déroula dans une période pendant laquelle l'Europe et le monde étaient obsédés par la volonté de codifier²⁰⁰. On retrouve les « *Leyes civiles* » comme référence aux articles du Code civil argentin, essentiellement en matière d'obligation²⁰¹ ou comme source du Code civil de Sainte-Lucie²⁰². Sa pensée est encore citée par la Cour Royale de Jersey²⁰³ comme source doctrinale de la *Jersey Contract Law*²⁰⁴, toujours ici concurrencée dans la jurisprudence par les références aux œuvres de Pothier. Cette lecture de son œuvre assure au juriste auvergnat une renommée certaine qui renforce, rétrospectivement, son image de plus grand juriste du XVII^e siècle²⁰⁵.

Son influence sur le droit civil contemporain, notamment québécois reste encore pour partie d'actualité²⁰⁶. On est ainsi frappé par la similitude entre plusieurs formulations des règles d'interprétation sises dans les *Lois civiles* et les règles qui gouvernent encore de nos jours l'herméneutique judiciaire. Ainsi, pour lui « L'interprétation ne débute qu'en présence d'un texte obscur ou ambigu. Dans un

tel cas, c'est dans le texte même qu'il faut rechercher le sens de la loi »²⁰⁷. Si l'interprétation conduit à une solution déraisonnable ou absurde, il faut rechercher l'interprétation la plus juste, ou la plus équitable²⁰⁸. Un rôle interprétatif majeur est réservé au juge sous sa plume, faisant du magistrat à la fois un acteur principal de la scène judiciaire, mais l'encadrant fortement par le poids de ses *Lois civiles*, celle-ci apparaissant comme un carcan normatif autant qu'un guide de conduite :

« Les obscurités, les ambiguïtés et les autres défauts d'expression de la loi qui peuvent rendre douteux le sens d'une loi et toutes les autres difficultés de bien entendre et de bien appliquer les lois doivent se résoudre par le sens le plus naturel, qui se rapporte le plus au sujet, qui est le plus conforme à l'intention du législateur et que l'équité favorise le plus. Ce qui se découvre par les diverses vues de la nature de la loi, de son motif, de son rapport aux autres lois, des exceptions qui peuvent la restreindre et des autres réflexions qui peuvent en découvrir l'esprit et le sens »²⁰⁹.

Posant les bases de principes d'interprétation qui transcendent l'espace et le temps, le juriconsulte auvergnat figure bien comme « le précurseur des conceptions modernes du contrat, par l'importance qu'il attache à la bonne foi et à l'équité »²¹⁰, titre qu'il doit autant à son œuvre propre qu'aux codifications du XIX^e siècle qui ont fait rayonner sa pensée, scellant son appartenance au panthéon des grands juristes²¹¹.

Conclusion : Romanité, codification roumaine et *Lois civiles*

Il ne nous appartient pas - en raison de notre méconnaissance de la langue roumaine - d'analyser exhaustivement la place de la doctrine développée dans les *Lois civiles* au regard de la codification roumaine. Néanmoins, suite à notre étude, quelques lignes forces peuvent être mises en évidence. L'adaptation de la tradition juridique française ne s'est pas fait sans heurts. Comme le soulignait Leontin Constantinescu, le Code civil de 1804, détaché pour partie de ses racines proprement roumaines, apparut « à la grande majorité du peuple comme une œuvre théorique et doctrinaire, sinon comme un amas de formules abstraites et conventionnelles » car « il était étranger aux habitudes du peuples et aux réalités sociales du pays »²¹². Ainsi, avec une population « par excellence rurale et hostile aux innovations étrangères, la Roumanie moderne a choisi sa voie propre dans les questions juridiques »²¹³. Si le Code Napoléon apparut, *in fine*, comme un instrument permettant la modernisation du pays²¹⁴ c'est notamment car il partageait avec la science juridique roumaine les mêmes racines latines. Le droit roumain avait acquis pendant des siècles une puissante structure romaniste, « l'esprit juridique roumain n'ayant jamais quitté son modèle latin »²¹⁵. Incontestablement marquée par la romanité, la réception formelle du droit français dans les principautés roumaines en 1864 n'arrivait donc pas sur un terrain vierge. Si l'adoption d'une norme étrangère est davantage, selon certains auteurs,

une question de puissance que de qualité²¹⁶, elle ne peut se faire sans le point d'appui de la doctrine qui explicite les liens entre la tradition romaniste et les nouvelles dispositions normatives. Le professeur Mara a esquissé le rôle que peut encore jouer le droit romain dans l'évolution de la législation actuelle²¹⁷. Il est possible de rapprocher certaines dispositions du Code roumain des formules des *Lois civiles*. Ainsi, les articles déterminant la nature du consensualisme et l'effet des conventions dans le Code civil roumain peuvent être aisément comparés aux principes jusnaturalistes affirmés dans l'œuvre domatienne. Ainsi, l'article 970 du Code roumain (Codul civil)²¹⁸ détermine l'effet des conventions dans la droite ligne de l'article 1135 du Code Napoléon et en droite file de la formulation des *Lois civiles* :

« Art. 1135 : Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré. (...) »²¹⁹

De la même façon, les articles 948 (traitant de la validité des conventions) ou 973 (évoquant les cas de vices de consentement)²²⁰ ont des formulations quasi homothétiques à celles des *Lois civiles*, partageant les mêmes racines romaines. En privilégiant l'intention des parties sur la forme, Domat évoque une modernité qui est encore d'actualité en droit roumain comme dans les différents droits civilistes :

« Les conventions devant être formées par le consentement mutuel de ceux qui traitent ensemble, chacun doit y expliquer sincèrement et clairement ce qu'il promet et ce qu'il prétend. Et c'est par leur intention commune qu'on explique ce que la convention peut avoir d'obscur et de douteux.

Si les termes d'une convention ont un double sens, il faut prendre celui qui est le plus conforme à l'intention commune des contractants, d'ailleurs évidente, il faut suivre cette intention plutôt que les termes »²²¹.

Enfin, si l'article 969 du Code roumain établit que « les conventions légalement faites ont force de loi entre les parties contractantes. Elles peuvent être révoquées par le consentement mutuel ou par des causes autorisées par la loi »²²², il le fait en reprenant la formulation du célèbre article 1134 du Code civil français qui prolongeait lui-même les *Lois civiles* :

« Art. 1134 : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

« Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun ou par les autres voies qui seront expliquées dans la section VI »²²³.

Ces quelques exemples montrent que les rapprochements faits entre la codification française et l'œuvre de Domat pourraient être prolongés avec fortune vers la codification roumaine. Ainsi, si le Code de 1804 régna d'abord *ratione imperii*, on peut affirmer qu'il rayonna ensuite *ratione rationis* sur la pensée juridique mondiale²²⁴, comme le firent les *Lois civiles*.

Fort justement, Louis-Edmond Beaulieu observait, à la lumière du Code français, qu'une « pareille expansion des lois d'un peuple n'a eu d'égale que la diffusion des lois romaines »²²⁵. Et pour cause ! Si le Code a pu s'adapter de manière aussi hégémonique à travers différentes cultures et tradition, c'est qu'il bénéficiait de son architecture de droit romain et des travaux de la doctrine romaniste permettant des « connections synaptiques » avec les systèmes juridiques à l'échelle mondiale, permettant de parler de mondialisation avant notre ère de mondialisation²²⁶. La doctrine de l'Ancien droit, à travers Domat et ses *Lois civiles*, est donc bien pour partie à l'origine de nos corpus civilistes²²⁷, à travers notamment son analyse du droit romain. Camus, dans sa bibliothèque choisie, référençait d'ailleurs le juriconsulte auvergnat²²⁸ non pas dans les auteurs ayant traité du droit naturel ou des auteurs traitant de l'Ancien droit français mais dans « les abrégiateurs, traducteurs et commentateurs de tout le corps du droit [romain] en général »²²⁹.

C'est bien à cette source privilégiée, à sa méthode et à son acuité intellectuelle lui permettant de dessiner des lignes claires, des dispositions et des principes limpides que Domat doit sa fortune dans les différentes codifications. C'est donc bien à ses qualités de forme, à la clarté, et à la concision de ses formules (si on exclut les introductions des développements, où les répétitions sont légions) que l'œuvre de Domat doit sa fortune, autant qu'au choix de sa source presque unique, le droit romain épuré²³⁰. En paraphrasant le Chancelier d'Aguesseau il s'est attaché « presque uniquement aux sources pour faire le fonds de science qui lui est nécessaire »²³¹ affirmant bien haut que le droit romain est notre droit naturel²³². Presque paradoxalement, l'auteur de Clermont en rejetant les débats stériles d'une doctrine qu'il jugeait valétudinaire et source de confusion s'est imposé comme l'un des auteurs majeurs de celle-ci, servant lui-même de guide aux codificateurs de part et d'autre de l'Atlantique. Il s'est ainsi mérité les louanges qui lui étaient adressées par un poète anonyme dans le *Dictionnaire de Trévoux* :

« Il démontre des Lois la constante Équité,
Sur leur nuage épais, il répand la clarté,
Celles qu'un sens mal pris fait paraître contraires,
Ou qu'on n'entend pas bien malgré les commentaires,
Il les met dans leur sens si naturellement,
Que les lecteurs en sont frappés d'étonnement »²³³.

* **DAVID GILLES**, professeur de droit à l'Université de Sherbrooke, Ph. D. Law.
David.Gilles@usherbrooke.ca.

- ¹ Cet article prolonge une partie des recherches menées par l'auteur dans le cadre de sa thèse (David GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat. Du Grand siècle au Code civil*, Thèse droit, Aix-Marseille III, 2004), poursuivies depuis lors et publiées partiellement dans « Les *Lois civiles* de Jean Domat, prémices des Codifications ? Du Code Napoléon au Code civil du Bas-Canada », (2009) 43-1 *R.J.T.* 2 et « Jean Domat et l'esprit de la codification. Du Grand siècle au Code civil », (2008) 5 *Passé et présent du droit*, (ss. dir. D. Deroussin et F. Garnier), *Compilations et codifications juridiques. Autour du Code Napoléon*, éd. Du Manuscrit, 102.
- ² Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Présentation et exposé des motifs du Titre Préliminaire devant le corps législatif 24 nov. 1801 », Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, rééd. O. Zeller, Osnabruck, 1968 (réimpression de l'édition de 1827), T. VI, p. 35.
- ³ André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1965, notamment p. 142-147.
- ⁴ Rodolfo BATIZA, « Origins of Modern Codification of the Civil Law: The French Experience », 56-2 *Tulane L. Rev.* 477 (1982) ; Domat, Pothier and the Code Napoléon: *Some Observations Concerning the Actual Sources of the French Civil Code*, Mexico, 1973.
- ⁵ C'est ce que démontre J. Vanderlinden dans son ouvrage sur le concept de code. Il donne d'ailleurs à cette occasion, parmi les nombreuses approches qui lui permettent d'affiner le concept de code, cette définition qui est proche de celle de Portalis : « (...) la codification peut être considérée comme un phénomène qui a pour objet les sources du droit, ou, plus largement, les modes de formulation du droit en application dans une société déterminée, à un moment déterminé » ; J. VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition*, études de l'institut de sociologie, Université libre de Bruxelles, 1967, p. 240.
- ⁶ Léontin CONSTANTINESCU, « Rapport sur la Roumanie », *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, Pedone, 1954, p. 672 et *sq.*
- ⁷ Victor Dan ZLATESCU et Irina Moroianu ZLATESCU, « Le droit roumain dans le grand système romano-germanique », (1991) 4 *R.I.D.C.* 830 à la page 836.
- ⁸ Un certain nombre d'éditions des œuvres de Pothier au XIXe siècle vont d'ailleurs comporter une table de correspondance entre les travaux du juriste orléanais et le Code. Voir par exemple l'édition faite par Pinel-Grandchamps dans les œuvres de Pothier éditées à Paris par Videcoq et Bobée en 1824 : Robert-Joseph POTHIER, *Œuvres, Table de Concordance, entre les articles du Code civil et les passages de Pothier qui se rapportent à chacun de ces articles*, Paris, Videcoq, A. Bobée, 1824, 8 vol. Fenet lui-même a mis en évidence l'apport de la pensée de Pothier dans la maturation du Code. Voir Pierre-Antoine FENET, *Pothier analysé dans ses rapports avec le code civil et mis en ordre sous chacun des articles de ce code ou les législations anciennes et nouvelles comparées*, Paris, A. Gobelet, 1826 ; Louis THEZARD, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Paris, A. Durand, 1866 ;

- Plus récemment, les travaux d'ensemble de Rodolfo Batiza et d'André-Jean Arnaud ont éclairé d'un jour nouveau les liens entre la doctrine de l'ancien droit et le Code civil : Rodolfo BATIZA, *Domat, Pothier and the Code Napoléon : some observations concerning the actual sources of the french civil code*, Mexico, 1973 ; André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, LGDJ, 1969.
- ⁹ Sur cette influence longtemps restée dans l'ombre, voir Renée MARTINAGE, *Bourjon et le Code Civil*, Paris, éd. Klincksieck, 1971.
- ¹⁰ Sur l'influence de Domat sur le Code, outre notre thèse, voir l'étude sur la responsabilité civile de Noda Yosiyuki ainsi que les travaux d'André-Jean Arnaud, de Jean-Louis Gazzaniga et de J. Ghestin : Noda YOSIYUKI, « Jean Domat et le Code Civil français », (1956) 2 *Comparative Law Review*, 3 1-34 ; André-Jean ARNAUD, « Imperium et Dominium : Domat, Pothier et la codification », (1995) 22 *Droits*, 55-66 ; Jean-Louis, GAZZANIGA, « Domat et Pothier : le contrat à la fin de l'Ancien Régime », (1990) 12 *Droits*, 37-46 ; Jacques GHESTIN, « Jean Domat et le Code civil français », Paolo CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco : la comparazione giuridica alle soglie del 3e millennio*, (Mélanges Sacco), Milano, A. Giuffrè, 1994, 2 vol., tome I, pp. 35-46.
- ¹¹ Sur la vie de Jean Domat, voir D. GILLES, *La pensée juridique de J. Domat*, préc. note 1, pp. 11-22. Si sa vie a été marquée par un fort jansénisme, sa pensée reflète son implication religieuse essentiellement dans le *Traité des Lois* et dans ses *Harangues*. Ces deux parties de son œuvre ont été brillamment analysées par Marie-France Renoux-Zagamé, qui a largement contribué à la connaissance des fondements de la pensée domatienne et par Simone Goyard-Fabre. Voir Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, « Domat, le salut et le droit », (1989) 8 *R.H.F.D.* 70-111 ; « Domat : du jugement de Dieu à l'esprit des lois », (mars/avril 1993) *Débat* 54-68 ; *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, Léviathan, 2003 ; « La figure du juge chez Domat », (2004) 39 *Droits*, 35-52 ; Simone GOYARD-FABRE, « César à besoin de Dieu ou la loi naturelle selon Jean Domat », *L'État classique*, Paris, 1996, p. 149-160 ; « La philosophie du droit de Jean Domat ou la convergence de l'ordre naturel et de l'ordre rationnel », *Justice et Force : Politiques au temps de Pascal*, Actes du Colloque de Clermont, septembre 1990, (ss. dir. G. Ferreyrolles), Paris, Klincksieck, 1996, pp. 187-207.
- ¹² Sur son activité devant cette juridiction, et notamment son rôle durant les Grands Jours de Clermont, voir David GILLES, « Jean Domat, avocat du roi et jurisconsulte », *Passé et présent du droit*, n. 7, *Les juristes en Auvergne du Moyen-Âge au XIXe siècle*, (ss. dir. David Deroussin), éd. Du Manuscrit, 2008, pp. 125-148.
- ¹³ Éric GOJOSSO, « La Genèse du Code civil », (2006) *Slovenian L. Rev.* 143-153 ; Éric GOJOSSO et David GILLES, « Sur Pothier et le Code civil », dans *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, contributions réunies par Olivier VERNIER, Michel BOTTIN et Marc ORTOĀANI, Paris, Éditions La mémoire du droit, 2008, p. 403-417.
- ¹⁴ Sur ce point voir Victor COUSIN, *Mémoire pour servir à l'histoire de la vie de M. Domat, avocat du roi, trouvé parmi les papiers de Marguerite Périer*, 1843.
- ¹⁵ Le jugement de Sainte-Beuve est contrasté et il semble avoir pris la mesure de l'homme contrairement à de nombreux auteurs du XIX^e siècle, trop empreints de déférence : « Si j'avais écrit il y a quelques années, j'y aurais donné aussi une place à Domat, un des amis, un de ceux qu'on pourrait qualifier d'associés libres de Port-royal, et qui mourut deux ans après Arnauld (1696). Mais cela nous engagerait dans des lectures qui sont peu de notre ressort, et Domat d'ailleurs a été le sujet de publications et de discussions assez récentes.

Né à Clermont en Auvergne (en 1625), il avait noué liaison intime avec Port-royal par les Pascal et les Périer, et il avait été initié à toutes les assemblées et consultations sur le formulaire. Il se trouvait à Paris durant la dernière maladie de Pascal, et il reçut ses derniers soupirs. Son amitié avec la famille Périer s'altéra gravement en 1676, par suite de rapports faux ou indiscrets : l'évêque d'Aleth, Pavillon, contribua à une réconciliation entière et chrétienne. Domat était vif, et s'était cru, peut-être à tort, offensé. C'est à la plume de Mademoiselle Périer qu'on doit les plus beaux traits de son éloge. Longtemps avocat du roi à Clermont, magistrat gallican plein de vigilance et de zèle, intègre, désintéressé, homme considérable dans sa province où il était l'arbitre de toutes les grandes affaires, très distingué et apprécié par les chefs de la magistrature de Paris qui y avaient tenu les Grands-jours, il vint dans la capitale vers 1681, s'y établit sur l'invitation du roi, et s'appliqua uniquement, dès lors, à son grand ouvrage qu'il n'avait entrepris d'abord que pour son usage particulier et celui de ses enfants, mais qu'on jugea devoir être d'une haute utilité publique, *les Loix civiles dans leur ordre naturel*. Boileau l'appelait un homme admirable et le restaurateur de la raison dans la jurisprudence. Arnauld, de même : « je lis présentement le livre de M. Domat, écrivait-il à M. Du Vaucel (25 novembre 1689) ; il y a à la tête un traité des lois que j'ai presque achevé : j'en suis extrêmement satisfait, car il y a beaucoup de piété et beaucoup de lumière. » Du Guet consulté à plusieurs reprises sur l'ouvrage, probablement par le canal de M. Daguesseau le père, présentait quelques critiques secondaires au milieu de beaucoup d'éloges. L'auteur lui-même, Domat, homme vif, original, d'humeur prompt et brusque, ne pouvait s'empêcher, dit-on, d'applaudir à son ouvrage, et de marquer l'estime qu'il en faisait. Un jour qu'il s'était échappé de la sorte devant un ami, il ajouta tout de suite comme pour réparer : « je suis surpris que Dieu se soit servi d'un petit homme, d'un homme de néant comme moi, pour faire un si bel ouvrage, pendant qu'il y a à Paris des personnes d'un si grand mérite ». On a publié des pensées de Domat tirées des papiers de Mademoiselle Périer. Elles sont assez singulières, rarement belles, plutôt hardies ou bizarres. On cite de lui des paroles énergiques et qui éclairent sur sa nature morale. Il était infatigable au travail, ennemi de toute distraction et de toute relâche [...]. Il disait, en définissant sa disposition habituelle dans le commerce de la vie : « je ne serais ni de l'humeur de Démocrite, ni de celle d'Héraclite ; je prendrais un tiers parti pour mon naturel, d'être tous les jours en colère contre tout le monde ». Malade de la pierre, il disait, pour se consoler aux approches du terme : « ce n'est pas une petite consolation pour quitter ce monde, que de sortir de la foule du grand nombre des sots et des méchants dont on y est environné. Son style écrit n'a pas et ne devait pas avoir, eu égard aux matières qu'il traitait, la vivacité de sa parole » ; Charles-Augustin SAINTE-BEUVE, *Port-Royal*, t. 5, Paris, Hachette, 1860, p. 358-360.

¹⁶ L'édition de 1756 des différentes œuvres de Domat, comprenant les additions de Héricourt sur le *Droit public*, ainsi que les notes de Berroyer et Chevalier sur les *Loix civiles* servira de référence à cette étude. Cette édition présente l'avantage de bien distinguer les notes de Berroyer et Chevalier alors que d'autres éditions les confondent largement. Au Canada, c'est essentiellement l'édition de Joseph Rémy qui a servi de référence, notamment dans les différentes juridictions ; toutes les citations, sauf mentions expresses, sont de l'édition de 1756 chez Savoye ; Cf. Jean DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, revue corrigée et augmentée des troisième et quatrième livres du *Droit public* par M. de HÉRICOURT, des notes de M. de BOUCHEVRET sur le *Legum Delectus*, de celles de MM. BERROYER et CHEVALIER, anciens avocats au Parlement, chez Savoye, 1756. Toutes les citations, d'un point de vue orthographique, ont été modernisées lorsque de telles modifications ne modifiaient pas le sens, afin d'en faciliter la compréhension.

- ¹⁷ Voir Jean-Louis HALPÉRIN, « French legal science in the 17th and 18th century to the limits of the theory of law », dans Enrico Pattaro, Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann and Patrick Riley, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 9, *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, 2009, Springer Netherlands, p. 43 et suiv.
- ¹⁸ La récente création des chaires de droit français par l'Édit de Saint-Germain d'avril 1679 vient concurrencer ce monopole à la fin du XVII^e siècle. Par cette réforme, le pouvoir royal réorganise les facultés de droit en faisant primer les intérêts immédiats de l'État. Cet édit a pour but de former les cadres de l'État en associant, par l'article 14, à l'enseignement du droit canonique et du droit romain, un enseignement du droit français. Voir : Christian CHÈNE, *L'enseignement du Droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève, Librairie Droz, 1982, pp. 2 et 3.
- ¹⁹ Comme Grotius ou Hobbes, qui correspondaient avec Galilée, Descartes et Harvey, ou Pufendorf qui entretenait une relation épistolaire soutenue avec Leibnitz, Domat, par son amitié avec Pascal, connut également un correspondant et un débateur initié aux sciences physiques et mathématiques. Ces liens entre juristes et scientifiques expliquent pour une bonne part la tournure que prend la science du droit au courant du XVII^e siècle. Pour une réflexion autour des liens entre ces deux domaines scientifiques, voir : Alfred DUFOUR, « La notion de loi dans l'École du Droit naturel moderne. Étude sur les sens du mot loi chez Grotius, Hobbes et Pufendorf », (1980) 25 *Archives de Philosophie du Droit*, 211, 212-214.
- ²⁰ Voir : Jean-Louis GARDIES, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, préface de Michel Villey et Georges Kalinowski, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 142.
- ²¹ Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, *Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre*, Gaston GRUA (dir.), Paris, 1948, t. II, p. 647-652. Néanmoins, le juriste allemand estime qu'en définitive, le rejet de la structure romaine faite par Domat n'est pas fondamental. Par cette lecture réductrice de l'œuvre, privilégiant la structure aux finalités mêmes de celle-ci, Leibniz anticipe ainsi, *a contrario* la prise de position de nombre de lecteurs des *Lois civiles* et des pères du Code qui tous écartèrent le plan des *Lois civiles*, tout en faisant leur profit de sa réflexion : « Néanmoins on n'y voit aucun avantage qui l'ait obligé à se départir des *Institutes* de Justinien, qui semble donner plus de Lumières, pour ne rien dire de celles qui ont été suivies par d'autres habiles juristes ».
- ²² Relevons néanmoins que certains de ces auteurs, comme Grotius ou Locke, vont nourrir la pensée juridique privatiste, notamment par leurs réflexions autour du droit de propriété – les droits naturels inclusifs et exclusifs chers au penseur britannique – ou autour de la classification des obligations et de la notion de droit subjectif pour le penseur néerlandais. Cf. : James TULLY, *Locke, droit naturel et propriété*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1992, p. 102-148.
- ²³ Il faut souligner toutefois qu'en matière de droit public, le droit naturel est bien moins à l'honneur sous la plume de Domat, qui use alors davantage des ordonnances royales et de la pratique monarchique de son temps comme d'un modèle que de lois naturelles difficiles à caractériser. Sur ces questions, il s'écarte largement de l'École du droit naturel moderne et du contractualisme, faisant figure de partisan de la monarchie absolue seulement limitée par le poids des corps intermédiaires et par la loi divine. Sur cette question, voir : David GILLES, « Jean Domat et les fondements du droit public », (2006) 25-26 *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 93-119.

- ²⁴ Un rapprochement particulièrement intéressant peut être mené avec les travaux de Lessius. Celui-ci a également servi largement de source à Grotius dont plusieurs innovations en matière de droit privé ont été faites en ayant les travaux de Lessius sous les yeux. Cela est notamment vrai en matière de vice de consentement et d'erreur, où Grotius renvoie aux mêmes auteurs que Lessius, dont il semble avoir copié les références ; voir : Leonardus LESSIUS, *De iustitia et iure, ceterisque virtutibus cardinalis libri quatuor*, Paris, 1628, et les travaux de James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 69-89 ; Robert FEENSTRA, « L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé : quelques exemples dans les questions de fond et de forme concernant notamment la doctrine de l'erreur et de l'enrichissement sans cause », *La Seconda Scolastica nella Formazione del diritto privato moderno*, Milano, Atti dell'Incontro di studio di Firenze, 1973, p. 382-386. La difficulté de faire « la part du feu » entre les différents ouvrages que Domat a consultés en l'absence quasi totale de référence explicite de sa part – cela même sur les manuscrits de l'œuvre – transforme la recherche des influences en une quête indécise, en un risque d'interprétation de la pensée de Domat au vu de sources supposées. Il faut donc se contenter de rapprochements, lorsque cela est possible, sans trancher bien souvent pour une influence affirmée. Toutefois, il est impossible d'écarter la place de la lecture de Grotius et de Hobbes – œuvres analysées par son ami Pascal – dans la genèse de la réflexion domatienne.
- ²⁵ Il le fait dans une optique jusnaturaliste. Comme le remarque, à juste titre, Jean-Louis Halpérin, parmi les grands auteurs de la doctrine de la fin de l'Ancien droit, « Domat et Pothier sont toujours cités comme les plus proches des jusnaturalistes, les plus favorables à l'avènement d'un droit conforme à la raison » : Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, p. 67 et 68.
- ²⁶ Sur cette question, voir, pour le Code de 1804 : Henri MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », (1936) 35 *R.T.D.C.* 1 p. 10 et suiv. ; D. GILLES, préc., note 1, p. 224 et suiv. ; pour le droit civil français et québécois, voir l'article de Benoît MOORE, « La classification des sources des obligations : histoire d'une valse-hésitation », (2002) 36 *R.J.T.* 275.
- ²⁷ Des auteurs comme Le Douaren, mais surtout François Connan et Hugues Doneau, firent les beaux jours de cette distinction dans leurs *Commentaires du droit civil*, en se réclamant parfois directement de Gaius ; voir : Jean-Louis THIREAU, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », (1997) 26 *Droits* 81, 93 et 94.
- ²⁸ Il en est ainsi des travaux de François Hélo, avocat au Parlement. Il rédige un traité intitulé *La jurisprudence française conférée avec le droit romain sur les instituts de l'empereur Justinien* qui reprend fidèlement la distinction tripartite de Gaius. L'auteur justifie ce choix par la clarté d'exposition : « J'ai donc en même temps exposé le droit civil et le nôtre en forme de paraphrase sur les instituts de Justinien, sans apporter une longueur ennuyeuse et sans affecter aussi une brièveté obscure ; et afin de ne confondre rien, faisant voir leur différence et leur rapport, j'ay expliqué l'un et l'autre chacun dans son titre séparé » : François HÉLO, *La jurisprudence française conférée avec le droit romain sur les instituts de l'empereur Justinien ou les commentaires du droit civil et français sont exposés chacun dans son titre séparé*, Paris, E. Loyson, 1663.
- ²⁹ Voir sur cette question notamment : Jacques KRYNEN, « Le droit romain, droit commun de la France », (2003) 38 *Droits* 21, ainsi que Jacques KRYNEN (dir.), *Droit romain, jus civile et droit français*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 1999 et David DEROUSSIN, *Histoire du Droit des obligations*, Paris, Economica, corpus Histoire du droit, 2007, p. 89 et suiv.

- ³⁰ J. DOMAT, *Le Traité des lois*, in *Les lois civiles*, préc., note 16, c. II, p. 4.
- ³¹ Il fait la distinction entre deux espèces d'engagements, les liens familiaux et les engagements hors du cercle familial : « La première est de ceux qui se forment par les liaisons naturelles du mariage entre le mari et la femme, et de la naissance entre les parents et les enfants ; et cette espèce comprend aussi les engagements des parentés et des alliances, qui sont la suite de la naissance et du mariage. La seconde espèce renferme toutes les autres sortes d'engagements qui approchent toutes sortes de personnes les unes des autres [...] » ; *Id.*, 3, p. 4.
- ³² *Id.*, 1, p. 4.
- ³³ « C'est dans ce dessein qu'il n'a pas créé tous les hommes comme le premier, mais qu'il a voulu les faire naître de l'union qu'il a formée entre les deux sexes dans le mariage, et les mettre au monde dans un état de mille besoins, où le secours de ces deux sexes leur est nécessaire pendant un long temps. » ; *id.*, c. III, 1, p. 4.
- ³⁴ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, L. I, t. I, s. I, 1, p. 20.
- ³⁵ *Id.*, 2, p. 20.
- ³⁶ Antoine DESPEISSES, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, sous la direction de Guy ROUSSEAUD DE LACOMBE, Toulouse, J. Dupleix, 1778, préface, non paginée. Despeisses consacre une première partie aux contrats, une deuxième aux accidents de ceux-ci, une troisième à leurs exécutions, une quatrième à leur terme, une cinquième aux successions, une sixième à la pratique civile et enfin une dernière partie à la pratique criminelle. Mais ce plan ne résulte nullement d'une volonté d'unifier ou de systématiser le droit. Dans l'organisation même des obligations, les deux auteurs, puisant pourtant aux mêmes sources, orientent leur discours dans une optique différente. Despeisses consacre seize titres aux contrats en déclinant depuis celui d'achat, de louage, de société, de mandat, de prêt, du commodat, du précaire, du gage, des gageures, des contrats innommés, de l'échange, du mariage, des donations, des dots et enfin des tuteurs et curateurs.
- ³⁷ Le livre III traite des suites des conventions, soit qu'elles « ajoutent aux engagements », soit qu'elles les « affermissent ». Domat aborde alors hypothèques, cautions, dommages et intérêts, possessions et prescriptions, mais aussi un titre VI qui décline les règles des preuves, des présomptions et du serment. Le livre IV envisage, encore une fois logiquement, des suites qui anéantissent ou diminuent les engagements. On aborde alors la question de l'extinction des obligations par le paiement, par les novations, les délégations, les rescissions ou les restitutions. C'est, il faut le noter, le développement le plus court de cette première partie.
- ³⁸ De même, à l'intérieur même de certains titres, certains liens sont discutables. Le titre XVI traite ainsi « des personnes qui exercent quelques commerces publics, et de leur commis, et autres préposés »... et des lettres de change. Le lien entre les deux ensembles est « surprenant » (*cf.* : J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, L. I, t. XVI, préambule, p. 133). On peut souligner également que dans le livre second, si le lien entre le titre VIII qui vise la responsabilité quasi délictuelle et le titre IX « des engagements qui se forment par des cas fortuits » est visible, celui avec le titre X « de ce qui se fait en fraude des créanciers » l'est en revanche beaucoup moins.
- ³⁹ L'esprit de ce titre est, selon le jurisconsulte, qu'il repose sur les conventions « où l'on n'a pas le choix des personnes, ni la liberté de s'abstenir de l'engagement, et où la nécessité oblige d'avoir affaire à certaines personnes qui exercent des commerces publics ». Le lien avec les lettres de change semble ténu. Le jurisconsulte établit alors la présence des règles touchant aux lettres de change sur l'idée que l'utilité et la commodité publique qui légitiment

les règles régissant les voituriers et les hôteliers fondent également l'usage des lettres de change, puisque la sûreté des engagements tels que ceux afférents à la banque ou au négoce « intéresse le public ». « Il y a encore des commerces d'autres natures que l'utilité et la commodité publique rendent nécessaires, et qui ont ce rapport à ceux dont on vient de parler que ceux qui exercent ces commerces contractent et par eux-mêmes et par leurs commis des engagements dont la sûreté regarde le public ; comme sont les commerces de banque et de change, et autres qui sont exercés par des banquiers et autres négociants. Ce qui oblige à placer aussi dans ce titre quelques règles qui regardent en général toutes ces sortes de commerces, et les engagements qui leur sont propres ; et parce que l'un de ces commerces, qui est celui des lettres de change, fait une espèce de convention distinguée de toutes les autres, on en expliquera la nature et les principes essentiels et de ces règles, qui soient tout ensemble et du droit romain et de notre usage, sans entrer dans ce qu'il y a de règle sur cette matière par les ordonnances » ; J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, L. I, t. XVI, préambule, p. 133.

⁴⁰ Il justifie tout d'abord sa distinction entre engagements et successions de manière concise et efficace. Elle repose, selon lui, sur la nature des liens qu'il décline. L'engagement est essentiel à la nature des liens de la première partie, alors que le temps est à la source de ceux de la seconde partie : « l'engagement est essentiel à leur nature, et toutes ces matières sont elles-mêmes des engagements et des liens dont Dieu s'est servi pour maintenir la société des hommes dans tous les lieux, comme la nature des successions est d'en maintenir la durée dans tous les temps » : J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, Seconde partie, préface, I, p. 305). Pour lui « l'ordre des successions est fondé sur la nécessité de continuer et de transmettre l'état de la société, de la génération qui passe à celle qui suit » (*Le Traité des lois*, préc., note 16, c. VII, 1, p. 9) et consiste donc dans un mouvement temporel permettant la perpétuation insensible des liens entre les hommes et, par là même, de la société.

⁴¹ Voir : Denis LE BRUN, *Traité des successions*, 1^{re} éd., Paris, Jean Guignard, 1692 ; Denis LE BRUN, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, 1754 ; Jean-Marie RICARD, *Traité des donations*, Riom, éd. Bergier, 1783. Ces traités ont largement été exploités dans les recueils de jurisprudence. Voir : Gérard D. GUYON, « Les décisionnaires bordelais, praticiens des deux droits (XV^e-XVIII^e siècles), dans Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence XVI^e-XVIII^e siècle*, Lille, Centre d'Histoire judiciaire Lille II, 2002, p. 53.

⁴² Sur l'application du droit successoral, voir : Jean-François CHASSAING, « Les successions et les donations à la fin de l'Ancien Régime et sous la Révolution », (1982) 3 *Droits et cultures* 85.

⁴³ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, L. I, t. I, s. II, 3.

⁴⁴ *Id.*, L. I, t. XVII, s. II, 16.

⁴⁵ *Id.*, L. I, t. I, s. V, 9.

⁴⁶ *Id.*, *Traité des lois*, in *Les Lois civiles*, *id.*, IV, 2.

⁴⁷ *Id.*, L. I, t. I, s. I, 12.

⁴⁸ *Id.*, L. I, t. II, s. V, 1.

⁴⁹ « Le vendeur est alors obligé de déclarer à l'acheteur les défauts de la chose vendue qui lui sont connus et si, ayant connaissance de ces défauts, il les a cachés, il devra non seulement les dommages et intérêts mais aussi indemniser l'acheteur de toutes les suites que le défaut de la chose aura pu causer » ; *Id.*, L. I, t. II, s. XI, 2 et 7.

- ⁵⁰ *Id.*, L. I, t. II, s. II, 8.
- ⁵¹ *Id.*, L. I, t. II, s. VII, 2.
- ⁵² *Id.*, L. I, t. IV.
- ⁵³ *Id.*, L. I, t. VIII, s. I, 10.
- ⁵⁴ *Id.*, L. I, t. VIII, s. IV, 19.
- ⁵⁵ Par exemple, si le mandataire ignore le décès et exécute sa procuration, tout ce qu'il a fait de bonne foi devra être ratifié par les héritiers, du fait de cette ignorance, car « la bonne foi donne à ce qu'il a géré l'effet du pouvoir que le défunt lui avait donné », *Id.*, L. I, t. XV, s. IV, 7.
- ⁵⁶ *Id.*, L. I, t. V, s. I, 1.
- ⁵⁷ *Id.*, L. I, t. IV, s. I.
- ⁵⁸ Il est alors amené à rejeter certains auteurs romains. Sur ce point, voir D. GILLES, préc., note 1, p. 78 et sv.
- ⁵⁹ « Pour établir les principes sur lesquels il faut juger si l'intérêt du prêt est licite ou non, on n'aurait besoin que de l'autorité de la loi divine qui l'a condamné et défendu si expressément et si fortement. Car quiconque a du sens ne peut refuser de tenir pour injuste et pour illicite tout ce que Dieu condamne et défend (Eccl. 33 3). Mais encore que ce soit sa volonté seule qui est la règle de la justice, ou plutôt qui est la justice même, et qui rend juste et saint tout ce qu'il ordonne (Psal. 18 10), il souffre et veut même que l'on considère quelle est cette justice et qu'on ouvre les yeux à la lumière pour la reconnaître (Eccl. 17. 24) » ; J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, L.I, t.VI, préambule.
- ⁶⁰ *Id.*, L. I, t. VI, s. I, 7.
- ⁶¹ Voir. David DEROUSSIN, préc., note 29, p. 302.
- ⁶² J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, L.I, t. II, s. XI, 14.
- ⁶³ *Id.*, *Traité des lois*, L. XI, 10.
- ⁶⁴ *Id.*, *Les Lois civiles*, L. I, t. I, s. VI, 9.
- ⁶⁵ *Id.*, L. I, t. VIII, s. I, 12.
- ⁶⁶ Cf. William STRAHAN, *The Civil Law in Its Natural Order; Together with the Publick Law translated by W. Strahan*, London/Bettenham (printer) for Bell, 1726 ; W. STRAHAN, *The Civil Law in Its Natural Order, Together with the Publick Law, written in French by Jean Domat, and translated into English by William Strahan, with Additional Remarks on Some Material Differences between the Civil Law and the Law of England*, 2nd ed., with additions, London, 1737. Voir également l'édition américaine, plus tardive, de Cushing : Luther S. CUSHING, *The Civil Law in its Natural order, by Jean Domat, translated from the French by William Strahan, ed. from the 2nd London edition (preceding title) by Luther S. Cushing*, Boston, Little/Brown, 1853. On peut remarquer qu'il existe une réédition récente des *Lois civiles* dans leur traduction anglaise, alors qu'il n'en existe pas depuis le 19^e siècle pour l'édition française. Nous espérons pouvoir prochainement pallier cette absence avec l'appui d'un éditeur. Voir : William STRAHAN, *Civil Law in Its Natural Order*, Littleton, Fred B Rothman, Reprint edition, December 1981.
- ⁶⁷ D. GILLES, préc., note 1, p. 493-561.

⁶⁸ Art. de Garat, « quasi-délits », Pierre-Jean GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, vol. 13, Paris, Visse, 1784-1785, p. 236.

⁶⁹ Louis DE HERICOURT, *Les Loix ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, Libraires associés, Paris, 1771, préface, p. III.

⁷⁰ *Id.*, p. III.

⁷¹ Sur l'héritage européen de Domat, voir D. GILLES, *La pensée juridique*, préc., note 1, pp. 457-458.

⁷² Samuel von COCCEJI, *Code Frédéric ou corps de droit pour les États de Sa Majesté le roi de Prusse*, 1751.

⁷³ *Id.*, p. 6.

⁷⁴ « On voit dans la société trois sortes de troubles qui en blessent l'ordre : les procès, les crimes et les guerres. Les procès sont de deux sortes, selon les deux manières dont les hommes se divisent et entreprennent les uns sur les autres : ceux qui ne regardent que le simple intérêt, qu'on appelle procès civils et ceux qui sont les suites des querelles, des délits, des crimes qu'on appelle procès criminels (...). Les crimes et délits sont infinis selon qu'ils regardent différemment l'honneur, la personne, les biens (...). Les guerres sont une suite ordinaire des différends qui arrivent entre les souverains de deux nations qui, étant indépendants les uns les autres et n'ayant pas de juges communs, se font eux-mêmes justice par la force des armes (...). Les guerres ont leurs lois dans le droit des gens et il y a des suites de guerre qui sont des matières des lois civiles. » ; J. DOMAT, *Traité des Loix*, in *Lois civiles*, préc. note 16, Ch. VIII, p. 12.

⁷⁵ « Toutes sortes de procès, entre toutes sortes de personnes, sans en excepter les communautés, peuvent être terminés par trois voies principales ; l'accommodement volontaire entre les intéressés, l'arbitrage, et la procédure judiciaire, soit qu'une partie soit attirée devant le juge, ou qu'elle veuille y attirer l'autre » ; Samuel von COCCEJI, *Code Frédéric*, préc., note 72, p. X.

⁷⁶ Pour Cocceji, « jusqu'au temps de Justinien, on a vécu incontestablement dans une grande incertitude du droit ». Toutefois, « le droit n'a jamais été plus incertain qu'il le fut depuis. Si Justinien au lieu de rassembler tous ces extraits, avait pris le parti de faire dresser un bon système de droit ; s'il avait rangé les matières suivant les trois objets du droit, comme il l'a fait dans ses Institutes, et que l'on eut déterminé les principes généraux sur chaque matière, on aurait pu se former une idée de la jurisprudence et se flatter d'obtenir un droit certain et immuable » ; *Id.*, p. X.

⁷⁷ « Il suffit effectivement de jeter les yeux sur le corps de droit romain pour comprendre 1) Que ceux qui l'ont compilé n'ont point formé de système 2) qu'ils n'ont point fait précéder les principes généraux ; 3) Qu'ils n'en ont point tiré des conséquences dans l'ordre le plus naturel ; mais 4) qu'ils se sont contentés de faire simplement des extraits (...) 5) que ces extraits sont très souvent mutilés, et 6) même contraires les uns aux autres, 7) qu'ils ont si confusément placé les matières 8) de même que les livres et les titres de ce corps de Droit, qu'il n'était pas possible d'en déduire un droit général et commun (...). Il suit de là que pour décider une cause avec un fondement légitime, un juge devait savoir par cœur tous les extraits et avoir la mémoire assez heureuse » ; *Id.*, p. XI.

⁷⁸ *Id.*, p. XII.

⁷⁹ *Id.*, p. XXI.

⁸⁰ « La raison nous apprend, que lorsqu'on a établi des principes généraux sur chaque matière, ils comprennent tous les cas, auxquels ils sont applicables » ; *Id.* p. XXI.

⁸¹ « C'est là tout le devoir d'un juge intègre et habile que de chercher dans l'examen des cas non décidés, à quels principes ils peuvent être rapportés et si l'esprit des lois, qui a fait établir les principes, concerne ces cas et fournit la décision. C'est pourquoi les lois romaines ont déclaré avec beaucoup de fondement, que l'on ne doit pas tant s'attacher aux termes de la loi qu'à son esprit, ou à la raison qui y a donné lieu, laquelle est comprise dans la loi, et en est pour ainsi dire, l'âme. » ; *Id.*, p. XXI.

⁸² A. Esmein remarquait que « les rédacteurs du Code trouvaient, soit dans les codifications antérieures, soit dans la littérature juridique, tout préparés, exprimés déjà dans la littérature juridique, tout préparés, exprimés déjà dans une langue précise et excellente, les principaux éléments de leur œuvre, puisqu'ils voulaient surtout emprunter au passé. Ils en ont largement usé, et l'on sait qu'un des moyens les plus sûrs pour les premiers interprètes du Code a consisté à rapprocher les articles des passages de Pothier, de Domat, Bourjon, Pocquet de Livonnière, etc., qui en avaient fourni la rédaction ou qui les avaient inspirés » ; Adhémar ESMEIN, « L'originalité du Code Civil », *Le Code Civil, livre du Centenaire*, rééd. Dalloz, Paris, 2004, pp. 5-25, p. 18. Voir également Pierre-Yves GAUTIER, « Pour le rétablissement du livre préliminaire du Code civil », (2005) *Droits* 41, 37-52 et W. WOŁODKIEWICZ, « « Livre préliminaire » « titre préliminaire » dans le projet et dans le texte définitif du Code Napoléon », (2005) *RHD* 3, 441-455

⁸³ Jean GAUDEMET, « Pothier et Jacqueminot à propos des sources du Code Civil de 1804 », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 369-387, p. 372.

⁸⁴ Jean-Louis Halpérin remarque que dans les sources du Code, ce sont les ordonnances de d'Aguesseau sur les donations et les testaments, ainsi que les travaux de Pothier et dans une moindre mesure ceux de Domat qui ont pesé de tout leur poids sur les réflexions des rédacteurs du Code. L'influence des théoriciens de l'École du droit naturel moderne est, selon lui « plus diffuse ». On doit remarquer que dans les évocations par les rédacteurs d'auteurs de référence, ils figurent en bonne place aux côtés de Domat, même si le poids sur la formulation même du Code est moindre. Voir Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, p. 20.

⁸⁵ Celui-ci remarque notamment que « [l]e sage Domat a rangé les lois civiles dans leur ordre naturel : il a fait un petit Traité des lois en général et un Traité sur le droit public » : Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, 3^e éd., t. 2, Paris, Moutardier, 1834, p. 225.

⁸⁶ Qui reconnaît toutefois, pour ce qui concerne les contrats et les obligations conventionnelles que : « [Les auteurs du projet de Code] ont cru que ce serait rendre service à la société si on retirait du dépôt des lois romaines une suite de règles qui, réunies, formassent un corps de doctrine élémentaire, ayant à la fois la précision et l'autorité de la loi. C'est un ouvrage que, dans le siècle dernier, les jurisconsultes les plus célèbres des diverses parties de l'Europe ont désiré, qu'ils ont préparé par de grands travaux. [...] La France met sous ce rapport au nombre des ouvrages les plus parfaits ceux de Domat et de Pothier » ; Félix BIGOT-PREAMENEU, « Présentation au corps législatif et exposé des motifs du projet des contrats ou obligations conventionnelles », dans Pierre-Antoine FENET, préc. note 2, t. XIII, p. 217.

⁸⁷ Maleville évoque très peu les *Lois civiles* alors qu'il cite largement les travaux de Pothier dans son *Analyse raisonnée du Code civil*, anticipant ce qui sera l'attitude de la doctrine dominante au XIX^e siècle. Ainsi, il cite plus de 100 fois Pothier dans son ouvrage, aux côtés de Boutaric, Serres, Dumoulin Lapeyriere, Lebrun, Brodeau, Mornac, Rousseaud de Lacombe, ou même Montesquieu. Selon lui, le meilleur commentaire du titre sur les obligations se trouve d'ailleurs dans le *Traité des obligations de Pothier*. Tout au long des développements touchant cette matière, Maleville cite Pothier, Cujas, Godefroy, le droit romain mais ne se réfère pas à Domat ; Jacques de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la Discussion du Code civil*, t. 3, Paris, Nève, 1822, p. 3 et suiv. Il reconnaît toutefois que le *Livre préliminaire* du Projet du premier pluviôse an IX, rédigé par Portalis, était édifié à « l'instar du *Livre des lois* de Domat », *id.*, t. 1, p. 4.

⁸⁸ Un exemple en est donné au sujet des articles 637 et 639 où la protection de la propriété privée est en cause. Le débat porte sur la propriété d'une source sur plusieurs fonds. Pour Maleville, l'article 637 est conforme aux maximes du droit. Une seule exception est possible si des travaux sur les eaux ont été faits depuis moins de trente ans. Il remarque toutefois un assouplissement au principe par la jurisprudence et la doctrine. Il cite un arrêt rapporté par Henrys, et relève qu'il est dangereux de poser des principes trop abstraits. Il estime que les « besoins du premier propriétaire une fois satisfait, l'équité, l'intérêt public et la destination même de l'eau ne permettent pas que les fonds inférieurs en soient arbitrairement privés : la Providence a créé pour l'usage de tous cet élément nécessaire à tous ». La proximité aurait pu être forte avec Domat qui traite de cette question, mais ce dernier n'est pas invoqué ; « Discussion au Conseil d'État », P.-A. FENET, préc., note 2, t. XI, p. 258.

⁸⁹ Voir D. GILLES, préc., note 1, p. 571 et suiv.

⁹⁰ François BIGOT-PREAMENEU, préc., note 86, t. XIII, p. 264. Il partage également la même critique des obscurités du droit romain que celle faite par Domat un siècle plus tôt : « Ainsi les lois romaines relatives aux contrats nous sont parvenues embarrassées de formules et de distinctions sans nombre. Les simples pactes, les stipulations, les contrats y forment autant de classes séparées » ; *id.*, p. 221.

⁹¹ En établissant par exemple un conseil de famille restreint à sept personnes, le tribun Berlier réforme un abus que le juriste clermontois avait tenté de contrecarrer par ses *Lois civiles*, afin de préserver la paix des familles : « Ainsi disparaîtront beaucoup d'intrigues et principalement celles à la faveur desquelles on portait souvent sur un parent éloigné et peu affectionné la charge que devait naturellement supporter le parent le plus proche ; abus qui existait déjà du temps de Domat, et dont il se plaint en son discours préliminaire sur le titre des tutelles » : BERLIER, « Présentation au corps législatif du Titre De la minorité, de la Tutelle et de l'émancipation », dans P.-A. FENET, préc., note 2, t. X, p. 642.

⁹² Duveyrier, contestant le régime des biens paraphernaux souligne, en reprenant le juriste clermontois que : « [N]otre respectable Domat s'en plaignait avec une sorte de sensibilité : Ces biens paraphernaux, dit-il, et cette jouissance indépendante du mari paraissent avoir quelque chose de contraire au principe du mariage, et sont même une occasion qui peut troubler la paix que demande cette union. Aussi voit-on, continue-t-il que, dans une même loi du droit romain qui ôte au mari tout droit sur les biens paraphernaux, il est reconnu juste que la femme, se mettant elle-même sous la conduite de son mari, elle lui laissât aussi l'administration de ses biens. Le projet de loi soumis à votre examen aura encore le mérite notable de rendre au régime dotal toute la raison des lois romaines et toute la

- majesté du mariage » ; DUVEYRIER, « Communication officielle au Tribunal », dans P.-A. FENET, préc., note 2, t. XIII, p. 749 et 750.
- ⁹³ Gillet relie ainsi l'obligation de doter sa fille pesant sur le père à l'obligation générale de veiller à la conduite de ses enfants. Il évoque la loi Julia appliquée à de rares occasions dans les pays de droit écrit qui « provoquait une sorte d'inquisition sur la fortune du père, parce que la dot devait en suivre les proportions ; elle y perpétuait les dissensions des familles [...]. C'est un abus que le sage Domat a très bien entrevu lui-même, et cet abus formerait une contradiction manifeste avec les principes de la loi proposée » ; GILLET, « Communication officielle au tribunal », 8 mars 1803, dans P.-A. FENET, préc., note 2, t. IX, p. 192 et 193. Sur les rédacteurs du Code, leur influence au sein des commissions et leurs aspirations juridiques, voir : Jean-François NIORT, *Homo civilis, repères pour une histoire politique du Code civil français*, thèse droit Paris I, 1995, préface de J.-L. Halpérin, postface J. Carbonnier, coll. « Histoire des Institutions et des Idées Politiques », t. 1, Aix en Provence, PUAM, 2004, particulièrement p. 77-132.
- ⁹⁴ Voir L. LEVENEUR, « Consensualisme et liberté contractuelle », *Le Discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp. 285-301.
- ⁹⁵ Jean-Louis GAZZANIGA, « Domat et Pothier : le contrat à la fin de l'Ancien Régime », préc. note 10, p. 38.
- ⁹⁶ *Id.* p. 40.
- ⁹⁷ FAVART, « Rapport fait par le Tribun Favart sur les quatre premiers chapitres, Communication officielle au tribunal », P.-A. FENET, préc. note 2, t. XIII, pp. 312-313.
- ⁹⁸ *L. 8, ff. de Usufr et Usufr. Legato. L. an. Usufr. 56, ff. de usufr.*
- ⁹⁹ GALLI, « Présentation au corps législatif », dans P.-A. FENET, préc., note 2, t. XI, p. 215.
- ¹⁰⁰ MOURICAULT, « Discussion devant le corps législatif », dans P.-A. FENET, préc., note 2, t. XIII, p. 421. Pour Bertrand de Greuille : « [C]'est une des premières maximes de la société : d'où il suit que si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer. Ce principe, consacré par le projet, n'admet point d'exception ; il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre ; il conduit même à la conséquence de la réparation du tort, qui n'est que le résultat de la négligence ou de l'imprudence » ; B. DE GREUILLE, « Communication officielle devant le Tribunal », dans P.-A. FENET, préc., note 2, t. XIII, p. 475.
- ¹⁰¹ Dans son rapport au Tribunal sur le projet du Livre 3^e du *Code civil* sur le droit des contrats et des conventions, il compare Cujas, Dumoulin, Pothier et Domat aux grands jurisconsultes romains, pour leur apport à la science du droit et pour avoir dégagé le droit romain « de ces subtilités qui dans certains cas embarrassaient le droit écrit ». Il ajoute : « [...] Les Français ont eu aussi leur Paul, leur Papinien. Cujas avait expliqué les textes romains avec une telle sagacité, que le Parlement de Paris, sur le réquisitoire exprès du procureur général, lui avait permis de faire lecture et profession en droit civil dans l'université de Paris, à tel jour et heure qu'il serait par lui avisé. Et Dumoulin, ce jurisconsulte célèbre, qui, au milieu des troubles civils, était parvenu à réunir toutes les connaissances du droit coutumier et du droit écrit quels services n'a-t-il pas rendus à la jurisprudence dans les matières les plus difficiles, par les principes lumineux et féconds qu'il a posés, et dont plusieurs ont passé en maximes ? N'avions-nous pas aussi le grand, le magnifique ouvrage de Domat, qui nous avait si bien développé la filiation des lois ? » ; A. JAUBERT, « Communication officielle faite au Tribunal, rapport fait par M. Jaubert sur le Chap. VI », 13 pluviôse An XII, 3 fév. 1804, dans P.-A. FENET, préc., note 2, t. XIII, p. 413.

- ¹⁰² J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, L. IV, t. I, s. I, 4, p. 282.
- ¹⁰³ *Id.*, L. III, t. IV, s. I, 14, p. 224.
- ¹⁰⁴ *Id.*, L. I, t. XIII, s. I, 6, p. 124.
- ¹⁰⁵ Pour une liste de ces articles, voir : D. GILLES, préc., note 1, annexes, p. 670 et suiv.
- ¹⁰⁶ A. JAUBERT, « Communication officielle faite au Tribunal, rapport fait par M. Jaubert sur le Chap. VI », 13 pluviôse An XII, 3 fév. 1804, P.-A. FENET, préc. note 2, t.XIII, p. 413.
- ¹⁰⁷ MOURICAULT, « Discussion devant le corps législatif », P.-A. FENET, préc. note 2, t.XIII, p. 426.
- ¹⁰⁸ Le titre III rassemble ainsi les questions de succession, de donation, de testament, de théorie générale du contrat, de quasi-délit, de responsabilité civile, de contrats spéciaux, de régimes matrimoniaux, d'expropriation, d'ordre entre créanciers, de prescription et possession ; cf. Georges WIEDERKHER, « Le Code civil de 1804 à 2004 », *Colloque bicentenaire du Code civil, Ass. Avenir Capa*, Strasbourg, 2004, p. 13, à la page 14.
- ¹⁰⁹ Michel GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », (2003/4) 107 *Pouvoirs* 80.
- ¹¹⁰ Ainsi, « en Bavière, le *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 ; en Prusse, le *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794 ; en Autriche, le Code civil général autrichien de 1811. (...) Le Code bavarois sembla une compilation peu harmonieuse, entassant sur une base de droit romain un « mélange disparate de droit allemand, à savoir de lois, statuts, pratiques judiciaires et coutumes » ; le Code prussien, lourd de plus de 17000 articles, souffrit d'être trop imprégné de conceptions féodales ; le Code autrichien, bref puisque limité à 1502 articles, parut trop abstrait, trop philosophique » ; *id.* à la page 80.
- ¹¹¹ Voir Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe : de 1750 à nos jours*, Flammarion, Champs, 2005.
- ¹¹² Voir James GILREATH and Douglas L. WILSON (dir.), *Thomas Jefferson's Library: A Catalog with the Entries in His Own Order*, Washington, Library of Congress, 1989, c. 23.
- ¹¹³ Ce dernier, jeune étudiant en droit, déplore dans sa correspondance son manque de connaissance des auteurs du droit naturel, dont Domat : « Besides, I am but a Novice in natural Law and civil Law. There are multitudes of excellent Authors, on natural Law, that I have never read, indeed I never read any Part of the best authors, Pufendorf and Grotius. In the Civil Law, there are Hoppius, and Vinnius, Commentators on Justinian, Domat, & c. besides Institutes of Cannon and feudal Law, that I have to read » ; John ADAMS, « Letter to Jona. Sewall », Wednesday, november 26th, *John Adams Diary*, Electronical Archive, the Massachusetts Historical Society, [<http://www.masshist.org/digitaladams/aea/index.html>], site consulté le 12 septembre 2009.
- ¹¹⁴ Dans l'affaire *Jonathan Sewal v. John Hancock* du 20 août 1768 concernant « the writs of assistance », Adams déclare : “We are here to be tryed by a Court of civil not of common Law, we are therefore to be tryed by the Rules of Evidence that we find in the civil Law, not by those that we find in the common Law. – We are to be tryed, both Fact and Law is to be tryed by a single Judge, not by a Jury. – We therefore claim it as a Right that Witnesses not Presumptions nor Circumstances are to be the Evidence.” Et il argumenta, en se fondant sur les règles du droit civil, affirmant que pour accuser quelqu'un d'un crime, il était nécessaire d'avoir deux preuves ou témoignages “free from all exception; that if there were two or ten such Witnesses as Mezle, they would not amount to Proof sufficient for condemnation;” ses contradicteurs ayant “a right to examine the Witnesses whole past

life, and his Character at large;” et pouvant prouver par d’autres témoignages et preuves qu’il “ *was a fugitive from his native country to avoid the punishment due to a very heinous crime;*”. Pour ce faire, il se réfère aux autorités suivantes “New Inst. Civil Law, 315, 316. Dig. Lib. 22, Tit. 5, §§ 3, 12. Codicis, Lib. 4, Tit. 19, § 25; Tit. 20, s. 9, § 1, & note 32. Deut. 19, 15. Calv. Lex Testis. Fortescue *de Laudibus Legum*, c. 21, p. 38. Wood Inst. 310. Domat, V. 1, p. 13, Preliminary Book, Tit. 1, § 2, IV. 15” ; *The Founders’ Constitution*, vol. 5, Amendment IV, Document 2, Chicago, University Press, 2000, [<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendIVs2.html>].

¹¹⁵ Voir par exemple les articles « Law », « Usufructuary » ou « Heir », dans John BOUVIER, *A Law Dictionary Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America and of the Several States of the American Union, with References to the Civil and Other Systems of Foreign Law*, 6th ed., revised, improved, and greatly enlarged, Philadelphia, Childs & Peterson (1856).

¹¹⁶ Parmi ces états, nombreux sont ceux qui, se détournant naturellement de l’ancienne puissance coloniale mais conservant leurs racines romanistes, se tournèrent vers la pensée du juriste clermontois. Voir, à titre d’exemple, pour l’Argentine, le Pérou et le Chili, les travaux de Jorge Horacio ALTERNI, « Domat y Pothier en el Código Civil Argentino », *La codificación: raíces y prospectiva: El Código Napoleon*, Prudentia Iuris, Buenos Aires, 2003, p. 197-209, ainsi que Camilo TALE, « El derecho de daños en Jean Domat. Cotejo con las regias del Code Napoleon, con la doctrina de sus comentarios del S. XIX y con las normas de Código de Vélez », *La codificación: raíces y prospectiva: El Código Napoleon*, préc., p. 127-147 ; Carlos Ramos NUNEZ, « Código Napoleónico: Fuentes y Génesis », (1995) 10 *Revista Derecho & Sociedad*, Universidad Católica del Perú, Lima 10, ainsi que « La codificación impulsada moderno de la familia romanista », (1994) 9 *Revista Derecho & Sociedad*, Lima, p. 157-168. Concernant le Chili, voir : Alejandro G. BRITO, « Para la historia de la formación de la teoría general de acto o negocio jurídico y del contrato III: Los orígenes históricos de la teoría general del contrato », (2000) 22 *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 45-60.

¹¹⁷ Michel GRIMALDI, préc. note 109, pp. 82-83.

¹¹⁸ Ce pluralisme juridique est inhérent à l’histoire de l’ancienne colonie. Après une première implantation permanente établie par le Chevalier d’Iberville en 1699, l’implantation politique et juridique française prend fin avec la cession de la colonie aux espagnols en 1762 (rendue effective par l’action d’O’Reilly en 1769). Durant cette période, c’est la coutume de Paris qui régit les rapports juridiques dans la colonie, comme en Nouvelle-France. L’occupation espagnole prend fin en 1800 avec le retour à la France du territoire et s’achève avec la vente de celui-ci aux États-Unis en 1803. Voir R. BATIZA, « The Louisiana civil code of 1808 : its actual sources and present relevance », (1971) *Tulane Law Review* 46-1 4-165, aux pages 5 et 6.

¹¹⁹ R. BATIZA, « The actual sources of the Louisiana Project of 1823 : an analytical survey », (1972) *Tulane Law Review* 47-1, 4-115, à la page 4.

¹²⁰ Il en découle une certaine contestation quant à la filiation du code Louisianais, certains, dont Rodolfo Batiza, estimant que les sources sont essentiellement françaises, alors que d’autres, comme Robert A. Pascal, estiment que les sources doivent être cherchées dans la législation espagnole et dans le droit romain ; Voir Rodolfo BATIZA, « Sources of the civil code of 1808, Facts and speculation : a rejoinder », (1971-1972) 46-2 *Tulane Law Review* 628-651 et R. A. PASCAL, « Sources of the Digest of 1808 : a reply to Professor Batiza », (1971-1972) 46 *Tulane Law Review* 602-627.

- ¹²¹ Voir A. FRANKLIN, « An important Document in the History of American, Roman and Civil Law : The de la Vergne Manuscript », (1958) *Tulane Law Review* 33, 35 et suiv.
- ¹²² Voir Rodolfo BATIZA, « The Louisiana civil code of 1808 : it's actual sources and present relevance », préc. note 118, pp. 11-13.
- ¹²³ Les *Partidas* sont un Code divisé en sept parties, publié en 1348 et qui constitue, selon Moreau de Lislet, « le code le plus complet et le plus parfait du droit espagnol et il est presque entièrement tiré des lois romaines ». Les Lois de Toro sont des lois publiées par les *Cortès* en 1505, elles sont au nombre de 83 et se retrouvent presque intégralement dans la *Recopilacion* de Castille de 1507 de Philippe II ; voir MOREAU de LISLET, «Lois de l'état de Louisiane avec des notes qui réfèrent aux loix civiles et espagnoles qui y ont rapport 1814», *Digest of the civil Laws now in force in the territory of Orléans (1808)*, The de la Vergne Volume, The Louisiana State University School of Law, The Tulane University School of Law, Reprints, 1968, avant-propos, non paginé.
- ¹²⁴ Le souci des rédacteurs est essentiellement de rendre les articles du Digest plus intelligibles et plus facilement applicables, même si pour cela ils doivent faire resurgir une loi ancienne supprimée par le *Digest* de 1808. Sur cette réforme et les objectifs des rédacteurs, voir R. HOLCOMBE KILBOURNE Jr., *A History of the Louisiana civil Code. The Formative Years, 1803-1839*, Louisiana State University, 1987, pp. 108-124.
- ¹²⁵ *Additions and amendments to the civil Code of the State of Louisiana*, Louisiana Legal Archive, n. 1, New Orléans, 1937, art. 74, cité par R. HOLCOMBE KILBOURNE Jr., *id.*, p. 118.
- ¹²⁶ La jurisprudence, notamment celle de la *Louisiana Supreme Court*, est relativement réticente à user des interprétations des cours françaises, notamment après l'arrêt *Cottin v. Cottin* de 1817 qui affirme la suprématie des normes d'origine hispanique face aux interprétations d'origine française, les premières étant considérées comme la common law de l'État de Louisiane. Ainsi dans l'arrêt *Turpin vs. His Creditors* de 1819, la Cour relève que, nonobstant la quasi-similitude entre les dispositions du *Digest* de 1808 et celles du Code, les interprétations des cours françaises ne liaient en rien la *Louisiana Supreme Court*. De même, dans l'arrêt *Copelly vs. Derverges* de 1822 les solutions dégagées par Pothier sont clairement rejetées par les juges suprêmes de l'État de Louisiane; voir *id.*, pp. 72-75.
- ¹²⁷ MOREAU de LISLET, Ms, «Lois de l'État de Louisiane avec des notes qui réfèrent aux loix civiles et espagnoles qui y ont rapport 1814», préc. note 123, p. 5 et suiv.
- ¹²⁸ Celles-ci sont toutefois citées directement concernant notamment l'esclavage (*Digest* T.VI, ch.II), domaine où la pensée de Domat n'a pas repris les solutions romaines ; *id.*, non paginé.
- ¹²⁹ *Id.*, avant-propos, non paginé.
- ¹³⁰ *Id.*, T. 2, non paginé. Concernant le titre III des absents, Moreau de Lislet relève cette fois-ci l'influence de Pothier et cite son « traité des successions, ch.3, sec. 1, 1, p. 315 et svt », *id.*, titre III, non paginé.
- ¹³¹ Il cite «Domat vol.I, liv. 2, t. 2, loi 13, p. 137. *Id.*, non paginé.
- ¹³² Il renvoie alors à « Domat Lois civiles vol.I, liv. I, tit. 10 au préambule p. 79. », même si c'est Pothier, logiquement, qui est le plus invoqué en matière de mariage aux côtés des lois hispaniques, *id.* non paginé.
- ¹³³ «Domat vol. I, part. I, Liv. 3, t.4, p. 390»; *id.*, non paginé.

- ¹³⁴ Il cite Domat concernant les pères et enfants en général, (« Domat Loix civiles vol. I, liv.2, tit.I, sect.2, p. 300 »), concernant les enfants légitimes et illégitimes en général (ch.II du Digest), en citant « Domat loix civiles, vol.I, liv. préI, Tit.I, sec.2, p. 9, l.3 » et cite encore Domat concernant le chapitre IV du même livre du *Digest* concernant les enfants illégitimes ou naturels; *id.*, non paginé.
- ¹³⁵ «Domat loix civiles v.I, liv. 2, t.2, s.2 pp. 311 et 312, ll. 10 à 15 », *id.* non paginé.
- ¹³⁶ «Domat loix civiles vol.I liv. 2, tit.I, s.I, p.124-125» et «Domat vol.I, liv.2, tit.1, sec.I, loi. 3, p.124 »; *id.*, non paginé.
- ¹³⁷ Sur ce point, voir T. W. TUCKER, « Sources of Louisiana's law of persons : Blackstone, Domat and the French Code », (1969-1970) *Tulane Law review* 44, 264-295.
- ¹³⁸ Art. 19 Digest 1808 : « La femme mariée qui est interdite est de droit sous la curatelle de son mari, néanmoins le mari est tenu, en ce cas, de faire nommer par le juge un curateur ad lites qui représente l'épouse interdite dans toutes les affaires où elle a des intérêts opposés à ceux de son mari ou qui doivent être constatés par lui ». Moreau de Lislet note alors que l'art. 19, tel qu'il est rédigé, est dérogatoire à la loi romaine et renvoie à Domat, (v.1, liv.2, t.2, sect.1, p. 136). Les articles 27 et 29 trouvent également leur source selon Moreau dans l'œuvre de Domat ; MOREAU de LISLET, préc. note 123, non paginé.
- ¹³⁹ Au titre III, chapitre I du *Digest*, *id.* non paginé.
- ¹⁴⁰ Concernant les principes généraux touchant les servitudes, Moreau de Lislet renvoie au *Digeste* et aux *Institutes*, aux *Partidas* et aux sources espagnoles et à Domat, essentiellement le livre I, T.XII et livre II, T.VI; *id.* non paginé.
- ¹⁴¹ Voir J. DAINOW, « Le droit civil de la Louisiane », (1954) *R.I.D.C.* 19-38. Domat est toujours utilisé par la doctrine louisianaise, notamment en matière de dommages et intérêts non matériels en matière de responsabilité contractuelle, comme le montre H. WOLBRETTE III, « Damages ex contractu : Recovery of non pecuniary damages for breach of contract under Louisiana Civil Code article 1934 », (1974) 48 *Tulane Law Review* 1060-1175.
- ¹⁴² Voir par exemple la décision de la Court d'Appel de l'État de Louisiane, *The southern amusement co inc., vs Pat's Henderson Seafood & Steak, inc.*, State of Louisiana, Court of Appeal, third circuit, 03-767.
- ¹⁴³ Peter STEIN, *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, 2^e éd., coll. « Droit et Histoire », Faculté de droit de Genève, Schulthess, LGDJ, Bruylant, 2004, p. 149. À cette influence dans la *common law* s'ajoute l'évocation des *Lois civiles* devant les juridictions d'*equity* : voir par exemple, en matière de responsabilité, *Appleby and Another v. Myers*, 21 juin 1867, Exchequer Chamber, Council of Law Reporting For England & Wales (1866-67) L.R. 2 C.P. 651.
- ¹⁴⁴ Sur l'impact du *Code civil du Bas-Canada*, voir : André MOREL, « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le *Code civil du Bas-Canada* (1866-1890) », *Le nouveau Code civil : interprétation et application. Les Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 52-59.
- ¹⁴⁵ L'importance de la doctrine française est sur ce point, fondamentale dans l'évolution de la jurisprudence québécoise. C'est ce qu'a largement démontré Michel Morin dans son analyse de la jurisprudence au XIX^e et XX^e siècle (de 1876 à 1984). Si c'est Laurent qui est le plus utilisé dans la jurisprudence, Pothier arrive en bonne place, et Domat se trouve par

exemple cité dans seize arrêts de 1876 à 1899. De 1900 à 1920, on trouve onze occurrences renvoyant aux *Lois civiles*. Voir : Michel MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas-Canada*, 1876-1984 », (2000) 60 *R. du B.* 247. Voir également, pour la période antérieure, Evelyn KOLISH, *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada : attitudes et réactions des contemporains*, thèse d'histoire (dactyl.), Université de Montréal, septembre 1980, p. 121-128.

¹⁴⁶ L'inventaire des sources revêt une importance particulière pour les commissaires qui doivent établir, avant de codifier, le droit en vigueur au Bas-Canada. Sur cette question, voir : Sylvio NORMAND et Donald FYSON, « Le droit romain comme source du *Code civil du Bas-Canada* », (2001) 103 *R. du N.* 87.

¹⁴⁷ Sur l'historique du *Code civil du Bas-Canada* et l'importance que la codification a prise au Québec, voir : Frederick Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, (intr. et trad. Maurice TANCELIN), Toronto, Butterworths, 1980, p. 35-49 ; André MOREL, « La codification devant l'opinion publique de l'époque », *Livre du Centenaire du Code civil* (I), textes réunis par Jacques BOUCHER et André MOREL, Montréal, P.U.M., 1970, p. 27 ; Martin BROODMAN, John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publication, 1993, p. 5-74.

¹⁴⁸ Les commissaires explicitent très bien, dans leur second rapport, l'attitude – tout en nuance – qu'ils entendent adopter face à la codification napoléonienne : « Le Code Napoléon est, avec raison, considéré comme un chef d'œuvre dans son genre ; aussi l'a-t-on adopté, soit dans son entier, soit avec des modifications plus ou moins considérables, dans tous les pays, où, depuis sa confection, l'on s'est occupé de codification ; il était donc naturel, à raison de la similitude de nos lois avec celles de la France à l'époque où elles y furent codifiées, qu'on nous donnât son code pour modèle et qu'on l'indiquât comme base de celui que l'on voulait faire. Quoique cette similitude ait été assez notablement altérée par le nouveau code, elle était encore assez grande pour qu'il fût possible, sans trop de risque, de permettre aux Commissaires d'en adopter les dispositions qu'ils auraient approuvées, en retranchant, en altérant celles dont l'expérience en France ou ailleurs a démontré l'inutilité ou la défectuosité et en y intercalant celles que nos lois et nos circonstances particulières peuvent requérir. Cette manière de procéder, si elle eût été permise, aurait rendu la tâche comparativement légère. Mais la Législature ne l'a pas voulu ; elle a bien, à la vérité, indiqué le code français pour modèle quant au plan à suivre, à la division des matières et aux détails à fournir sur chaque sujet ; mais tout cela n'est qu'accessoire et ne regarde que la forme ; quant au fond, il est ordonné que le code à faire se composera exclusivement de nos propres lois. Ce qui est loi en force doit y être inclus ; ce qui ne l'est pas doit en être exclu et peut tout au plus être proposé comme altération admissible » ; *Deuxième rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, Québec, G. E. Desbarats, 1863-1865, p. iv.

¹⁴⁹ Toutefois, les commissaires s'en détachent parfois au nom de la conformité avec la tradition juridique de la Nouvelle-France. Ainsi, en matière de biens et de propriété, les commissaires décident de diviser le second livre en cinq titres, les commissaires relevant que : « [C]'est un titre de plus que n'en contient le Code Napoléon, [...] le cinquième (de l'emphytéose) y étant omis, d'après les uns parce que cette espèce de contrat n'existe plus en France, tandis que, suivant les autres, il est compris dans l'usufruit. Sans entrer dans la discussion de cette question, qui nous est étrangère, il suffit ici de dire que, d'après l'ancien

- droit français qu'il est du devoir des Commissaires d'exposer, il est incontestable que l'emphytéose constituait un contrat distinct de l'usufruit et de tout autre et soumis à des règles qui lui étaient propres ; qu'elle a été de tout temps d'un usage fréquent et continu dans le pays et que notre législature, loin de l'abolir, l'a au contraire réservée et confirmée en termes exprès, ainsi que la chose sera exposée en son lieu » ; *Troisième rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada, id.*, p. 6.
- ¹⁵⁰ Voir *Acte pour pourvoir à la codification des lois civiles du Bas-Canada*, S.P.C., 1857, c. 43, notamment les articles 6 et 7.
- ¹⁵¹ S'appuyant sur son héritage, la codification de 1866 vise toutefois à une modernisation du droit privilégiant le libéralisme économique, comme le souligne Sylvio NORMAND, « La codification de 1866 : contexte et impact », dans Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43-62.
- ¹⁵² M. MORIN, préc., note 145, 273.
- ¹⁵³ Curieusement, si Portalis est bien connu et largement évoqué par les juristes québécois, Caron, Day et Morin, les trois commissaires du *Code civil du Bas-Canada*, figurent peu dans les mémoires de la pensée juridique québécoise. Sur l'œuvre – occultée – de ces commissaires, voir notre étude, à paraître en 2011 « Caron, Day et Morin, trois oubliés de l'histoire de la pensée juridique ? Les commissaires de la codification de 1866 et leur œuvre ».
- ¹⁵⁴ Pour une analyse de cette évolution, voir Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans P. GLENN (dir.), préc., note 151, p. 1.
- ¹⁵⁵ Pour une analyse du contexte de la codification, outre les articles de Sylvio Normand et de Michel Morin déjà cités, voir essentiellement l'ouvrage de B. Young, retraçant l'évolution de la logique codificatrice jusqu'en 1866 ; Brian YOUNG, *The Politics of Codification. The lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, Kingston, London et Buffalo, Osgoode Society for Canadian Legal History and Mc Gill-Queen's University Press, 1994.
- ¹⁵⁶ Comme le souligne Michel Morin, il en est ainsi notamment de la liberté de tester, imposée par l'Acte de Québec de 1774, de l'abrogation des incapacités de recevoir en 1801 ou de plusieurs règles en matières commerciales, une ordonnance de 1777 introduisant notamment les règles de preuves en matière commerciale : M. MORIN, préc., note 145, 267-269.
- ¹⁵⁷ A. ESMEIN, « L'originalité du Code civil », *Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 18.
- ¹⁵⁸ *Deuxième rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, p. iv.
- ¹⁵⁹ *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, L. III, titre III Des obligations, p. 37 et suiv. Il faut relever toutefois que dans le premier rapport préliminaire, les références des commissaires ne concernent plus alors la doctrine de l'ancien droit et Domat mais la doctrine civiliste française du XIX^e siècle, notamment Duranton, Troplong, Marcadé et Toullier. Voir : *id.*, p. 7 et suiv.
- ¹⁶⁰ La rédaction des articles suivants fait référence explicitement à la réflexion du juriconsulte auvergnat : 7, 11, 36 al. 2, 242, 292, 310, 359, 454, 470, 542, 553-570, 573-579, 584, 586, 593, 756, 760, 863, 864, 868, 873, 968, 984-987, 989, 993, 994, 1002-1004, 1007-1009, 1013, 1016, 1018-1020, 1024, 1031, 1034, 1038, 1039, 1043, 1045-

1055, 1057, 1065, 1071-1074, 1077, 1087, 1094, 1100-1105, 1107, 1108, 1112, 1113, 1117, 1118, 1131, 1139-1141, 1148, 1158, 1159, 1161, 1162, 1169-1173, 1175-1177, 1187, 1188, 1190, 1191, 1193, 1203, 1212, 1234, 1472, 1475, 1484, 1494, 1496, 1497, 1501, 1507-1509, 1511, 1513-1516, 1520, 1522-1534, 1545-1547, 1601, 1603, 1605, 1607, 1609, 1610, 1612-1614, 1618-1620, 1624, 1626-1628, 1637, 1638, 1641, 1650, 1658, 1660, 1672, 1674, 1678, 1683, 1685, 1686, 1699, 1701-1704, 1710, 1712, 1713, 1719, 1720, 1722, 1724-1729, 1755, 1757, 1760, 1781, 1782, 1784, 1795, 1796, 1803-1806, 1809, 1812, 1813, 1818-1822, 1830, 1831, 1845, 1847, 1857, 1859, 1861, 1862, 1892-1894, 1898, 1918, 1920, 1921, 1966, 1983, 1985, 1990, 1992, 1995, 2006, 2017, 2020, 2032, 2043, 2046, 2051, 2056, 2066, 2081, 2267 et 2281. Cf. Édouard Lefebvre De BELLEFEUILLE, *Code civil du Bas-Canada, d'après le rôle amendé déposé dans le bureau du greffier du Conseil législatif[...] augmenté des autorités citées par les codificateurs dans le projet soumis à la législature*, Montréal, éd. Beauchemin et Valois, 1866.

¹⁶¹ Soit environ 14 %. Voir D. GILLES, préc., note 1, p. 591.

¹⁶² À titre de comparaison, on peut relever, outre la référence aux travaux de Pothier pour plus des deux tiers des articles du Code, les références aux travaux de Serres et de Poullain du Parc. Les travaux du premier sont cités une vingtaine de fois (vingt-deux articles) dans les rapports des codificateurs alors que les travaux du second sont cités une quinzaine de fois (seize articles), notamment en matière de distinction entre biens (art. 374-379) et de succession.

¹⁶³ Celle-ci avait une assez grande influence sur la doctrine québécoise durant tout le XIX^e siècle, voir sur ce point : Éric H. REITER, « Imported Books, Imported Ideas: Reading European Jurisprudence in Mid-Nineteenth-Century Quebec », (2004) 22 *Law and History Review*, [<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/22.3/reiter.html>], site consulté le 21 novembre 2009, ainsi que Michel MORIN, « Portalis c. Bentham ? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada », *Commission du droit Canada, La législation en question*, Ottawa, 2000, p. 141-217.

¹⁶⁴ Ainsi, la solution de Pothier est par exemple préférée à celle de Domat – adoptant une position opposée – concernant la formulation de l'article 1107 du Code. Celui-ci prévoyait que le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser au codébiteur qui a sa préférence. Sur le poids de Pothier sur la science juridique canadienne et québécoise, voir : Nicholas KASIRER, « Pothier from A to Z », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de Benoît MOORE, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 387-405.

¹⁶⁵ Pour les articles 1513, 1514 et 1515, (numérotés 36 à 38 du projet du Livre troisième du Titre de la vente du quatrième rapport) c'est l'autorité de Pothier qui est « au soutien de la règle, à l'encontre de celle de Domat », *Quatrième rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, Titre de la vente, p. 6.

¹⁶⁶ *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, titre des obligations, p. 14.

¹⁶⁷ Dans ce domaine, les commissaires relèvent que la loi romaine était plus rigoureuse quant à « la responsabilité des mandataires que le droit civil postérieur, ainsi que nous l'apprennent Pothier et Domat ». La formulation adoptée est alors choisie en conformité avec celle de l'article 1992 du Code Napoléon et en cohérence avec les autres dispositions du titre des Obligations du Code civil du Bas-Canada ; *Sixième rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, livre troisième : du mandat..., p. vii.

- ¹⁶⁸ Afin d'établir la règle générale de responsabilité du mandataire en matière d'obligation envers les tiers, les commissaires s'appuient ainsi sur la formulation de l'article 1998 du Code Napoléon. Reprenant l'interprétation de Troplong, ils souhaitent ne pas lier le mandant lorsque le contrat est au nom du mandataire sans déclaration du nom du principal, excepté dans quelques cas particuliers. Ils jugent cette interprétation « en harmonie avec la doctrine du droit romain, mais en opposition directe avec celle de Pothier, qui est d'accord avec les lois anglaise, écossaise et américaine », préférant alors cette dernière solution ; *id.*, p. ix.
- ¹⁶⁹ Les commissaires relèvent sur cette question que le contrat qui fait l'objet de ce titre, de même que celui du titre précédent, est fondé sur des maximes empruntées au droit romain. L'ancien droit français, tel qu'exposé par Pothier en son traité *Du Dépôt et Du séquestre*, reproduisant les lois romaines sans s'en écarter, ou avec quelques légères différences seulement, nous offre un corps de règles clair et complet » ; *id.*, p. xvii.
- ¹⁷⁰ Les commissaires ajoutent toutefois qu'aux États-Unis il existe « en faveur des courtiers une présomption plus favorable qu'elle ne peut l'être sous notre droit, qui exige clairement la preuve que le courtier a été employé par les deux parties avant qu'il puisse les lier par ses actes » ; *id.*, p. x et xi. Pour une analyse plus spécifique de la place du droit romain en matière d'obligation, voir : Silvio NORMAND et Donald FYSON, « Le droit romain comme source du *Code civil du Bas-Canada* », préc., note 146, p. 104 et suiv.
- ¹⁷¹ Ainsi, en matière de prescriptions, les commissaires, reprenant le code français, soulignent que « l'on n'a pas voulu se montrer ici plus méticuleux que le Code Napoléon », *Troisième rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, p. 60.
- ¹⁷² Ainsi, concernant les obligations à terme, les commissaires soulignent : « [L]e renvoi à Pothier et au Digeste ne va pas au soutien de l'article, mais y est contraire. Cependant, l'équité est clairement du côté de la restriction apportée à la règle par l'article soumis. Les commissaires sont d'opinion que le débiteur, qui par erreur, fraude ou violence, paie avant le temps une dette pour laquelle il a un certain terme, doit avoir un recours et que l'article tel que rédigé doit être adopté comme déclarant la loi sur un point douteux, ou comme amendement à la loi en force » ; *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, titre des obligations, p. 17.
- ¹⁷³ Ainsi, en matière de stipulation des contrats, les commissaires, adoptant la nouvelle formulation du Code Napoléon, critiquent la jurisprudence de l'ancien droit et les libertés prises par les juges : « Sous la jurisprudence qui s'était formée en France, les tribunaux modifiaient les stipulations des contrats, ou sans en tenir compte, substituaient à la volonté écrite des parties, une équité douteuse pour ajuster leurs droits. Dans ce pays, cette intervention n'a peut-être pas été poussée aussi loin, mais en principe elle est également sujette à objection et quoique soutenue par l'autorité de Dumoulin et de Pothier, elle ne paraît pas devoir son origine au Code Justinien, ni justifiée par aucune législation en France. Les raisons données par ces deux éminents jurisconsultes sont certainement peu satisfaisantes. [...] Quoi qu'il en soit, il est certain que la doctrine de l'intervention judiciaire alors que le sens du contrat est clair est désapprouvée par les juristes modernes » ; *Id.*, p. 15.
- ¹⁷⁴ Ainsi en matière de créance et de droit à la résolution du contrat, ils écartent la solution de l'article 1182 du Code Napoléon au profit de la règle de l'ancien droit, appliquée dans la Province de Québec « fondée sur le droit romain et [qui] est sans contredit préférable à la nouvelle » : *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, titre des obligations, p. 17.

- ¹⁷⁵ Ainsi en matière de prêt et de rente constituée, les commissaires fondent un chapitre quatrième relatif à ces dernières, fondé sur le droit des gens alors que le Code Napoléon s'en abstient : *Sixième rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, titre neuvième, du prêt, p. xi.
- ¹⁷⁶ Les commissaires choisissent ainsi de s'écarter de la formulation de l'article 2002 du Code Napoléon en matière de responsabilité du mandant envers les tiers, en omettant une partie de cet article (la spécification « pour une affaire commune »), en se fondant sur l'autorité de Pothier, « qui est formelle, en déclarant que la règle a lieu lors même que l'affaire ne concerne qu'un seul. Cette opinion est conforme au droit romain et à celle de Domat, à l'endroit cité » : *Id*, Livre troisième : du mandat..., p. ix.
- ¹⁷⁷ Comme le soulève Maurice Tancelin, dans l'introduction à la traduction de l'ouvrage de Frédéric-Parker Walton, « (...) la complexité des sources du Code civil québécois ne s'accommode pas de la simplification courante consistant à placer l'origine des dispositions de droit civil dans le droit français et celles des dispositions de droit commercial dans le droit anglais » : Frédéric Parker WALTON, préc., note 147, p. 8. Voir également H. Patrick GLENN, « Quebec: Mixité and Monism » *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, ed. Esin Örüci, Elspeth Attwooll, and Sean Coyle, La Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 1–15.
- ¹⁷⁸ Sur les rapprochements possibles entre les deux codifications voir : Jean-François NIORT, « Notre droit civil... : quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Paris, Bruylant, 2004, p. 173-201.
- ¹⁷⁹ Art. 1607 : « Le bail à loyer des maisons et le bail à ferme sont soumis aux règles communes aux contrats de louage, et aussi à certaines règles particulières à l'un ou à l'autre de ces baux ».
- ¹⁸⁰ Domat est cité pour la quasi-totalité des articles formant cette section, soit les articles 1169 à 1177.
- ¹⁸¹ La pensée du juriste est alors référencée pour les articles 1522 à 1531.
- ¹⁸² Soit les articles 1710, 1712, 1713, 1719, 1720, 1722, 1724 à 1729.
- ¹⁸³ Soit les articles 1818 à 1822.
- ¹⁸⁴ Les articles 1845, 1847, 1857, 1859, 1861 et 1862 concernant la société et les articles 1892, 1893, 1894 et 1898 concernant la dissolution de la société.
- ¹⁸⁵ Les articles 1983, 1985, 1990 et 1992 se référant aux *Lois civiles* concernant les dispositions générales relatives aux privilèges et les articles 2017 et 2020 établissant les dispositions générales relatives aux hypothèques.
- ¹⁸⁶ Soit les articles 863, 864 et 868 et l'article 873 touchant quant à lui le legs universel.
- ¹⁸⁷ Il s'agit de l'article 1601 posant le principe du contrat de louage et de l'article 1605 posant la définition du contrat de louage de choses.
- ¹⁸⁸ Soit les articles 1701 à 1704.
- ¹⁸⁹ Les articles 1781, 1782 et 1784 pour le prêt à la consommation et 1795 et 1796 pour le dépôt simple.
- ¹⁹⁰ Les articles 1830 et 1831.
- ¹⁹¹ L'article 1966 pour le contrat de nantissement et les articles 1918, 1920 et 1921 pour les transactions.

¹⁹² À titre d'exemple, les commissaires se réfèrent à ces trois sources en matière d'obligations conditionnelles (art 104 et 105 du projet, art. 1084 et 1085 C.c.B.C.) ou en matière de confusion (art. 217 du projet) : *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, p. 66, 106 et 107.

¹⁹³ Les commissaires ajoutent : « Il est néanmoins assez certain que lorsque l'ouvrage est entrepris autrement que par contrat pour le compléter et le livrer comme un tout, la perte tombe sur celui qui fait faire l'ouvrage, soit que les matériaux soient fournis par lui ou par l'entrepreneur. Le doute a lieu dans le cas où l'ouvrage doit être parfait et livré en bloc, per aversionem. Ce cas n'est pas clairement distinct dans les passages où Domat et Pothier traitent de ce sujet [...] » ; *Quatrième rapport, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, p. 8.

¹⁹⁴ Les commissaires renvoient à ce dernier et à Pothier pour les articles 14 a, b, c et d ainsi que 17 b, c et d du projet : *Deuxième rapport des commissaires, Code civil du Bas-Canada*, préc., note 148, p.103 et 105.

¹⁹⁵ Le juriste clermontois excluait expressément cette question des *Lois civiles* : « On ne parlera pas ici de la communauté de biens qui est établie par plusieurs coutumes entre le mari et la femme. Car encore que cette communauté se contracte sans une convention expresse par le simple effet du mariage, c'est une matière propre des coutumes qui en ont différemment établi les règles et on peut y appliquer aussi celle de ce titre et celle de la société selon qu'elles peuvent y convenir » ; J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 16, L. II, t. V, préambule, p. 171.

¹⁹⁶ Toutefois, une nuance doit être apportée. Si l'influence sur ces thèmes est davantage anglo-saxonne, les dispositions relatives à ces questions, comme le remarque F.P. Walton, sont tirées d'une étude comparative des deux droits, anglais et français. Le droit commercial n'est ni anglais, ni français « puisqu'il consiste en règles formulées pour la plupart aux XVII^e et XVIII^e siècles par les civilistes français et hollandais et appliquées par les juges de tous les pays européens faisant du commerce », et notamment Lord Mansfield : Frédéric Parker WALTON, préc., note 147, p. 8.

¹⁹⁷ Art. 584 : « Les biens qui n'ont pas de maître sont considérés comme appartenant au souverain. [...] Domat, Droit public, liv. 1, tit. 6, sec. 3, n. 1, 2, 3, 4 » et art. 586 « La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds. Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété et qui est découverte par l'effet du hasard [...] Domat, Dr. Publ. Liv.1, tit. 6, sec. 3, n.7 ».

¹⁹⁸ Voir notamment Éric H. REITER, « Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things, and the Problem of Domat's Monster » (2008) 1 *Journal of Civil Law Studies* 189-213.

¹⁹⁹ Voir : D. GILLES, préc., note 1, p. 544 et suiv.

²⁰⁰ Victor Dan ZLATESCU et Irina Moroianu ZLATESCU, « Le droit roumain dans le grand système romano-germanique », préc. note 7, p. 836.

²⁰¹ Voir les articles 1171, 1198, 1202 et 1204 du Code civil argentin.

²⁰² Sur ce point, voir : J. MATTHEWS GLENN, « Civilian Survival: Upper and Lower Canada and the Saint Lucia Civil Code », *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 327.

²⁰³ C'est le cas notamment dans deux décisions récentes de la Cour royale, en matière de licitation et de preuve testimoniale de testament. Dans l'affaire *Fallaize (née de mouilpied) v. Fallaize*, ROYAL COURT (Bailhache, Bailiff and Jurats Blampied and Potter), July 22nd, 1996, 1996, *Jersey L. Rev.*, p. 264, la cour relève que « [t]he law appears to us to be quite clear. All the definitions of licitation which have been cited refer to a sale's being effected, in default of agreement between the parties, by public auction. We need refer only to Domat, *Loix Civiles*, Livre I, Titre II, art. X, *De la Licitation*, at 52 (1713): « Lorsqu'une chose qui ne peut que difficilement être divisée, comme une maison, ou qui ne saurait l'être comme un Office de judicature, se trouve commune à plusieurs personnes, & qu'ils ne peuvent ou ne veulent s'en accommoder entre eux; ils la vendent, pour en partager le prix; & ils l'adjuigent aux enchères ou à l'un d'eux, ou à des étrangers qu'ils reçoivent à enchérir. Et c'est cette manière de vendre qu'on appelle licitation ». Dans l'affaire *In the matter of the will of Futter*, ROYAL COURT (Bailhache, Deputy Bailiff and Jurats Blampied and Herbert), January 27th, 1994, (2000) *Jersey L. Rev.* 344, Domat est cité par le « deputy bailiff » Bailhache, concernant la preuve testimoniale apportée par l'héritier : « Domat in *Les Loix Civiles*, Livre III, Titre I, art. IX, at 394 (1713 ed.) states: « L'héritier nommé par un testament ne peut y être témoin. Car c'est sa propre affaire, & il est le principal intéressé à la validité de ce testament » ».

²⁰⁴ Voir John D. KELLEHER, « The Sources of Jersey Contract Law », (1999) 3-1 *Jersey L. Rev.* 1, 8 et 9.

²⁰⁵ Monnier fait ainsi de Domat, à travers l'œuvre du Chancelier d'Aguesseau, le précurseur de la codification : « Il s'est trouvé pendant le règne de Louis XIV un esprit aussi profond pour découvrir un principe dans les plus obscurs replis de l'âme humaine que juste pour en saisir les conséquences : c'était Jean Domat. Voyant le dégoût que répandait dans les esprits l'aridité des études juridiques, il en trouva la cause dans les subtilités, l'incohérence et même les contradictions qu'on remarque dans cette législation romaine, œuvre de tant de personnages, faite en différents temps, par différentes vues, sur divers sujets. Il douta de ce que l'on appelait partout la raison écrite. [...] Sacrifiant tout au nouveau point de vue qu'il avait découvert, il en tira tout un ensemble de lois si rigoureusement enchaînées entre elles, si clairement rattachées au principe de la justice, que non seulement son ouvrage était la meilleure préparation à la création d'un code unique parmi nous, mais que de nos jours encore, après tant de travaux de premier mérite, après tant de progrès sociaux accomplis, il en est encore le meilleur commentaire » ; Francis MONNIER, *Le Chancelier d'Aguesseau, sa conduite, ses idées politiques*, Paris, Didier & Co., 1863, p. 316 et 317.

²⁰⁶ Ainsi, concernant l'*animus* en matière de possession et de fiducie, J.B. Claxton fait de Domat le « père » lointain de l'article 921 du Code civil québécois : John B. CLAXTON, « Langage du droit de la Fiducie », (2002) 62 *R. du B.* 301. On trouve également des références à Domat dans l'arrêt *Lapierre c. AG (Québec)*, [1985] 1 R.C.S. 241, dans l'arrêt majeure *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 136-141 ou dans la décision *Produits Forestiers Donohue Inc. c. La Reine*, [2001] IIJCan 562 (C.C.I.) par. 58. En 1981, dans l'arrêt *Soucisse c. Banque Nationale du Canada*, [1981] R.C.S. 339, 355-363, c'est sur la réflexion de Domat en matière de bonne foi que le juge Beetz fonde dans sa solution. C'est à la lecture de sa formule selon laquelle « il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites » que le magistrat interprète l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada*.

- ²⁰⁷ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc. note 16, L. préliminaire, t.I, s. II. Il ajoute, « si les termes d'une loi en expriment nettement le sens et l'intention, il faut s'y tenir » ; *Id.*, L. préliminaire, t.I, s. II, 12.
- ²⁰⁸ *Id.*, L. préliminaire, t.I, s. II, préambule,
- ²⁰⁹ *Id.*, L. préliminaire, t.I, s. II, 9.
- ²¹⁰ François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 175.
- ²¹¹ Dans sa liste des grands juristes, Philippe Malaurie accorde au jurisconsulte auvergnat cette qualité aux côtés de Gaius, Justinien, Gratien, Accurse, Bartole, Cujas, Dumoulin, Grotius, Domat, d'Aguesseau, Pothier, Portalis, Savigny, Aubry et Rau, Demolombe, Jhering et Planiol. Sur les critères qui justifient cette dénomination, voir : Philippe MALAURIE, « Les grands juristes », *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 79-89. De même, dans le récent *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, les *Lois civiles* figurent en bonne place, aux côtés de Rawls, Kelsen ou Dworkin, voir : Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPÉRIN, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 134-139.
- ²¹² Leontin CONSTANTINESCU, *op. cit.*, p. 677.
- ²¹³ Mircea Dan Bocsan, « Étude historique sur les fondations testamentaires en droit roumain », (2000) *Forum Historia iuris* 1 <http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI>
- ²¹⁴ M. GRIMALDI, préc. note 109, p. 87.
- ²¹⁵ Victor Dan ZLATESCU et Irina Moroianu ZLATESCU, « Le droit roumain dans le grand système romano-germanique », *op. cit.*, p. 833.
- ²¹⁶ « Il ne faudrait pas croire, cependant, que le Code civil a été adopté dans ces pays à la suite d'une évaluation soigneuse de ses qualités, comme un consommateur choisirait dans un magasin les produits qui lui conviennent le mieux. (...) L'adoption a lieu quand la loi proposée est en position de force, au moins sur le plan intellectuels et culturels, pour avoir été la loi d'un pays qui détenait encore le pouvoir politique ou qui le détenait dans un passé assez proche pour que sa force et sa culture aient laissé des empreintes profondes » ; Paul KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 2^e éd., 1953, Munich et Berlin, Beck, p. 100.
- ²¹⁷ Teodor MARA, « Drept roman Si Istoria dreptului românesc (Le rôle du droit romain dans l'harmonisation de la législation actuelle) », (2008) 42 *R.S.J.* 1 Craiova 63-73.
- ²¹⁸ Pour une traduction française, voir *ibid.* p. 66.
- ²¹⁹ Jean DOMAT, *Les Lois civiles*, préc. note 16, L. I, tit. I, III, 1, p. 24.
- ²²⁰ « Art. 1109 C.C. Français : Il n'y a pas de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».
- « Les conventions étant des engagements volontaires qui se forment par le consentement, elles doivent être faites avec connaissance et avec liberté ; et si elles manquent de l'un ou l'autre de ces caractères comme si elles sont faites par erreur ou par force, elles sont nulles. (...) » ; L. I, tit. I, II, 2, p. 21.
- ²²¹ *Id.* L. I, tit. I, s. 2, ns. VIII, 11, p. 24.

- ²²² Selon la traduction de Teodor MARA, nous avons simplement remplacé le terme pouvoir de loi par le terme force de loi, plus proche de la formulation juridique française ; Teodor MARA, « Drept roman Si Istoria dreptului românesc », préc. note 217, p. 66.
- ²²³ J. DOMAT, *Les Loix civiles*, préc. note 16, L. I, tit. I, II, 7, p. 24.
- ²²⁴ Michel GRIMALDI, préc. note 109, p. 86.
- ²²⁵ Louis-Edmond BEAULIEU, *Le droit civil français. Livre souvenir des Journées du droit civil français (Montréal, 31 août-2 septembre 1934)*, Sirey et Le barreau de Montréal, 1936, p. 3.
- ²²⁶ Sur cette idée de mondialisation juridique, soulignons l'éclairante analyse de Jean-Louis HALPÉRIN, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz-Sirey, 2009.
- ²²⁷ Voir l'intéressant ouvrage coordonné par Claude Gauvard, *Les penseurs du Code civil*, Paris, La Documentation Française, 2009.
- ²²⁸ M. CAMUS, *Lettres sur la profession d'avocat et Bibliothèque choisie, des livres de Droit, qu'il est le plus utile d'acquérir et de connaître*, 4ème éd. (par Dupin), Paris, B. Warea, 1818, 2 vol., tome II, p. 113-114.
- ²²⁹ Alors même qu'il spécifie que « les jurisconsultes qui ont traité du Droit romain, spécialement par rapport au droit et aux usages de la France seront indiqués au titre des auteurs du Droit français » ; *ibid.*, p. 73.
- ²³⁰ Sur cette rénovation du droit romain, voir David GILLES, « Claude-Joseph Ferrière et Jean Domat : Deux regards sur le droit romain », *Les représentations du droit romain en Europe aux temps modernes*, PUAM, Aix-en-Provence, 2007, pp. 71-111.
- ²³¹ Henri-François D'AGUESSEAU, « Instruction sur l'étude et les exercices qui peuvent préparer aux fonctions d'avocat du Roi », *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, vol. I, Paris, Libraires associés, 1759, p. 391.
- ²³² Paraphrasant ainsi, à quelques siècles de distance, le précurseur de Savigny, le juriste allemand Hugo, G. HOLLEAUX, « Notes de lectures », (1955) 7 *R.I.D.C.* 1 246-248.
- ²³³ Art. « Loix civiles », Vers à la louange de Mr. Domat, *Dictionnaire universel de Français et de latin vulgairement appelé Dictionnaire de Trévoux*, Paris, Libraires associés, 1771, t. V, p. 109.

CONVERSIUNEA ACTULUI JURIDIC – O POSIBILĂ CONSECINȚĂ A NULITĂȚII

Ionel REGHINI*

Résumé: *La conversion de l'acte juridique – une possible conséquence de la nullité. L'analyse ci-dessous est concentrée avec priorité sur les quelques cas de conversion de l'acte juridique civil nul mis en évidence par la littérature juridique roumaine. L'auteur accorde plus d'attention aux aspects qui expliquent et justifient la conversion, considérée comme procédé ou comme technique juridique, et essaie d'établir ses repères et ses dépendances. En guise de conclusion: la conversion n'est autre chose qu'une possible conséquence de la nullité.*

Mots clefs: conversion formelle, conversion substantielle, nulité, act majeur, act mineur

Cuvinte cheie – conversiune formală, conversiune substanțială, nulitate, act major, act minor.

I. Preliminarii

1. **Noțiune.** Problemă, excepție, regulă sau chiar principiu, sunt calificările care, îndeobște, s-au dat conversiunii¹ actului juridic în literatura noastră de specialitate. Indiferent însă de calificarea preferată, de către un autor sau altul, conversiunea a fost și este invariabil examinată - de regulă numai în cadrul unor lucrări mai ample (cursuri, monografii, tratate) - în contextul nulității actelor juridice sau, mai exact, în contextul acelor cauze care înlătură sau cel puțin limitează efectele nulității unui act juridic civil, respectiv, efectele regulii “quod nullum est nullum producit effectum”. În orice caz, conversiunea actului juridic nu pare a fi un subiect asupra căruia literatura noastră de specialitate să se fi aplecat cu prea multă insistență, situație explicabilă, printre altele, și prin aceea că practica judiciară în materie nu este prea bogată.

În esență, s-a spus despre conversiune că ea constă fie în “înlocuirea actului nul cu un act valabil” fie în “considerarea manifestării de voință ca producătoare a efectelor unui anumit act juridic, chiar dacă nu este valabilă ca alt act juridic”, fie în “principiul potrivit căruia manifestarea unei voințe în cadrul unui act juridic nul poate valora, independent de soarta acelui act, ca alt act juridic”. Totodată, pentru a ilustra, mai pe înțeles, în ce anume constă conversiunea, s-a apreciat, cu titlu de

exemplu, că: „un contract de donație a unui autoturism, cu sarcina întreținerii pe viață a donatorului, nul ca donație pentru vicii de formă, ar putea fi convertit într-un contract de vânzare-cumpărare cu clauză de întreținere²; un contract de constituire cu titlu oneros a unui drept viager de uzufruct asupra unei case de locuit ar putea fi convertit într-un contract de închiriere; un contract de vânzare cumpărare a unui teren, nul pentru lipsa formei autentice cerute imperativ de lege, poate fi valabil ca simplă promisiune sinalagmatică de vânzare-cumpărare (antecontract) etc.”³

Și în doctrina franceză⁴ conversiunea este abordată, cu prioritate, în contextul nulității actului juridic, fiind, de regulă, denumită și conversiune prin reducere (reducere)⁵. Datorită funcției ei salvatoare, un act juridic nul – sugestiv denumit, uneori, **actul major** -, dar care îndeplinește cerințele de validitate prevăzute pentru un alt act juridic, producând un rezultat asemănător și conform intenției părților – denumit, la rândul lui, **actul minor**⁶ -, este, în această măsură, valid. Așadar, în cele din urmă, rostul conversiunii, asemenea celui al nulității parțiale, este acela de a salva ceea ce poate fi salvat dintr-un act juridic nul. De aceea, s-a și spus că, în cadrul teoriei nulităților, noțiunea de conversiune, „este pe plan calitativ ceea ce noțiunea de nulitate parțială este pe plan cantitativ.”⁷

Din cele arătate se poate reține așadar că, în esență, acest „procedeu juridic”, denumit conversiune, implică întotdeauna două acte juridice, dintre care unul nul sau anulabil și, în consecință, lipsit de efecte - actul major - și un altul, în care se transformă (convertește) cel dintâi - actul minor⁸ -, valabil și producător de efecte. Prin urmare, ideea de transformare a actului juridic nul într-un alt act, care nu exista anterior, pare să fie, cel puțin la prima vedere, substanța conversiunii, așa cum, de altfel, sugerează și denumirea sa.

Practic însă, așa cum vom încerca să arătăm, în cele ce urmează, conversiunea nu înseamnă o transformare propriu-zisă a actului juridic nul într-un alt act juridic⁹, ci, mai degrabă o „exfoliere” a actului juridic nul, de natură să permită emergența unui alt act juridic, „ascuns” de acela care este declarat nul. Este vorba despre un act ascuns – deci nu despre un act secret ca în cazul simulației - deoarece, anterior declarării nulității, efectele specifice acestuia nu era nici necesar nici posibil să se producă, întrucât erau absorbite de efectele mai energice ale actului juridic declarat nul ulterior¹⁰. Așa fiind, ceea ce ne propunem este tocmai evidențierea acestui proces de „exfoliere” a actului nul, folosind ca exemple cazurile de conversiune reținute de doctrina și jurisprudența noastră, insistând, îndeosebi, asupra motivelor care îl justifică și a condiționărilor sale¹¹.

2. Un alt posibil înțeles. În doctrina franceză, conversiunii i se atribuie, uneori, și un înțeles mai amplu, ea fiind considerată ca „o tehnică juridică” care semnifică și permite trecerea (transformarea) unei situații juridice într-o altă situație juridică sau a unui act juridic în alt act juridic, ca de exemplu: transformarea separației de corp în divorț; transformarea contractului denumit *métayage*¹² într-un alt contract

denumit *fermage*¹³; transformarea uzufructului soțului supraviețuitor în rentă viageră (art. 759 și urm. C. civ. fr.) sau în capital (art. 761 C. civ. fr.); transformarea unei cambii incomplete în bilet la ordin¹⁴. Este vorba, în aceste cazuri și în altele asemănătoare, despre: schimbări operate în continuitatea sau durata unei situații originare; trecerea de la o stare de drept la alta; mutații care mijlocesc menținerea unei oarecare echivalențe sau permit substituirea unei modalități cu alta cât privește executarea drepturilor și obligațiilor sau chiar trecerea de la o instituție la alta¹⁵.

Care ar fi însă utilitatea practică sau teoretică a acceptării acestui înțeles larg al conversiunii? După părerea noastră, eventual, una de ordin terminologic, întrucât ar îngădui folosirea cuvântului conversiune pentru a desemna, poate uneori mai adecvat, diverse mutații care intervin în raporturile, actele sau situațiile juridice. Așa, spre pildă, art. 1858 C. civ. reglementează ceea ce, impropriu, se cheamă doctrinar „intervertirea posesiei”, sintagmă prin care se evocă în realitate nu transformarea (intervertirea) posesiei ci transformarea precarității (detenției) în posesie utilă¹⁶, aptă să ducă la dobândirea dreptului de proprietate prin uzucapiune. Este vorba așadar de o transformare calitativă a unei situații juridice care are mai degrabă semnificația unei convertiri decât aceea a unei intervertiri, acest din urmă cuvânt având doar semnificația schimbării (răsturnării) unei anumite ordini dintr-o serie dată de elemente, fără modificări de natură calitativă. Apoi, potrivit art. 1437 C. civ. „După expirarea termenului stipulat prin contractul de locațiune, dacă locatarul rămâne și este lăsat în posesie, atunci se consideră locațiunea ca reînnoită, efectele ei însă se regulează după dispozițiile articolului relativ la locațiunea fără termen.” Practic, această tacită relocațiune nu este altceva decât o conversiune, în înțeles larg, a locațiunii pe durată determinată, cu termen, într-o locațiune pe durată nedeterminată, fără termen. Este vorba așadar despre o transformare prin lege a unui anumit act juridic convenit expres de către părți și devenit ineficace ca urmare a împlinirii termenului, într-un alt act juridic acceptat tacit de către acestea. Șirul exemplelor ar putea continua¹⁷. Dar, această înșiruire nu ar face altceva decât să susțină construcția unei forme comune, conversiunea, pentru un fond nedefinit. Ca atare, domeniul în care conversiunii i s-a circumscris doctrinar o comunitate de condiționări și în care efectele specifice ei au o cauză comună, trebuie să rămână acela al nulității actului juridic¹⁸.

3. Starea legislativă. *Actualul Cod civil* nu conține nicio dispoziție expresă consacrată conversiunii, fie că avem în vedere înțelesul ei larg sau acela mai restrâns, care privește doar actele juridice nule și de care înțelegem să ne ocupăm în continuare. Ca atare, în dreptul nostru, inclusiv sub aspect terminologic¹⁹, conversiunea este, deocamdată, o creație doctrinară inspirată, pe de o parte, de legislația²⁰ și doctrina străină, pe de altă parte, susținută de unele texte ale Codului nostru civil (art. 978, art. 1172 și art. 923), precum și de o seamă de soluții ale practicii judiciare.

Noul Cod civil cuprinde două articole consacrate conversiunii. Este vorba despre art. 1260 și 1050. Primul dintre ele, reglementează cu valoare de principiu conversiunea contractului nul, dispunând că „(1) Un contract lovit de nulitate absolută va produce totuși efectele actului juridic pentru care sunt îndeplinite condițiile de fond și de formă prevăzute de lege. (2) Cu toate acestea, dispozițiile alin. (1) nu se aplică dacă intenția de a exclude aplicarea conversiunii este stipulată în contractul lovit de nulitate sau reiese, în chip neîndoielnic, din scopurile urmărite de părți la data încheierii contractului.” Cel de al doilea reglementează conversiunea formei testamentare dispunând că „Un testament nul din cauza unui viciu de formă produce efecte dacă îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru altă formă testamentară.”

Cele două prevederi nu vor înlătura însă utilitatea oricărei discuții teoretice pe marginea unei chestiuni care, chiar reglementată fiind, riscă să rămână înconjurată de o aură de ambiguitate, mai cu seamă că amintitele reglementări nu fac decât să transpună în texte de lege ceea ce - și atâta cât -, de principiu, este deja consacrat doctrinar și jurisprudențial sub imperiul actualului Cod civil.

4. Art. 978 C. civ. Acesta prevede că atunci când „o clauză este primitoare de două înțelesuri, ea se interpretează în sensul în care poate avea un efect, iar nu în acela ce n-ar putea produce nici unul.”²¹ Deși se subînțelege că textul se referă la interpretarea contractelor (actelor juridice) valabil încheiate, el lasă însă să se întrevadă intenția legiuitorului de a acorda preferință, în general, interpretărilor și soluțiilor judiciare care duc la menținerea actelor juridice și nu la desființarea lor.

Transpusă pe planul interpretării unui act juridic nevalabil, această dispoziție legală îngăduie concluzia că voinței juridice, valabil exprimate la încheierea unui act nul sau anulabil, trebuie să i se rețină acele efecte pe care ea le poate produce. Sau, altfel spus, voința valabil exprimată la încheierea unui act juridic este o realitate de care se poate ține seama și atunci când, din diverse motive, actul juridic nu este valabil²². Este o soluție rațională dar cu caracter de principiu, care susține numai rezultatul conversiunii, acela de a salva anumite efecte viabile ale actului juridic nul. Însă, actul juridic, fie el valabil, fie el ineficace, este o unitate în diversitate, ceea ce face ca o soluție unitară - în speță conversiunea -, cu consecințe și repere identice să poată avea motivații diferite. Care sunt însă acestea? Vom încerca să învederăm câteva dintre ele făcând apel la cazurile de conversiune reținute de doctrina noastră.

II Feluri și cazuri de conversiune

5. Conversiunea formală. Art. 1772 C. civ. Acesta prevede că „Actul care nu poate fi autentic din cauza necompetenței sau necapacității funcționarului, sau din lipsă de forme, este valabil ca scriptură sub semnătură privată dacă s-a iscălit de părțile contractante.” Textul art. 1772 consacră, practic, un caz particular de conversiune, a cărui aplicare se limitează la înscrisurile constatatoare (instrumentum)

ale diferitelor acte juridice (negotium) consensuale sau reale. Este vorba, în speță, doar despre o conversiune a actului, în înțelesul acestuia de înscris²³ - **conversiune formală** - și nu despre o conversiune a actului juridic însuși - **conversiune substanțială** -, distincție pe care o vom urma în continuare, cu precizarea că ceea ce am numit conversiune formală excede prevederile art. 1172, întrucât ea poate să privească atât forma *ad probationem* cât și forma *ad validitatem*.

5.1. Conversiunea formei *ad probationem*. O astfel de conversiune, rezultat al aplicării art. 1172 C. civ., găsește aplicare, spre pildă, atunci când părțile încheie în formă autentică, *ad probationem*, un act care, potrivit legii, este consensual, iar înscrisul autentic întocmit cu această ocazie este nul, din motive sau cauze ce țin de procedura autentificării ori competența agentului instrumentator. Rațiunea ei pare vădită și constă în aceea că, pe de o parte, în speță, actul juridic, fiind consensual, este valabil, pe de altă parte, înscrisul constatator este la rândul lui valabil, întrucât există atât suportul său material (înscrisul) în care se consemnează voința părților cât și semnătura acestora, care este unica cerință legală și generală de valabilitate a înscrisurilor sub semnătură privată.

O observație credem că se impune însă față de cele arătate, anume că, în realitate, nu avem de a face cu o transformare a înscrisului autentic – actul major - în înscris sub semnătură privată – actul minor -, fiindcă acesta din urmă exista, însă era „ascuns” de cel dintâi. Existența sa nu a fost însă necesar de a fi evidențiată, întrucât nu a prezentat utilitate, atâta vreme cât înscrisul autentic nu a fost declarat nul. Ca atare, practic, înlăturarea prin nulitate a celui dintâi a fost aceea care a scos la iveală pe cel de al doilea, sau, altfel spus, deși pare paradoxal, conversiunea apare ca un efect al nulității.

5.2. Conversiunea formei *ad validitatem*. Textul art. 1172 C.civ. privește, cu precădere, forma *ad probationem* și, ca atare, aplicarea lui nu pare să prezinte utilitate în situația actelor solemne, afară de cazul în care forma cerută de lege pentru valabilitatea actului este aceea a înscrisului sub semnătură privată, dar părțile îl încheie printr-un înscris autentic nul și de cazul în care legea admite, alternativ, fie forma înscrisului autentic fie aceea a înscrisului sub semnătură privată²⁴. Aplicarea lui a fost însă, uneori, extinsă cât privește testamentul, care, din punct de vedere al formei, „poate fi sau olograf, sau făcut prin act autentic, sau în formă mistică.” (art. 858 C. civ.).

Pentru ultimele două forme testamentare, doctrinar s-a admis, de regulă, că „testamentul autentic sau mistic, nul ca atare pentru vicii de formă, are valoare de testament olograf valabil dacă este scris în întregime datat și semnat de către testator” și, ca atare, s-a apreciat că suntem în prezența unui „caz de aplicare a principiului conversiunii actului juridic la formele testamentare.”²⁵ În același sens, practica judecătorească, a apreciat că o dispoziție testamentară cuprinsă într-un

înscris autenticat de către un agent instrumentator care nu avea în competență autentificarea testamentelor, poate avea valoare de testament olograf, dacă întrunește condițiile de formă prevăzute de lege²⁶.

Noul Cod civil consacră legislativ aceste soluții doctrinare și jurisprudențiale, întrucât la art. 1050, intitulat „Conversiunea formei testamentare”, dispune că „Un testament nul din cauza unui viciu de formă produce efecte dacă îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru altă formă testamentară.” Or, cum noul cod nu mai reglementează forma testamentului mistic, înseamnă că o problema conversiunii formei testamentare privește doar testamentul autentic și cel sub semnătură privată.

În sfârșit, o altă aplicație a conversiunii în materia formei testamentare poate fi semnalată în cazul „testamentului internațional”. Astfel potrivit, art. 1.2. din Legea uniformă asupra formei testamentului internațional, testamentul internațional nul datorită nerespectării unor cerințe specifice lui, poate fi valabil ca altă formă de testament, dacă întrunește cerințele impuse de lege pentru acesta.²⁷

După cum se poate observa, în cazul testamentului, ceea ce se convertește este doar forma acestuia, deci nu actul juridic însuși, deoarece testamentul nu se transformă într-un alt act juridic. Pe de altă parte, mai trebuie observat că formele testamentare au deopotrivă aceeași eficiență, deci sunt echivalente (echipolente). Așa fiind, ne putem întreba dacă, în speță, este vorba despre o conversiune sau despre o consecință a ceea ce se cheamă principiul echivalenței (echipolenței) formei²⁸? După părerea noastră, cele două noțiuni nu se exclud ci dimpotrivă se presupun, aceasta deoarece, în speță, este vorba de o conversiune care se motivează prin echivalența formelor și se realizează prin reducere (reducțiune), fiindcă, folosind o exprimare mai puțin riguroasă, am putea spune că, din punct de vedere al formei, testamentul autentic este „mai mult” decât cel olograf, așa cum, de altfel, înscrisul autentic este „mai mult” decât cel sub semnătură privată. De fapt, și cazul de conversiune formală prevăzut de actualul Cod civil, în art. 1172, este, în cele din urmă, tot o aplicare a aceluiași principiu. Aceasta deoarece, potrivit art. 1174 și 1176 C. civ., înscrisul autentic și cel sub semnătură privată au aceeași putere doveditoare în privința drepturilor și obligațiilor părților, iar potrivit art. 1191 C. civ. dovada actelor juridice care au un obiect cu o valoare mai mare de 250 lei se poate face „sau prin act autentic sau prin act sub semnătură privată”, ceea ce înseamnă că, din punct de vedere al utilității lor, cele două feluri de înscrisuri sunt, practic, echivalente.

În pofida acestei similitudini, așa cum am anticipat, conversiunea formei testamentare nu poate fi privită ca o simplă aplicație a art. 1172 C. civ., îndeosebi din două motive. În primul rând, art. 1172 privește, prioritar, forma ad probationem, în vreme ce în cazul testamentului este avută în vedere forma *ad validitatem*. În al doilea rând, conversiunea formei *ad probationem* operează și în cazul în care înscrisul autentic a fost redactat de agentul instrumentator și doar semnat de către părți, în vreme ce conversiunea formei testamentare operează doar atunci când înscrisul testamentar a fost redactat (scris) de mâna autorului, datat și semnat de acesta și autentificat de către agentul instrumentator, ceea ce, în esență, se întâmplă și în cazul testamentului mistic.

În sfârșit, se mai poate observa că în cazul formelor testamentare nulitatea privește doar încheierea de autentificare sau, după caz, actul de suprascriere. Ca atare, cel puțin în acest caz, conversiunea se apropie substanțial de nulitatea parțială. Ceea ce le deosebește însă este faptul că în situația în care intervine conversiunea actul (înscrisul) sau, după caz, actul juridic este supus unor mutații calitative, în vreme ce în situația unei nulități parțiale actul juridic este doar „amputat”, el rămânând, în esență, același²⁹.

6. Conversiunea actului juridic (substanțială).

6.1. Promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare. O concludentă aplicație a conversiunii s-a făcut, jurisprudențial și doctrinar, în materia contractului de vânzare-cumpărare privitor la terenuri. Abstracție făcând de evoluția legislației în acest domeniu³⁰, reținem doar faptul că prin excepție de la regula consensualismului, atât înainte de 1989 cât și după aceea, vânzarea terenurilor sau numai a anumitor categorii de terenuri a devenit un act solemn, deoarece s-a putut și se poate face valabil doar prin contracte încheiate în formă autentică. Fiind vorba despre o cerință de formă instituită pentru însăși valabilitatea actului de înstrăinare, sancțiunea care se impune, cu toate consecințele sale, este aceea a nulității absolute. Ca atare, un astfel de contract de vânzare-cumpărare, încheiat printr-un înscris sub semnătură privată, urmează să fie lipsit de orice efecte, iar, în măsura executării lui, părțile urmează să fie repuse în starea anterioară.

Contrar acestei soluții - am putea spune - tradiționale, practica judecătorească și cea mai mare parte a doctrinei au apreciat că un contract de vânzare-cumpărare încheiat printr-un înscris sub semnătură privată, nul pentru nerespectarea cerinței formei autentice, are valoare de antecontract sinalagmatic de vânzare-cumpărare. Altfel spus, din contractul de vânzare - actul major -, nul din lipsa formei cerute de lege, poate rezulta o promisiune valabilă de vânzare - actul minor-, desigur, în măsura în care admitem că promisiunea sinalagmatică de vânzare, spre deosebire de vânzare, nu presupune forma autentică pentru valabilitatea sa³¹. Este, sub aspect teoretic, un model de conversiune substanțială³² și, sub aspect practic, o soluție, în egală măsură, rațională și utilă. Cum poate fi însă ea explicată și justificată? Cel mai simplu ar fi să facem apel la voința prezumată a părților. Dar, voința prezumată a părților poate să apară ca un fundament al acestei conversiuni, fără a oferi vreo explicație cu privire la suportul ei „tehnic”. Or, tocmai acest aspect este acela care interesează. Nu mai putem reține de această dată, ca în cazul conversiunii formale ideea de echivalență, căci promisiunea de vânzare este, în mod vădit, „mai puțin” decât vânzarea. Putem însă face apel, după părerea noastră, la teoria formării progresive a contractului. Aceasta deoarece, așa cum convingător s-a argumentat, promisiunea sinalagmatică de contractare „se constituie într-o ipoteză de *formare progresivă atât a obiectului contactului final*, cât și a *consimțământului* la acesta, întrucât însăși fixarea în promisiune a conținutului vânzării presupune emiterea

consimțământului părților în acest sens”.³³ Așa fiind, promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare apare, în acest proces de formare progresivă a contractului, ca fiind o ultimă etapă înaintea formării contractului propriu-zis. Pentru a fi valabilă, promisiunea de vânzare implică acordul de voințe al părților asupra lucrului vândut și a prețului, elementele esențiale ale oricărei vânzări. Ca atare, atunci când vânzarea este solemnă, ceea ce lipsește, de regulă³⁴, promisiunii pentru fi vânzare desăvârșită, este tocmai forma prin care se realizează solemnitatea. Or, dacă ceea ce determină nulitatea vânzării este lipsa formei, iar forma privește doar vânzarea, nu și ceea ce precede și pregătește vânzarea, pare firesc ca efectele nulității să se limiteze la vânzare, împiedicând sau desființând doar consecințele specifice acesteia, ca de exemplu transferul proprietății.

Exemplul promisiunii de vânzare ilustrează semnificativ, după părerea noastră, faptul că este, în bună măsură, impropriu ca în situația conversiunii să vorbim despre transformarea unui act juridic nul într-un act juridic valabil. Conversiunea poate fi privită ca o transformare doar prin rezultatul ei. La acest rezultat se ajunge însă, întotdeauna, la fel ca în exemplul nostru, adică, pe de o parte, prin constatarea nulității unui act juridic și, pe de altă parte, prin scoaterea la iveală a ceea ce înainte de constatarea nulității acestuia era ascuns sub „veșmintele” sale, fie că este vorba de o promisiune de contract, ca în cazul nostru, fie că este vorba despre mai puțin de atât. Aceasta deoarece, urmând aceeași linie de gândire, doctrinar, s-a evidențiat, spre pildă, posibilitatea ca unele contracte „definitive” să fie **descalificate** în acorduri de negociere pentru lipsa unui element esențial, iar paradigma unor astfel de acorduri este tocmai „promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare” în care prețul nu este fixat sau în care se specifică doar că se vând bunuri de un anumit tip (de exemplu „automobile”) fără a se arăta marca și câte anume³⁵. La prima vedere, de această dată pare să fie vorba despre un alt procedeu decât conversiunea, și anume despre descalificare. În realitate însă ambele noțiuni par să acopere aceeași realitate, întrucât în finalul expunerii, autorul citat concluzionează în sensul că „nu orice contract nul pentru lipsa unui element esențial este susceptibil de a fi convertit (s.n.) într-o convenție de negociere, ci numai acela în care *intenția comună a părților* permite o atare construcție”³⁶.

6.2. Un caz aparent de conversiune - art. 923 C. civ. Potrivit art. 923 C. civ. „Orice înstrăinare a obiectului legatului, făcută cu orice mod sau condiție, revocă legatul pentru tot ce s-a înstrăinat, chiar când înstrăinarea va fi nulă, sau când obiectul legat va fi reintrat în starea testatorului.” O bună parte a literaturii noastre apreciază că această prevedere instituie un caz legal de conversiune, întrucât actul juridic de înstrăinare, care este un contract, lipsit de eficacitate datorită nulității, se preschimbă într-un act juridic unilateral de revocare a legatului cu titlu particular. Întrucât nulitatea și, asemenea ei, conversiunea nu mai afectează doar forma actului juridic ci actul juridic însuși, s-a apreciat că suntem în prezența

unei conversiuni substanțiale. Mai mult, pentru identitate de rațiune, aceeași autori consideră ca soluția promovată de legiuitor cât privește revocarea legatelor se poate aplica și în cazul acceptării succesiunii, în sensul că înstrăinarea unui bun succesoral are valoare de acceptare tacită a succesiunii (art. 689 și 691 C. civ) chiar și atunci când actul de înstrăinare este nul³⁷.

O altă parte a literaturii, mai circumspectă, evită să menționeze aceste două situații printre cazurile de conversiune, preferând să vorbească despre efecte legale ale manifestării de voință valabil exprimate cu ocazia încheierii actului juridic nul³⁸, unii autori considerând, chiar, că aceste efecte se produc doar atunci când actul de înstrăinare este nul pentru nerespectarea formei prevăzute de lege *ad validitatem*.

În sfârșit, alți autori se limitează să aprecieze că în cazul revocării tacite a legatului și, respectiv, a acceptării tacite a succesiunii prin încheierea unor acte de dispoziție sancționate cu nulitate, ceea ce interesează este intenția de a revoca legatul (voința revocatorie) sau, după caz, de a accepta succesiunea³⁹. Fără îndoială că ceea ce interesează este intenția de a revoca legatul sau de a accepta succesiunea, dar, această intenție, exteriorizată și producătoare de efecte juridice, nu poate exista ca și categorie juridică distinctă de actele juridice și faptele juridice. Ca atare ea se materializează într-un act juridic unilateral de revocare a legatului sau, după caz, de acceptare a succesiunii. Or, din punct de vedere al analizei pe care o facem, interesează să stabilim cum și de ce anume această intenție (voință) exprimată într-un act juridic lipsit în totalitate de eficacitate – actul de înstrăinare - este totuși producătoare de efecte juridice, în calitate de act juridic unilateral, fiindcă, în mod normal, așa cum nulitatea unui act juridic are drept consecință nulitatea actelor accesorii și a celor subsecvente, tot astfel, ea ar trebui să aibă drept consecință și nulitatea actelor concomitente, organic legate de actul nul. Ca atare, după o logică elementară, nulitatea înstrăinării ar trebui să aibă ca efect nulitatea revocării legatului și, pe cale de consecință, datorită retroactivității efectelor nulității, reactivarea legatului, cu atât mai mult cu cât, în urma constatării nulității actului de înstrăinare, bunul înstrăinat rămâne sau, dacă este cazul, revine în patrimoniul înstrăinătorului, ceea ce face ca executarea legatului să fie posibilă.

Cum se justifică și se explică această soluție de excepție promovată de art. 923 C. civ. în privința revocării legatului și extinsă, pentru identitate de rațiune, la acceptarea succesiunii? Desigur că cea mai simplă justificare ar fi invocarea faptului că așa prevede legea, ceea ce este adevărat doar în cazul revocării legatului, nu și în acela al acceptării tacite a succesiunii. Dar și în cazul revocării legatului, pe de o parte, rezolvarea ar fi fost aceeași și în lipsa unei dispoziții legale, pe de altă parte, legea permite această soluție însă nu o impune, întrucât validarea voinței revocatorii nu se face de drept ci presupune, dacă există neînțelegere, intervenția instanței, care va dispune nulitatea actului de înstrăinare și va **constata** existența valabilă a actului revocatoriu de la data încheierii actului de înstrăinare, cât și faptul că efectele acestuia s-au produs tot de la această dată. Prin urmare, actul de

revocare a legatului nu ia ființă din momentul declarării nulității actului de înstrăinare și nici efectele sale nu se produc doar din acest moment. Așa fiind, obiecția majoră care se poate aduce celor ce susțin că în cazurile examinate am fi în prezența unei conversiuni este aceea că actul considerat minor - în speță, revocarea legatului ori acceptarea succesiunii – ar trebui să producă efecte doar atunci când și din momentul în care se constată nulitatea actului major, în speță, nulitatea înstrăinării. Or, în situația revocării legatului și a acceptării succesiunii ca urmare a înstrăinării bunului, efectele acestora se produc și sunt aceleași, de la momentul încheierii actului de înstrăinare, atât atunci când acesta este valabil cât și atunci când acesta este nul.

Examinând mai atent cele două presupuse cazuri de conversiune, putem observa o trăsătură comună a lor și anume bivalența voinței exprimate cu ocazia încheierii actului de înstrăinare. Aceasta conduce la formarea concomitentă a două acte juridice - actul de înstrăinare și actul revocatoriu sau, după caz, actul de acceptare a succesiunii - care produc efecte diferite, din același moment sau din momente diferite. Astfel, spre pildă, dacă se face o vânzare simplă a bunului ce formează obiectul legatului, efectul revocatoriu și cel translativ de proprietate se produc deodată, în momentul încheierii vânzării. În schimb, dacă vânzarea este afectată de o condiție suspensivă efectul revocatoriu se produce tot de la data încheierii vânzării în vreme ce efectele vânzării se produc la data realizării condiției. Este vorba așadar despre două acte conexe, care au ca sursă aceeași manifestare de voință și se formează concomitent, fără ca însă vreunul dintre ele să fie accesoriul celuilalt, astfel încât să-și găsească aplicare regula *accessorium sequitur principale*. Așa fiind, se explică de ce ineficacitatea înstrăinării, ca urmare a nulității, rezoluțiunii, etc. nu se răsfrânge și asupra revocării⁴⁰. Nu este însă exclus ca cele două acte să aibă o cauză de nulitate comună ca, de exemplu, incapacitatea înstrăinătorului ori lipsa de discernământ a acestuia, caz în care ambele vor fi lipsite de eficacitate. În consecință, supraviețuirea actului revocatoriu nu credem că trebuie privită cu resemnare ca un efect al aplicării unei prevederi legale, deoarece rezultatul ar fi fi același și în lipsa acestei prevederi, la fel cum nu trebuie pusă pe seama conversiunii fiindcă, în speță, cel puțin din motivul arătat, nu are loc o conversiune.

III Repere și condiționări

În situația conversiunii formale lucrurile par să fie suficient de clare, atâta vreme cât în cazul formei *ad probationem* avem de a face doar cu convertirea înscrisului autentic în înscris sub semnătură privată, iar în cazul formei *ad validitatem* conversiunea nu operează decât în cazul formelor echivalente. În cazul conversiunii substanțiale însă, stabilirea unor repere și condiționări, precum și evidențierea câtorva delimitări, par a fi necesare.

7. Felul nulității

7.1. Nulitate absolută sau/și nulitate relativă? Știut fiind că nulitatea produce aceleași efecte, indiferent dacă ea este absolută sau relativă, s-ar părea că putem vorbi despre conversiune în cazul ambelor feluri de nulitate.

Așa cum am arătat însă, *actul minor* își are sorginea în *actul major*, elementul lor comun fiind, în cele din urmă, voința valabil exprimată a părților sau a autorului actului juridic major. Ca atare, problema conversiunii nu se poate pune atunci când manifestarea de voință nu este valabilă, întrucât provine de la o persoană necapabilă ori lipsită de discernământ, sau este rezultatul unor vicii de consimțământ⁴¹. Or, fără a fi singurele, împrejurările enumerate sunt printre principalele cauze de nulitate relativă. Este ceea ce, probabil, explică fermitatea cu care autorii Noului Cod civil au tranșat reglementarea conversiunii, stabilind expres, la art. 1260, că numai un act sancționat cu nulitate absolută este susceptibil de conversiune.

Soluția adoptată de noul Cod civil pare a fi totuși excesivă. Aceasta deoarece există destule cazuri de nulitate relativă în care voința exprimată la încheierea actului juridic este valabilă, dar prin încheierea actului se înfrânge o dispoziție legală care ocrotește un interes particular și, ca atare, actul este sancționat cu nulitate relativă. Desigur că, în cazul nulității relative, recursul la conversiune devine uneori inutil, ca de exemplu atunci când actul de înstrăinare este confirmat, ori termenul de prescripție al acțiunii în anulare se împlinește. Însă, atunci când actul este desființat ca urmare a pronunțării nulității lui relative, pentru alte cauze decât acelea care țin de capacitatea ori de consimțământul părților, nimic nu pare să se opună în calea realizării efectelor specifice conversiunii, respectiv, degajarea și punerea în valoare a actului minor⁴². În acest sens, spre pildă, atât în doctrina noastră mai veche⁴³ cât și într-o lucrare mai recentă⁴⁴ s-a sugerat că în cazul în care, în pofida prevederilor art. 35 C. fam., unul dintre soți înstrăinează sau grevează, fără consimțământul celuilalt soț un imobil bun comun, această înstrăinare, deși sancționată de nulitate relativă, ar putea constitui o convenție prin care s-ar înfăptui o promisiune de vânzare, ce ar cuprinde obligația soțului respectiv, de a obține consimțământul celuilalt soț, desăvârșind astfel vânzarea prin întrunirea consimțământului ambilor soți.

Pe de altă parte, cerința nulității absolute, prevăzută de art.1260 (1) din noul Cod civil pare să nu fie în deplin acord cu prevederea din art. 1252, care instituie o prezumție de nulitate relativă, dispunând că „În cazurile în care natura nulității nu este determinată ori nu reiese în chip neîndoielnic din lege, contractul este lovit de nulitate relativă.” Or, nu este exclus ca, în virtutea acestei prevederi, care se aplică la alte cazuri de nulitate decât acelea care privesc voința părților și care sunt reglementate expres (viciile de consimțământ, lipsa discernământului ș.a.), nulitatea actului să fie relativă, dar condițiile conversiunii să fie întrunite, întrucât părțile au exprimat o voință valabilă.

7.2. Nulitate totală sau/și nulitate parțială? Cât privește aceste două feluri de nulități, în literatura juridică, atât română cât și străină, există un deplin consens asupra faptului că problema conversiunii se poate ridica doar în cazul actelor sancționate cu nulitate totală. Aceasta deoarece, în cazul nulității parțiale, actul juridic este valabil și eficace, lui fiindu-i amputate doar acele clauze care sunt contrare legii. Or, câtă vreme acest act este valabil și eficient, ne apare ca inutil să se pună problema conversiunii lui.

7.3. Nulitate expresă sau/și nulitate virtuală? Întrucât efectul nulității este același, fără a deosebi după cum este vorba despre nulitate expresă ori despre nulitate virtuală, înseamnă că – sub rezerva aplicării art. 1252 din noul Cod civil – problema conversiunii actului se poate ridica în cazul ambelor feluri de nulități.

8. Conversiunea și calificarea⁴⁵. Conversiunea nu intervine în situația în care părțile dau actului juridic o denumire greșită, care nu corespunde conținutului său și voinței lor reale. În acest caz nu este vorba despre o conversiune ci despre o problemă de interpretare a voinței părților și de calificare a actului juridic potrivit acesteia. Practic, în situația calificării, care nu este condiționată în vreun fel de nulitate, se schimbă doar denumirea actului, întrucât actul juridic care produce efecte este acela pe care părțile l-au voit. Or, în cazul conversiunii actul voit de părți este înlăturat prin constatarea nulității lui și, concomitent cu aceasta, începe să producă efecte un alt act juridic, acceptat implicit de către părți.

9. Caracterul judiciar al conversiunii. Conversiunea actului nul, asemenea nulității însăși, are un caracter judiciar. Aceasta deoarece instanța este aceea care, pe de o parte, dispune nulitatea actului major și, pe de altă parte, constatând că, în speță, sunt întrunite cerințele de valabilitate ale unui alt act juridic - actul minor - dispune eficientizarea acestuia⁴⁶. De aici rezultă, cel puțin, următoarele consecințe.

În primul rând, se subînțelege că actul rezultat din conversiune este și trebuie să fie diferit de acela care este sancționat cu nulitate, diferență care se poate manifesta cât privește forma, efectele, drepturile și obligațiile părților, etc. dar nu cât privește părțile însăși. Desigur însă că în ipoteza în care prin conversiune contractul se transformă în act unilateral, cerința identității privește doar una dintre părți. Este ceea ce, de altfel, s-a subliniat doctrinar pentru ipoteza convertirii aparente a actului de înstrăinare nul în act de revocare a legatului⁴⁷.

În al doilea rând, pentru a fi în prezența conversiunii este necesar ca actul major să fie integral⁴⁸ și efectiv desființat prin constatarea nulității de către instanța de judecată, ceea ce distanțează conversiunea de confirmarea, refacerea și regularizarea actului nul, operațiuni care nici nu implică intervenția instanței, nici nu sunt menite să dea naștere unui act juridic diferit de acela care este sancționat cu nulitate.

În al treilea rând, pe de o parte, noul act se „construiește” din elementele structurale și esențiale ale actului nul, ceea ce restrânge considerabil posibilitatea conversiunii, căci este greu de imaginat în ce anume se va converti un act juridic declarat nul pe motiv că are o cauză ilicită, un obiect ilicit, este rodul unui consimțământ viciat ori provine de la o persoană necapabilă, afară de cazul în care capacitatea cerută pentru valabilitatea actului major este diferită de aceea cerută pentru valabilitatea actului minor. Or, dacă este așa, înseamnă că domeniul în care conversiunea găsește, în principal, aplicare este acela al nulității determinate de nerespectarea formei ori a formalităților actului juridic, sau a unor cerințe speciale privitoare la validitatea acestuia.

În al patrulea rând, actul rezultat din conversiune, actul minor, devine activ (eficient), doar de la momentul în care instanța s-a pronunțat asupra existenței lui. Așa, de exemplu, contractul de vânzare-cumpărare nul pentru lipsa formei prevăzute de lege, devine promisiune bilaterală de vânzare-cumpărare doar din momentul în care instanța constată nulitatea contractului și conferă voinței valabil exprimate a părților valoare de promisiune, la fel cum înscrisul autentic nul devine înscris sub semnătură privată numai din momentul în care instanța constată nulitatea celui dintâi și îl reține, ca atare, pe cel de al doilea. Ca urmare, nu suntem în prezența unei conversiuni în situația în care actul pretins a fi minor produce efecte atât atunci când actul considerat a fi major este valabil cât și atunci când acesta este declarat nul, ca în cazul revocării tacite a legatului prin înstrăinarea bunului. Tot astfel, nu este vorba despre o conversiune atunci când la încheierea unui act juridic părțile convin că, în ipoteza în care acesta va deveni ineficace, se vor produce efectele unui alt act, voit de către părți în subsidiar.

În sfârșit, este subînțeles că pentru a se dispune conversiunea trebuie să se rețină existența unui interes al părților, sau, în alte cuvinte, trebuie ca actul minor să aibă o utilitate practică proprie. Altfel, conversiunea ar rămâne un simplu exercițiu de logică, o ipoteză de școală. Așa, spre pildă: conversiunea contractului de vânzare-cumpărare nul în promisiune sinalagmatică prezintă utilitate din perspectiva posibilității părților de a solicita instanței pronunțarea unei hotărâri judecătorești care să țină loc de contract, atunci când una dintre ele refuză încheierea acestuia⁴⁹; conversiunea înscrisului autentic nul în înscris sub semnătură privată dă posibilitatea realizării probațiunii conform exigențelor art. 1191, al. 1, C. civ., etc. Altfel spus, conversiunea se justifică doar atunci când actul minor rezultat în urma ei este în măsură să permită realizarea scopului (scopurilor) urmărit de părți la încheierea actului major.

10. Voința părților. Cu toate că eficientizarea actului minor este, așa cum am arătat, opera instanței, aceasta nu poate dispune împotriva voinței părților. Ca atare, conversiunea nu va opera dacă din manifestarea de voință a părților (sau a uneia dintre ele), exprimată în scopul încheierii actului juridic, rezultă expres sau

implicit că acestea sunt potrivnice unei eventuale conversiuni a actului. Practic, în lipsa unei opoziții exprese ori a unei opoziții implicite dar neîndoielnice, acceptul părților la conversiune trebuie prezumat, desigur cu valoare de prezumție relativă. Este ceea ce, de altfel, rezultă implicit și din art. 1260 (2) din noul Cod civil, care prevede că nu va opera conversiunea dacă intenția de excludere a ei „reiese, în chip neîndoielnic, din scopurile urmărite de părți la data încheierii contractului”. O opoziție la conversiune se va putea manifesta desigur și cu ocazia soluționării acțiunii privind nulitatea actului, cu precizarea că opoziția uneia dintre părți nu va fi suficientă decât în condițiile în care ea va reuși să combată prezumția amintită.

11. Observație concluzivă. În debutul considerațiilor noastre asupra conversiunii am arătat că literatura juridică o califică, după caz, ca fiind un principiu, o regulă sau o excepție. Pe parcursul expunerii ne-am depărtat de aceste calificări, preferând să vorbim despre un „procedeu” sau despre o „tehnică”, așa cum, mai realist, este considerată conversiunea în literatura juridică străină. Totodată, am încercat, prin exemplele examinate, să învederăm faptul că, în cazul conversiunii, nu putem să vorbim despre o transformare propriu-zisă a actului juridic nul. Aceasta deoarece actul juridic nul rămâne în continuare lipsit de eficacitate și în consecință înlăturat, făcându-se loc astfel unui alt act juridic care emerge din cel declarat nul. Ca atare, ceea ce ocazionalizează emergența celui de al doilea act este tocmai nulitatea celui dintâi. Așa fiind, nu pare deloc exagerat dacă spunem că declararea (constatarea) nulității unui act juridic poate, uneori, să aibă drept consecință conversiunea aceluși act. De altfel, această realitate pare să fi ocazionat și poziția mai fermă a autorilor care susțin că „sanctiunea cea mai potrivită cu lipsa unei mențiuni obligatorii destinată să protejeze una dintre părți este cu siguranță conversiunea.”⁵⁰

* **Ionel REGHINI**, conferențiar, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca, ireghini@law.ubbcluj.ro.

¹ Cuvântul conversiune este susceptibil de multiple înțelesuri, atât cu semnificație juridică cât și fără o astfel de semnificație. Pentru enumerarea acestora, a se vedea I. Dogaru (coordonator), *Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice*, Ed. „ALL BECK”, București 2002, p. 277-279.

² Exemplul pare să ridice mai degrabă o problemă de calificare a contractului, în raport de întinderea obligației întreținătorului, decât una de conversiune. Pentru delimitarea contractului de întreținere față de donația cu sarcini, a se vedea D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. „LUMINA LEX”, București, 1997, p. 126.

³ M. Mureșan, *Dicționar de drept civil*, Ed. „Cordial Lex”, Cluj-Napoca, 2009, p. 206.

⁴ Teoria conversiunii a fost, de fapt, elaborată de doctrina germană din secolul XIX și apoi consacrată în art. 140 B.G.B. În acest sens, a se vedea P. Lipinski, *La conversion des actes juridiques*, în *Revue de la recherche juridique*, nr. 3/2002, p. 1169.

- ⁵ A se vedea Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2002, p. 416. Sintagma „conversiune prin reducere” este uneori folosită și în doctrina noastră. În acest sens, a se vedea I. Dogaru, *op. cit. passim*. Pe de altă parte, denumirea „conversiune prin reducere” a fost contestată în literatura franceză, apreciindu-se că este nefericită, întrucât că în cazul conversiunii nu poate fi vorba despre o reducere în sensul veritabil al cuvântului. Mai mult chiar, o seamă de autori au manifestat o ostilitate față de conversiune, considerând-o: fie o tehnică eronată și inutilă, fie o formă de nulitate parțială, fie o simplă operațiune de calificare ori de descalificare a actului juridic (a se vedea, de exemplu, C. Larroumet, *Droit civil, Les obligations. Le contrat*, ECONOMICA, Paris, 2003, p. 587; P. Lipinski, *op. cit.*, p.1170, 1176 și notele 75-79).
- ⁶ Pentru aceste denumiri, a se vedea P. Lipinski, *op. cit.*, *passim*.
- ⁷ Ph. Simler, citat după Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *op. cit.*, p. 416, nota 7.
- ⁸ Am preluat denumirile „act major” și „act minor”, întrucât, pe de o parte, sunt sugestive, și, pe de altă parte, facilitează exprimarea.
- ⁹ De altfel, sesizând această realitate, autorii preferă să vorbească, de regulă, despre o înlocuire a actului și nu despre o transformare a acestuia.
- ¹⁰ Vânzarea desăvârșită, spre pildă, face inutile efectele unei promisiuni de vânzare.
- ¹¹ Nu vom insista asupra detaliilor specifice unei analize a acestor cazuri, deoarece în contextul demersului nostru ele nu prezintă interes.
- ¹² În esență, este vorba despre transformarea unui contract de arendă într-un contract de locațiune.
- ¹³ A se vedea Fr. Terré; Ph. Simler, Yv. Lequette, *op. cit.*, p. 416.
- ¹⁴ A se vedea P. Lipinski, *op. cit.*, p. 1167 și 1170.
- ¹⁵ *Idem*, p. 1167.
- ¹⁶ În Noul Cod civil se înlătură această inadvertență întrucât în art. 920 se reglementează „intervertirea precarității în posesie”.
- ¹⁷ În cele din urmă și efectul prescripției extinctive se materializează într-o conversiune. Așa de exemplu, în cazul în care se prescrie dreptul la acțiunea în realizarea unui drept subiectiv, obligația corespunzătoare acestuia se transformă din obligație perfectă în obligație imperfectă (naturală). De altfel, prescripția extinctivă a și fost calificată, uneori, ca fiind un mod de transformare a obligațiilor.
- ¹⁸ Izolat, cel puțin după știința noastră, în literatura juridică franceză s-a încercat o argumentare a ideii că ar fi posibilă și o conversiune a actelor devenite ineficace ca urmare a caducității ori a rezoluțiunii, cauze de ineficacitate care, spre deosebire de nulitate, survin în etapa executării actului juridic și nu în aceea a formării lui. A se vedea P. Lipinski, *op. cit.*, p. 1176-1182.
- ¹⁹ Cuvântul conversiune nu se regăsește în niciunul din textele actualului Cod civil.
- ²⁰ Este vorba, în special, de Codul civil german și Codul civil italian. Astfel, în art. 140 din Codul civil german se prevede: „Când un act juridic nu îndeplinește condițiile cerute de un alt act juridic, acesta din urmă este valabil dacă se poate considera (admite) că, nulitatea fiind cunoscută, această validitate ar fi fost dorită (acceptată); iar în Codul civil italian, la art. 140, se prevede: „Contractul nu poate produce efectele unui contract diferit, ale cărui condiții de fond și de formă le conține, dacă în considerarea scopului urmărit de părți, se poate aprecia că ele l-au fi voit dacă aveau cunoștința despre nulitate.”

- ²¹ Noul Cod civil conține o dispoziție asemănătoare la art. 1268 (3), unde se prevede că „Clauzele se interpretează în sensul că pot produce efecte, iar nu în acela în care nu ar putea produce niciunul.”
- ²² În literatura noastră de specialitate admisibilitatea conversiunii a mai fost justificată și prin aceea că „Nulitatea este îndreptată împotriva efectelor – și *numai* împotriva efectelor – ce contravin scopului dispoziției legale încălcate. Dacă, așadar, efectele unui act juridic nu s-ar realiza în efecte (ale unui alt act juridic) ce nu ar contrazice scopul nici unei dispoziții legale, nimic nu s-ar opune, ..., ca unor atare efecte să li se recunoască, pe deplin valabilitatea (sau eficacitatea)” (Tr. Ionașcu, E. A. Barasch, *Nulitatea actului juridic civil*, în *Tratat de drept civil. Vol I. Partea generală*, Ed. Academiei, București, 1967, p. 384); sau prin aceea că „manifestarea de voință cuprinsă într-un act juridic câtă a avea - în limitele legii – eficacitatea maximă posibilă pentru realizarea scopului practic urmărit de parte părți.” (D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București 1969, p. 339-340).
- ²³ Doctrinar este răspândită opinia potrivit căreia prin sintagma „act juridic” se desemnează atât înscrisul doveditor al operațiunii juridice (*instrumentum*) cât și operațiunea juridică însăși (*negotium*). După părerea noastră este o opinie care nu găsește un suport suficient în textele Codului civil. Aceasta deoarece atunci când este vorba despre înscrisul doveditor în aceste texte se folosește cuvântul „act” și nu sintagma act juridic, rezervată de legiuitor pentru desemnarea operațiunii juridice. În acest sens pot fi invocate, spre pildă, prevederile art.:1171, 1172, 1174, 1176, 1179, 1180 ș.a. Izolat însă (de ex. în art. 969 C. civ.), legiuitorul a folosit cuvântul „act” pentru a desemna actul juridic și nu înscrisul doveditor.
- ²⁴ Este, de exemplu, cazul contractului prin care se constituie o garanție reală, potrivit art. 14 (2) Titlul VI din Legea nr. 99/1999. Pentru o altă situație de excepție, a se vedea *infra* nota nr. 32.
- ²⁵ M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 246. În același sens, D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și Testamente*, Ed. Rosetti, București, 2003, p.185 și 207, cu precizarea că acest autor face referire expresă doar la testamentul mistic. Această opinie majoritară este contestată de unii autori, care apreciază că nu putem vorbi despre o conversiune veritabilă în următoarele cazuri: cazul testamentului autentic nul ca formă, dar valabil ca testament olograf, sau în cazul unui înscris autentic nul dar valabil ca înscris sub semnătură privată ori înscrisul sub semnătură privată nevalid, dar valabil ca început de dovadă scrisă (a se vedea O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 256).
- ²⁶ Trib. Supr., sec. civ., dec. nr 2259 din 13 decembrie 1977, în C.D./1977, p. 89.
- ²⁷ Pentru detalii cu privire la testamentul internațional și Convenția de la Washington din 1973 privitoare la Legea uniformă asupra formei testamentului internațional, a se vedea, D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 209-212.
- ²⁸ Cu privire la echipolența formei actelor juridice, a se vedea P. Vasilescu, în I. Reghini, P. Vasilescu, Ș. Diaconescu, *Introducere în dreptul civil*, Ed. „Sfera” Cluj-Napoca, 2008, p. 486-487.
- ²⁹ Doctrinar a mai fost semnalat și cazul conversiunii înscrisului sub semnătură privată, anulabil pentru lipsa multiplului exemplar ori a mențiunii “bun și aprobat”, în început de dovadă scrisă. În acest sens, a se vedea I. Dogaru, *op. cit.*, p. 354.

- ³⁰ Pentru aceasta, a se vedea D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I. Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 174-176.
- ³¹ Doctrina noastră este aproape unanimă în sensul că valabilitatea promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare nu este condiționată de forma autentică prevăzută de lege pentru vânzarea propriu-zisă. Pentru opinia contrară și argumentele aduse în sprijinul ei, a se vedea D. Chirică, *Condițiile de validitate și efectele promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare*, în S.U.B.B. nr. 2/2001, p. 24-25; D. Chirică, *Tratat de drept civil, op. cit.*, p. 183-185.
- ³² Conversiunea formală se poate asocia uneori cu cea substanțială, îngăduind-o pe aceasta din urmă. Spre pildă, în cazul aflat în discuție, atunci când contractul de vânzare-cumpărare s-a încheiat în formă autentică, însă înscrisul autentic este nul datorită unor vicii care țin de autentificare, suntem în prezența unei duble conversiuni: aceea a înscrisului autentic în înscris sub semnătură privată și aceea a contractului în antecontract.
- ³³ A se vedea, J. Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluwer, România, 2009, p. 19.
- ³⁴ Nu este exclus ca perfectarea vânzării să fie supusă și altor condiționări (obținerea unor autorizări prealabile, îndeplinirea formalităților de preempțiune, etc.) Însă, pe de o parte, acestea nu prezintă interes din punct de vedere al valabilității promisiunii de vânzare, pe de altă parte, am avut în vedere ipoteza cea mai simplă, aceea în care valabilitatea vinderii este condiționată doar de forma autentică.
- ³⁵ Pentru detalii, a se vedea J. Goicovici, *op. cit.*, p. 90-91.
- ³⁶ *Idem*, p. 91.
- ³⁷ A se vedea, de exemplu, O. Căpățână, *Nulitatea actului juridic civil*, în *Tratat de drept civil. vol. I. Partea generală*, ed. Academiei, București, 1969, p.238; Gh. Beleiu, *op. cit.*, p. 219; O. Ungureanu, *op. cit.*, p. 256; I. Dogaru, *op. cit.*, p. 292; E. Lupan, I. Sabău-Pop, *Tratat de drept civil. Vol. I. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 201.
- ³⁸ A se vedea, în acest sens, D. Cosma, *op.cit.*, p. 338-339; și mai recent L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. II, *Contractul*, Ed. „Universul Juridic”, București, 2009, p. 482-483.
- ³⁹ A se vedea, D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente, op. cit.*, p. 242-243, 398-399 și notele aferente.
- ⁴⁰ Tot astfel, de exemplu, constituirea unei ipoteci convenționale pentru a garanta o creanță existentă înseamnă și o recunoaștere a dreptului a cărui acțiune se prescrie cu valoare de act întreruptiv de prescripție. Acest act va fi valabil și atunci când actul de constituire a ipotecii va fi nul pentru lipsa formei prevăzute de lege.
- ⁴¹ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p.339; L. Pop, *op. cit.* p. 483.
- ⁴² Este, de altfel, soluția adoptată și de o parte a literaturii juridice străine. A se vedea, P. Lipinski, *op. cit.*, p. 1174-1175. Autorul își susține opinia și prin faptul existenței unor formalități care, deși condiționează valabilitatea actului juridic, sunt menite să ocrotească interesul uneia dintre părți și, ca atare, nerespectarea lor se sancționează cu nulitate relativă.
- ⁴³ A se vedea T. R. Popescu, *Tratat de dreptul familiei*, Ed. Didactică și pedagogică, București, 1965, p. 209, nota 2.

⁴⁴ A se vedea I. Dogaru, *op. cit.*, p. 292, nota 2. , unde se apreciază că „actul de înstrăinare sau grevare nul, prin conversiune, valorează (poate fi calificat) contract de promisiune de vânzare, cu obligația soțului de a obține consimțământul celuilalt soț.”

⁴⁵ Distincția este necesară întrucât, așa cum am arătat, uneori, conversiunea este privită ca fiind o simplă problemă de calificare ori decalificare. Nu am considerat însă că este necesară o distincție între conversiune și novație, deși uneori ea se face, pentru simplul motiv că novația nu numai că nu este condiționată de nulitatea vreunui act, dar este chiar exclusă în cazul obligațiilor rezultate dintr-un act sancționat cu nulitate absolută.

⁴⁶ Nu este exclus ca legea să prevadă în mod expres conversiunea pentru ipoteza nulității unui anumit act juridic, ceea ce ar face ca actul minor să se nască de drept, ca urmare a constatării nulității. De această dată, intervenția instanței va fi necesară numai dacă părțile (sau una dintre ele) vor contesta că au exprimat o voință valabilă.

⁴⁷ A se vedea Gh. Beleiu, A. Pop, *Curs de drept civil. Partea generală*, Universitatea din București, 1973, p. 470.

⁴⁸ Așa cum am arătat, nulitatea trebuie să fie totală fiindcă nulitatea parțială este, practic, incompatibilă cu conversiunea.

⁴⁹ Este ceea ce se prevede în art. 5 (2) din TitluX al Legii nr. 247/2005.

⁵⁰ Ph. Malaurie, L. Aynes, citați după P. Lipinki, *op. cit.*, p. 1175, nota 70.

THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE *PATRONUS* AS REPRESENTATIVE IN CIVIL PROCEEDINGS*

Rena van den BERGH**

Summary: *The historical development of the patronus as representative in civil proceedings.* This article focuses on the position of the patron during the pre-classical period (250–27 B.C.). His role as representative and pleader in court developed from the Roman institution patronage (*clientela*). According to Dionysius of Halicarnassus Romulus had divided Roman citizens into two groups, patricians and plebeians, who had reciprocal rights and duties. Since most of the law was unpublished and not well-known it was especially legal assistance which was sought from the patrons by the clients who also lacked the social prestige to defend their rights. The patron had to come to the legal rescue of his client, pay his money for litigation and represent him in court, acting as legal advisor, protector and (eventually) as advocate.

Keywords: civil procedure; legal representation; law history; Roman law; *patronus*

I. Introduction

In this article the role of the *patronus* as representative in civil proceedings will be discussed within the time frame of the pre-classical period. It will be done mainly with reference to the historical development of his position as a legal representative, the knowledge and experience required of him and his contribution towards the attainment of justice in Rome.

II. Procedural systems and forms of representation known to the Romans

Roman law knew three procedural systems: the *legis actiones*, the formulary system and the *cognitio extraordinaria*. Only the first two are relevant for this discussion.¹ Under the old *legis actio* procedure no representation was allowed. There were, however, exceptional circumstances in which a litigant could be represented by a protector.² From approximately the middle of the third century B.C., Rome started expanding and her influence and trade increased. It became more difficult to maintain the rule that every litigant had to appear in court personally.³ A general extension of the system was required and, as a result, the *praetor peregrinus* made provision for this in his edict. This was easy since it was possible to substitute the name of the representative for that of the principal (plaintiff or defendant) in the *condemnatio* of the *formula*.⁴ Two kinds of representatives, namely the *cognitor* and the *procurator*, arose under this new procedure.⁵ They enjoyed official recognition and this may be regarded as full representation and constituted perfect agency.⁶

With reference to representation it should be noted that the praetor had laid down three rules to prevent applications made before him without restriction and by anyone.⁷ The first class of people could not make any application at all,⁸ the second class could act for themselves but could never represent someone else,⁹ and the third class could act for themselves and were in exceptional cases also allowed to do so for others.¹⁰ Only a competent person (*integra persona*) who had been granted the right to postulate¹¹ had perfectly free access to the praetor.¹²

During this period of development of official procedural representation, a party was allowed to bring with him into the proceedings before the *praetor* and the *iudex* someone to assist him, namely his patron.¹³ He had no official status and was regarded merely as an assistant who had to supply information about the relevant legal aspects and support the litigant. He did not speak on behalf of the litigant¹⁴ who remained the active agent and was considered to be undefended if he was not present in court. He had to conduct the proceedings himself for the patron was merely his mouthpiece, presenting his case. The protected person was socially, economically and politically weaker.¹⁵ The patron was usually trained in oratory and therefore better equipped to speak in court.¹⁶ This may be called indirect or imperfect representation.¹⁷ The word *patronus*, according to Lewis and Short, meant “protector, defender, patron [...] but also a defender or advocate before a court of justice”,¹⁸ and describes the prominent position of the patron.

III. The *patronus*

1. Historical overview

It may well be asked where the *patronus*'s role as “protector” came from. According to Dionysius of Halicarnassus¹⁹ Romulus divided the lesser men from their betters, and then prescribed and regulated their duties. He furthermore entrusted the plebeians to the care of the patricians, and each of the commoners was entitled to choose a protector.²⁰ This protection of the poor and humble was called “patronage”, and in this relationship mutual obligations were assigned which were beneficial to both parties. Romulus further defined the customary practices of patronage which long remained in existence among the Romans. Among other things, the patricians had to explain the law to their clients. When a client was wronged in contractual matters the patron had to bring a suit on his behalf and he had to defend his client if a claim was instituted against him. The clients, too, had to comply with prescribed duties towards their patrons. The special relationships between clients and patrons persisted for many generations. Dionysius remarks that it often took on the nature of a “contest” in which the patrons and clients tried to outdo one another: both groups striving to perform their duties admirably since they measured their personal happiness by virtue rather than by fortune.

This is clearly an idealised view of the institution of patronage (*clientela*). However, it remained in vogue for many centuries, and Crook aptly states that “[t]he wheels of Roman society were oiled – even driven, perhaps – by two notions: mutual services of status-equals ... and patronage of higher status to lower”.²¹ During the early Republic noble families had many “clients”, and the relationship between patron and client could be regarded as a form of serfdom which could be entered into voluntarily.²² These relations were regulated by specific rules according to which the powerful benefactor (*patronus*) had to provide protection²³ and support to his clients.²⁴ The clients, in turn, owed the patrons certain (more humble) services.²⁵ Although this patron-client relationship was ultimately based on the self-interest of both parties and their peers, their mutual obligations towards each other were prompted by considerations of honour and social pressures.²⁶ This system was based on *fides*,²⁷ and one may accept that most patrons, from the very beginning, would have fulfilled their patronal duties as best they could. The clients could consequently usually rely on being represented well.

Under the earlier Republic a patron was therefore a patrician who had certain responsibilities towards a number of clients.²⁸ They looked toward their patrons primarily for legal assistance since the law was largely unwritten and not well-known.²⁹ They usually knew nothing about the *formulae* or legal processes in cases in which they were involved. Patrons were expected to act as their clients’ legal advisors and assist them. In court, their social status protected their humble clients and their oratorical skills³⁰ enabled them to make a good impression on behalf of their clients. This may be seen as the origin of advocacy: in court the patron acted as a rudimentary kind of “*advocatus*”. In this capacity he fulfilled his legal obligations toward his clients. These obligations obviously differed largely from those of a modern-day advocate. During the pre-classical period the word “*advocatus*” originally had a wider, more general, meaning, indicating also those who gave legal advice and moral support in court to a litigant without actually speaking. Furthermore, unlike modern advocates, they were orators rather than lawyers. But, the ancient connection of advocacy with protection, of the patron as “advocate”, continued to play a part. This is borne out by the fact that the word *patronus* eventually came to mean *advocatus*.³¹ One may therefore conclude that Roman advocacy grew out of the patron-client relationship.

Although this form of patronage did not survive into the last century BC, its underlying philosophy continued. Romans of Cicero’s time were well aware of the archaic custom that every Roman citizen of lower status would be a client of an aristocratic patron who could speak on his behalf in legal proceedings.³² The patron had to come to the legal “rescue” of his client, pay his money for litigation and his debts, and represent him in court. In this way members of the upper-class could also win friends and secure for themselves elective office.

As time went by, the institution of patronage expanded: no longer were only people from the lower classes clients of the aristocratic members of the higher classes. Although most members of the upper classes were prepared to speak in court by the time of the later Republic, they often asked their more eloquent friends for assistance, and those without rhetorical training usually requested someone who was regarded as a good orator (a pleader) to plead on their behalf.³³ Towards the end of the Republic the patron's traditional role as "advocate" for his client therefore came to be supplemented and perhaps gradually replaced by "independent" advocates. They were not patrons acting for their clients, but influential men acting on behalf of anyone who requested them to do so on the basis of their oratorical skills. This was an extension of the patron-client relationship of the earlier Republic.³⁴ During the late Republic wealthy families were consequently often "clients" of even wealthier families.³⁵ Many distinguished men – often while holding the consulship or other office – represented clients in court.³⁶ By this time the term "patron" was used of anyone who undertook to plead a case for another person.³⁷ The Romans, who had been familiar with this system for centuries, had no problem accepting legal representation at trials.

2. The *patronus*'s "qualifications"

No specific qualifications and training were required of a *patronus* to act as representative in court. It may be accepted that during the early classical period higher class Romans had some knowledge of the law as well as elementary rhetorical training. Elementary schools were already current in Rome long before the fourth century BC.³⁸ However, school education was almost exclusively limited to the higher classes.³⁹ In these schools of the *litteratores* fables, public records and the Twelve Tables were used to educate Roman children.⁴⁰ The Twelve Tables was used as textbook and the law had to be learnt by heart and chanted in class.⁴¹ For the Romans the law was very important and the teaching of the law consequently formed an important part of the children's education.⁴² From the middle of the third century BC wealthy children from the higher classes went to grammar schools. Thereafter those who were interested attended rhetorical schools.⁴³ Here would-be politicians and jurists were formally trained as orators. This study included history, law, astronomy, geography, music, literature, mythology and geometry. All these subjects were, however, subsidiary to oratory.⁴⁴

Patroni should therefore have been able to cope with the law at a basic level when they represented their clients in court.⁴⁵ But, in the case of difficult and intricate legal issues, and of course also if a large number of clients requested assistance and advice and it became too much for him to handle, the patron had to turn elsewhere for expert advice. By the first century B.C. they could obtain technical legal advice (*responsa prudentium*) from *iuris prudentes* (jurisconsults), people who were schooled in the law and serving as professional legal authorities.⁴⁶

The tactics and procedure as well as the rhetorical representation in court was then in the hands of the patron.⁴⁷ Sometimes, in important cases, a number of patrons would co-operate in a case.⁴⁸

Most of our information about patrons/advocates/pleaders (these terms are used interchangeably in our sources) comes from Cicero. He was proud of being an advocate or pleader. He was fully aware of the demands that would be made upon him in this capacity and by means of intensive study and diligent observation of famous advocates he prepared himself for this vocation.⁴⁹ According to Cicero knowledge of the law is neither more nor less necessary for a great forensic *patronus* than knowledge of, for example, history or geography or philosophy.⁵⁰

However, since ignorance of the law would undoubtedly be damaging to the client's interests as well as to the advocate's reputation, some knowledge of the law was a prerequisite for success.⁵¹ Cicero regarded research on technical matters as necessary and but said that the perfect orator should know enough to talk about such matters "with variety and fullness".⁵² Having sought advice from specialists in the various fields, he would make use of his rhetorical skills to present it in an admirable way.⁵³ His strong point, after all, was style and to a large extent his rhetorical training would therefore be more relevant and important than his knowledge of the law.⁵⁴ His rhetorical skills would therefore be conclusive in court where he had to persuade the judge that his client was right.⁵⁵ Judges, as a rule, were private citizens and not professional judges, but usually also had a basic knowledge of the law. The most important function of an advocate's speech in a court of law was consequently to make the best possible case and to win it.⁵⁶

III. Conclusion

One might conclude by saying that when Cicero stated that "our ancestors would not allow anyone, even the humblest, to lack a *patronus*",⁵⁷ he might have been exaggerating, but it does indeed show that the society of his time was aware of the fact that most people needed someone to represent them in court and that they should in principle be assisted.⁵⁸ It follows that the Romans were, from very early on, aware that although people were not all equal, they should be treated equally before the law. The way in which they provided for this from the time of Romulus, was by supplying each client with a patron.

Nicolet states that although Roman justice left a great deal of scope to the praetor's initiative, the judge's discretion and the freedom of the juries, it was still subject to various controls (legislative, judicial, social and political) which provided some kind of balance.⁵⁹ The fact that the courts took account of influence (*gratia*) or social standing was inevitable in a society such as that of the Romans. But, this network of influence and patronage did not only work one way: the system provided some advantage to everyone. Members of the lower classes could

not exist unaided and they depended on their patrons who had to assist them in judicial and other matters. For the patrons to refuse would be against the law of gods and men. With an influential and learned patron at his side in court, a humble citizen could stand before the judge with confidence.

Interestingly, with reference to the exception that is made in the case of an elderly man of poor health who was authorised to appoint someone to represent him in court, the author of the *Ad Haerennium*⁶⁰ remarks that “[t]he law rests on *equity* when it seems to agree with truth and the general welfare”.⁶¹ From this too one may conclude that the Romans were concerned about people being treated fairly in court and that justice had to be seen to be done. Remarking on this exception, Cicero states that “according to circumstances and a person’s status virtually a new kind of law may well be established”. If it was deemed necessary for purposes of justice, it seems, exceptions were made and new laws instituted.

It then follows that, in Rome, justice (for a large part of the society) could be attained by patrons representing members of the lower classes. The fact that class distinctions were clear and fixed from the very beginning of Roman society did not mean that the lower classes could be abused by the aristocracy. In terms of the Roman concepts of *fides* and *virtus* they were in fact expected to protect the lower classes. The favours had to be returned in ways that were possible for the lower classes, whilst a Roman aristocrat regarded it as an honour to protect and assist someone from another class. So-doing he not only fulfilled his patronal duties, but could also impress his peers. In this way he also benefited for a successful patron could gain for him success and fame and pave the way for his political ambitions. In doing his best protecting and assisting his clients, the patron ensured that justice would be attained for them.

Within the existing Roman legal procedure no provision was made for legal aid for indigent people. However, the fact that protection and assistance in court were given free of charge, and that payment was indeed forbidden by law, ensured that even the most needy Roman could be represented in court by someone who was well-educated and had the necessary connections to obtain expert legal advice if necessary.

[*] This article was first presented at the 63rd Session of the Société Internationale “Fernand de Visscher” pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité (Greece, 22-25 September 2009).

[**] **Rena van den BERGH**, Professor, University of South Africa, School of Law; Vdberh@unisa.ac.za. The author is deeply indebted to Prof Gardiol van Niekerk for her valuable and stimulating comments regarding this article. I would furthermore like to express my gratitude to Proff Mario Mantovani and Laurens Winkel for their kind assistance.

- [1] See Tellegen-Couperus “Quintilianus en het recht” 2000 (35) *Nederlands Juristenblad* p. 1750 who states that during the last century B.C. and the first century A.D. the *formula* procedure was the usual way of civil procedure. The first phase took place before the magistrate (usually the praetor) and the second phase before the judge who had to give judgement.
- [2] See Gaius 4.82: “[I]n former times, when the *legis actiones* were in use, one was not allowed to take proceedings on another’s behalf, except in certain cases”; *I.* 4.10*pr.*: “[F]or at one time, there could be no action on behalf of another (*nemo pro alio lege agere potest*) save on behalf of the people, in respect of liberty or as a guardian”; *D.* 50.17.123*pr.*: “No one can legally act on behalf of another”. For the exceptions see Wenger (trl. by Fisk) *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (1955) at pp. 88-89 who mentions the *tutor* acting for the ward, the *adsertor libertatis* for the person whose freedom was disputed, for a person who had been robbed while absent in military captivity or in the service of the state, and also for wards of guardians who were handicapped. If a person wanted another to act on his behalf, he had to appoint him an *adstipulator*. At p. 146 Wenger states that when it is said that representation is unknown in the *legis actiones*, it refers to perfect agency or official representation. See also Kaser & Hackl *Das Römische Zivilprozessrecht* pp. 62-63: “Es gibt jedoch Ausnahmefälle, in denen jemand die rechte eines anderen als Kläger oder als Beklagter *schützend wahrnehmen* (my italics) kann”; Buckland & McNair (2nd ed revised by Lawson) *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline* (1952) 407; Greenidge *The Legal Procedure of Cicero’s Time* (1971) pp. 59 and 146; Buckland *A Textbook of Roman Law From Augustus to Justinian* (1966) p. 708.
- [3] Greenidge (*supra* n. 2) p. 235.
- [4] Ulpian *D.* 3.1.1.2, discussing the *postulatio*, says that “[t]o make application is to set out one’s own claim or that of one’s friend in court before the presiding officer . . .”. This text shows that representation was an accepted aspect of the formulary system. It should, however, be noted that it appears from Cicero’s writings that during the period that he was active in the courts, the *formula* process had not yet completely replaced that of the *legis actio* procedure. See Greenidge (*supra* n. 2) p. 161; Gardner *Being a Roman Citizen* (1993) p. 114.
- [5] See Gaius 4.83; and also the author of the *Ad Herennium* 2.13.20 who states that aged and sick people were authorised to appoint *cognitores* to represent them in the actual hearing. Cf. Greenidge (*supra* n. 2) at pp. 146 and 237-238; Buckland & McNair (*supra* n. 2) 407; Crook *Legal Advocacy in the Roman World* (1995) p. 158; Kaser & Hackl (*supra* n. 2) at pp. 62-63, 209-21; Gardner (*supra* n. 4) p. 114. The *cognitor* was a purely judicial representative, appointed for a specific case and with certain formalities. Although *cognitores* were initially only appointed occasionally, circumstances of the time gave rise to a class of people who treated this office as a profession. The *cognitor* literally “takes the place” of the litigant. See Gaius 4.97: “Nor, even where he sues through a *cognitor*, is any security required either of the *cognitor* himself or of his principal. For a *cognitor*, being substituted for the principal by special and as it were solemn words is rightly regarded as taking his place.” Further Greenidge (*supra* n. 2) pp. 236-237. The *procurator* was a rather informal representative or agent and usually referred to people appointed by wealthy Romans to govern their numerous estates. By the time of Cicero it was applied to the general agent (*procurator omnium rerum*) whom a Roman left behind when he left the limits of Italy or on the service of the state. He had a general mandate. The praetor treated

- him as an independent personality and he was expected to undertake more important responsibilities. The position of the *procurator* was not as certain as that of the *cognitor*: cf. Gaius 4.84: “A *procurator*, on the other hand, can be substituted as a party without any special words, by simple mandate, and without the presence or the knowledge of the opposing party.” If he represents the defendant, he is called a *defensor*.
- [6] The representative acted on behalf of the litigant, taking the position of the party (see Kaser & Hackl (*supra* n. 2) pp. 209-210).
- [7] See Ulpian *D.* 3.1.1*pr.* Cf. Greenidge (*supra* n. 2) p. 147.
- [8] This included, for example, people under the age of seventeen and deaf people (*D.* 3.1.1.3). For them, the praetor said (*D.* 3.1.1.4), “[i]f they do not have an advocate, I will appoint one”.
- [9] See *D.* 3.1.1.5 and 6: In this class people were excluded, for example on the basis of gender and disability.
- [10] Here we find people marked as *infames*: cf. *D.* 3.1.1.8: “The praetor says: “Those who are forbidden by plebiscite, *senatus consultum*, edict, or decree of the emperors to make applications except on behalf of certain persons are not to make applications in my court on behalf of a person other than one for whom they will be allowed to do so. The edict refers also to all the others who are blacklisted as incurring *infamia* in the praetor’s edict. All these are not to make applications except on their own behalf or that of certain people only.”
- [11] *D.* 3.1.1.2: “To make application (*postulare*) is to set out one’s own claim or that of one’s friend in court before the presiding officer, or to oppose the claim of another.”
- [12] *D.* 47.23.4: “A popular action is granted to a competent person, that is, one whom the edict allows to bring proceedings.”
- [13] Wenger (*supra* n 2) at p. 87.
- [14] Exceptions were made, for example in the case of a ward represented by his tutor. See Wenger (*supra* n. 2) pp. 88-89.
- [15] This was important since the principle of publicity was inherent in the Roman procedural system and even outsiders were drawn in and bound by the ritual of justice being visibly administered (see Frier *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero’s Pro Caecina* (1985) p. 241; Crook *Life and Law of Rome* (1967) pp. 17-18). Private lawsuits in Rome were traditionally heard in the Forum, out of doors and before the public (see Forsyth *The History of Lawyers – Ancient and Modern* (1996) at pp. 65-66 for a description of the Forum in the fifth century B.C.; Kaser & Hackl (*supra* n. 2) pp. 51 and 201). Being represented by a person of higher standing increased the stature of the litigant. By the time of the late Republic various matters (such as the size of the Forum and the fact that attending long hearings in the open could prove to be rather inconvenient) led to the introduction of some trials being conducted under cover or indoors. These were usually heard in the large basilicas near the Forum, but sometimes in private homes (see Forsyth above at pp. 67-70 for a discussion of the changes which took place in the Forum and a description of the *basilicae* and *tribunaliae*. For *basilicae* see also Seneca *Dialogus* 5.33.2 and for private houses Vitruvius *De Architectura* 6.5.2).
- [16] See Wenger (*supra* n. 2) at pp. 87-88 n. 26. Cicero’s private-law cases in court are of this kind. He was merely an assistant, not a modern-day advocate. On the basis of his oratorical skills the *patronus* was often requested to represent people who were not his clients.

- [17] See Greenidge (*supra* n. 2) 146.
- [18] Lewis & Short *A Latin Dictionary* (1966) *sv patronus* at 1316.
- [19] *Antiquitates Romanae* 2.9-11. See also Cicero *De Republica* 2.16.
- [20] According to Cicero (*Pro Murena* 10) there was in the archaic period an expectation that every citizen outside the aristocratic elite would have access to a patron. Powell & Paterson “Introduction” in Powell & Paterson *Cicero the Advocate* (2004) at p. 37 point out that the wealthy landowners of Roman Italy had developed a strong ethic of public service for the benefit of their fellow-citizens. One way of voluntary service was advocacy. Cf Badian *Foreign Clientela (264-70 B.C.)* at 1 where he states that *clientela* “is not (in origin or in development) a simple relationship, but at all historical times a name for a bundle of relationships united by the element of a permanent (or at least long-term) *fides* ...”.
- [21] *Supra* n. 15 at p. 93. Cf Wallace-Hadrill “Patronage in Roman society: from the republic to the empire” in *Patronage in Ancient Society* (1989) at pp. 63-65 who states that “[t]o stand at the door of an upper-class Roman house of the late republic ... is already to glimpse something of the centrality of patronage in Roman society”. He describes the house from the threshold, explaining how it was perfectly suited to setting the scene for the patron to fulfil his duties toward his clients. “The physical structure of the house ... must be seen in the context of the social activities to which it forms the setting. ... The way the Roman house invites the viewer from the front door ... flows from the patronal rituals so often described in the Roman sources: the opening of the doors at dawn to the crowds of callers, the accessibility of the dominus to the public, his clients and his friends. ... [T]he Roman noble felt himself almost naked without an entourage of dependents, which he expanded to the best of his ability and who acted as a symbol of his social standing. Patronage was central to the Roman cultural experience ...”. Cf Plautus *Menaechmi* 571ff.; Cicero *De Officiis* 2.69-71; Cicero *De Oratore* 1.200 and 3.133.
- [22] Cicero *De Oratore* 1.177. Cf. Crook (*supra* n. 15) p. 93.
- [23] An advocate could also figure in the role of a personal protector: the importance of his own personality and authority in society functioned as a means of persuasion, as a kind of character witness (see Powell & Paterson (*supra* n. 20) p. 15).
- [24] See Forsyth (*supra* n. 15) at p. 82 where he states that by defending his client’s rights in court he was “throwing the shelter of his name and influence around his poorer dependent when his property or liberty was threatened”.
- [25] Konstan *Friendship in the Classical World* (1997) p. 136.
- [26] Drummond “Early Roman *clientes*” in Wallace-Hadrill (eds.) *Patronage in Ancient Society* (1989) p. 101.
- [27] *Ibid.*
- [28] Kennedy *The Art of Rhetoric in the Roman World: 300 B.C.–A.D. 300* (1972) p. 13.
- [29] *Ibid.*
- [30] The Romans called everyone who spoke in public, either in the popular assemblies or in the courts of law, an orator: see Forsyth (*supra* n. 15) 80-81. In this sense all “advocates” were “orators”.
- [31] See Crook (*supra* n. 15) pp. 31-32; Powell & Paterson (*supra* n. 20) p. 13.

- [32] Cf Cicero *Pro Murena* 10: “A community in which our ancestors desired that a patron should never be lacking for anyone, even of the lowest rank.” The importance of patronage and the value attached to it may be deduced from Aulus Gellius’s statement (*Noctes Atticae* 5.13.2) that in terms of duties clients came below none but parents and wards.
- [33] Kennedy (*supra* n. 28) p. 12.
- [34] *Idem* p. 13.
- [35] Crook (*supra* n. 15) pp. 93-94. Cf. Cicero *Pro Murena* 14.
- [36] See Cicero *Brutus* 111; Quintilian *Institutio Oratoria* 4.1.6-7. Cf. Kennedy (*supra* n. 28) p. 14.
- [37] *Idem* pp.13-14.
- [38] Marrou *A History of Education in Antiquity* (1956) p. 250.
- [39] Wilkens *Roman Education* (1905) p. 29.
- [40] Laurie *Historical Survey of Pre-Christian Education* (1970) pp. 324f.
- [41] Cicero *De Legibus* 2.59.
- [42] Marrou (*supra* n. 38) pp. 240f.
- [43] Cf. Ph. Thomas “Fin de siècle of funksionele Romeinse reg?” 1997 *Journal of Contemporary Roman Dutch Law* at p. 212 who states that would-be politicians and jurists were formally trained as orators.
- [44] Marrou (*supra* n. 38) pp. 284 and 291.
- [45] Cf. Tellegen-Couperus “The so-called *consilium* of the praetor and the development of Roman law” 2001 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* at p. 19 who states that “advocates” (= *patroni*) had a basic knowledge of the law.
- [46] A.M. *sv Advocatus* in *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike* (Vol. 1) (1964) p. 80; Kennedy (*supra* n. 34) p. 14. Cicero often cooperated with other patrons, but he was also critical of this system. *Brutus* 207-209. By the time Cicero reached his middle age, there was a clear separation between advocates (pleaders) and jurists: see *Topica* 51 where he states that advocates deal with facts and jurists with the law.
- [47] Kennedy (*supra* n. 28) p. 14.
- [48] Although Cicero (cf. *Brutus* 207-209) often worked together with other patrons, he admitted that this system had many disadvantages.
- [49] *In Caecilium Divinatio* 13. Cf. Tellegen-Couperus “Quintilian and Roman law” 2000 *RIHDA* at p. 170 who states that she and her husband Jan Willem Tellegen have thus far never caught Cicero lacking in knowledge or understanding of the law.
- [50] *De Oratore* 1.201-262 especially at p. 218. According to Crook (*supra* n. 15) at p. 41 there are even “two roll-calls”: Pomponius lists the famous jurists (*D.* 1.2.2.35-63) while Cicero lists the famous advocates (*Brutus passim*).
- [51] Harries *Cicero and the Jurists. From Citizens’ Law to the Lawful State* (2006) p. 112. See also Cicero *De Oratore* 1.166-169, 186, 195-197, 198 and 199-200.
- [52] Harries (*supra* n. 51) p. 111. See Cicero *De Oratore* 1.59.
- [53] *De Oratore* 1.66.
- [54] Harries (*supra* n. 51) p. 114.

- [55] In “The role of the judge in the formulary procedure” 2001 (22) *The Journal of Legal History* at pp. 3-4 Tellegen-Couperus argues that in ancient Rome it was difficult to distinguish between jurists and non-jurists and to state that judges were laymen. Romans who acted as judges came from the higher classes enjoyed an education including grammar, literature and rhetoric, which included a basic knowledge of the law. They were therefore not really laymen in the field of law.
- [56] Powell & Paterson (*supra* n. 20) p. 1. But see Quintilian *Institutio Oratoria* 2.17.23 who puts it the other way round: “The orator does indeed aim to win, but when he has made a good speech, even if he does not win, he has done what the art of rhetoric requires.” Quintilian *Institutio Oratoria* 10.1.112 regards Cicero as “king of the law courts”.
- [57] *Pro Murena* 10.
- [58] Crook (*supra* n. 15) p. 124. See also Powell & Paterson (*supra* n. 20) at p. 37 who point out that the wealthy landowners of Roman Italy had developed a strong ethic of public service for the benefit of their fellow-citizens. See further Polybius 31.23 according to whom advocacy was also a form of voluntary service. It is interesting to note that the archive of the Sulpicii which was found in the Agro Murecine contains, inter alia, judicial documents of the affairs of the Sulpicii who were moneylenders in Puteoli. From these documents it appears that already during the early empire Roman legal practice was less professional, less exclusive and less rigid than the system as described above. The assumption that most Romans necessarily consulted professional jurists (or asked for legal assistance) may not be true for this new world of the Sulpicii: see Rowe “Law and Society in the Murecine Archive” in <http://www2.unine.ch/webdav/site/antic/shared/documents/latin/Rowe/rowelecture.pdf> (12 Oct 2009).
- [59] Nicolet *The World of the Citizen in Republican Rome* (trl. by Falla) (1980) pp. 340-341.
- [60] *Ad Haerennium* 2.23.20.
- [61] My italics.

COMPRENDRE L'ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (O.H.A.D.A.)

Alhousseini MOULOUL*

A la mémoire du Président Kéba M'BAYE, ce grand architecte de l'intégration juridique africaine

Motto : « La mondialisation de l'économie exige l'harmonisation des droits et des pratiques du droit ». L'OHADA est « à la fois facteur de développement économique et moteur de l'intégration régionale ». M. Aregba Polo, Secrétaire Permanent de l'OHADA, (Exposé au Séminaire de sensibilisation au droit harmonisé – Niamey les 9 et 10 Juin 1999)

SOMMAIRE

INTRODUCTION

A- LA GENESE DE L'OHADA :

- I- Les raisons de la création de l'OHADA
 - 1- L'état des législations africaines postcoloniales
 - 2- L'insécurité juridique et judiciaire
 - 3- Les avantages de l'intégration juridique
 - a- Les avantages liés à un espace économique juridiquement intégré
 - b- Le droit, outil technique de l'intégration économique
- II- Les atouts en faveur de l'harmonisation juridique
- III- Le processus ayant conduit à la naissance de l'OHADA

B-LE TRAITE PORTANT CREATION DE L'OHADA :

- I- Les objectifs de l'OHADA
- II- Les Etats membres
- III- L'entrée en vigueur du Traité portant création de l'OHADA
- IV- Le choix de la technique d'intégration
 - 1- L'option pour l'uniformisation
 - 2- La préparation et l'adoption des A. U.
- V- Caractères des instruments juridiques de l'OHADA

C- LES INSTITUTIONS DE L'OHADA :

- I- La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement
- II- Le Conseil des Ministres
 - 1- Composition du Conseil des Ministres
 - 2- Fonctionnement du Conseil des Ministres
 - 3- Attributions du Conseil des Ministres
- III- Le Secrétariat Permanent
 - 1- Organisation du Secrétariat Permanent
 - 2- Attributions du Secrétaire Permanent

IV-La Cour Commune d Justice et d'Arbitrage (CCJA)

1-Composition de la CCJA

2-Compétences de la CCJA

a- Les fonctions judiciaires

b- Le rôle de la CCJA dans une procédure d'arbitrage

V- L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA)

D- LE FINANCEMENT DE L'OHADA :

CONCLUSION

SIGLES ET ABBREVIATIONS

Mots-clefs : OHADA, droit des affaires, harmonisation du droit, codification

Cuvinte cheie : OHADA, dreptul afacerilor, armonizare legislativă, codificare

INTRODUCTION

Depuis plus d'une décennie, les relations internationales sont marquées par la mondialisation, ou globalisation des échanges, qui se traduit par la construction d'espaces économiques au sein desquels les frontières géographiques, vestiges de souverainetés décadentes, n'ont qu'une signification politique. La construction de ces espaces économiques qui consacrent, le plus souvent, l'intégration économique des Etats membres, vise souvent, d'une part, la promotion du développement économique et social, d'autre part, celle de l'investissement privé en rendant les marchés plus attractifs et les entreprises nationales ou communautaires plus compétitives. « A l'heure de la mondialisation de l'économie, lorsque les principaux pays du monde se regroupent pour constituer des unions économiques – et le cas échéant monétaires –, il était impératif, pour tous les pays concernés, d'adopter un même droit des affaires moderne, réellement adapté aux besoins économiques, clair, simple, sécurisant les relations et les opérations économiques »¹. Il s'en suit un phénomène de « mondialisation du droit » qui « se traduit par :

- un affaiblissement de la souveraineté des Etats par suite du renforcement des facilités d'établissement, de circulation des personnes, des biens, des services et des facteurs de production ;

- une concordance plus ou moins grande et nette des régimes juridiques applicables aux activités économiques, quel que soit le lieu de leur accomplissement ;

- un ensemble de droits et d'obligations communs à tous les acteurs économiques où qu'ils exercent leurs activités (Code de conduite des entreprises) ;

- une tendance très nette et constante à la dénationalisation du règlement des conflits de nature économique (arbitrage et procédures non juridictionnelles »²).

Les Etats africains ne sauraient rester en marge de ce processus ; c'est pourquoi des organisations ont été créées³, avec comme objectifs de réaliser d'abord l'intégration économique, aux niveaux sous-régional et régional, ensuite l'avènement de la Communauté Economique Africaine (CEA) et l'Union Africaine (U. A.).

Certaines de ces organisations ont eu une existence éphémère pour n'avoir pas disposé de ressources humaines et financières conséquentes, d'autres survivent sous perfusion de la Communauté internationale, car les Etats membres sont souvent, eux-mêmes, confrontés à des difficultés financières qui se traduisent par des appels aux institutions de Breton Wood.

Les Communautés Economiques Régionales (CER) sont les socles sur lesquels devra reposer l'intégration économique du continent africain ; mais il est apparu que dans la plupart des cas, les CER ne placent pas l'intégration juridique des Etats membres au rang des priorités alors que le droit, comme on le verra, est l'instrument par lequel se réalisera l'intégration économique. Les Traités fondateurs de quelques rares CER ont prévu les instruments de l'intégration juridique, mais dans la grande majorité des cas celle-ci n'a pas connu les succès escomptés. Finalement, l'intégration juridique, qui devrait servir de locomotive à l'intégration économique du continent africain, ne saurait se réaliser à travers lesdites CER. Cela explique, pour partie, que des Etats Africains aient initié des processus d'intégration de certains pans du droit⁴ qui ne tiennent pas compte des espaces géographiques et économiques ; ces expériences ont souvent donné satisfaction aux Etats parties. C'est dans ce contexte que l'expérience d'uniformisation du droit des affaires des Etats africains a été lancée à travers l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

A- LA GENESE DE L'OHADA⁵ :

L'OHADA n'est pas née de la seule initiative des seuls Chefs d'Etat africains de la Zone Franc ; elle est aussi et surtout une idée, voire une exigence, des opérateurs économiques africains qui revendiquent l'amélioration de l'environnement juridique et judiciaire des entreprises afin de sécuriser leurs investissements. En effet, devant le ralentissement des investissements consécutif à la récession économique et à l'insécurité juridique et judiciaire qui sévissaient dans cette région à partir des années 1980, il s'agissait de redonner confiance aux investisseurs, tant nationaux qu'étrangers, afin de favoriser le développement de l'esprit d'entreprise et attirer les investissements extérieurs.

I- Les raisons de la création de l'OHADA :

Outre l'environnement économique international qui l'impose, plusieurs raisons sont généralement évoquées pour justifier la création de l'OHADA. En effet la diversité qui caractérise les législations africaines est un handicap pour la

création d'un espace économique intégré, d'une part, et, d'autre part, cette diversité est accompagnée d'une insécurité juridique et judiciaire, conséquence de la vétusté et de la caducité des législations applicables, qui décourage les investisseurs privés. Enfin, l'intégration juridique présente plusieurs avantages car elle permet au continent africain de s'insérer dans les circuits des échanges internationaux.

1- L'état des législations africaines post-coloniales :

Le droit hérité de la colonisation est souvent balkanisé, variable d'un Territoire à un autre, en raison de la règle de la « spécialité législative » en vertu de laquelle toute la législation coloniale n'était pas applicable ; son application aux colonies nécessite une extension spéciale faite par décrets. En effet, dans les anciennes colonies françaises le droit commercial applicable était souvent celui du Code de commerce Français de 1807 et les textes subséquents rendus applicables aux colonies ; le régime général des sociétés était régi par le Code civil Français de 1804, les Sociétés Anonymes et les SARL étaient régies, respectivement, par les lois françaises du 24 juillet 1867 et du 7 mars 1925 ; pour compléter, adapter ou préciser ces textes de base, d'autres textes ont été élaborés par le colonisateur pour être appliqués dans les colonies⁶. Il résulte de cette législation coloniale une certaine harmonisation juridique dans les colonies concernées. Cependant, cette pseudo - harmonisation ne concerne que *ces* colonies. Dans les premières décennies qui ont suivi les indépendances, chaque Etat a légiféré dans les domaines qu'il estime prioritaires⁷, suivant maladroitement les adaptations et les modernisations réalisées en France, avec comme conséquence l'accentuation de la « balkanisation juridique » du continent. Finalement, la législation appliquée dans les Etats nouvellement indépendants est devenue caduque en raison de son inadaptation aux réalités socio-économiques actuelles et les investisseurs se heurtaient dans « chaque pays à un droit disparate, confus et suranné »⁸. Me Kéba M'BAYE écrivait : « le droit se présente dans les quatorze (14) pays de la zone franc en habit d'arlequin fait de pièces et de morceaux. Outre cette diversité des textes, l'on note également leur inadaptation au contexte économique actuel »⁹ ; il ajoute aussi que « beaucoup d'investissements ne sont concevables que sur un plan inter - étatique ». En effet la mondialisation des relations économiques impose désormais la constitution d'espaces économiques intégrés ayant des cadres juridiques harmonisés. Cet environnement international va s'imposer en Afrique qui tente de répondre aux nouveaux défis en prônant l'intégration économique du continent à travers des Communautés Economiques Régionales (CER) ; toutefois, l'intégration économique ne saurait se concevoir dans un espace caractérisé par la diversité juridique. Pour faire face à ces défis les Etats africains tentent, avec des succès souvent mitigés, des expériences d'harmonisation juridique.

2- L'insécurité juridique et judiciaire :

Me Kéba M'BAYE avait exposé, à l'occasion du séminaire sur l'OHADA, tenu à Abidjan (Côte d'Ivoire) les 19 et 20 avril 1993, plusieurs raisons qui militent en faveur d'une harmonisation ; il déclarait, entre autres, que « l'émiettement de notre droit commun est un facteur négatif de notre progrès qui ne peut être que commun », d'une part, « au plan national des textes sont promulgués alors que d'autres, dans le même domaine, ne sont pas abrogés. Il en résulte des chevauchements et les opérateurs économiques restent dans l'incertitude de la règle de droit applicable ; cette insécurité juridique est un très sérieux handicap pour l'investissement... ». En sa qualité de Président de la Mission ayant préparé l'avènement de l'OHADA, Me Kéba M'BAYE a effectué plusieurs missions d'études dans les Etats membres ; à l'occasion du séminaire d'Abidjan, il expose son constat en ces termes : « Tout le monde est d'accord sur la nécessité de procéder à l'harmonisation. En effet, tout le monde est d'accord que le droit en vigueur n'est plus adapté, que les règles varient d'un pays à un autre, qu'il y a une incertitude indéniable dans le corpus juridique de chaque Etat, qu'une insécurité judiciaire, due notamment à la formation insuffisamment spécialisée des magistrats, à l'absence de système de formation continue, à des questions de déontologie, à l'indigence de l'information juridique, à la totale insuffisance de moyens mis à la disposition des services judiciaires et à bien d'autres causes... »¹⁰. Analysant la réglementation applicable au droit des sociétés dans les pays africains de la Zone Franc, Martin KIRSCH écrivait à son tour que : « le constat unanime de la situation... pouvait se résumer par la formule suivante : insécurité juridique et judiciaire »¹¹.

Insécurité juridique car nombre de textes applicables au droit des affaires sont vétustes ; pour la plupart ils datent de la période coloniale et souvent les opérateurs économiques, comme les praticiens du droit, ont souvent des difficultés pour connaître la règle de droit applicable¹². Il en résulte une insécurité juridique définie par Philippe TIGER comme étant « la situation d'incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être partie, et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l'équité si besoin était »¹³. Cette situation crée une insécurité juridique handicapante pour les investissements.

L'insécurité judiciaire, quant à elle, est la conséquence de l'insuffisance de la formation des magistrats et des auxiliaires de justice, notamment en matière économique et financière, d'une part, et, d'autre part, de la modicité des moyens humains et matériels dont sont généralement dotées les juridictions. Comme l'écrit Philippe TIGER, elle « se manifeste de façons très diverses : décisions contestables, décisions en délibéré depuis plusieurs années, exécutions impossibles, négligences diverses, méconnaissance des règles de déontologie, accueil des moyens dilatoires les plus évidents et renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi... »¹⁴. Cette situation entraîne deux conséquences immédiates inévitables :

une jurisprudence instable et aléatoire, et des difficultés dans l'exécution des décisions des juridictions. Elle entraîne aussi comme conséquence une perte de confiance dans le système judiciaire des Etats africains et, subséquemment, la réticence des investisseurs.

Le Ministre nigérien du Commerce et de l'Industrie déclarait, à l'ouverture du séminaire de sensibilisation au droit harmonisé, organisé à Niamey le 09 juin 1998 : « la sécurité juridique et judiciaire est l'une des conditions nécessaires pour instaurer de façon durable la confiance des investisseurs nationaux ou internationaux, développer un secteur privé dynamique et promouvoir les échanges commerciaux », d'une part, et, d'autre part, « il n'y a pas de développement économique et social durables sans un cadre juridique propice aux investissements »¹⁵.

La situation qui vient d'être brièvement décrite n'est pas propre aux seuls Etats africains francophones, c'est aussi celle qui prévaut sur l'ensemble du continent africain ; dès lors, l'harmonisation juridique à l'échelle continentale devient inéluctable.

3- Les avantages de l'intégration juridique¹⁶ :

L'harmonisation étant largement fondée, quels sont les avantages qu'elle présente ? Ces avantages sont multiples : il s'agit d'abord des avantages qu'offre un espace juridiquement intégré, ensuite, comme nous l'avons déjà évoqué, l'intégration juridique favorise l'intégration économique qui est la voie pour réaliser l'Union Africaine. Ces avantages déterminent les Etats à opter pour l'intégration juridique.

a- Les avantages liés à un espace économique juridiquement intégré :

Sur le continent africain, en tant qu'elle vise l'amélioration de l'environnement juridique des entreprises, l'harmonisation juridique doit être perçue comme étant un « outil technique » de l'intégration économique qui présente plusieurs avantages¹⁷ :

- la mise à la disposition de chaque Etat, de textes juridiques simples et techniquement performants, ce, quelles que soient ses ressources humaines ;
- la facilitation des échanges transfrontaliers et la création des conditions de la libre concurrence ;
- la communication et le transfert des techniques modernes de gestion des entreprises ;
- la restauration d'un climat de confiance par le règlement du handicap que constitue l'insécurité juridique et judiciaire ;
- l'encouragement de la délocalisation des grandes entreprises vers l'Afrique ;
- la promotion de l'arbitrage comme instrument rapide et discret du règlement des différends commerciaux ;
- l'élimination des conflits de lois dans l'espace juridiquement harmonisé ;
- enfin, renforcer l'unité africaine.

Il faut également noter que dans l'état actuel¹⁸ du droit des sociétés applicables dans les Etats africains, il est quasiment impossible de transférer une société d'un Etat dans un autre sans procéder à une dissolution suivie d'une reconstitution¹⁹, situation inconcevable dans le cadre d'un espace économique intégré. Avec l'harmonisation ou l'uniformisation juridique, l'existence de sociétés de droit communautaire permet de remédier à ce handicap. En outre, comme l'écrivait Jean PAILLUSSEAU, « il est évident que pour une entreprise qui exerce ses activités dans plusieurs pays, l'unité des règles applicables facilite considérablement ses opérations, qu'il s'agisse de son organisation juridique, de son fonctionnement ou de ses échanges commerciaux et financiers »²⁰. Finalement, « les régions intégrées sont plus attractives pour les investisseurs internationaux et possèdent un éventail d'avantages en termes d'infrastructures et d'institutions susceptibles de promouvoir un développement durable. Elles constituent également une voie d'accès plus sûre à la concurrence dans une économie globale. (...). Un droit africain des affaires à l'échelle continentale peut renforcer la voie vers la crédibilité de l'Afrique, améliorer le flux d'investissement et l'accélération du développement et avoir une influence sur la globalisation du droit des affaires dans son ensemble²¹ ».

Concernant le modèle spécifique de l'OHADA, « le Traité est incontestablement de nature à favoriser l'émergence au sein de la région d'un véritable droit économique indispensable pour le développement durable des économies²² ».

La pertinence des observations et analyses qui viennent d'être brièvement évoquées, ne fait plus de doute.

b- Le droit, outil technique de l'intégration économique²³ :

L'intégration régionale est présente dans les stratégies de développement des pays africains depuis les indépendances de la décennie 1960 ; elle a motivé la création de plusieurs Organisations, entre autres : l'Union Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UMOA) en 1962 ; l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) et la Banque Africaine de Développement (BAD) en 1963. Cette option a été régulièrement réaffirmée, notamment, à travers : l'Union Economique et Douanière de l'Afrique Centrale (UDEAC), en 1964, qui devient Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) en février 1998 ; l'Union Douanière des Etats de l'Afrique Occidentale, à Abidjan (Côte d'Ivoire) le 3 juin 1966 ; la Communauté des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEAO), à Abidjan le 17 mars 1973, dissoute le 14 mars 1994 ; la Communauté Economique de Développement des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) en 1975 ; l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA) née de la fusion de la CEAO et de l'UMOA en 1994. Au niveau continental l'option pour l'intégration a été réaffirmée à travers : le Plan d'Action de Lagos (PAL) en 1980, le Traité d'Abuja de 1991, entré en vigueur en 1994 et créant la Communauté Economique Africaine (CEA), la création de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) en 1992 et de la Conférence Interafricaine de Prévoyance Sociale (CIPRES) en 1993, enfin la Déclaration de Syrte en 1999.

Les Etats africains ont fait le choix de l'intégration économique au niveau continental à travers les Communautés Economiques Régionales (CER)²⁴. La CEA devra être réalisée en six (6) phases qui s'échelonnent sur trente quatre (34) ans ; la première phase porte sur le renforcement des CER afin qu'elles soient transformées en Zones de Libre Echange (ZLE), en unions douanières et en marché commun. La poursuite de ces objectifs a motivé la création d'une multitude d'organisations, dont les plus dynamiques sont aujourd'hui la CEDEAO, l'UEMOA, la CEMAC et le COMESA, pour ne citer que celles-ci, avec les différentes institutions qui en relèvent.

L'intégration juridique est-elle nécessaire pour bâtir un espace économique fiable et viable ? Le professeur Joseph ISSA-SAYEGH définit l'intégration juridique achevée comme étant « le transfert de compétences étatiques de deux ou plusieurs Etats à une organisation internationale dotée de pouvoir de décision et de compétences supranationales ou super -étatiques pour réaliser un ensemble juridique unique et cohérent dans lequel les législations nationales s'insèrent ou se fondent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les Etats-membres se sont assignés »²⁵. Etienne CEREXHE²⁶, en parlant de l'intégration des économies des Etats de la CEE, écrivait : « l'intégration des économies des neuf (9) pays de la CEE par la réalisation de libertés communautaires et le rapprochement des politiques économiques pourrait difficilement sortir ses effets dans un ensemble dominé par une diversité, voire une divergence des droits. Un minimum d'unité juridique s'imposait si l'on voulait garantir la fluidité du marché et l'application uniforme des politiques communes. En d'autres termes, l'intégration économique, et c'est le propre de toute intégration, suppose un environnement juridique plus ou moins harmonisé ». En effet, comme l'écrit Jean PAILLUSSEAU, pour réaliser l'intégration économique des Etats africains, il faut :

- « a- Un droit unique....,
- b- Un droit adapté au particularisme des économies africaines ;
- c- Un droit adapté aux besoins réels des entreprises, en particulier dans le domaine du financement et du management ;
- d- Un droit qui assure la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs ;
- e- Un droit qui peut favoriser et accompagner l'essor économique des économies des pays...de la région toute entière »²⁷. Selon le Pr Gilles CISTAC, « l'harmonisation du droit est non seulement une condition pour la réussite d'un phénomène d'intégration mais elle peut aussi constituer un élément moteur d'une intégration et ce, à double titre : comme élément de rapprochement des peuples et comme élément de rapprochement des économies »²⁸. Convenons, enfin, avec le Pr Yves GUYON que « ce n'est un secret pour personne que si le droit n'est pas une condition suffisante du développement, il en est une condition nécessaire »²⁹.

La pertinence de ces observations ne fait aucun doute pour le cas des Etats africains. Au regard du processus actuel de globalisation, les Etats africains n'ont d'autre choix que de consolider l'intégration de leurs économies, réduire l'extraversion

de ces économies et créer des conditions favorables à l'investissement. La tendance actuelle étant l'internationalisation des affaires, l'harmonisation juridique devient un impératif car une harmonisation bien menée favorise les échanges, la libre concurrence, restaure la confiance et prépare l'intégration économique.

Dans ce contexte et dans cette perspective la nécessité de l'intégration juridique n'est plus à démontrer ; les Chefs d'Etat Africains en sont désormais convaincus et s'attelleront à la concrétisation d'un vieux rêve facilitée par plusieurs atouts.

II- Les atouts en faveur de l'harmonisation juridique :

Les atouts³⁰ sont un gage de réussite car une intégration ne saurait réussir que si elle repose sur des fondements solides et si elle est confortée par une réelle volonté politique à régler des problèmes communs. Evoquant ces atouts, Me Kéba M'BAYE écrivait : « Il est certain que c'est dans des groupements où il y a déjà des traditions juridiques communes, une monnaie commune et, dans une certaine mesure, une histoire commune et une même manière de concevoir et de bâtir l'avenir, qu'il est plus facile de réaliser l'intégration économique³¹ » ; en outre, « les projets qui ont le plus de chance de réussir, il faut le répéter, sont ceux qui coïncident avec un espace économique, culturel et monétaire uniforme³² ». Pour certains Etats, il faut également ajouter : l'existence d'une même langue officielle ; le phénomène de l'Islam et l'existence d'un droit africain traditionnel³³. Ce sont là des conditions propices à la réussite d'une intégration, et dans l'espace que constituent les Etats africains de la Zone Franc la quasi-totalité de ces conditions est réunie. Mais ces conditions ne sont pas suffisantes à elles seules car sans volonté politique aucune construction de ce type ne saurait être pérenne. Compte tenu de la célérité avec laquelle le projet OHADA a été réalisé et l'enthousiasme qu'il a suscité³⁴, nous sommes en droit de penser que la volonté politique est réelle. En effet, il s'est passé moins de deux ans pour que le « Traité de Port Louis » soit signé, moins de deux ans pour qu'il entre en vigueur et moins de cinq ans pour que les sept premiers Actes Uniformes (A. U.) soient adoptés³⁵.

Ce projet est également sous-tendu par des programmes ambitieux d'intégration économique dans toutes les régions africaines ; des organisations furent créées à cet effet (BAMREL, CEAO, CEDEAO, UEMOA, etc).

Enfin, l'existence d'expériences d'unification est également un atout non négligeable³⁶.

Ce sont là des atouts indéniables dont n'ont pas disposés certains groupes d'Etats, comme les Etats membres de la CEE, ce qui a ralenti, voire entravé, l'harmonisation de leurs droits et leur intégration économique.

En considération de tout ce qui précède, on ne peut s'étonner de l'avènement de l'OHADA.

III- Le processus ayant conduit à la naissance de l'OHADA :

L'idée d'harmoniser les droits africains remonte à Mai 1963 à l'occasion d'une réunion des Ministres de la Justice animée par le Pr. René David. Cette idée fut reprise par d'éminents juristes africains et elle connut un premier aboutissement au sein de l'Union Africaine et Mauricienne (U.A.M.) et dans la convention de l'Organisation Commune Africaine et Malgache (O.C.A.M.). L'article 2 de la Convention Générale de coopération en matière judiciaire conclue entre les Etats de l'OCAM, dispose : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toutes dispositions en vue d'harmoniser leurs législations commerciales respectives dans la mesure compatible avec les exigences pouvant résulter des exigences de chacune d'elle » ; en outre, aux termes de l'article 3 de la Convention du 5 juillet 1975 portant création du Bureau Africain et Mauricien de Recherches et d'Etudes législatives (B.A.M.R.E.L.), celui-ci « a pour objet d'apporter son concours aux Etats signataires, afin que les règles juridiques qui y sont applicables, s'élaborent dans des conditions qui permettent leur harmonisation ». Malheureusement, l'OCAM et le BAMREL, comme nombre d'organisations africaines, n'ont pas été dotés de crédits suffisants et eurent une existence éphémère.

Il a fallu attendre 1991 pour que l'idée d'harmoniser les droits africains soit à nouveau reprise à l'occasion des réunions des Ministres des Finances de la Zone Franc, tenues d'abord à Ouagadougou (Burkina Faso) en Avril 1991, puis à Paris (France) en octobre 1991 ; à l'occasion de cette dernière réunion, les Ministres des Finances mirent sur pied une Mission composée de sept (7) membres, juristes et spécialistes des affaires, présidée par Me Kéba M'BAYE.

De mars à septembre 1992, la Mission fit l'état des lieux en visitant les pays de la Zone Franc. Le 17 septembre 1992, Me Kéba M'BAYE présente son rapport d'étape à la réunion des Ministres des Finances.

Les 5 et 6 octobre 1992, les Chefs d'Etat de la Zone Franc se réunissent à Libreville ; à l'occasion de cette réunion le Président Abdou DIOUF (Sénégal) présente l'économie du projet élaboré par la Mission d'Experts. Les chefs d'Etat décident de l'étendre à l'ensemble des Etats africains et non plus seulement aux seuls Etats de la Zone Franc. Dans le communiqué final de cette réunion on pouvait lire que les Chefs d'Etat et de délégation « ont approuvé le projet d'harmonisation du droit des affaires conçu par les Ministres des Finances de la Zone Franc, décidé de sa mise en œuvre immédiate et demandé aux Ministres des Finances et de la Justice de tous les Etats intéressés d'en faire une priorité ». Les Chefs d'Etat ont ainsi adopté le rapport des sept (7) personnalités ; ils désignent un Directoire de trois (3) membres³⁷, chargé de coordonner la préparation du Traité portant création de l'OHADA.

Le Directoire prépare le projet de Traité et le soumet à la réunion des Ministres de la Justice, tenue à Libreville les 7 et 8 juillet 1993. Le projet est adopté après avoir été amendé et enrichi. Il est finalisé à Abidjan les 21 et 22 septembre

1993, par la réunion des Ministres de la Justice puis celle, conjointe, des Ministres des Finances et de la Justice, réunion précédée d'un rapport d'experts.

Enfin, le 17 octobre 1993, se tient, à Port Louis (Ile Maurice), la Conférence des Pays ayant en Commun l'usage du Français. A cette occasion le projet fut soumis à la signature des Chefs d'Etat et de délégations des pays africains francophones ; le Traité portant création de l'OHADA est signé par quatorze (14) Etats³⁸, et deux autres³⁹ y adhèrent ultérieurement pour totaliser aujourd'hui seize (16) Etats parties.

Ainsi, les principales étapes ayant abouti à l'opérationnalisation de l'OHADA peuvent être résumées comme suit⁴⁰ :

1. Ouagadougou (Burkina Faso), Avril 1991 : Réunion des Ministres des Finances : conception du « Projet d'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique ».

2. Paris (France), Octobre 1991 : Réunion des Ministres des Finances : formation de la « Mission » de sept (7) membres.

3. De Mars à Septembre 1992 : la "Mission" effectue des visites dans les différents Etats de la Zone Franc : information et sensibilisation des autorités ; état des législations appliquées.

4. Yaoundé (Cameroun), 16 Avril 1992 : Réunion des Ministres des Finances ; Me Kéba M'BAYE présente son premier rapport.

5. 17 septembre 1992 : Réunion des Ministres des Finances de la Zone Franc. Me Kéba M'BAYE présente son rapport de mission. Le projet est adopté.

6. Libreville (Gabon), les 5 et 6 octobre 1992 : Conférence des Chefs d'Etat de France et d'Afrique :

- Le Président Abdou DIOUF (Sénégal) présente l'économie du projet OHADA ;
- Le projet est adopté par les Chefs d'Etat africains de la Zone Franc ;
- Ouverture du projet aux Etats autres que ceux de la Zone Franc ;
- Formation d'un Directoire de trois (3) membres présidé par le Juge Kéba M'BAYE et composé de Martin KIRSCH, et Michel GENTOT.

7. Dakar (Sénégal), novembre 1992 : Réunion des Ministres de la Justice ; décision de création dans chaque Etat, d'une Commission de 5 membres.

8. Dakar (Sénégal), les 18 et 19 décembre 1992 : Réunion des Ministres de la Justice. Les Ministres demandent au Directoire de préparer le futur Traité et d'établir l'ordre des priorités des matières à harmoniser.

9. Abidjan (Côte d'Ivoire), les 19 et 20 avril 1993 : Séminaire sur l'harmonisation du Droit des affaires dans les Etats de la Zone Franc. Le séminaire teste la technique de préparation des textes prévue par le Directoire. Constitution des Commissions Nationales.

10. Libreville (Gabon), les 7 et 8 juillet 1993 : Réunion des Ministres de la Justice. Examen du projet de Traité.

11. Abidjan (Côte d'Ivoire), les 21 et 22 septembre 1993 : Réunion des Ministres de la Justice suivie de celle des Ministres des Finances. Le projet de Traité est finalisé.

12. Port-Louis (Ile Maurice), le 17 octobre 1993 : Réunion de la Conférence des Pays ayant en commun l'usage du Français. Signature du Traité portant création de l'OHADA.

13. Ouagadougou (Burkina Faso), les 14 et 15 mars 1994 : Premier Séminaire des Commissions Nationales. Adoption d'une méthode de travail commune. Une Commission Centrale, dans laquelle chaque Etat partie est représenté, dégage un consensus permettant de finaliser chaque projet d'Acte Uniforme.

14. Lomé (Togo), le 24 octobre 1994 : Réunion des Présidents des Commissions Nationales. Examen des avant projets des premiers Actes Uniformes.

15. Lomé (Togo), les 25 et 26 octobre 1994 : Réunion des Ministres de la Justice des Etats signataires du Traité. Examen du projet de création de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) et de la mise en place des institutions de l'OHADA.

16. Biarritz (France), le 8 novembre 1994 : Conférence des Chefs d'Etat de France et d'Afrique. Les Etats signataires du Traité OHADA soulignent son importance et décident de se concerter pour déterminer la localisation des institutions.

17. Bangui (RCA), du 6 au 8 février 1995 : Réunion des Présidents des Commissions Nationales. Adoption de l'avant-projet d'Actes Uniforme sur le Droit Commercial Général (AU/DCG).

18. Bangui (RCA), le 21 Mars 1995 : Réunion des Ministres de la Justice. Les Ministres jettent les bases de la localisation des institutions de l'OHADA.

19. Le 11 avril 1995 : Publication de la loi (nigérienne) n° 95-006 du 4 juin 1995 autorisant le Président de la République à ratifier le Traité OHADA.

20. Le 18 septembre 1995 : Après réception des instruments de ratification de la République du Niger, par l'Etat dépositaire (Sénégal), le nombre de ratifications nécessaire à la mise en vigueur du Traité est réuni. Le « Traité OHADA » entre en vigueur.

B- LE TRAITE PORTANT CREATION DE L'OHADA :

Sur le plan de la forme le Traité est composé de 63 articles répartis entre IX titres. Le dispositif juridique qu'il instaure est d'une simplicité remarquable.

Dans le préambule les Chefs d'Etat et de délégation ont réitéré leur détermination à réaliser progressivement l'intégration économique de leurs Etats ce qui suppose la mise en place et l'application d'un droit des affaires harmonisé afin de garantir la sécurité juridique aux investisseurs. En outre, l'article 2 du Traité détermine son objet et les domaines qui relèvent du droit des affaires⁴¹. Le Traité présente également les instruments par lesquels se réalisera l'intégration juridique (les Actes Uniformes) et

les organes chargés de la supervision de la mise en œuvre du projet, du contrôle de l'application des Actes et de la vulgarisation du droit harmonisé.

Comparé aux autres Traités de même type, le « Traité OHADA » présente plusieurs particularités⁴² :

- il envisage une « unification progressive et générale des législations » des Etats concernés ;
- l'unification envisagée est d'une grande ampleur car elle concerne « tous les secteurs de la vie des affaires et à l'échelle continentale » ;
- la législation communautaire dont le Traité envisage la mise en œuvre a un caractère supranational « renforcé » dans la mesure où elle est obligatoire, abrogatoire et directement applicable dans tous les Etats parties ;
- originalité aussi quant aux « moyens et méthodes retenus » pour atteindre les objectifs poursuivis.

I- Les objectifs de l'OHADA⁴³ :

Le Préambule du Traité OHADA, ainsi que ses articles 1 et 2, exposent, en termes généraux, son objet et son domaine. Aux termes de l'article 1^{er} « Le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires :

- par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies ;
- par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées ;
- par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». L'article 2, quant à lui, énumère les matières qui rentrent dans le domaine du Traité et dont la réglementation doit faire l'objet d'harmonisation.

L'OHADA rentre dans le cadre d'une vision plus globale de « l'intégration africaine » à travers « une union économique et un grand marché commun »⁴⁴. Cet objectif global ne peut être atteint dans une situation de crise économique généralisée caractérisée par le ralentissement des investissements extérieurs au cours de la décennie 1980-1990 ; dès lors il est apparu nécessaire d'améliorer et de rationaliser l'environnement juridique des entreprises afin de rendre les marchés africains plus attractifs, en réduisant, voire en mettant fin à l'insécurité juridique et judiciaire. En outre, « l'Afrique, comme la plupart des pays, est concernée par la mondialisation de l'économie. Sa conséquence est la nécessité d'une intégration régionale, avec, partout, le même droit des sociétés, ce qui facilite singulièrement les investissements⁴⁵ ». L'Afrique ne peut échapper au phénomène de la mondialisation, ce qui implique une adaptation continue des règles qui régissent les activités économiques⁴⁶.

II- Les Etats membres :

En vertu de l'article 53 du Traité OHADA l'adhésion à la nouvelle organisation est ouverte à tout Etat membre de l' Union Africaine (UA) et à tout Etat, non membre de l'U. A., invité à y adhérer d'un commun accord des Etats parties. La généralité de cette ouverture suggère que l'adhésion à l'OHADA est ouverte aux Etats non

africains. Cette généralité est heureuse car dans le cadre de la construction des espaces économiques, des Etats pourront y adhérer même s'ils ne sont pas membres de l'Union Africaine, d'une part, et, d'autre part, même s'ils ne sont pas situés sur le continent africain ; cependant, il est difficilement concevable que des Etats situés hors du continent africain adhèrent à l'OHADA, aussi doit-on comprendre que l'ouverture concerne les Etats africains non membres de l'Union Africaine.

Le nombre des Etats membres de l'OHADA va augmenter dans les années, voire les mois à venir car la République Démocratique du Congo (RDC) a engagé le processus de son adhésion imminente et Sao Tomé et Principe a annoncé son adhésion prochaine. Enfin, Madagascar et le Ghana, ont annoncé leur intérêt pour l'OHADA. L'adhésion d'un nouvel Etat se fera dans les conditions prévues par le Traité et suivant la procédure prévues par la Constitution dudit Etat ; en effet certaines Constitutions nationales prévoient l'intervention du Parlement national qui doit autoriser l'adhésion.

Il faut également noter que l'OHADA n'est pas réservée aux Etats francophones⁴⁷ ; déjà deux Etats, hispanophone et lusophone, en font partie tandis que le Cameroun, Etat membre de l'OHADA, est un pays bilingue. Certains pays anglophones, notamment le Ghana, ont manifesté leur intérêt pour l'OHADA. Pour favoriser l'adhésion des Etats non francophones, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA, réunie à Québec le 17 octobre 2008, a procédé à la révision du Traité et introduit une disposition selon laquelle « les langues de travail de l'OHADA sont : le Français, l'Anglais, l'Espagnol et le Portugais »⁴⁸. Désormais, les documents de l'OHADA seront traduits dans ces différentes langues mais en cas de divergence entre les traductions, la version en Français fait foi.

L'accroissement du nombre et la diversité des Etats membres de l'OHADA fera de cette organisation le véritable moteur de l'intégration juridique africaine.

III- L'entrée en vigueur du Traité portant création de l'OHADA :

Aux termes de l'article 52 al. 2 du Traité, celui-ci entre en vigueur soixante (60) jours après la date de dépôt du septième (7^e) instrument de ratification. Les instruments des ratifications et d'adhésion doivent être déposés auprès du gouvernement sénégalais, qui est le gouvernement dépositaire⁴⁹, qui en délivre copie au Secrétariat Permanent. Le Gouvernement dépositaire procédera à l'enregistrement du Traité auprès du Secrétariat de l'Union Africaine et auprès de celui de l'ONU conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies et délivrera une copie enregistrée au Secrétariat Permanent.

Le 18 septembre 1995, le nombre de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur du Traité fut réuni à la suite du dépôt par le Niger de son instrument de ratification⁵⁰ ; le Traité OHADA est ainsi entré en vigueur conformément à son article 52 al.2.

Aucune réserve n'est admise au Traité⁵¹, conclu pour une durée indéterminée ; il ne peut être dénoncé avant dix (10) années à dater de son entrée en vigueur⁵².

En cas d'adhésion d'un nouvel Etat, le Traité lui sera appliqué soixante jours après le dépôt de son instrument d'adhésion⁵³.

Le 17 octobre 2008, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA procède à la révision du « Traité de Port Louis » et précise les conditions dans lesquelles le Traité OHADA peut être révisé à savoir⁵⁴ sur demande d'un Etat partie adressée au Secrétariat Permanent qui la communique au Conseil des Ministres ; celui-ci apprécie la demande et l'étendue de la modification suggérée. La révision ou l'amendement est ensuite adoptée à la diligence du Conseil des Ministres, dans les mêmes conditions que le Traité. Le Traité révisé ou amendé est rédigé en double exemplaires, dans chacune des langues de travail de l'OHADA et déposé aux archives du Gouvernement Sénégalais qui en remet une copie certifiée conforme à chaque Etat membre.

IV- Le choix de la technique d'intégration juridique :

Les expériences d'intégration juridique ont souvent varié entre deux techniques principales : l'harmonisation et l'uniformisation.

1- L'option pour l'uniformisation :

Pour la préparation des instruments juridiques de la nouvelle organisation, il a fallu choisir entre l'uniformisation ou l'harmonisation. Le Pr. Joseph ISSA-SAYEGH⁵⁵ définit ces deux méthodes en ces termes : « l'harmonisation ou coordination... est l'opération consistant à rapprocher les systèmes juridiques d'origine et d'inspiration différentes (voire divergentes) pour les mettre en cohérence entre eux en réduisant ou en supprimant leurs différences et leurs contradictions de façon à atteindre des résultats compatibles entre eux et avec les objectifs communautaires recherchés », tandis que « l'uniformisation ou l'unification du droit est, à priori, une forme plus brutale mais aussi plus radicale d'intégration juridique. Elle consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation unique, identique en tous points pour tous les Etats membres, dans laquelle il n'y a pas de face, en principe, pour des différences ».

A l'occasion du séminaire d'Abidjan, Me Kéba M'BAYE explique, dans son exposé introductif, le choix du Directoire : « ... une convention unifiante peut être applicable sans entraîner l'obligation d'abroger le droit national dès lors que celui-ci ne lui est pas contraire », et « les lois uniformes contiennent des règles substantielles qui doivent être introduites dans chaque Etat pour y être applicables. C'est la technique qui semble rencontrer la faveur des autorités politiques de nos pays... les lois uniformes doivent devenir lois nationales et être aussi complètes que possible afin de ne pas donner lieu à interprétations divergentes »⁵⁶. Analysant le modèle d'intégration choisi, Gaston KENFACK DOUAJNI écrivait que le Traité de l'OHADA « vise à

doter les Etats parties d'un droit uniforme dans chacune des disciplines⁵⁷ » énumérées par l'article 2 dudit Traité. Cette appréciation est également celle de Georges TATY qui écrivait que « les auteurs du Traité... mettaient le cap vers un droit unifié⁵⁸ ». Nonobstant la qualification donnée par ces éminents juristes, l'article 1^{er} du Traité dispose que le « Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires des Etats parties »..., d'une part, et, d'autre part, l'Organisation elle-même, s'appelle « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires » ; enfin, Me Kéba MBAYE, Responsable de la Mission d'Expert puis du Directoire, écrivait : « Finalement, l'option retenue a été l'harmonisation, bien que l'analyse du système actuellement en vigueur au sein de l'OHADA, c'est-à-dire l'adoption par le Conseil des Ministres de la Justice et des Ministres des Finances, d'actes uniformes qui sont immédiatement applicables sur le territoire de chaque Etat partie, soit véritablement une œuvre d'unification⁵⁹ ». A l'examen du contenu des Actes Uniformes déjà adoptés, on est fondé à conclure qu'il s'agit plutôt d'une uniformisation, d'où leur appellation « Actes Uniformes ». Cette unification est réalisée au moyen desdits Actes et par l'institution d'une Cour Commune qui veille à l'application du droit unifié dans tous les Etats membres. Cependant, il s'agit d'une uniformisation inachevée ; en effet chaque Acte Uniforme contient des vides juridiques qu'il revient aux Etats de combler, notamment en ce qui concerne les sanctions pénales. Au terme de ce processus, des disparités apparaîtront, d'une part, on parlera d'une harmonisation juridique, et, d'autre part, l'attractivité juridique de chaque Etat sera appréciée.

2- La préparation et l'adoption des Actes Uniformes⁶⁰ :

1. En novembre 1992, les Ministres de la Justice réunis à Dakar (Sénégal), décident de créer dans chaque Etat membre une Commission Nationale⁶¹ composée de cinq (5) membres et chargée, au niveau national, de contribuer à l'étude des Actes Uniformes. Ces Commissions tiennent leur premier séminaire à Ouagadougou (Burkina Faso) les 14 et 15 mars 1994. Ce séminaire consacre l'adoption d'une méthode de travail commune.

Les Actes Uniformes sont destinés à instaurer une législation commune aux Etats membres pour régir les matières identifiées comme faisant partie du « droit des affaires ». Le Secrétariat Permanent prépare les projets d'Actes Uniformes qu'il propose aux Gouvernements des Etats parties ; ceux-ci disposent d'un délai de quatre-vingt dix (90) jours pour transmettre leurs observations au Secrétariat Permanent. Aux termes de l'article 7 al 2 du Traité révisé, ce délai « peut être prorogé d'une durée équivalente en fonction des circonstances et de la nature du texte à adopter, à la diligence du Secrétariat Permanent ». A l'expiration du délai imparti le Secrétaire Permanent établit un rapport auquel il joint les observations sus - visées et le projet d'Acte Uniforme ; l'ensemble est transmis à la CCJA pour avis. Celle-ci dispose de soixante (60) jours pour émettre son avis. Au terme de ce délai, le Secrétaire Permanent prépare le texte définitif du projet d'Acte Uniforme qu'il propose à l'ordre du jour de la prochaine session du Conseil des Ministres.

Cependant, une procédure non prévue par le Traité est souvent utilisée : en effet, chaque Gouvernement fait examiner le projet par « sa » Commission Nationale qui fait des observations ou propose des amendements qui seront transmis au Secrétariat Permanent. Après réception des observations des Commissions Nationales, le Secrétariat Permanent organise une session desdites Commissions⁶² avant que le projet ne soit transmis à la CCJA pour avis.

Au regard de la procédure⁶³ qui vient d'être décrite, tous les Etats participent à l'élaboration des Actes Uniformes et il est tenu compte des spécificités de chaque Etat membre à travers la prise en compte des observations émises.

Ainsi, bien que cela ne soit pas explicite dans le Traité, trois organes interviennent dans la préparation des Actes Uniformes : le Secrétariat Permanent, les Commissions Nationales (Etats) et la CCJA, avant qu'ils ne soient adoptés par le Conseil des Ministres de l'OHADA.

Cette procédure enlève aux Parlements et aux organes de l'exécutif leur pouvoir législatif et réglementaire car les Actes Uniformes déterminent non seulement les principes généraux mais aussi leurs modalités d'application⁶⁴. Dorénavant, le pouvoir législatif est exercé, dans l'espace OHADA, pour toutes les matières concernées par l'harmonisation, par le Conseil des Ministres de cette Organisation.

2. Pour l'adoption d'un Acte Uniforme les deux tiers (2/3) au moins des Etats membres doivent être présents ou représentés, et l'Acte est valablement adopté à l'unanimité des Etats présents et votants. Il résulte de cette disposition que, d'une part, l'abstention d'un Etat ne fait pas obstacle à l'adoption d'un Acte, car seul le vote négatif y fait obstacle, et, d'autre part, chaque Etat dispose d'une prérogative analogue à un droit de veto pour s'opposer à l'adoption d'un Acte par un vote négatif.

3. Une fois adopté, l'Acte est publié par le Secrétariat Permanent au Journal Officiel de l'OHADA dans les soixante (60) jours de cette adoption. Les Actes Uniformes sont applicables dans les Etats parties, sauf disposition particulière qui pourrait être prévue dans un Acte, quatre vingt dix (90) jours à dater de la publication sus - visée. L'Acte Uniforme doit aussi être publié dans le Journal Officiel de chaque Etat membre ; cette dernière publicité peut être réalisée « par tout autre moyen approprié »⁶⁵, d'une part, et, d'autre part, elle n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur de l'Acte.

4. Les Actes Uniformes peuvent être modifiés à la demande d'un Etat membre ou du Secrétariat Permanent, suivant la procédure prévue aux articles 6 et 9 nouveau du Traité.

Désormais, les Actes Uniformes font partie de l'ordre juridique interne de chaque Etat partie ; les juridictions nationales comme les professionnels du droit doivent tenir compte de cette nouvelle réalité.

V- Caractères des instruments juridiques de l'OHADA :

1- Les dispositions du Traité et celles des Actes Uniformes sont d'ordre public. Toutefois, bien que la plupart des dispositions soient impératives, certains Actes peuvent contenir des dispositions supplétives ou optionnelles⁶⁶.

Lorsqu'un Acte Uniforme est entré en vigueur, il devient directement applicable et obligatoire « nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure »⁶⁷ ; il se substitue aux règles de droit interne. L'applicabilité directe est consacrée par l'article 10 du Traité qui dispose : « les Actes Uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». L'applicabilité directe, les caractères obligatoire et abrogatoire distinguent les Actes Uniformes des Directives européennes dont l'application dépend de la volonté des Etats qui doivent les transposer dans le droit interne ; toutefois, les Actes Uniformes se rapprochent des Règlements européens car ils sont directement applicables dans les Etats membres⁶⁸.

2- Le Traité ainsi que les Actes Uniformes ont un caractère supranational. Cette supranationalité est une manifestation de l'abandon partiel de souveraineté par chaque Etat partie au profit de l'OHADA pour les matières concernées par l'harmonisation⁶⁹. La procédure d'adoption des Actes Uniformes et leurs caractères obligatoire et abrogatoire consacrent aussi la supranationalité des instruments juridiques de l'OHADA.

L'effet abrogatoire et le caractère supranational se trouvent confirmés par un avis rendu par la CCJA et aux termes duquel l'article 10 du Traité contient « une règle de supranationalité, parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire des actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures⁷⁰ ». 3- Si la suprématie du droit communautaire sur les normes nationales de caractère législatif ou réglementaire ne semble pas poser de difficulté, la question est plutôt controversée en ce qui concerne la primauté de ce droit sur les Constitutions des Etats membres. En Europe, la supra constitutionnalité des Traités est loin de faire l'unanimité⁷¹, tandis que dans le cas de l'OHADA⁷², le Traité fondateur semble reconnaître implicitement la supériorité des Constitutions nationales.

Quid des conflits possibles entre une norme de droit communautaire OHADA et une autre norme de droit international ?

Da Cruz Rodrigues propose des critères à prendre en compte pour solutionner les conflits entre normes internationales, en écrivant qu'en « règle générale, ce conflit étant considéré comme équivalent au conflit entre normes de droit interne, il est tranché selon les règles usuelles (*lex superior, lex posterior*, hiérarchie des valeurs, moindre grief, proportionnalité et harmonisation des intérêts en présence) quand on n'aboutit pas à une interprétation qui réussisse à harmoniser les normes⁷³ » ; tandis que Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA⁷⁴ suggèrent « de

tenir compte également du caractère universel ou non de la convention ou du traité, du nombre effectif de signataires et surtout des membres ayant ratifié le traité » ; selon les mêmes auteurs « M. Carreau affirme la supériorité du droit universel sur le droit international régional, de ce dernier sur le droit d'origine bilatérale ainsi que la supériorité de la charte constitutive des organisations internationales sur leurs droits dérivés »⁷⁵.

Enfin, quid des conflits entre normes de droit international communautaire, notamment entre les Actes Uniformes de l'OHADA et les normes de l'UEMOA ?

Dans ce cas, deux hypothèses doivent être distinguées :

- Lorsqu'il s'agit d'un conflit entre un A. U. et une norme UEMOA adoptée sous la forme de Loi Uniforme (par exemple une Directive) par les Parlements nationaux, qui sont des normes de droit interne, « ce sont les Actes Uniformes qui prévaudront en vertu de leur supériorité sur les lois internes »⁷⁶ ;

- Lorsqu'il s'agit de conflits entre normes d'application directe, notamment un Règlement UEMOA et un Acte Uniforme de l'OHADA, on ne peut se satisfaire de ce que ces deux normes semblent, *a priori*, de même niveau, et appliquer soit le critère chronologique, donc la règle *lex posterior derogant priori*, ou le critère de spécialité pour appliquer la règle *specialia generalibus derogant* ou la règle *generalia specialibus non derogant*⁷⁷. Pour solutionner ce conflit, Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA suggèrent la prise en compte de quelques considérations dont il ressort que les A. U. de l'OHADA prévalent : la finalité des organisations communautaires dont les normes sont en conflit, « le nombre d'Etats participant à chaque traité constitutif » et « le mécanisme judiciaire du contrôle de l'application des normes »⁷⁸.

Finalement, dans les deux hypothèses les Actes Uniformes prévalent sur les normes de l'UEMOA.

C- LES INSTITUTIONS DE L'OHADA :

Les différentes institutions de l'OHADA, après la révision du Traité intervenue à Québec le 17 octobre 2008, sont:

- La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement ;
- le Conseil des Ministres ;
- le Secrétariat Permanent ;
- la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ;
- et l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

Le Traité et des Règlements fixent les règles générales qui déterminent l'organisation et le fonctionnement de ces institutions⁷⁹.

A l'occasion de la réunion du Conseil des Ministres de la Justice tenue à N'Djaména (Tchad), le 8 avril 1996, suivie de la réunion conjointe des Ministres de

la Justice et des Ministres des Finances, les sièges des institutions ont été répartis ainsi qu'il suit :

- CCJA : Abidjan (Côte d'Ivoire)
- Secrétariat Permanent : Yaoundé (Cameroun)
- ERSUMA : Porto Novo (Bénin)

Le 26 septembre 1996, les Ministres de la Justice et des Finances, réunis à Paris (France), procèdent à l'attribution des sièges des Institutions et à la nomination des premiers responsables et des membres de la CCJA.

Pour permettre à l'OHADA de privilégier la compétence et l'intégrité dans le choix de ses cadres, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA, réunie à Québec le 17 octobre 2008, a adopté une Déclaration mettant fin aux mesures transitoires définies par les « Arrangements de N'Djaména » distribuant les postes entre certains Etats membres. En outre, l'article 49 du Traité révisé donne plus de précisions que l'article 49 originel quant aux privilèges et immunités diplomatiques dont bénéficient les personnels de l'OHADA. En effet, jouissent de l'immunité diplomatique, non seulement les juges de la CCJA, mais aussi «les fonctionnaires et employés de l'OHADA... ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par (la Cour) ». Toutefois, les immunités et privilèges peuvent être levés par le Conseil des Ministres, selon les circonstances.

I- La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement :

Le « Traité de Port Louis », dans sa version originelle, n'ayant pas prévu de « Conférence des Chefs d'Etat », le Sommet de Québec du 17 octobre 2008 a remédié à cette absence en prévoyant une Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement comme institution suprême de l'OHADA.

La Conférence « est composée des Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats parties. Elle est présidée par le Chef de l'Etat ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des Ministres »⁸⁰.

Elle est compétente pour connaître de toutes les questions relatives au Traité et, à l'instar des autres organisations multinationales, elle se réunit à l'initiative de son Président ou à celle des deux tiers des Etats membres. La Conférence est valablement réunie lorsque les deux tiers des Etats parties sont représentés, et les décisions sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des Etats présents⁸¹.

II- Le Conseil des Ministres :

Le Conseil des Ministres de l'OHADA, comparé aux Conseils des Ministres des autres organisations multinationales, se trouve être original tant par sa composition que par ses attributions.

1- Composition du Conseil des Ministres :

Il est composé des Ministres de la Justice et des Ministres des Finances des Etats membres. Il s'agit là d'une composition originale car en règle générale les Conseils des Ministres des organisations sous-régionales ou régionales sont composés de Ministres d'un même département. Trois raisons peuvent expliquer cette composition conjointe :

- D'abord une raison historique car d'une part, il s'agit des matières judiciaires et, d'autre part, l'idée du projet d'harmonisation est une idée des Ministres de la Justice qui a été reprise par les Ministres des Finances ;

- Ensuite, les domaines relevant du droit des affaires ont surtout une prédominance économique et financière ;

- Enfin et surtout, à notre sens, pour responsabiliser des Ministres des Finances quant au devenir de l'OHADA. En effet, nombre d'organisations ont cessé d'exister par manque de crédits, les Ministres des Finances étant souvent réticents pour effectuer des inscriptions budgétaires et/ou débloquer des crédits pour des contributions aux organisations sous-régionales ou régionales, alors même qu'il existe d'autres urgences ou priorités. Réticence que l'on comprend aisément quand on sait les difficultés financières auxquelles sont confrontés ces Etats.

Au delà de ces considérations, la « mixité » de cette composition peut être révélatrice de la volonté des Chefs d'Etat de faire de cette Organisation un instrument d'intégration techniquement performant et bien conduit. En effet, la présence du Ministre de la Justice est un gage du respect des normes juridiques pour l'élaboration des Actes, tandis que celle du Ministre des Finances est un gage de respect des engagements économiques et financiers, pris par les Etats membres dans le cadre de leur intégration, le tout constituant un ensemble cohérent.

2- Fonctionnement du Conseil des Ministres :

1- La présidence du Conseil est assurée, à tour de rôle et par ordre alphabétique, par chaque Etat membre pour un mandat d'un an. Toutefois, « les Etats adhérents assurent pour la première fois la présidence du Conseil des Ministres dans l'ordre de leur adhésion, après le tour des pays signataires du Traité⁸². Lorsqu'un Etat n'est pas en mesure d'assurer la présidence, quand elle lui revient, il est remplacé par celui qui vient immédiatement après lui suivant l'ordre alphabétique ; lorsque la cause de l'empêchement aura cessé, ledit Etat saisit en temps utile, le Secrétariat Permanent pour décision à prendre par le Conseil des Ministres, relativement à son tour de présidence.

Le Traité OHADA ne mentionne pas lequel du Ministre des Finances ou de celui de la Justice, d'un même Etat, assure la présidence du Conseil. Dans le silence dudit texte il convient de considérer que la présidence est assurée suivant la pratique dans chaque Etat membre ; aussi, le Conseil sera sans doute présidé par l'un ou par l'autre suivant que l'Etat qui en assure la présidence considère la prééminence des aspects juridiques ou celle des aspects économiques ou financiers.

Cependant, il faut admettre qu'il s'agit là d'un débat théorique car en règle générale, s'agissant surtout de questions judiciaires, le Conseil est présidé par le Ministre de la Justice.

2- Le Conseil des Ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son Président à son initiative ou à l'initiative d'un tiers des Etats parties. L'ordre du jour de la réunion est arrêté par le Président du conseil sur proposition du Secrétaire Permanent de l'OHADA.

3- Lorsqu'il est réuni le Conseil délibère valablement lorsque les deux tiers (2/3) des Etats parties sont représentés. Chaque Etat dispose d'une voix et les décisions sont valablement adoptées à la majorité absolue des Etats présents et votants. Toutefois, les décisions relatives à l'adoption des Actes Uniformes sont prises à l'unanimité des Etats présents et votants.

3- Attributions du Conseil des Ministres :

Aux termes de l'article 4 du Traité révisé, « des Règlements pour l'application du présent Traité et des décisions seront pris, chaque fois que de besoin, par le Conseil des Ministres ». Celui-ci est compétent pour :

- Adopter et modifier les Actes Uniformes ;
- Déterminer le domaine du droit des affaires ;
- Arrêter les cotisations annuelles des Etats parties ;
- Adopter le budget de Secrétariat Permanent et de la CCJA ;
- Approuver les comptes annuels de l'OHADA ;
- Nommer le Secrétaire Permanent et le Directeur Général de l'ERSUMA ;
- Elire les membres de la CCJA ;
- Prendre les règlements nécessaires à l'application du Traité ;
- Approuver le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires.

Enfin, le Conseil des Ministres exerce des fonctions administratives et des fonctions législatives. En effet, il est un organe législatif en tant qu'il approuve le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires et adopte les Actes Uniformes aux lieux et place des parlements des Etats parties⁸³.

Dans le cadre de la mise en œuvre de cette mission, le Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté, à ce jour, huit (8) Actes Uniformes⁸⁴ :

- l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du GIE (AU/DSC/GIE), entré en vigueur le 1^{er}/01/1998 ;
- l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général (AU/DCG), entré en vigueur le 1^{er}/01/1998 ;
- l'Acte Uniforme sur le Droit des Sûretés (AU/DS), entré en vigueur le 1^{er}/01/1998 ;
- l'Acte Uniforme sur les Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AU/PSR/VE), entré en vigueur le 10/07/1998 ;

- l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AU/PCAP), entré en vigueur le 1^{er}/01/1999 ;
 - l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage (AU/DA), entré en vigueur conformément à l'article 9 du Traité, le 11 juin 1999 ;
 - l'Acte Uniforme portant Organisation et Harmonisation de la Comptabilité des Entreprises (AU/HCE)⁸⁵, entré en vigueur en deux phases :
 - Les comptes personnels des entreprises : le 1^{er} janvier 2001 ;
 - Les comptes consolidés et les comptes combinés : le 1^{er} janvier 2002.
 - l'Acte Uniforme relatif aux Contrats de Transport de Marchandises par Route (AU/CTMR), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.
- D'autres Actes Uniformes sont en chantier ; il s'agit notamment de l'Acte Uniforme sur le Droit des Contrats et de l'Acte Uniforme sur le Droit du Travail.

III- Le Secrétariat Permanent :

C'est l'organe exécutif de l'OHADA. Le 30 juillet 1997, le Gouvernement Camerounais et l'OHADA signent un Accord de siège en vertu duquel le siège du Secrétariat Permanent est fixé à Yaoundé (Cameroun)⁸⁶.

1- Organisation du Secrétariat Permanent :

Il est dirigé par un Secrétaire Permanent nommé par le Conseil des Ministres pour un mandat de quatre (4) ans renouvelables une fois. Le Secrétaire Permanent est assisté de trois Directeurs chargés des affaires suivantes :

- Affaires juridiques et relations avec les institutions ;
- Finances et comptabilité ;
- Administration générale et Journal Officiel de l'OHADA.

Les Directeurs sont nommés par le Secrétaire Permanent dans les conditions prévues par l'article 40 Alinéa 2 du Traité.

2- Attributions du Secrétaire Permanent :

Le Secrétaire Permanent représente l'OHADA et assiste le Conseil des Ministres ; il a pour principales attributions⁸⁷ :

1- l'évaluation des domaines dans lesquels, l'uniformisation du droit est nécessaire et propose au Conseil des Ministres, pour approbation, le programme annuel d'harmonisation.

Lorsque le Directoire a été mis en place par les Chefs d'Etat, il a d'abord procédé au listing de toutes les matières pouvant être harmonisées⁸⁸. Les matières ainsi retenues font l'objet de l'article 2 du Traité, mais il ne s'agit pas d'une liste figée car l'article 2 dispose que rentrent également dans le domaine du droit des affaires, toutes matières que le Conseil des Ministres décide à l'unanimité d'y inclure conformément à l'objet du Traité. Ainsi, sur proposition du Secrétariat Permanent,

plusieurs autres matières ont été ajoutées par une décision du Conseil des Ministres de l'OHADA du 23 mars 2001⁸⁹ comme faisant partie du domaine du Traité⁹⁰.

Le Directoire a effectué un inventaire exhaustif et comparatif des textes qui existent dans tous les Etats et a mandaté des experts chargés de « rechercher la formulation juridique commune la plus simple, la plus moderne, la mieux adaptée et donc la plus efficace »⁹¹.

Le domaine du droit des affaires ayant été circonscrit, il appartient désormais au Secrétaire Permanent de proposer chaque année un programme d'harmonisation.

2- le Secrétaire Permanent prépare les projets d'Actes Uniformes : à cet effet il coordonne le travail des experts et des autorités participant à l'élaboration des Actes dans chaque Etat partie. Il requiert ensuite l'avis de la CCJA. Après adoption des Actes par le Conseil des Ministres, il assure leur publication au Journal Officiel de l'OHADA.

3- Il coordonne les activités des différents organes de l'OHADA et suit les travaux de l'Organisation.

4- Le Secrétaire Permanent propose au Président du Conseil des Ministres l'ordre du jour du Conseil ; organise l'élection des membres de la CCJA ; assure la tutelle de l'ERSUMA dont il est Président du Conseil d'Administration.

5- Enfin, le Secrétaire Permanent est compétent pour procéder à la nomination de ses collaborateurs.

IV- La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)⁹² :

Deux autres préoccupations animent les Chefs d'Etat comme les opérateurs économiques et les praticiens du droit, il s'agit de l'uniformisation de la jurisprudence des affaires d'une part, et, d'autre part, celle de l'interprétation des Actes Uniformes.

A l'occasion du séminaire d'Abidjan, les 19 et 20 avril 1993, les travaux de l'atelier n°III se sont focalisés sur la question de savoir s'il n'est pas plus adéquat de créer deux juridictions distinctes : l'une pour la fonction juridictionnelle et l'autre pour la fonction d'arbitrage. Les participants ont également émis des inquiétudes quant au coût élevé pour les justiciables⁹³ et ont suggéré de faciliter l'accès à la Cour en organisant des sessions foraines ou encore en déplaçant les juges dans les Cours Suprêmes nationales.

Finalement, face à ces préoccupations, le législateur communautaire a trouvé les réponses adéquates :

- Il est plus conséquent de créer une seule juridiction eu égard aux problèmes financiers auxquels sont confrontés les Etats membres et compte tenu de la rareté du personnel qualifié ;

- La Cour n'interviendrait qu'en lieu et place des Cours Suprêmes ou Cours d'Etat, d'une part, et, d'autre part, la procédure peut être orale ou écrite. Enfin l'article 19 du Règlement de Procédure de la CCJA dispose que la Cour peut se réunir sur le territoire d'un Etat partie, autre que l'Etat du siège.

Pour uniformiser la jurisprudence la solution consiste désormais à soumettre tout différend relatif à l'application des Actes d'abord aux juridictions nationales du premier et second degrés puis à la censure d'une juridiction supérieure commune à tous les Etats membres. En outre, pour uniformiser l'interprétation des Actes Uniformes, cette interprétation est désormais confiée à la juridiction commune.

Enfin, le souci de vulgarisation de l'utilisation de l'arbitrage pour le règlement des différends commerciaux, associé à la volonté de promouvoir une nouvelle conception de l'arbitrage, qui ne doit plus être perçu comme une défiance au magistrat, amènent le législateur communautaire à faire intervenir la juridiction communautaire dans le processus de la décision arbitrale.

En considération de tout ce qui précède, le Conseil des Ministres réuni à N'Djaména (Tchad) le 18 avril 1996, adopte les textes suivants:

- Le Règlement de Procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ;

- Les statuts de la CCJA ;

- Le Règlement de Procédure d'Arbitrage.

La Cour est officiellement installée à Abidjan, lieu de situation de son siège⁹⁴, et devient rapidement opérationnelle⁹⁵. Appréciant la pertinence de la création de la CCJA, le Pr Gilles CISTAC écrit : « L'attractivité du système OHADA procède largement de la confiance en une instance judiciaire supranationale, à l'abri de l'incompétence, de la corruption, des pressions politiques et du trafic d'influence. Ainsi, la création d'une juridiction supranationale contribue à promouvoir la sécurité judiciaire⁹⁶ ».

1- Composition de la CCJA :

La CCJA est composée de neuf (9) juges⁹⁷ ; « toutefois le Conseil des Ministres peut, compte tenu des nécessités de service et des possibilités financières, fixer un nombre de juges supérieur (...) »⁹⁸.

Les juges sont élus au scrutin secret par le Conseil des Ministres pour un mandat de sept (7) ans non renouvelable. Aux fins d'élection desdits juges le Secrétaire Permanent invite chaque Etat à présenter ses candidats à la Cour, au moins quatre (4) mois avant la date des élections. Toutefois, chaque Etat ne peut présenter que deux (2) candidats, au plus. En outre, ne peuvent être présentées que les personnalités énumérées par l'article 31 du Traité, à savoir⁹⁹ :

- Les Magistrats ayant au moins quinze (15) ans d'expérience professionnelle et « réunissant les conditions requises pour l'exercice dans leurs pays respectifs de hautes fonctions judiciaires »¹⁰⁰ ;

- Les Avocats inscrits au Barreau de l'un des l'Etats parties et ayant au moins quinze (15) ans d'expérience professionnelle ;

- Et les Professeurs de Droit ayant au moins quinze (15) ans d'expérience professionnelle.

Le tiers des juges de la CCJA doit appartenir aux catégories d'Avocats et de Professeurs de droit.

Après réception des candidatures, le Secrétaire Permanent dresse la liste de tous les candidats par ordre alphabétique, et communique ladite liste à tous les Etats membres au moins un (1) mois avant des élections¹⁰¹ ; pour procéder à celles-ci le Conseil des Ministres tient compte de ce que la Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant par Etat partie¹⁰².

Une fois élus, les membres de la CCJA jouissent des privilèges et immunités diplomatiques ; ils sont inamovibles et ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative. Toutefois, ils peuvent exercer des activités rémunérées après en avoir été autorisés par la Cour.

En cas de vacance d'un siège, pour décès ou démission d'un magistrat, il est procédé à son remplacement suivant la procédure de renouvellement¹⁰³.

Enfin les membres de la Cour sont renouvelés par septième (7^e) chaque année.

Les membres de la Cour élisent en leur sein un Président et deux (2) Vice - Présidents pour un mandat de trois (3) ans et six (6) mois non renouvelables¹⁰⁴.

Le Président de la Cour nomme le Greffier en Chef de la Cour après avis de celle-ci, parmi des candidats présentés par les Etats membres et ayant exercé leur fonction pendant au moins quinze (15) ans. Le Greffier en Chef assure le Secrétariat de la Cour.

Enfin, « après avis de la Cour, le Président nomme également le Secrétaire Général chargé d'assister celle-ci dans l'exercice de ses attributions d'administration de l'arbitrage, selon les critères définis par le règlement du Conseil des Ministres »¹⁰⁵.

Le Greffier en Chef et le Secrétaire Général, selon le cas, peuvent proposer au Président les candidats aux autres emplois de la Cour¹⁰⁶.

2- Compétences de la CCJA :

L'article 14 al 1 du Traité révisé dispose que la CCJA « assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions ».

L'examen de ses attributions révèle que la CCJA est investie de pouvoirs juridictionnels et consultatifs et intervient dans les procédures d'arbitrage.

a- Les fonctions judiciaires¹⁰⁷ :

Elles sont à la fois contentieuses et consultatives.

a1- Les fonctions contentieuses de la CCJA :

1- La CCJA est juge de cassation pour tout différend relatif au droit uniforme. Les juridictions nationales connaissent, en première instance et en appel, des différends relatifs à l'application des Actes Uniformes.

La Cour est saisie par voie de recours en cassation des arrêts d'appel des juridictions nationales « à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales¹⁰⁸ ». Elle est saisie « soit directement par une des parties à l'instance soit sur renvoi d'une juridiction nationale¹⁰⁹ ». Cette saisine suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale à l'exception des procédures d'exécution.

La CCJA peut également être saisie par le Gouvernement d'un Etat, partie ou par le Conseil des Ministres de l'OHADA.

S'agissant des modalités de la saisine de la CCJA, un auteur écrivait : « c'est par le mécanisme de la question préjudicielle que les juridictions nationales devraient interroger la Cour¹¹⁰ ».

L'obligation faite aux parties de se pouvoir en cassation devant la CCJA, et non devant une juridiction nationale, quand il s'agit des questions impliquant l'application des Actes Uniformes, entraîne un abandon partiel de souveraineté par les Etats parties au profit de l'OHADA ; cette obligation entraîne aussi une conséquence heureuse à savoir l'uniformisation de la jurisprudence. A cet égard T.G. de LAFOND écrivait : « un droit uniforme appelle une jurisprudence uniforme¹¹¹ ». La CCJA assure également l'harmonisation de l'interprétation des Actes Uniformes comme signalé ci-dessous, en matière consultative.

2- La procédure devant la CCJA est contradictoire et essentiellement écrite ; les audiences sont publiques et le ministère d'un Avocat est obligatoire. Lorsque la Cour est saisie, « le Président désigne un juge rapporteur chargé de suivre l'instruction de l'affaire et de faire rapport à la Cour¹¹² ».

Pour le règlement du différend il peut être procédé soit suivant une procédure écrite, soit suivant une procédure orale¹¹³.

Lorsqu'elle prononce la cassation la Cour évoque l'affaire et statue sur le fond sans renvoi à une juridiction nationale du fond ; dès lors elle constitue un degré de juridiction : s'agit-il alors d'un troisième (3^e) degré de juridiction¹¹⁴ ? On est tenté de répondre par l'affirmative. Ce droit d'évocation permet un gain de temps aux parties qui n'auront plus besoin de retourner devant une Cour d'Appel national pour rejurer l'affaire.

3- Les Arrêts de la CCJA jouissent de l'autorité de la chose jugée et de la force obligatoire à dater de leur prononcé. Ils sont susceptibles d'exécution forcée sur le territoire de chaque Etat partie suivant les règles de procédure civile applicables dans l'Etat concerné. Ainsi, les arrêts de la CCJA sont assimilés aux décisions des juridictions nationales avec toutes les conséquences liées à cette assimilation.

Dans chaque Etat partie la formule exécutoire est apposée sur les Arrêts de la CCJA, après contrôle de l'authenticité du titre, par une autorité désignée par le Gouvernement de l'Etat concerné¹¹⁵.

4- Toutefois, des voies de recours extraordinaires peuvent être exercées contre les Arrêts de la CCJA ; il s'agit de la tierce-opposition, de la demande d'interprétation du dispositif de l'arrêt ou encore de la demande en révision d'un Arrêt¹¹⁶.

a2- Les fonctions consultatives de la CCJA :

L'article 14 al.2 du Traité pose le principe du rôle consultatif de la Cour. A cet égard, la CCJA est compétente pour :

- donner un avis sur les projets d'Actes Uniformes avant leur présentation au Conseil des Ministres ;
- Interpréter et veiller à l'application des Actes Uniformes dans les Etats parties ;
- Interpréter le Traité, les Règlements pris pour son application, et les Actes Uniformes ;
- Rendre des avis consultatifs à la demande des Etats, du Conseil des Ministres ou des juridictions nationales.

Les articles 53 et suivants du Règlement de Procédure déterminent les modalités d'exercice de ce rôle. En vertu de ces dispositions :

1- La Cour peut être consultée par tout Etat partie ou par le Conseil des Ministres sur les questions relatives à l'interprétation et à l'application du Traité, des Règlements pris pour son application, et des Actes Uniformes.

La demande d'avis est formulée sous forme de requête écrite adressée à la CCJA accompagnée, le cas échéant, de tout document pouvant aider à clarifier le problème à régler ; ce dernier doit faire l'objet d'une présentation précise. Le Greffier en Chef notifie cette demande aux Etats membres et requiert leurs observations dans les délais fixés par le Président de la Cour. La réponse de chaque Etat est communiquée aux Etats ayant répondu ainsi qu'au demandeur, et mise en discussion entre le demandeur et les auteurs des observations pendant un délai fixé par le Président. Au terme de ce délai le Président décide s'il y a lieu à audience.

2- Elle peut également être consultée par les juridictions nationales saisies d'un contentieux relatif à l'application du droit harmonisé.

La demande est transmise, par la juridiction concernée, à la CCJA, avec précision de la question sur laquelle l'avis de la Cour est sollicité. Il doit être joint à cette demande tout document pouvant servir à élucider la question. Le Greffier en Chef notifie la demande aux parties en litige et aux Etats membres et requiert leurs observations ; ensuite il est procédé comme dans le cas de demande d'avis émanant d'un Etat ou du Conseil des Ministres.

3- Lorsque la Cour rend son avis, celui-ci contient les mentions ci-après :

- « l'indication qu'il est rendu par la Cour ;
- la date du prononcé ;
- les noms des juges qui y ont pris part, ainsi que celui du Greffier ;
- les motifs ;
- la réponse à la question posée à la Cour »¹¹⁷.

Cette procédure permet une uniformisation de l'interprétation du droit harmonisé. Elle présente l'avantage d'impliquer non seulement les parties demanderesses, mais aussi les Etats. Ainsi, l'interprétation donnée, in fine, est le produit d'un consensus

résultant des avis donnés par tous les intervenants ; dès lors, son acceptation, par tous, ne posera pas de difficultés majeures.

Dans l'exercice de ses activités contentieuses et consultatives, la CCJA a rendu, à fin juin 2003, 40 décisions judiciaires et 14 avis consultatifs¹¹⁸. De 1998 au 19 août 2003, elle a reçu cent soixante deux (162) pourvois et sur l'ensemble des requêtes elle a rendu quarante quatre (44) arrêts et sept (7) ordonnances ; elle a également rendu seize (16) avis suite à des consultations par les Gouvernements des Etats parties.

b- Le rôle de la CCJA dans une procédure d'arbitrage¹¹⁹ :

Bien que certains pays africains francophones¹²⁰ disposent de centres d'arbitrage cette procédure n'est pas vulgarisée sur le continent. Dans le Préambule du « Traité de Port Louis » on peut lire que les Etats signataires sont « désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ». Pour ce faire, le Conseil des Ministres de l'OHADA, réuni à Ouagadougou (Burkina Faso) le 11 mars 1999, adopte l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage (AU/DA) et le Règlement d'Arbitrage (RA) de la CCJA.

La CCJA n'ayant pas le monopole de l'arbitrage, il faudra distinguer selon qu'il s'agit d'une procédure d'arbitrage institutionnel ou d'une procédure d'arbitrage ad hoc ; il revient aux parties, au moment de la rédaction de la clause compromissoire, de choisir l'une ou l'autre procédure¹²¹.

b1- L'arbitrage institutionnel :

Il s'agit de l'arbitrage organisé par la CCJA qui joue, pour la circonstance, le rôle d'un centre d'arbitrage. La CCJA « accompagne », contrôle la procédure qui se déroule devant l'instance arbitrale ; elle administre la procédure d'arbitrage conformément au Traité et au Règlement d'Arbitrage (RA).

1- Lorsqu'une partie (personne physique ou morale, de droit public ou de droit privé) à un contrat est domiciliée dans un Etat membre de l'OHADA, ou y réside habituellement, ou lorsque le contrat en cause doit être exécuté, en totalité ou en partie, sur le territoire d'un Etat partie, les contractants peuvent décider, par une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage, de soumettre tout litige qui naîtrait de l'exécution dudit contrat, à la procédure d'arbitrage, cela même si une instance est engagée devant une autre juridiction¹²².

2- La CCJA n'aura pas pour mission de régler le différend, mais elle suit le déroulement de l'instance, elle nomme ou confirme le ou les arbitres. Au terme de la procédure elle apprécie le projet de sentence arbitrale.

3- Deux aspects nous semblent essentiels en ce qui concerne le rôle administratif ainsi dévolu à la Cour : la nomination ou la confirmation des arbitres¹²³, et l'appréciation de la sentence arbitrale.

- En vue de solutionner le différend, les parties peuvent désigner un arbitre unique ou trois (3) arbitres qui seront confirmés par le CCJA. Celle-ci intervient aussi dans la nomination des arbitres lorsque :

- Les parties ont convenu de désigner un arbitre unique et à défaut d'entente entre elles, sur la personne de l'arbitre, dans un délai de trente (30) jours à dater du jour de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre est nommé par la CCJA.

- Les parties ont convenu que le litige sera tranché par trois (3) arbitres : chaque partie en désigne un et le troisième, qui assurera la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties n'aient convenu qu'il sera désigné par les deux (2) autres. Dans ce dernier cas la Cour confirme cette nomination. Toutefois, à défaut d'entente entre les deux (2) arbitres sur la personne du troisième, et à l'expiration d'un délai qui leur est imparti soit par les parties, soit par la Cour, le troisième (3^e) arbitre est nommé par la CCJA.

- Les parties n'ont pas fixé le nombre des arbitres d'un commun accord : la Cour nomme un arbitre unique, sauf si l'importance de l'affaire semble justifier la nomination de trois (3) arbitres. Dans ce dernier cas un délai de quinze (15) jours est accordé aux parties pour procéder à leur nomination.

- Les parties doivent présenter à la Cour des propositions conjointes pour la désignation d'un arbitre ; lorsqu'elles ne s'accordent pas dans les délais impartis, la CCJA peut nommer la totalité du tribunal arbitral.

- Enfin, la CCJA statue également sur les récusations d'arbitres¹²⁴.

4- Le ou les arbitres ne peuvent signer une sentence arbitrale qu'après avoir recueilli l'avis de la CCJA à laquelle le projet doit être présenté. Toutefois, ne sont soumis à l'examen de la Cour, avant leur signature, que « les projets de sentences sur la compétence, de sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties, et de sentences définitives...¹²⁵ » ; les autres projets ne sont transmis à la Cour que pour information.

Outre qu'elle peut proposer « des modifications de pure forme », la Cour donne aussi à l'arbitre « les indications nécessaires à la liquidation des frais d'arbitrage »¹²⁶, et notamment fixe le montant des honoraires de l'arbitre¹²⁷.

5- Les sentences arbitrales bénéficient de l'autorité de la chose jugée et sont susceptibles d'exécution forcée sur le territoire de chaque Etat partie, en vertu d'une décision d'exequatur donnée par la CCJA¹²⁸. L'exequatur ne peut être refusée que dans quatre (4) cas :

- lorsque l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur la base d'une convention nulle ;

- lorsqu'il a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ;

- lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;

- enfin, lorsque la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public.

Dans ces quatre cas l'opposition à exequatur est ouverte. Ainsi l'exequatur n'est pas accordée lorsque la CCJA est saisie d'une requête en contestation de validité de la sentence arbitrale.

6- Il résulte des termes de l'article 25 al. 1 du Traité, que les sentences arbitrales bénéficient d'une reconnaissance de plein droit dans les Etats parties, d'une part, et, d'autre part, ayant l'autorité définitive de chose jugée, elles ne peuvent faire l'objet ni d'opposition ni d'appel et l'Acte Uniforme exclut le pourvoi en cassation. Toutefois, les sentences arbitrales sont susceptibles :

- d'un recours en annulation dans les cas prévus par l'article 26 de l'AU/DA, porté devant le juge compétent de l'Etat dans lequel la sentence a été rendue ; l'arrêt rendu par cette dernière juridiction, qui est souvent une Cour d'Appel, est passible d'un pourvoi en cassation devant la CCJA ;

- d'un recours en révision devant le tribunal arbitral ;

- et d'une tierce opposition devant le tribunal arbitral.

Dans le cadre de l'exercice de cette fonction, la CCJA a enregistré, au 19 août 2003, six (6) affaires et rendu deux (2) décisions de rejet, tandis que quatre (4) affaires étaient en cours à cette date.

b2- L'Arbitrage ad hoc :

Il est régi par l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage (AU/DA) ; toutefois, quand elles peuvent déroger aux dispositions dudit Acte, il est loisible aux parties de déterminer la procédure¹²⁹.

V- L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) :

Pour remédier au faible niveau de spécialisation des magistrats, ainsi qu'à l'absence de système de formation continue et à l'insuffisance de formation juridique, entre autres motivations, les parties contractantes ont décidé de créer une école pour la formation et le perfectionnement des Magistrats et Auxiliaires de justice. C'est pour répondre à ces soucis que l'ERSUMA a été créée le 17 octobre 1993 et son siège est fixé à Porto-Novo (Bénin)¹³⁰.

L'article 41 al 1^{er} du Traité révisé dispose : « il est institué un établissement de formation, de perfectionnement et de recherche en droit des affaires dénommé Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) ».

L'ERSUMA est rattachée au Secrétariat Permanent et le Statut qui la régit a été adopté par le Conseil des Ministres réuni à Bamako (Mali) les 2 et 3 octobre 1995 ; il détermine son organisation, son fonctionnement, ses ressources et les prestations qu'elle offre.

Les organes de l'ERSUMA sont : le Conseil des Ministres, le Conseil d'Administration, le Conseil d'établissement et la Direction (qui comprend la Direction Générale, la Direction des Etudes et des Stages et la Direction des Affaires Administratives et Financières)¹³¹.

Justifiant la création de l'Ecole communautaire, le Directeur Général de l'ERSUMA déclarait à l'occasion du séminaire de sensibilisation au droit harmonisé tenu à Niamey (Niger) les 9 et 10 juin 1998 : « On ne peut pas réussir l'harmonisation du droit des affaires si l'on ne forme pas des hommes capables de connaître ce droit, de le faire connaître, de le comprendre, et de l'appliquer de manière efficace et uniforme dans l'ensemble de l'espace communautaire OHADA¹³² ». Outre cette mission de formation – perfectionnement, l'ERSUMA est aussi un centre de documentation en matière juridique et judiciaire, chargé de la promotion et du développement de la recherche en droit africain, d'œuvrer à l'harmonisation du droit et de la jurisprudence en relation avec la juridiction communautaire et les juridictions nationales, et d'assurer toute mission qui lui serait confiée par le Conseil des Ministres ou son Conseil d'Administration.

D- LE FINANCEMENT DE L'OHADA :

La rapidité avec laquelle le processus de création de l'OHADA et l'élaboration du droit harmonisé, ont été menés témoigne de la volonté des Etats parties de mener à bien cette entreprise. Compte tenu des espoirs placés en elle, tant par les Gouvernements que par les opérateurs économiques pour occuper une position confortable dans les circuits du commerce international, cette entreprise ne doit pas subir le même sort que plusieurs autres initiatives qui ont fini par s'évanouir par manque de moyens de fonctionnement, notamment les moyens financiers. A cet égard, l'article 43 du Traité énumère les ressources de l'OHADA ; mais cette énumération est semblable à celle des ressources des autres organisations sous-régionales ou régionales. Ces sources de financement ont donné la preuve de leur faible fiabilité.

C'est pour faire face à cette délicate question que le Conseil des Ministres a approuvé un mode original de financement de l'OHADA en recourant à la création d'un Fonds de Capitalisation d'un montant de douze (12) milliards de F CFA. Le projet OHADA étant conçu pour douze (12) ans, ces fonds sont destinés à couvrir les dépenses de fonctionnement des institutions de l'OHADA pendant une dizaine d'années. Le Fonds de Capitalisation est provisionné comme suit : chaque Etat membre contribue au capital pour un montant de trois cent soixante quinze millions (375 000 000) F CFA, soit un total de six (6) milliards. Les autres six (6) milliards de francs CFA ont été financés par les partenaires extérieurs.

La réunion du Conseil des Ministres (CM) de l'OHADA, tenue à Dakar (Sénégal), le 5 février 1997, décide de confier la gestion des ressources financières de l'OHADA au PNUD.

A l'occasion du séminaire de Niamey (Niger) du 9 et 10 juin 1998, le Directeur Général de l'ERSUMA donnait quelques précisions quant aux besoins de financement des institutions de l'OHADA en déclarant : « ...le montant total des besoins de financement de l'ERSUMA pour la durée du projet (12 ans) est de 3

milliards F CFA pour le fonctionnement (contre 7,7 milliards pour la CCJA et 2,1 milliards pour le Secrétariat Permanent de l'OHADA). Il est de 11 milliards F CFA pour le programme d'activités (contre 1 milliard pour la CCJA et 1 milliard pour le Secrétariat Permanent) »¹³³. Pour faire face aux besoins de financement de la nouvelle organisation, une Table Ronde des Bailleurs de Fonds a été organisée à Genève les 29 et 30 avril 1997 sous l'égide du PNUD. Elle a enregistré plusieurs annonces de contributions :

- France : 4 milliards F CFA dont 2 milliards versés le 17/01/1998 ;
- Japon : 500 000 £ U.S. ;
- Belgique : 1 000 000 \$ U.S.
- Union Européenne : 1 milliard F CFA pour le financement d'activités spécifiques des institutions de l'OHADA ;
- PNUD : 1 000 000 \$ U.S. pour l'assistance technique aux institutions de l'OHADA.

Soit un montant total d'environ 6,5 milliards F CFA¹³⁴.

Les fonds ainsi réunis ont servi au lancement des activités de la nouvelle Organisation ; mais ils sont arrivés à épuisement en 2004. Aussi, pour ne pas pénaliser lesdites activités et pour assurer à l'Organisation des ressources sûres et régulières, le Conseil Extraordinaire des Ministres des Finances et de la Justice de l'OHADA, réuni à Libreville (Gabon) les 17 et 18 octobre 2003 à l'occasion du 10^{ème} anniversaire du Traité OHADA, a décidé d'instituer une taxe constituée par un prélèvement direct au cordon douanier de chaque Etat membre, taxe dite « Prélèvement OHADA » dont le montant est fixé à 0,05 % du montant des importations de produits originaires de pays tiers mis à la consommation dans les Etats membres. Les Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA, réunis à Québec le 17 octobre 2008, ont adopté la déclaration dont la teneur suit : « Les ministres chargés des finances des Etats membres de l'OHADA ont mandat de prendre toutes les dispositions utiles pour l'application effective du mécanisme de financement autonome de l'OHADA découlant du Règlement no 002/2003/CM du 18 octobre 2003 relatif au mécanisme de financement autonome de l'OHADA et ce, à compter du 1^{er} janvier 2009 ».

Ce nouveau mécanisme de financement permet de doter l'OHADA de ressources plus sûres que celles qui dépendent des cotisations des Etats parties.

CONCLUSION

Depuis le 17 octobre 1993 une nouvelle organisation africaine est née ; elle s'est attelée à l'unification du droit des affaires dans les Etats membres. A cet effet, plusieurs Actes Uniformes ont été adoptés et sont entrés en vigueur, d'autres le seront, sans doute, dans les mois à venir. Ce nouvel ensemble de règles constitue un droit des activités économiques qui fait désormais partie du corpus juridique de

chacun des Etats membres. Il appartient désormais aux praticiens du droit (les Magistrats comme les Avocats ou les Notaires) et aux opérateurs économiques de rendre effective l'intégration juridique du droit des affaires dans l'espace OHADA. Il appartient également aux Etats de veiller à l'application effective du nouveau droit des affaires.

Comme l'écrivait G.TATY¹³⁵, pour assurer l'efficacité du Traité un certain nombre de mesures semblent nécessaires ; il s'agit notamment de :

1- La mise en place d'une commission d'harmonisation dans chaque Etat partie. A cet égard, la commission mise en place au Niger est une commission ad - hoc, dont le rôle consiste essentiellement à apprécier les projets d'Actes Uniformes qui lui sont soumis ; dès lors elle nous semble mal indiquée pour la diffusion du nouveau droit.

2- La maîtrise de l'environnement juridique régional grâce à un enseignement adapté. Il s'agit là d'une des mesures les plus efficaces pour assurer la diffusion du droit harmonisé. A cet effet, aussi bien dans les Ecoles professionnelles que dans les Universités, les programmes du droit devront être révisés et le contenu des cours doit être axé sur le droit harmonisé. Les responsables desdits établissements doivent veiller à l'adaptation effective des programmes et cours faute de quoi ils dispenseraient un enseignement dont le contenu n'est plus adapté. Pour l'harmonisation des programmes d'enseignement, l'ERSUMA pourrait jouer un rôle important.

3- La mise en place dans chaque Etat, d'associations regroupant des professionnels du droit. A cet égard, des associations et/ou clubs OHADA ont été créés dans la plupart des Etats parties et dans des Etats tiers. Il est essentiel que ces clubs soient opérationnels afin d'organiser ou d'encadrer la diffusion du droit harmonisé. Ces clubs ou associations doivent réunir aussi bien des praticiens du droit que des opérateurs économiques, d'une part, ils doivent être des centres de débats sur toutes les questions touchant au droit des affaires, d'autre part.

4- La création dans chaque Ministère de la Justice, dans les Etats parties, d'un service des affaires internationales, dont le rôle sera, entre autres, le suivi de l'élaboration et de l'application du droit harmonisé.

5- Pour faciliter la réception du droit communautaire et sa cohérence avec le droit interne, l'implication des seules commissions ad - hoc nationales ne nous paraît pas suffisante. En effet, il est souhaitable que les Assemblées Nationales et les Chambres de Commerce, soient étroitement associées à l'élaboration des textes.

6- Enfin, les Magistrats devront désormais fonder toutes leurs décisions relatives au droit des affaires, sur le droit harmonisé, d'une part, et, d'autre part, les Avocats devront tirer leurs arguments dudit droit pour assurer la défense de leurs clients.

Cet ensemble de mesures concerne essentiellement la diffusion du droit harmonisé aux plans interne et régional ; ces mesures peuvent être complétées par d'autres actions qui offriront l'avantage de faire connaître ce droit tant dans l'espace OHADA que sur le plan international. Il s'agit notamment :

1- du rôle que jouent les juristes par la publication d'articles dans la presse spécialisée. Ainsi se constituera une doctrine du droit des affaires de l'OHADA qui facilitera sa connaissance par tous, investisseurs et professionnels du droit ;

2- du rôle que joue l'Association par l'Unification du Droit en Afrique (UNIDA)¹³⁶ par la publication et la diffusion du droit uniforme. Il faudra saluer le rôle déterminant que joue cette association pour faire connaître le nouveau droit des affaires en Afrique et pour mobiliser les fonds privés à cet effet¹³⁷.

Finalement, s'il est vrai que les Actes Uniformes permettent de solutionner, en partie, le problème de l'éparpillement du droit des affaires dans chacun des Etats membres de l'OHADA, il est tout aussi vrai que cet éparpillement demeure encore une réalité. En effet, dans chacun des Etats parties, les Actes Uniformes ne sont pas les seuls textes applicables au droit des affaires ; il existe divers autres textes de droit interne¹³⁸ dont les dispositions ne sont pas incompatibles avec celles des Actes Uniformes, d'une part, et, d'autre part, sont également applicables les textes relatifs aux sanctions pénales en particulier. Enfin chacun desdits Etats a souscrit à des conventions régionales et/ou internationales qui concernent les matières du droit des affaires.

En considération de ce qui précède chaque Etat partie, outre qu'il devra légiférer pour combler les vides juridiques, doit envisager l'élaboration d'un recueil des textes applicables au droit des affaires. Ce recueil constituera un outil précieux pour les professionnels du droit et les opérateurs économiques ; il contiendrait l'ensemble des textes applicables à la matière. Alors sera résolu le problème de l'éparpillement des textes ; la codification permettra de régler le problème de la connaissance de la règle de droit applicable en cas de litige.

SIGLES ET ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
A.U.	Actes Uniformes
AU/DA	Acte Uniforme sur le Droit de l'Arbitrage
AU/DSC/GIE	Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du GIE
AU/DCG	Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général
AU/DS	Acte Uniforme relatif au Droit des Sûretés
AU/PCAP	Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif
AU/PSR/VE	Acte Uniforme sur les Procédures Simplifiées de Recouvrement et les Voies d'Exécution
BAD	Banque Africaine de Développement
BAMREL	Bureau Africain et Mauricien de Recherches et d'Etudes législatives

CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CEA	Communauté Economique Africaine
CEAO	Communauté Economique de l'Afrique de l'Ouest
CEDEAO	Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CEE	Communauté Economique Européenne
CEMAC	Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale
CER	Communauté Economique Régionale
CIMA	Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances
CIPRES	Conférence Interafricaine de Prévoyance Sociale
C.M	Conseil des Ministres
ERSUMA	Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
F CFA	Franc de la Communauté Financière Africaine
GEPGL	Communauté Economique des Pays des Grands Lacs
GIE	Groupement d'Intérêt Economique
G.P	Gazette du Palais
JAÉ	Jeune Afrique Economie
J.O.R.N.	Journal Officiel de la République du Niger
OCAM	Organisation Commune Africaine et Malgache
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PAL	Plan d'Action de Lagos
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
PRN	Présidence de la République du Niger
RA	Règlement d'Arbitrage
R.C.A.	République Centre Africaine
Rev.	Revue
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
U.A.M.	Union Africaine et Mauricienne
U.E.	Union Européenne
UEMOA	Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest.
UDEAC	Union Economique et Douanière de l'Afrique Centrale
U.M.A	Union du Maghreb Arabe
UNIDA	Association pour l'Unification du Droit en Afrique
ZLE	Zone de Libre Echange

* ALHOUSSEINI MOULOUL, profesor la Universitatea Niamey din Niger, ambasador al Republicii Niger în Egipt ; mouloul@hotmail.com

¹ Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original », La Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 1 – 5.

² Joseph ISSA-SAYEGH, Jacqueline LOHOUES-OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, Ed. BRUYLANT – JURISCOPE, 2002, p. 5 et 6.

- ³ L'UMA ; la CEDEAO et l'UEMOA pour l'Afrique de l'Ouest ; la GEPGL et la CEMAC pour l'Afrique Centrale, etc.
- ⁴ Droit du Travail, droit des assurances, droit bancaire, droit de la propriété intellectuelle, etc.
- ⁵ Sur ce processus, voir Alhousseini MOULOUL, Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger, Thèse de Doctorat (Université de Paris I Panthéon – Sorbonne), LGDJ – EJA, mars 2005, pp. 13 – 20.
- ⁶ Voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 87, note n° 7.
- ⁷ Voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 87, notes 4 et 5.
- ⁸ Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », La Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément n° 5, pp 5 – 11.
- ⁹ In synthèse des travaux du séminaire sur l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats africains de la zone franc. P. 14 et 15. Abidjan du 19 au 20/04/1993 ; à propos de la nécessité de l'harmonisation, voir aussi : Joseph ISSA SAYEGH "l'intégration juridique des Etats africains de la Zone Franc", Revue Penant n°823 Janvier –Avril 1997, p. 5 et suiv.
- ¹⁰ In synthèse des travaux du séminaire d'Abidjan, p. 18.
- ¹¹ M. Kirsch « Historique de l'OHADA », Revue Penant n° spécial OHADA n° 827 mai – Août 1998 pp. 129.
- ¹² Sur la législation applicable au droit des affaires dans les Etats africains francophones au moment des indépendances, voir : Georges MEISSONNIER et Jean Claude GAUTRON, « Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés » RJPIC 1976 n° 3 pp. 331.
- ¹³ Philippe TGER, Que sais-je ? « Le droit des affaires en Afrique – OHADA ». Ed. PUF, nov. 1999 P. 2.
- ¹⁴ Philippe TIGER, op. cit. p. 24.
- ¹⁵ Le Sahel, n° 5565 du Mercredi 10/06/1998 p.2.
- ¹⁶ V. Kéba MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », op cit.
- ¹⁷ Voir M. KIRSCH, supra p. 1.
- ¹⁸ Avant l'entrée en vigueur des Actes Uniformes.
- ¹⁹ Dans ce sens voir E. CEREXHE, op. cit. p. 45
- ²⁰ Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA – Un droit très important et original », op cit.
- ²¹ Gilles CISTAC, « L'intégration juridique dans « tous » ses états : SADC et OHADA », op cit.
- ²² François GAULME, « L'intégration régionale dans le cadre de la Zone Franc : un mouvement prometteur », Marchés tropicaux du 15/11/1991.
- ²³ Voir Alhousseini MOULOUL, « L'intégration juridique des Etats de la SADC et les perspectives d'adoption du droit des affaires de l'OHADA pour l'assainissement de l'environnement juridique des affaires », Actes de la « Première Conférence internationale sur les questions de l'intégration régionale et le droit de la SADC », Université Eduardo Mondlane du Mozambique, Maputo du 23 au 25 avril 2008 ; Adde Gilles CISTAC,

- « L'intégration régionale dans « tous » ses états : SADC et OHADA », Actes de la « Conférence internationale sur l'harmonisation du droit commercial et ses avantages sur les investissements Chinois en Afrique », Université de Macao, Faculté de Droit, Macao le 27 novembre 2007.
- ²⁴ Afrique Australe, Afrique Centrale, Afrique de l'Est, Afrique du Nord et Afrique de l'Ouest.
- ²⁵ Pr. Joseph ISSA-SAYEGH « L'intégration juridique des Etats Africains de la zone franc », Revue PENANT n° 823 Janvier – Avril 1997 pp. 5.
- ²⁶ E. CEREXHE, "Problématique de l'entreprise et de l'harmonisation du droit des sociétés", RJPIC. 1978 n°1
- ²⁷ Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA – Un droit très important et original », La Semaine Juridique, no 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 1 – 5. Adde Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA- Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 86.
- ²⁸ Gilles CISTAC, « L'intégration juridique dans « tous » ses états : SADC et OHADA », Actes de la Conférence Internationale sur « L'harmonisation du droit commercial et ses avantages sur les investissements Chinois en Afrique », Université de Macao, Faculté de droit, le 27 novembre 2007.
- ²⁹ Yves GUYON, « Conclusion », in Petites Affiches no205 du 13 octobre 2004, pp 59-63.
- ³⁰ Voir Philippe TIGER, Que sais-je ? Le droit des affaires en Afrique, Editions PUF, juillet 2001, pp 12 – 18.
- ³¹ In Revue PENANT n° 827, Mai – Août 1998, p. 126 et suiv., N° Spécial OHADA. Adde Alhousseini MOULOUL, Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger, op cit, p 12 et 13.
- ³² Ibidem. Voir aussi : Kéba M'BAYE, in synthèse des travaux du séminaire d'Abidjan, pp. 14 et 15.
- ³³ Sur ces aspects voir : Philippe TIGER, Que sais-je ? « Le Droit des Affaires en Afrique OHADA », Ed. PUF, Nov. 1999, p. 15 et 16.
- ³⁴ Voir aussi infra, communiqué final de la réunion des Chefs d'Etat tenue à Dakar les 5 et 6/10/1992.
- Le projet a été réalisé en moins de quatre ans et des associations et clubs OHADA ont été créés dans de nombreux pays membres.
- ³⁵ Voir infra.
- ³⁶ Notamment : la CEE, les Etats Unis, le Commonwealth, l'ALENA, le MERCOSUR.
- ³⁷ Président : M.K. M'BAYE ; membres : Martin KIRSCH, Conseiller Honoraire de la Cour de cassation française, Avocat au Barreau de Paris, et Michel GENTOT, Président de la section du contentieux au conseil d'Etat français.
- ³⁸ Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo (Brazza), Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.
- ³⁹ La Guinée - Conakry et la Guinée - Bissau.
- ⁴⁰ Pour la chronologie complète, voir Alhousseini MOULOUL, Comprendre l'OHADA, Annexe I, Editions NIN Avril 2000.

- ⁴¹ Sur la définition du droit des affaires voir Henri - Désiré MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », p 2, www.ohada.com. Sur le domaine du droit des affaires et les controverses qu'il suscite, voir Henri – Désiré MODI KOKO BABEY, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit », p 2 et pp 13 – 15. www.ohada.com
- ⁴² Voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 198.
- ⁴³ Voir Me Kéba MBAYE, « L'historique et les objectifs de l'OHADA », Petites Affiches, n° 205, du 13 octobre 2004, pp 4-7. Adde Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original », op cit ;
- Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », La Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 5 – 9.
- ⁴⁴ V. Kéba MBAYE, « L'historique et les objectifs de l'OHADA », op cit.
- ⁴⁵ Jean PAILLUSSEAU, « L'Acte Uniforme sur le droit des sociétés », Petites Affiches, n° 205 du 13 octobre 2004, pp 19-29.
- ⁴⁶ Voir en ce sens Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA – Un droit très important et original », op cit.
- ⁴⁷ Sur cette ouverture, voir Alhousseini MOULOUL, « L'intégration juridique des Etats de la S. A. D. C. et les perspectives d'adoption du droit des affaires de l'OHADA pour l'assainissement de l'environnement des affaires », Actes de la Conférence Internationale sur les questions de l'intégration régionale et le droit de la SADC », Université Eduardo Mondlane du Mozambique, Maputo du 23 au 25 avril 2008. Adde Gilles CISTAC, « L'intégration régionale dans « tous » ses états : SADC et OHADA », op cit.
- ⁴⁸ Art. 42 du Traité révisé.
- ⁴⁹ Art. 57 du Traité.
- ⁵⁰ En Rép. Du Niger la loi n° 95-006 du 4/4/1995 (publiée au JORN du 15/04/1995 p. 341) autorise le PRN à ratifier le Traité portant création de l'OHADA.
- ⁵¹ Art. 54 du Traité.
- ⁵² Art. 62 al.1 du Traité.
- ⁵³ V. Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », op cit.
- ⁵⁴ Voir articles 61 et 63 du Traité révisé.
- ⁵⁵ Joseph ISSA – SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », Revue. PENANT n° 823 janvier – avril 1997, p. 5 et suiv. Adde Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA, Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 92.
- ⁵⁶ In synthèse des travaux du séminaire d'Abidjan, p. 20.
- ⁵⁷ G. KENFACK DOUAJNI, « L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA », Revue PENANT n° 830, Mai – Août 1999, p.125 et suiv. Adde Henri – Désiré MODI KOKO BEBEY, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit », op cit, pp 13 – 15.

- ⁵⁸ G. TATY, « Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc », Revue PENANT n° 830, Mai –Août 1999, p. 227 et suiv. Adde Yves GUYON, « Conclusion », Petites Affiches n° 205 du 13 octobre 2004, pp 59-63 ; Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA : un droit très important et original », La Semaine Juridique, n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 1 – 5.
- ⁵⁹ In « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », op cit.
- ⁶⁰ Sur cette procédure, voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES - OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 279 à 288, pp 123-126.
- ⁶¹ Au Niger, l'arrêté n°15/MJ du 1^{er}/04/1993 porte création et composition d'une commission nationale ad - hoc chargée de l'harmonisation du droit des affaires dans la Zone Franc. Aux termes de l'article 2 de cet arrêté la commission est présidée par le vice-président de la Cour d'Appel et comprend 5 autres membres. Cet article fut modifié par un autre arrêté (n°21/MJ/GS/SG) du 11/06/1993 qui, lui même a été modifié par l'arrêté n°27/MJ//GS du 2/08/1995. Aux termes de l'article 2 de ce nouvel arrêté, la commission ad - hoc est présidée par le secrétaire général du Ministère de la Justice et comprend huit (8) membres dont un vice-président représentant le Ministère des Finances et du Plan.
- ⁶² **Bamako (Mali) les 11 et 17 octobre 1995** : Session des Commissions Nationales pour l'adoption du projet d'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et le Groupement d'Intérêt Economique (AU/DSC/GIE). **Dakar (Sénégal), les 11 et 16 décembre 1995** : Session des Commissions Nationales pour l'examen des avants projets d'Actes Uniformes sur les Sûretés, les Voies d'Exécution, le Droit Comptable : Adoption de ces textes.
- ⁶³ Sur l'élaboration des Actes Uniformes voir Jacqueline LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », RIDC-3 – 1999, p. 542 et suiv.
- ⁶⁴ En ce sens voir G.KENFACK DOUAJNI, op. cit
- ⁶⁵ Article 9 du Traité.
- ⁶⁶ Voir Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », op cit.
- ⁶⁷ Article 10 du Traité
- ⁶⁸ Georges A. CAVALIER, « L'environnement juridique des affaires en Afrique noire francophone », contribution à la Conférence Internationale sur « l'harmonisation du droit commercial en Afrique et ses avantages pour les investissements Chinois en Afrique », Université de Macao, le 27 novembre 2007.
- ⁶⁹ Voir en ce sens Gaston KENFACK DOUAJNI op. cit. . Adde Philippe TIGER, op. cit. p. 32.
- ⁷⁰ Avis no 001/2001 PC, séance du 30 avril 2001.
- ⁷¹ Sur la « supra constitutionnalité » du droit communautaire, voir Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, op cit.
- ⁷² Voir article 52 al 1^{er} et article 116 du Traité OHADA.
- ⁷³ In Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, op cit.
- ⁷⁴ Op cit.
- ⁷⁵ Ibidem.
- ⁷⁶ Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, op cit.
- ⁷⁷ Voir Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, op cit.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ V. Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », op cit.

⁸⁰ Art. 27/1 du Traité révisé.

⁸¹ Art. 27/1 du Traité révisé.

⁸² Art. 27/2 al 4 du Traité révisé.

⁸³ Cotonou (Bénin), le 17 avril 1997 : Réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA : adoption des projets d'A. U. (AU/DSC/GIE, AU/DCG, AU/DS) et du Règlement de Procédure de la CCJA. Le 1^{er} octobre 1997 : Publication au J.O. de l'OHADA des A.U. suivants : AU/DCG, AU/DSC/GIE, AU/DS ; le 1^{er} janvier 1998 : entrée en vigueur des A.U. ci-dessus.

Lomé (Togo), le 30 janvier 1998 : réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA : adoption des textes datés du 30/1/1998 ci-après :

- le Règlement Financier des institutions de l'OHADA ;
- le Règlement portant statut des fonctionnaires de l'OHADA ;
- Règlement portant réforme applicable au personnel non permanent de l'OHADA.

Libreville (Gabon), le 10 Avril 1998 : réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA qui prend plusieurs décisions : adoption de deux A.U. (l'AU/PCAP et l'AU/PSR/VE) ; création d'un Comité de Concertation et de Suivi (CCS). ; fixation du siège de L'ERSUMA à Porto-Novo (Bénin). Le 10 juillet 1998 : entrée en vigueur de l'AU/PSR/VE et le 1^{er} janvier 1999 : entrée en vigueur de l'A. U. /PCAP.

Ouagadougou (Burkina Faso), les 11 et 12 mars 1999 : réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA : adoption de l'A. U. sur le Droit de l'Arbitrage (AU/DA) et des décisions sur les frais d'arbitrage (décision n° 004/99/CM du 12/03/1999). Le 11 juin 1999 : Entrée en vigueur de l'A. U. / D. A.

Yaoundé (Cameroun), le 24 mars 2000, adoption de l'A. U. portant Droit Comptable de l'OHADA. Sur l'exclusion des Parlements nationaux de cette procédure, voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES- OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 287 et 288, p. 125 et 126.

⁸⁴ Pour les dates et les lieux d'adoption des Actes, voir supra.

⁸⁵ A cet A. U. est annexé le Système Comptable de l'OHADA (le SYSCOHADA).

⁸⁶ Adresse : B.P 10071 Yaoundé (Cameroun). Tél. (237) 22 21 09 05 ; Fax. (237) 22 21 67 45 ; www.ohada.org

⁸⁷ Pour les attributions du Secrétaire Permanent, voir aussi les arts. 6, 7, 11, 29, 40 et 61 du Traité.

⁸⁸ Les matières suivantes ont été retenues : le droit des sociétés ; le droit commercial général ; le droit des transports ; le droit de la vente de marchandises ; le droit des procédures collectives ; le droit des sûretés ; le droit du recouvrement des créances ; le droit de l'arbitrage. Le droit du travail a été ajouté à la demande des chefs d'Etat et des opérateurs économiques.

⁸⁹ Décision no 002/2001/CM relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

⁹⁰ Il s'agit : du droit bancaire, du droit de la propriété intellectuelle, du droit des sociétés coopératives et mutualistes, du droit des sociétés civiles, du droit de la concurrence, du droit des contrats et du droit de la preuve ; voir à cet égard : Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'Uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », op cit.

- ⁹¹ M. KIRSCH, Penant n° 827 op. cit
- ⁹² Voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, no 390 à 582, pp 163 – 222.
- ⁹³ Sur les dépens voir Art. 43 du Règlement de Procédure de la CCJA.
- ⁹⁴ Adresse : (01) B.P 8702 Abidjan (01) Côte d'Ivoire ; Tél. : (225) 20 33 60 51/52 ; fax : (225) 20 33 60 53 ; www.ohada.org
- ⁹⁵ Abidjan (Côte d'Ivoire), le 22 juillet 1996 : mise en place de la CCJA ;
Le 4 avril 1997 : installation officielle de la CCJA
Abidjan (Côte d'Ivoire), du 4 au 10 avril 1997 : Première session de la CCJA. ; approbation de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général.
- ⁹⁶ Gilles CISTAC, « L'intégration juridique dans « tous » ses états : SADC et OHADA », op cit.
- ⁹⁷ Art. 31 al 1 du Traité révisé.
- ⁹⁸ Art. 31 al 2 du Traité révisé.
- ⁹⁹ Sur les conditions d'éligibilité : voir Etienne NSIE, « la CCJA », Penant n° 828, septembre-décembre 1998 p. 308 et suiv.
- ¹⁰⁰ Art. 31 / 1° du Traité révisé.
- ¹⁰¹ L'élection des membres de la Cour se déroule conformément aux articles 1^{er} et suivants du Règlement de Procédure de la CCJA.
- ¹⁰² Art. 31/3 du Traité révisé.
- ¹⁰³ Cette procédure est identique à la procédure de nomination.
- ¹⁰⁴ Les élections se déroulent conformément aux articles 37 et 38 du Traité et 6, 7 et 8 du Règlement de Procédure.
- ¹⁰⁵ Art 39 al 2 du Traité révisé.
- ¹⁰⁶ Sur les nominations et les fonctions du Greffier en Chef : voir article 39 du Traité et 10 à 18 du Règlement de Procédure.
- ¹⁰⁷ Il s'agit ici d'un exposé sommaire des principes généraux de cette procédure. Celle-ci est essentiellement décrite par les articles 13 et suivants du Traité et par les articles 23 et suivants du Règlement de Procédure.
- ¹⁰⁸ Art. 14 al.3 du Traité
- ¹⁰⁹ Art. 15 du Traité
- ¹¹⁰ Tristan Gervais de LAFOND, « Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », G. P. des 20 et 21/09/1995 p.2.
- ¹¹¹ Ibidem. En ce sens voir aussi Gaston KENFACK DOUAJNI, op.cit.
- ¹¹² Art. 26 du Règlement de Procédure de la CCJA.
- ¹¹³ Sur ces deux procédures : voir articles 27 et suivants du Règlement de Procédure.
- ¹¹⁴ En ce sens voir G. KENFACK DOUAJNI, op. cit. ; voir aussi Etienne NSIE, op. cit.
- ¹¹⁵ Voir Philippe TIGER, op. cit. p. 40.
- ¹¹⁶ Sur ces procédures voir articles 47 et suivants du Règlement de Procédure.
- ¹¹⁷ Article 58 du Règlement de Procédure de la CCJA.
- ¹¹⁸ V. Allocution de Mme le Garde des Sceaux du Gabon à la réunion des bailleurs de fonds, Libreville le 27 juin 2003.

- ¹¹⁹ Sur les procédures devant la CCJA : voir Etienne NSIE, op. cit. Adde Jacqueline LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », RIDC-3, 1999, p. 543 et suiv. ; Philippe FOUCHARD, « Le système d'arbitrage de l'OHADA : le démarrage », Petites Affiches no 205 du 13 octobre 2004, pp 52-58 ; Nanette PILKINGTON et Sébastien THOUVENOT, « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », La Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 28 – 35.
- ¹²⁰ Notamment : le Togo, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Cameroun.
- ¹²¹ Sur la comparaison des deux systèmes, voir Nanette PILKINGTON et Sébastien THOUVENOT, « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », op cit.
- ¹²² Sur la procédure d'arbitrage : voir l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage (AU/DA) et le Règlement d'Arbitrage de la CCJA ; Adde Jacqueline LOHOUES-OBLE, op. cit. ; Philippe LEBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Revue de l'Arbitrage 1999 n° 3, p. 541 ; Etienne NSIE, op. cit.
- ¹²³ Cf. Article 2-2 et article 3 du Règlement d'Arbitrage de la CCJA.
- ¹²⁴ Sur cette procédure voir l'article 4 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.
- ¹²⁵ Article 23-1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.
- ¹²⁶ Sur les frais d'arbitrage, voir art 24 du Règlement d'arbitrage.
- ¹²⁷ Article 23-2 du Règlement d'arbitrage.
- ¹²⁸ Voir articles 24 et 25 du Traité ; voir aussi articles 29, 30 et 31 du Règlement d'arbitrage. L'exécution est accordée par ordonnance du Président de la CCJA ou du juge qu'il délègue à cet effet ; cette ordonnance est susceptible d'opposition dans un délai de 15 jours à dater de son prononcé.
- ¹²⁹ Voir Joseph ISSA- SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, no 492, p 198 et 199.
- ¹³⁰ Adresse : 02 B.P 353 Porto Novo (Bénin). Tél : (229) 20 24 58 04 ; fax : (229) 20 24 82 82 ; www.ohada.org / www.ersuma.bj.refer.org
- ¹³¹ Sur ces organes, voir Joseph ISSA –SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA- Harmonisation du droit des affaires, op cit, no 374 à 389, pp 159 – 163.
- ¹³² In Actes du séminaire p. 32.
- ¹³³ Voir Actes du séminaire p. 28.
- ¹³⁴ Au taux de 1\$ U.S. = 600 F CFA.
- ¹³⁵ Georges TATY, « Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc », Revue PENANT no 830, Mai - Août 1999, p. 227 et suiv.
- ¹³⁶ l'UNIDA, créée en janvier 1998, a été placée sous la présidence de Me Kéba M'BAYE. Elle est aujourd'hui présidée par le Juge Seydou BA. Adresse : 7, av. de Ségur, 75007 Paris. Tél/Fax (33) 1.53 59 96 05, E- mail : unida@wanadoo.fr
- ¹³⁷ A cet égard voir Jeanne TIETCHEU, « vulgariser les textes de l'OHADA », JAE du 30 mars au 12 avril 1998, p. 57.
- ¹³⁸ D'autres textes seront certainement adoptés dans chacun de ces Etats.

TEZE DE DOCTORAT SUSTINUTE - IUNIE-DECEMBRIE 2009

Thèses soutenues - résumés (juin-décembre 2009)

Stelian Ioan VIDU

LE DROIT DE RÉTENTION DANS LES RAPPORTS JURIDIQUES CIVILES

directeur de thèse : prof.dr. Liviu Pop

Malgré une longue évolution historique, le droit de rétention se présente aujourd'hui comme une institution à des contours imprécis.

A cette situation a pleinement contribué une législation à laquelle on reproche de ne pas comprendre des dispositions qui puissent contourner le cadre général d'application du droit de rétention. L'actuel Code civil roumain ainsi que les autres documents normatifs incidents de la matière analysée se résument à contenir des dispositions isolées qui se constituent en cas pratiques d'application du droit de rétention.

Les textes des lois applicables à la rétention ont laissé donc sans réponse des questions telles que : Quels sont le fondement et le domaine d'application du droit de rétention? Quelles sont les conditions de sa reconnaissance? Quels sont les prérogatives du rétenteur? Quelle est sa nature juridique? Quelles sont les modalités d'éteindre le droit de rétention?

Les impératifs de l'application du droit de rétention des diverses situations issues dans la pratique judiciaire a réclamé une réponse aux questions mentionnées. Ce rôle a été assumé par la doctrine et par la jurisprudence, mais, sur le fond des déficiences législatives signalées, les solutions offertes ont été des plus diverses et, assez souvent, antagoniques.

Bref, ce sont les prémices de notre démarche.

Nous avons abordé la problématique du droit de rétention de deux perspectives. D'un côté, nous avons compris à nous occuper des aspects généraux qui concernent la rétention (Titre I) et de l'autre, nous en avons analysé les applications spéciales dans le cadre des différentes matières du droit civil (Titre II), ce qui a mené à l'organisation de la thèse en deux unités structurales principales.

En même temps, dès l'entrée en vigueur du nouveau Code civil¹, le droit de rétention bénéficiera d'une réglementation générale ainsi que de dispositions spéciales applicables à certaines matières, d'après le modèle du Code civil actuel.

La présence de ce double plan législatif, constitué, d'un côté, par la réglementation actuelle, et, de l'autre des nouvelles dispositions applicables à la rétention, retrouvées dans le nouveau Code civil, n'a pas pu être ignorée dans

l'élaboration de notre thèse. Nous avons abordé l'institution du droit de rétention par rapport, en premier lieu, aux textes en vigueur, en faisant toujours référence aux dispositions du nouveau Code civil.

Nous avons décidé que l'analyse des aspects généraux commence par la délimitation du fondement et du domaine d'application du droit de rétention (chapitre I). Seulement dans la mesure où les coordonnées de la rétention ont été bien contournées, nous nous sommes occupés des autres aspects de nature à compléter l'image de l'institution analysée. Nous avons donc centré notre attention sur la définition et les conditions de la naissance du droit de rétention (chapitre II), la nature juridique (chapitre III) ainsi que l'extinction du droit de rétention (chapitre IV). Enfin, nous nous sommes occupés du problème de la constitution du droit de rétention par voie conventionnelle (chapitre V).

Sous le premier aspect analysé, nous avons constaté que dans une conception majoritaire le droit de rétention est vu comme une institution unitaire, qui retrouve son fondement dans l'existence d'une connexité matérielle ou juridique entre la créance et l'objet. Les prémices de ce point de vue sont représentées par le fait que le concept de connexité lui-même est abordé d'une manière unitaire. Quoiqu'il s'agisse d'une connexité matérielle ou juridique, elles sont regardées en tant que manifestations d'un et du même lien. Cette manière d'aborder le rapport entre la créance et l'objet, qui fait abstraction des particularités de chaque forme de connexité, a mené, inévitablement, à caractériser la rétention comme une institution de type monolithique. Proprement dit, un seul fondement ne peut justifier qu'un seul droit de rétention.

Conformément à un autre point de vue, récemment exprimé dans la littérature de spécialité, le droit de rétention ne peut pas être regardé comme une institution unitaire. A l'appui de cette opinion on est parti de l'observation qu'en réalité, la connexité matérielle et juridique décrit des liens hétérogènes. A ce sens on a démontré qu'il y a deux différences essentielles.

D'abord, les éléments composants de chaque rapport sont différents. La connexité juridique unit deux obligations réciproques, tandis que la connexité matérielle concerne un bien et une obligation.

Ensuite, même la nature du lien qui unit les deux éléments est fondamentalement différente.

La connexité juridique existe lorsque la créance garantie et l'obligation de restitution du bien ont une origine commune, elles provenant du même rapport juridique. C'est pour cette raison qu'elle a été caractérisée comme un lien de « similitude d'origine ».

La connexité matérielle suppose un lien entre la créance du créancier rétenteur et l'objet. Ce dernier précède et se trouve à l'origine de la créance, dans le sens que, occasionné par le fait de la détention du bien ont été effectuées les dépenses qui justifient la qualité de créancier de celui qui prétend la reconnaissance d'un droit de rétention. L'existence, donc, d'un des deux éléments du rapport, dépend de celle de l'autre. C'est pour ces raisons on a soutenu que dans la situation

analysé on se trouverait en présence d'un lien de « dépendance d'un élément de l'autre ».

Parce que la connexité ne désigne pas un seul lien, mais plusieurs, chacun se constitue comme un fondement distinct de la rétention. Or, deux fondements différents, identifiés dans la connexité matérielle et juridique, réclament nécessairement l'existence de deux droits de rétention distincts, ayant une nature juridique différente.

En ce qui nous concerne, nous nous sommes attachés au dernier point de vue présenté qui soutient notre option à plusieurs égards.

Les différences profondes qui existent entre la connexité matérielle et juridique représentent un fait incontestable. De cette perspective, la connexité ne peut plus être regardée comme un seul lien. Au contraire, elle se constitue en tant qu'un ensemble de plusieurs rapports hétérogènes. Dans ces conditions, il est difficile d'accepter que les deux types de connexité puissent expliquer le même droit de rétention.

D'ailleurs, la prétendue unité de la rétention suppose aussi l'application du même régime juridique de certains mécanismes qui réclament des modalités différentes d'aborder. Il est difficile à accepter que l'opposabilité de la rétention envers quiconque invoque un droit propre sur le bien grevé pourrait être attribué dans la situation dans laquelle elle puisse se fonder sur une connexité juridique. Dans ce cas, le support contractuel de la rétention fait qu'elle soit fortement marquée par le principe de la relativité des effets des conventions.

La seule ressemblance entre les deux constructions juridiques qui ont leur fondement dans la connexité matérielle et juridique, consiste en le fait qu'elles confèrent au créateur le pouvoir de retenir un bien du débiteur jusqu'à la réalisation de la propre créance. Or, ce fait est insuffisant pour assurer l'unité du droit de rétention.

Ayant comme point de départ le fait que la rétention ne peut plus être regardée comme une institution unitaire, nous avons tenté d'établir lequel des deux mécanismes devraient être cantonnés dans le périmètre du droit de rétention.

C'est ainsi que dans la situation de la connexité juridique, le droit de rétention n'est qu'une expression de l'exception d'inexécution, solution pour laquelle plaident les similitudes qui visent leur fonctionnement, l'identité du fondement, le domaine commun d'application, mais, surtout, la circonstance qu'elles représentent le même mécanisme de garantie.

Cette observation nous a permis de conclure que le domaine du droit de rétention doit être circonscrit à la connexité matérielle entre la créance et l'objet.

Bien sûr, de cette perspective, même l'utilisation du terme de droit rétention, dans l'hypothèse où le refus de rendre l'objet se constitue en connexité juridique, est contestable. C'est la raison pour laquelle, il s'impose que l'attribution du nom de « droit de rétention » soit associée seulement à l'hypothèse dans laquelle la rétention est fondée sur une connexité matérielle, pour que, le mécanisme basé sur une connexité juridique soit désigné comme étant une exception d'inexécution.

Il faut mentionner que la solution de cantonner le droit de rétention seulement dans la situation de l'existence d'une connexité matérielle entre la créance et l'objet est consacrée par l'art. 2495 du nouveau Code civil. Tout cela résulte clairement du contenu du texte normatif, du moment que le droit de rétention va être reconnu au créancier seulement pour la garantie des frais nécessaires et utiles qu'il a faits pour cet objet, or pour les préjudices que l'objet lui a causés.

Mais nous avons reproché au texte de loi mentionné le fait qu'il ne couvre pas la plage entière des situations où la connexité matérielle peut être identifiée. La limiter seulement à l'hypothèse selon laquelle des frais ont été effectués pour l'objet ou celle selon laquelle l'objet a causé un préjudice au créancier contrevient à l'idée qu'elle se retrouve dans toute autre situation où une créance naît concernant l'objet. Un tel exemple est offert même par le législateur qui, par l'art. 937, alinéa 3 du nouveau Code civil, reconnaît le possesseur de bonne foi du bien volé ou trouvé un droit de rétention jusqu'à ce que le propriétaire revendiquant paie le prix payé lors de l'achat de l'objet. La rétention se base sur la connexité matérielle, car la créance naît par rapport à l'objet, sans que le droit de restitution du prix payé lors de l'achat se souscrive aux situations auxquelles fait référence l'art. 2495 où une créance peut être garantie par un droit de rétention.

C'est la raison pour laquelle nous avons proposé la reformulation de l'article en discussion dans le sens que le droit de rétention soit reconnu à chaque fois que la créance garantie prenne naissance avec l'objet. En ce qui concerne les hypothèses de connexité matérielle que nous avons en vue par le législateur dans l'actuelle réglementation nous avons exprimé l'idée qu'elle pourrait être gardées, mais seulement à titre d'exemple de situations dans lesquelles il y a un tel lien.

Une fois identifiés certainement le fondement et le domaine d'application de la rétention, dans le cadre du deuxième chapitre nous avons tenté d'offrir une définition du droit de rétention et d'identifier les conditions de sa naissance.

Observant ce qui est déjà exprimé dans la doctrine, nous avons défini la rétention que ce droit subjectif civil qui confère à son titulaire - créancier de la dette née en ce qui concerne l'objet et débiteur de l'obligation de restituer ou de rendre l'objet - le pouvoir de retenir et de refuser la restitution d'un objet jusqu'à ce que son débiteur éteigne l'obligation qui est née à sa charge concernant l'objet en question. Cette aptitude implique le rétenteur d'exercer un pouvoir de contrôle sur l'objet, qui n'est pas de nature à assurer pour le créancier un des prérogatives du droit de propriété, la possession, l'usage ou la disposition.

En ce qui concerne la naissance du droit de rétention, elle ne peut pas être conçue en dehors d'une connexité matérielle entre la créance et l'objet. D'après ce qu'on a montré, l'analyse de cette demande indéniable à la constitution de la rétention a été réalisée au cours du premier chapitre, dans les conditions où la connexité est plus qu'une simple condition, mais le fondement même du droit de rétention.

À côté de l'existence d'une telle connexité nous avons montré que la naissance du droit de rétention dépend de l'accomplissement des conditions qui concernent la créance garantie et l'objet grevé.

C'est ainsi que le droit de créance doit être certain, liquide et exigible. En même temps la créance doit être antérieure ou tout au plus simultanée avec le moment de l'entrée de l'objet dans le pouvoir de fait du rétenteur.

En ce qui concerne le bien grevé, il est nécessaire qu'il se trouve dans la détention du créancier rétenteur. Comme une conséquence, l'objet doit avoir une nature corporelle.

Une fois accomplies toutes ces exigences la naissance du droit de rétention est déclenchée.

Parce que c'est un mécanisme dont la naissance produit d'une manière objective, la position subjective du rétenteur est étrangère au processus de constitution du droit de rétention.

Dans ce contexte s'impose la mention que le nouveau Code civil ne se préoccupe pas de l'identification des conditions de naissance du droit de rétention, en se limitant à interdire par l'art. 2496 son application alors que la détention de l'objet provient d'un fait illicite, est abusive ou illégale ou si l'objet n'est pas susceptible de poursuite forcée. En même temps, comme réglé, le législateur interdit au possesseur de mauvaise foi l'invocation du droit de rétention.

Nous avons considéré que le blocage de l'accès du possesseur de mauvaise foi à l'invocation du droit de rétention est le résultat du manque d'observation du mécanisme de constitution de la rétention pour lequel la position subjective de rétenteur est indifférente.

Dans le chapitre III nous avons identifié dans la capacité du rétenteur de refuser de rendre l'objet la seule prérogative que le droit de rétention confère à son titulaire. Mais cette prérogative est en mesure de nous offrir l'image d'une garantie redoutable. L'efficacité de la fonction de garantie dépend de l'unité et de la valeur de l'objet grevé, mais on pourrait dire qu'elle est effectivement assurée par l'opposabilité et par l'indivisibilité du droit de rétention.

Quoique la rétention remplisse sans doute une fonction de garantie, elle ne peut pas être qualifiée comme une sûreté réelle. C'est pour cela que nous avons préféré regarder la rétention comme un droit subjectif civil ayant une fonction de garantie.

En ce qui concerne ses caractères juridiques, nous avons montré que le droit de rétention est réel, légal et accessoire.

Il faut aussi mentionner que l'inopposabilité du droit de rétention envers les créanciers poursuivants de l'objet grevé consacrée par les dispositions du nouveau Code civil, contrevient aux particularités du mécanisme de garantie que le droit de rétention décrit. En même temps il faut dire que l'attribution du droit de rétention du statut de garantie réelle ne répond pas à sa nature spécifique. Sans être une telle garantie, le droit de rétention a la nature juridique d'un droit réel accessoire.

Nous avons montré dans le chapitre IV que l'extinction du droit de rétention peut se faire par voie principale, quand la créance survit à la rétention ou par voie accessoire, comme une conséquence de l'extinction de l'obligation garantie.

L'extinction par voie principale peut être due à la manifestation de la volonté du créancier qui renonce à la rétention, à la disparition matérielle de l'objet grevé ainsi qu'à la déchéance du créancier du droit de rétention à titre de sanction. En ce qui concerne le dessaisissement volontaire du créancier de l'objet grevé et le déclenchement par le créancier rétenteur même de la poursuite forcée pour l'objet détenu, nous avons argumenté qu'ils ne représentent pas autre chose que des formes d'extériorisation tacite du renoncement au droit de rétention.

L'extinction par voie accessoire est la conséquence de l'application de la règle *accessorium sequitur principale* en matière de rétention. Dans ce contexte, nous avons mis en évidence que la prescription extinctive ne peut pas être regardée comme une cause d'extinction du droit de rétention.

Le nouveau Code civil règle deux modalités d'extinction de la rétention.

C'est ainsi que, selon l'art. 2499 alinéas 1 le droit de rétention s'éteint dans l'hypothèse où l'intéressé consigne la somme prétendue ou offre au rétenteur une garantie convenable. Dans les deux situations, disparaît la raison de la reconnaissance du droit de rétention, du moment que la réalisation de la créance du rétenteur peut avoir lieu par la compensation du créancier selon la somme consignée ou par la valorisation de la garantie de constitution en sa faveur.

Conformément à l'art. 2499 alinéas 2 le droit de rétention ne s'éteint pas par la dépossession involontaire du rétenteur de l'objet grevé, lui ayant la possibilité d'en solliciter la restitution. *Per a contrario*, la rétention s'éteint par la remise volontaire de l'objet grevé par le rétenteur.

Rapporté aux modalités d'extinction du droit de rétention déjà individualisées *de lege lata*, la réglementation du nouveau Code civil se présente comme insuffisante.

Il s'impose donc que le texte de loi soit amendé par la prise en considération des autres causes qui déterminent la cessation de la rétention, dans l'idée d'assurer une réglementation complète de l'institution de l'extinction du droit de rétention.

Nous avons montré dans le dernier chapitre que pour garantir une créance on peut reconnaître par voie conventionnelle, même l'absence de toute connexité entre la créance et l'objet, le droit d'un créancier de garder dans ses pouvoirs un objet du débiteur jusqu'à la réalisation de l'obligation garantie. L'absence de la connexité matérielle exclue la caractérisation de ce mécanisme de garantie comme étant un véritable droit de rétention.

La recherche des hypothèses d'application de la rétention dans les différentes matières du droit civil a été réalisée surtout par la présentation des cas qui trouvent une réglementation expresse dans le Code civil (chapitre I) ou dans d'autres documents normatifs (chapitre II). Le droit de rétention trouve son application et au-delà des cas exprès prévus par la loi lorsque toutes les demandes de sa naissance sont rassemblées de manière cumulative. Sous ce dernier aspect, les hypothèses d'application de la rétention sont pratiquement impossibles à inventorier. Malgré tout ça, ayant comme critère la fréquence de leur invocations, mais aussi les problèmes élevés dans la doctrine et dans la jurisprudence, dans le dernier chapitre nous nous sommes occupés de certains cas d'application du droit de rétention en dehors des situations expresses prévues par la loi (chapitre III)

Souvent la doctrine et la jurisprudence ont signalé la présence du droit de rétention même dans l'absence d'une connexité matérielle entre la créance et l'objet. D'habitude, l'existence de la rétention a été associée à ces hypothèses dans lesquelles le refus de rendre l'objet est fondé sur une connexité juridique, quand, en réalité on se retrouve dans la présence de l'exception d'inexécution. Il y a eu d'autres solutions de jurisprudence et de doctrine qui ont reconnu l'incidence de la rétention, même en absence de toute connexité matérielles ou juridiques, ce qui exclue l'application de droit de rétention mais en même temps de l'exception d'inexécution. Notre analyse n'a pas pu ignorer l'existence de ces cas apparents d'application du droit de rétention. C'est en agissant de la sorte nous avons réussi à délimiter clairement le domaine de la rétention, par l'exclusion de sa sphère des hypothèses où le refus de restitution de l'objet se fonde sur la connexité juridique, mais aussi des situations dans lesquelles on a observé son incidence, dans l'absence de toute connexité, soit-elle matérielle ou juridique, entre la créance et l'objet.

En ce qui concerne les cas de réglementation expresse de la rétention dans le Code civil nous avons constaté que seulement l'art. 771 C. civ., art. 1619 C.civ. et art. 1910 C. civ. peuvent être regardés comme instituant de véritables droits de rétention en faveur de leur titulaire. Une mention à part s'impose être faite concernant l'art. 1619 C. civ. Parce que le refus de restitution de l'objet déposé se fonde sur une connexité matérielle et une autre juridique, le dépositaire peut faire appel au mécanisme du droit de rétention et celui de l'exception d'inexécution. L'art. 1322 C. civ., art. 1364 C.civ. et art. 1444 C. civ., bien qu'ils soient regardés dans la doctrine et jurisprudence comme étant des cas de réglementation du droit de rétention, ils ne représentent pas rien de plus que des situations pratiques d'application de l'exception d'inexécution. Concernant l'art. 509 C. civ., il se situe sans doute en dehors de l'institution du droit de rétention.

Quant au cas de réglementation expresse de la rétention dans d'autres documents normatifs, nous avons retenu que l'art. 44 alinéas 3 de la Constitution se situe en dehors de l'institution du droit de rétention faute de toute connexité qui en justifie l'application. En échange, dans l'hypothèse réglementée de l'art. 8 alin 4 de la Loi nr. 18/1994 et dans celle qu'on en vue de l'art. 43 alinéa 2 de l'Ordonnance du Gouvernement nr. 40/1999 le refus de restituer l'objet se fonde en égale mesure sur la connexité matérielle et une connexité juridique. Tout cela explique l'incidence en cause du droit de rétention mais aussi de l'exception d'inexécution, l'option entre les deux mécanismes appartenant au créancier de l'obligation garantie.

En ce qui concerne les cas d'application du droit de rétention en dehors de situations prévues expressément par la loi, nous avons observé que de manière constante, la doctrine et la jurisprudence attribue au copartageant un droit de rétention sur l'objet partagé jusqu'à l'acquittement de la soulte qui lui revient après le partage. En réalité l'application du droit de rétention dans l'hypothèse analysée est contredite par l'absence de toute connexité qui en justifie l'application.

Mais le constructeur a le droit de faire appel à l'invocation d'un droit de rétention sur la construction réalisée sur le terrain d'autrui jusqu'à l'acquittement de la créance fondée sur le principe de l'enrichissement sans cause. Le possesseur peut aussi refuser conformément au droit de rétention la restitution de l'objet revendiqué jusqu'à l'acquittement des frais nécessaires et utiles qu'il a effectués concernant l'objet. Dans les deux hypothèses l'incidence du droit de rétention se justifie par l'existence d'une connexité matérielle entre la créance garantie et l'objet grevé.

Pour même raison, on peut faire appel au mécanisme du droit de rétention le mandataire pour garantir sa créance qui consiste dans la restitution des frais pour la conservation de l'objet qui est la propriété du mandant ou lorsqu'il a souffert un préjudice dont la cause est même l'objet reçu du mandant ou pour celui-ci. Dans de telles hypothèses, le mandant a le droit de recourir au mécanisme de l'exception d'inexécution, en mesure dans laquelle le refus de restitution de l'objet se fonde sur une connexité juridique. En échange, si la créance garantie est représentée par d'autres frais provoqués par l'exécution du mandat ou à l'origine du préjudice enregistré n'est pas l'objet du mandant, le mandataire peut faire appel seulement au mécanisme de l'exception d'inexécution. C'est toujours conformément à l'exception d'inexécution, qu'on peut justifier le refus du mandataire de rendre l'objet au mandant jusqu'à l'acquittement de l'honoraire dû, alors que le mandat est à titre onéreux.

De la même manière, le gérant d'affaires peut recourir au mécanisme du droit de rétention pour garantir sa créance dans la restitution des frais effectués par rapport à l'objet du géré. Il peut aussi invoquer le bénéfice de la rétention quand sur le parcours de la gestion il souffre un préjudice provoqué par l'objet qui est propriété du géré. Dans les deux hypothèses le gérant d'affaires a le droit d'invoquer aussi l'exception d'inexécution, étant donné que le fondement du refus de restitution de l'objet est représenté dans les deux situations pas seulement par la connexité matérielle entre la créance et l'objet, mais aussi par la connexité juridique.

Le commodataire, à son tour, peut refuser la restitution de l'objet emprunté en invoquant un droit de rétention lorsqu'il a fait des frais de conservation de l'objet appartenant au commodant. Dans une telle hypothèse il peut aussi invoquer *exceptio non adimpleti contractus*, étant donné que le fondement du refus de rendre l'objet est fondé sur une connexité juridique. Quand le commodataire souffre un préjudice suite à un fait illicite du commodant, de ne pas porter à sa connaissance les vices cachés du bien emprunté, il a le droit de refuser de rendre l'objet jusqu'à son indemnisation pour le dommage souffert en faisant appel seulement au mécanisme de l'exception d'inexécution, dans une telle situation pouvant signaler seulement la présence d'une connexité juridique.

En fin de cette présentation il faut remarquer le fait que l'idée qui se dégage évidemment du contenu de notre démarche c'est qu'aborder le droit de rétention comme un mécanisme fondé exclusivement sur la connexité matérielle entre la créance et l'objet est de nature à offrir l'image d'une garantie souple et efficace, en créant les prémices nécessaires pour analyser sur des bases plus rigoureuses de régime et de sa nature juridique.

En même temps, circonscrire le droit de rétention seulement aux cas où le refus de rendre l'objet est fondé sur une connexité matérielle, étant exclues les hypothèses où la rétention est basée sur la connexité juridique entre deux obligations qui ont une origine commune, a permis de délimiter clairement son domaine d'application celui de l'exception d'inexécution. Cela a été possible seulement par une reconsidération du fondement et le domaine de l'exception d'inexécution. Nous avons en vue le fait que *exceptio non adimpleti contractus* n'est plus expliqué par la théorie de la cause dans le plan de l'exécution du contrat, qui le cantonnerait irrémédiablement dans le périmètre des contrats synallagmatiques, mais elle se fonde sur la connexité juridique d'entre deux obligations réciproques. De cette manière la zone « abandonnée » du droit de rétention est pratiquement « assumée » par l'exécution.

Nous saluons l'option du législateur de conférer le droit de rétention par le nouveau Code civil un réglementation générale. Mais il faut aussi mentionner certaines carences législatives de la nouvelle réglementation dont seulement une partie a été mentionnée dans ce résumé de thèse. Les déficiences identifiées nous offrent l'image de la hâte dans laquelle a été adopté le nouveau Code civil et nous suggère une question, croit-on, justifiée: Un ouvrage monumental comme un nouveau Code civil n'aurait pas du bénéficier d'une consultation plus large déroulé sur une période plus longue mais qui aurait pu offrir quand-même, la garantie d'une œuvre législative supérieure du point de vue qualitatif? Dans ce contexte, la question est rhétorique.

On comprend manifester notre espoir que jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, les déficiences signalées seront écartées. La passivité du législateur à cet égard pourrait mener à une situation totalement différente de celle qui est discutée par le réglementation générale offerte au droit de rétention, les nouvelles dispositions pourraient mener inéluctablement à l'amplification des incertitudes qui la gouvernent.

¹ Le nouveau Code civil a été publié dans le Bulletin Officiel nr. 511/24.07.2009. Sous l'aspect du moment de son entrée en vigueur, on peut retenir l'art. 2664 du nouveau Code civil, selon lequel : « (1) Ce Code Civil entre en vigueur à la date qui sera établie dans la loi pour sa mise en application (2) Dans un terme de 12 mois depuis la date de publication de ce Code, le Gouvernement soumettra à l'adoption du Parlement du projet de loi pour la mise en application du Code civil.

CERCETAREA ȘTIINȚIFICĂ ÎN DOMENIUL DREPTULUI LA CEAS ANIVERSAR

1. În anul 1969 – ca urmare a înființării Academiei de Științe Sociale și Politice – activitatea de profil din România (desfășurată anterior sub egida Secțiilor de specialitate ale Academiei Române) a fost regrupată în câteva unități de cercetare cu caracter multidisciplinar. Aceste entități au fost denumite *Centre de Științe Sociale* și au funcționat în Cluj-Napoca, Craiova, Iași, Sibiu, Târgu-Mureș și Timișoara. Din 1990, odată cu reorganizarea activității de cercetare științifică și reintegrarea acesteia în sânul Academiei Române, Centrele de științe Sociale s-au transformat în Institute de Cercetări Socio-Umane.

Centrul de Științe Sociale din Cluj-Napoca reunea – la înființare – următoarele unități de cercetare științifică:

- Secția de etnologie și folclor (desprinsă din Filiala Cluj a Academiei Române);
- Secția de filosofie (desprinsă din Filiala Cluj a Academiei Române);
- Secția de științe juridice (desprinsă din Filiala Cluj a Academiei Române);
- Secția de științe economice (desprinsă din Filiala Cluj a Academiei Române)¹.

În anul 1970, activitatea de cercetare științifică a centrului de Științe Sociale din Cluj-Napoca a fost reorganizată², formându-se trei departamente, numite sectoare:

- Sectorul de filosofie, sociologie și psihologie;
- Sectorul de etnografie și folclor;
- Sectorul de științe juridice și cercetări economice.

Centrul de științe Sociale (și apoi Institutul de Cercetări Socio-Umane) din Cluj-Napoca a fost condus – de la înființarea sa și până în anul 1998 – de juriști de prestigiu: prof.univ. dr. Aurelian Ionașcu (1969-1975), prof. univ. dr. Ioan Gliga (1975-1981), prof. univ. dr. Gheorghe Boboș (1981-1989), prof. univ. dr. Mircea Mureșan (1990-1998).

Între anii 1998-2002 conducerea institutului a fost asigurată de dr. Ioan Berar, iar din 2002 institutul a fost unificat cu Institutul de Istorie „George Barițiu” din Cluj-Napoca, devenind departament. În structura sa actuală, Departamentul de Cercetări Socio-Umane are trei sectoare: I – filosofie; II – psihologie, III – sociologie, precum și un compartiment de științe economice și juridice.

2. Cercetarea juridică în cadrul Institutului a demarat în 1965, în cadrul a două sectoare: unul de drept civil – condus de prof. univ. dr. Aurelian Ionașcu și altul de drept administrativ – condus de prof. univ. dr. Tudor Drăganu. Distinșilor dascăli li s-au alăturat în perioada următoare, în efortul de cercetare din domeniul dreptului, o serie de tineri juriști – care au intrat în Institut prin concurs: Mircea Mureșan, Nicolae Comșa, Horia Vasilescu, Valeriu Șotropa, Mihai Opiela, Rodica Narcisa Petrescu, Constantin Surdu, Mircea N. Costin, Victor Ursa, Balogh Andrei, Gabriela Chivu, Maria Banciu, Mircea Ștefan Minea, Dan Chirică, Adrian Man, Kocsis Jozsef, Narcisa Cozea.

Cu doar câteva excepții, cercetătorii juriști de la centrul de științe Sociale au trecut – după 1990 – în învățământul superior juridic, desfășurând o activitate profesional-științifică prestigioasă.

Dintre realizările colectivului de cercetători ai secției/sectorului de științe juridice le amintim pe cele mai semnificative:

- *Dreptul de autor în Republica Socialistă România*, Edit. Academiei, București, 1969, 350 p. (autori: A. Ionașcu – coord., N. Comșa, M. Mureșan);
- *Contribuția practicii judecătorești la dezvoltarea principiilor dreptului civil român*, vol. I, Edit. Academiei, București, 1973, 259 p. (autori: A. Ionașcu, M. Mureșan, M. N. Costin, C. Surdu);
- *Studia Napocensia, I*, Seria Drept, Edit. Academiei, București, 1974, 244 p. (autori: A. Ionașcu – coord., A. Balogh, M. Banciu, G. Chivu, M. Costin, M. Mureșan, R. N. Petrescu, C. Surdu, V. Șotropa, V. Ursa);
- *Familia și rolul ei în societatea socialistă în lumina legislației Republicii Socialiste România*, Edit. Dacia, Cluj-Napoca, 1975, 213 p. (autori: A. Ionașcu – coord., M. Mureșan, M. N. Costin, V. Ursa);
- *Contribuția practicii judecătorești la dezvoltarea principiilor dreptului civil român*, vol. II, Edit. Academiei, București, 1978, 183 p. (autori: A. Ionașcu, M. Mureșan, M. N. Costin, V. Ursa, G. Chivu, M. Banciu);
- *Dicționar de drept civil*, Edit. Științifică și Enciclopedică, București, 1980, 549 p. (autori: M. Mureșan, M. N. Costin, V. Ursa);
- *Filiația și ocrotirea minorilor în dreptul Republicii Socialiste România*, Edit. Dacia, Cluj-Napoca, 1980, 317 p. (autori: A. Ionașcu, M. Mureșan, M. N. Costin, V. Ursa);
- *Dicționar de drept procesual civil*, Edit. Științifică și Enciclopedică, București, 1983, 495 p. (autori: M. N. Costin, L. Leș, D. Radu, M. Șt. Minea);
- *Dinamica relațiilor sociale reglementate de lege oglindită în teoria și practica dreptului*, I, Cluj-Napoca, 1988, 316 p. (autori: M. Mureșan – coord., A. Balogh, M. Banciu, D. Chirică, G. Chivu, V. Marian, M. Șt. Minea, R. N. Petrescu);
- *Dinamica relațiilor sociale reglementate de lege oglindită în teoria și practica dreptului*, II, Cluj-Napoca, 1990, 264 p. (autori: M. Mureșan – coord., M. Banciu, G. Chivu, M. N. Costin, V. Marian, R. N. Petrescu);
- *Pandectele Române. Supliment*, Edit. Wolters Kluwer, București, 2008, 202 p. (autori: A. Mman, N. Cozea – coord. și alții)

Prof. dr. Mircea Ștefan MINEA

¹ Cele patru secții – care au avut anterior statutul unor unități de cercetare independente în cadrul Filialei Cluj a Academiei Române – au fost reunite în cadrul Centrului de Științe Sociale din Cluj în temeiul Hotărârii nr. 716 din 24 ianuarie 1969 a Prezidiului Academiei Române.

² În conformitate cu prevederile art. 2 din Statutul Academiei de Științe Sociale și Politice – ASSP (aprobat prin H.C.M. nr. 527 din 29 aprilie 1970) institutele și centrele de cercetare din domeniul științelor sociale și politice au trecut din subordinea Academiei Române în subordinea ASSP.

**CONGRESUL ANUAL AL ASOCIAȚIEI “HENRI CAPITANT”
A PRIETENILOR CULTURII JURIDICE FRANCEZE:**

**JOURNÉES LOUISIANAISES – “DROIT DE LA SANTÉ: ASPECTS
NOUVEAUX”, Lausanne și Neuchatel, 7-12 Iunie 2009**

Asociația Capitant a reunit la cea de-a șaiszeci și șasea ediție a congresului său anual un număr de o sută treizeci de participanți din douăzeci și trei de țări. Președintele Michel Grimaldi a dechis lucrările trecând în revistă modul în care Asociația s-a implicat în actualitate în ultimii ani. Fondată în anul 1935 ca apărătoare a dreptului francez, a devenit după decesul fondatorului ei una de promovare a culturii franceze și francofone, pentru ca din 2002 să-și asume un rol mai larg: cel de valorificare a culturii juridice romaniste (continental europene) în general. În Franța, Asociația s-a implicat în proiectul profesorului Pierre Catala care a dus la reforma dreptului obligațiilor și a emis proiectul de reformă a părții din cod referitoare la bunuri. În plan internațional, și-a asumat începând din 2004 acțiunii de contraargumentare la rapoartele *Doing business* și a reacționat cu un răspuns alternativ la „Draft of common frame of reference” redactat de comisia condusă de dl. profesor von Bar.

Tema aleasă a fost, așa cum remarca organizatorul, dl. Pierre Wessner, „o temă care nu are preț dar are un cost”. Dezbaterile au fost divizate pe patru rapoarte generale: statutul juridic al corpului uman; accesul la îngrijiri și la medicamente; sănătatea și proprietatea intelectuală; persoana aflată în stadiu terminal.

Dl. Jaap Gerhard Sijmons (Utrecht), raportor general pentru primul subiect, a sintetizat evoluția statutului juridic al corpului uman, vorbind despre tendința de contractualizare a acestuia. În provincia Québec, subiectul respectiv a ajuns să fie tratat în domeniul dreptului obligațiilor. Dreptul italian privește în mod tradițional pe om ca reprezentant al umanității, astfel că nu-l consideră proprietar al corpului său. În anii optzeci au apărut însă și alte opinii, dezvoltându-se diverse modele identitare (considerarea corpului uman ca ființă, ca entitate, mișcarea feministă, cea pentru drepturile homosexualilor etc). Acestea au fost asociate ideii respectării vieții private, de unde s-a tras concluzia că există un drept de proprietate asupra unor părți a corpului, nu asupra corpului integral – modelul predominant acum.

Chestionarul terț, având-o ca rapoarte pe d-na. Andrée Puttemans (Bruxelles), a atins sensibilele probleme de proprietatea intelectuală în domeniul industriei farmaceutice. S-au dezbătut astfel contrafacerea flagrantă din țări în ascensiune economică, precum India și China. Ca o observație generală: pentru a se putea dezvolta, în toate țările de acest gen s-a început prin practicarea contrafacerii, a imitării; numai pe această bază s-a putut apoi ajunge la inovare. Exemplul Indiei este unul relevant, industria farmaceutică ajungând acum la un stadiu de dezvoltare foarte avansat și complex. Contrafacerea este oricum facilitată și de faptul că o serie întregă de medicamente nu sunt protejate juridic. Ca urmare, un alt aspect concret luat în discuție a vizat brevetele: trecându-se peste dificultățile inițiale de considerare a

invențiilor farmaceutice ca brevetabile, s-a ajuns în stadiul în care se consideră că brevetul nu acreditează invenția, ci interzice atingerea acesteia în teritoriul ocrotit. Două tipuri sunt practicate în domeniu: brevetul de producție, ce protejează produsul farmaceutic și tot ce îl înconjoară, respectiv brevetul de procedeu, ce se referă la etapa tehnică de fabricare a unui produs.

Cea mai disputată temă a fost ultima, unde îngrijirile persoanelor ajunse în stadiu terminal s-au centrat pe eutanasiu. Raportul general întocmit de către dl. Olivier Guillod, directorul Institutului de dreptul sănătății din cadrul Universității Neuchatel, a pornit de la fixarea interesului temei: testarea limitelor principiilor și concepțiilor noastre juridice; în final, soluția dată problemei reliefează ierarhia valorilor pe care s-a construit dreptul unei țări. Dilema fundamentală se centrează pe decizia între apărarea vieții și dreptul la autodeterminare. Factori precum progresele medicale, atotputernicia pacientului, erodarea dogmelor culturale și religioase, juridificarea practicii medicale, ocultarea morții în societatea europeană occidentală și exaltarea autodeterminării au condus la schimbări importante în perspectiva asupra problemei discutate aici.

S-au analizat mai întâi chestiunile generale privind mecanismele juridice de luare a deciziilor în atare situații: cine ia hotărârea capitală? care sunt mecanismele de reprezentare legală? se folosește mecanismul directivelor anticipate? sau/și cel al desemnării unui reprezentant privat ori al unei persoane de încredere a celui aflat în stadiu terminal? S-a pus apoi în discuția raportorilor naționali existența sau nu în fiecare țară a unei reglementări a eutanasiei. În caz de răspuns afirmativ, s-a analizat tipul acesteia: pasivă (refuzul îngrijirilor) sau activă? activă directă sau indirectă (sedare terminală)? este reglementată asistența la sinucidere? Pornind de la fundamentările teoretice privind statutul juridic al corpului uman, mai mulți raportori au arătat cum rezistența inițială opusă de către medicii invocând jurământul hipocratic s-a dislocat treptat, pe măsură ce organizații de protecție a drepturilor omului au invocat ideea dreptului la o moarte demnă. Toate legislațiile raportate recunosc posibilitatea pacientului de a renunța la tratament, în timp ce mecanismele de decizie pentru persoanele incapabile de a o lua diferă: reprezentant legal numit, medic, familie sau rude, reprezentant privat desemnat în prealabil, directive anticipate (ce pot fi obligatorii sau indicative). Raportorul canadian a arătat că în Québec directivele anticipate se aplică doar dacă este posibil. Or, ca și în SUA, s-a observat în practică cum situația de la data redactării directivelor este în majoritatea cazurilor foarte diferită de cea de la internare; în plus, oamenii se mai și răzgândesc ...

Dezbaterile au evidențiat în mod repetat actualitatea discuției, pe fondul unor exemple precum turismul eutanasic practicat în direcția Olandei sau al eutanasiilor transmise (uneori în direct) la televiziunea americană, respectiv britanică. Întrebarea finală a chestionarului s-a referit la problemele de politică juridică: este necesară o reglementare legală sau este suficient să ne mulțumim cu norme deontologice, etice ori profesionale? este necesară o minimă armonizare legislativă pentru a evita fenomenele

de turism eutanasic? asistarea decesului trebuie încredințată profesioniștilor din domeniul sanitar? în fine, conduc constrângerile de ordin economic la încurajarea eutanasiei persoanelor aflate în situații speciale de vulnerabilitate?

România a participat cu răspunsuri la primul chestionar (raportor – dl. Paul Vasilescu), la cel de-al doilea (d-ra. Juanita Goicovici) și la al patrulea (dl. Mircea Bob). Toate chestionarele și rapoartele naționale sunt disponibile pe situl Asociației (<http://henricapitant.org/node/139>); împreună cu cele patru rapoarte generale și cu raportul de sinteză al d-lui. Jean-Louis Baudoin (Québec) vor fi publicate în volumul de *Travaux* al congresului.

Deși desfășurat în partea francofonă a Elveției, o mențiune specială trebuie făcută pentru organizarea precisă și metodic germană a președintelui grupului elvețian, dl. Pierre Wessner, ajutat de către asistentele domniei sale și de colegii de la Universitățile din Lausanne și Neuchatel.

Secretarul general al grupului român al Asociației a fost prezent efectiv la lucrări, mai ales că anul viitor țara noastră va găzdui reuniunea. Tema fixată a fost cea a „Dreptului succesoral” și a fost divizată în patru rapoarte generale: „Succesiuni și familie” (raportor general dl. Paul Vasilescu), „Succesiuni și contract” (dl. Alain Levasseur, profesor la Louisiana State University), „Succesiuni și întreprindere” (dl. Ercument Erdem, profesor la Universitatea Galatasaray din Istanbul) și „Succesiunile internaționale” (d-na. Marie Goré, profesor la Universitatea Paris II). Raportul de sinteză va fi întocmit și prezentat de către dl. Michel Grimaldi, președinte al Asociației și cel mai reputat specialist francez în domeniu la ora actuală. Congresul va începe în zilele de 24 și 25 mai 2010 la București și va continua în 27 și 28 mai la Cluj-Napoca. Mai multe informații se găsesc pe situl www.capitant.ro sau pot fi obținute la adresa de email capitantro@gmail.com.

Reuniunile anuale următoare vor fi găzduite în Vietnam (2011) pe tema „Profesiilor juridice”, Chile (2012), Spania (2013), Polonia (2014) și Olanda (2015).

Mircea-Dan BOB

Bianca SELEJAN-GUȚAN, Laura-Maria CRĂCIUNEAN,
“Drept internațional public”, Editura Hamangiu, București, 2008, 284p.

La începutul anului trecut a văzut lumina tiparului lucrarea “Drept internațional public” a tinerelor și distinselor autoare Bianca Selejan-Guțan (conferențiar universitar doctor) și Laura-Maria Crăciunean (actualmente lector universitar doctor) de la Facultatea de Drept a Universității “Lucian Blaga” din Sibiu.

Tomul este destinat în principal studenților, fiind un curs universitar adaptat cerințelor actuale ale metodicii de specialitate, însă el poate fi consultat cu folos și de juriști, cadre didactice, precum și de către orice persoană interesată de înțelegerea corectă a celor mai importante și actuale teme ale Dreptului internațional public.

Cartea este bine documentată, conținând un aparat bibliografic bogat, sursele fiind variate și de bună calitate; informațiile sunt actualizate, iar materia este expusă într-un stil limpede și cursiv.

Volumul este structurat în 11 capitole, care cuprind întreaga problematică a Dreptului internațional public (D.I.P.), începând cu izvoarele acestei științe, subiectele D.I.P., protecția internațională a drepturilor omului, continuând cu tematica teritoriului și a jurisdicției în dreptul internațional și sfârșind cu o expunere sintetică privind răspunderea internațională și soluționarea pașnică a diferendelor internaționale, precedată de o scurtă incursiune în Dreptul tratatelor și în Dreptul internațional umanitar.

Tomul se încheie cu o bibliografie selectivă formată atât din surse străine, cât și românești și care va constitui fără îndoială un punct de plecare potrivit pentru cei dornici să aprofundeze studiul științei Dreptului internațional public.

De o mare utilitate pentru studenți se vor dovedi exercițiile pentru seminar; acestea cuprind fragmente sugestive din lucrările unor autori de marcă, dar și extrase relevante din constituțiile unor țări cu tradiție democratică, precum și din hotărârile unor instanțe internaționale, ele fiind plasate la sfârșitul fiecărui capitol și fiind menite să contribuie la buna asimilare a noțiunilor și instituțiilor studiate. În plus, pregătirea pentru examen va fi înlesnită de rezolvarea testelor de tip grilă și sinteză adăugate în mod inspirat de către autoare la finele fiecărui capitol expus.

Această apariție editorială trebuie așadar salutată, iar autoarele încurajate să continue cercetările în domeniul Dreptului internațional public, în scopul îmbogățirii doctrinei românești și al progresului didacticii speciale.

Drd. Nathaniel CORNOIU-JITĂRAȘU

Le Centre culturel français présente

o nouă sesiune de cursuri de
franceză juridică



Învățați
franceza
„acasă la francezi”!



Centre culturel français · Brătianu 22 · Cluj-Napoca
tel. 0264 598 551 · cours.formations@ccfcluj.ro · www.ccfcluj.ro

