

Le projet du code civil roumain. Est-il moderne, européen, rigoureux?

Marilena Uliescu¹, Lucian Stângu²

¹ *Chef Département de Droit Privé, de l'Institut de Recherches Juridiques*

² *Université Roumaine-Américaine du Bucarest*

Depuis plus de quarante ans le monde des juristes roumains est hanté par la modification – au nom de la modernisation - du vieux code civil. Ainsi que nous l'avons déjà dit, en Corse en 2004, à l'occasion du bicentenaire du code Napoléon, celui-ci a connu en Roumanie un transplant réussi. En effet, l'adoption du Code civil roumain en 1865 – copie presque conforme du code civile français - a posé les fondements du droit civil roumain moderne avec ses principes et ses institutions et y a introduit également la terminologie juridique moderne. La conception générale, les principes, les institutions de droit civil mais surtout la rigueur de la terminologie et des règles ont déterminé – malgré certaines fractures, régies par des lois spéciales – sa miraculeuse survie après presque dix lustres de droit socialiste.

Le projet du « nouveau code civil » dont l'élaboration et l'adoption font partie du « programme de gouvernement 2009-2010 » semble être, à première vue, une initiative législative nécessaire et utile. Ce projet comprend 7 livres, chacun divisé en titres et chapitres et l'ensemble compte 2672 articles. Il résulte de l'exposé des motifs, de la systématisation de la matière et des solutions formulées que le projet relève de la conception moniste ainsi qu'elle existe dans le droit continental romain germanique et qui est de mise aussi dans d'autres Etats comme la Suisse, les Pays Bas, l'Italie ou la France.

Cependant le modèle qui a servi de base à l'élaboration du projet en question est le Code civil de la province du Québec, partie d'un Etat fédéral, le Canada, adopté en 1991. Il va de soi que dans ce modèle manquent certaines règles qui doivent exister dans un Etat unitaire, car les règles d'une province faisant partie d'un Etat fédéral doivent nécessairement être complétées par des règles fédérales. Les règles concernant le système bancaire ou les sociétés n'existent par exemple que dans les lois fédérales.

En ignorant ainsi les codes monistes européens de tradition juridique romaine germanique le projet n'aborde pas les réglementations concernant les sociétés, partie essentielle des codes civils suisse, hollandais ou italien. Il se dispense également des règles concernant les contrats de franchise ou d'assurance, qui sont régis par des lois spéciales, ce qui contrevient à la conception moniste affichée.

Par ailleurs, le projet a souverainement ignoré l'opinion et les suggestions éventuelles de ceux qui seraient amenés à l'appliquer. Sa rédaction n'a pas respecté la procédure classique d'élaboration des codes prévue par la législation légale en vigueur (Loi n°24/2000) et ses modifications. En effet, des dispositions impératives prévoient, dans ce cas de figure, que des commissions spéciales prennent en charge, à la suite d'études et d'une ample documentation scientifique, la rédaction des thèses préalables contenant la conception générale, les principes et les nouvelles solutions envisagées, thèses qui doivent être examinées et débattues avec soin. Elles ne sont considérées comme définitives que lorsque les ministères, les autorités publiques concernés et aussi la société civile, auront exprimé leurs points de vue. Ensuite, elles sont soumises à l'approbation du Gouvernement et la Commission d'élaboration procède à la mise en forme du projet. Or, ces dispositions légales n'ont pas été respectées. Ces objections de principe ne nous empêchent pas de constater que le projet du code civil présente un intérêt certain.

Il comprend des éléments nouveaux, utiles et nécessaires comme la protection des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine consacrée dans des traités internationaux ou dans les codes civils de certains Etats européens. Il convient d'y ajouter la réglementation explicite du droit de propriété privée et du droit de propriété publique, le droit d'administration, le droit de concession et celui d'utilisation gratuite – droits reels derivés du droit de propriété publique.

Quant à la rigueur de la rédaction et de la terminologie nous donnerons notre opinion plus loin. Il faut faire remarquer également l'introduction dans le code civil du livre foncier avec l'effet constitutif d'inscription d'un fonds, l'institution de la fiducie particulière au droit anglo-saxon (le trust) mais qui a été introduite également dans les règles de certains pays comme le Luxembourg, la France ou la Suisse dont les systèmes de droit relèvent du droit romain germanique.

En matière d'obligations, le futur code civil envisage d'augmenter le nombre des contrats, notamment ceux de droit commercial tels que: le contrat de commission, d'intermédiation, de consignation etc. C'est le résultat du renoncement au dualisme code civil – code commercial. A notre avis, l'opération reste cependant incomplète. En effet, une affirmation ferme de la conception moniste présuppose que le futur code civil constitue, en ce qui concerne le droit privé, le droit commun (jus comune) du système législatif roumain. Une analyse attentive du projet nous fait constater, malheureusement, que son dernier article renvoie à une future loi pour l'application du code civil, laquelle, à notre sens n'est pas en mesure de résoudre les problèmes complexes soulevés par cette opération dont certains sont encore loin d'être tranchés. A cet égard nous nous référons surtout aux corrélations du futur code civil avec les lois civiles et commerciales qui régissent encore beaucoup de rapports de droit privé.

Car pour un code civil rigoureux définir certains concepts fondamentaux constitue le fondement nécessaire à un droit privé unique. Or, à notre grande surprise, des concepts essentiels, indispensables pour structurer les rapports de droit privé comme sont ceux de fait juridique, d'acte juridique, de propriété, de contrat etc. ne sont pas défini ou le sont insuffisamment. Cette surprise augmente quand on constate que le projet fait appel à des « termes profanes » à la place de la terminologie juridique consacrée, seule à même de produire les effets juridiques appropriés.

En abandonnant ainsi la terminologie juridique consacrée, donnée importante d'une culture juridique commune, à un moment crucial où l'on pose les jalons d'un droit privé européen, pourrait nous conduire à une auto élimination du courant européen actuel et nous écarter des préoccupations des juristes qui le représentent. Nous pouvons citer à cet égard les préoccupations du groupe de recherche « Terminologie » de la Société de Législation comparée et de l'Association Henri Capitant, les amis de la culture juridique française, qui a publié une étude ayant comme objet l'analyse terminologique comparative d'un certain nombre de concepts juridiques à partir de la terminologie existante et connue afin d'aboutir à une terminologie commune au niveau européen des différents systèmes juridiques. Pour construire un Cadre commun de référence du futur droit contractuel européen le premier pilon à poser est indubitablement une terminologie contractuelle commune.

Par conséquent, nous pensons qu'on ne peut pas ignorer ce contexte.Or notre futur code civil semble vouloir l'ignorer à tout prix. Prenons par exemple l'article 572, chapitre I, Titre II qui traite de la propriété privée, article qui selon l'amendement du Ministère de la Justice devrait avoir le contenu suivant : « Le contenu du droit de propriété » article 572 (1) « La propriété privée est le droit du propriétaire de posséder, utiliser et disposer de manière libre et complète d'un bien, dans les limites établies par la Loi ».

Les mots : « de manière libre et complète » qui remplacent les termes consacrés « **de manière exclusive et absolue** » ne sont pas de nature à exprimer, ainsi que le croient les auteurs de l'amendement, la relation entre la propriété privée et la liberté de la personne, d'une part et le fait que seulement le propriétaire est celui qui a la totalité des attributs de la possession, de l'utilisation et de la disposition, d'autre part. Les mots susmentionnés n'engendrent pas les mêmes effets juridiques que les termes juridiques consacrés « **de manière exclusive et absolue** », lesquels n'ont pas besoin d'explications supplémentaires pour les juristes, ainsi qu'un terme médical ou technique n'a pas besoin d'explications pour ceux qui exercent une profession médicale ou technique.

Pour « expliquer » cette différence faisons appel au « Vocabulaire juridique » de Gérard Cornu, qui précise que le terme juridique « **absolu** » signifie... « un droit absolu, sans aucune restriction, sans

limites, opposable *erga omnes* et qui a force obligatoire »... « souvent synonyme de discrétionnaire, non susceptible d'abus ». En ce qui concerne le terme « **exclusif** », le Vocabulaire juridique précise qu'il présuppose « l'écartement de toute autre personne de l'exercice d'un droit ».

L'introduction dans le Code des règles qui font actuellement l'objet des celles du droit de la famille est également contestable. Revenir à la situation législative antérieure à l'adoption du Code de la famille - qui contient des principes et des normes modernes, lesquels sont pleinement en accord avec le stade de développement de la société roumaine c'est, en fait, faire un pas en arrière. Une telle solution n'a pas été soumise à aucun débat public. Des règles concernant les fiançailles, les conventions matrimoniales, certaines conséquences patrimoniales du divorce etc. n'ont pas, non plus, fait l'objet d'un débat public. Cependant les règles de cette nature peuvent avoir des effets négatifs sur les relations sociales, favoriser le retour à l'inégalité dans la famille et réduire le taux de nuptialité. Elles concernent un nombre réduit de citoyens dans un pays où l'accablante majorité de ceux-ci a une situation matérielle modeste pour laquelle la communauté des biens dans le mariage sera pendant encore longtemps la seule solution compréhensible et raisonnable.

D'autre part, introduire les fiançailles dans la vie juridique, institution qui n'a pas de tradition réelle chez les Roumains et qui, en fait, aura, en pratique, des effets juridiques insignifiants nous semble être une erreur. Une telle réglementation cherche à octroyer une certaine valeur à des rapports juridiques entre les personnes sans laquelle les normes sont dépourvues de conséquences juridiques propres. Mais les parties d'un tel acte juridique n'ont pas des droits et des obligations spécifiques.

Les conséquences juridiques de cette réglementation particulière ne visent pas le statut des fiancés pendant la durée de leurs fiançailles mais presque exclusivement les suites de la rupture abusive des fiançailles. Ces conséquences pourraient néanmoins être sanctionnées en appliquant les principes qui régissent la responsabilité civile délictuelle. Est-il nécessaire, par ailleurs, pour réglementer ces conséquences, surtout en ce qui concerne le régime des dons reçus par les fiancés, d'élaborer des règles compliquées et inutiles alors qu'il existe des règles civiles de donation ? Nous nous permettons, pour conclure de signaler des défauts de rédaction et même certaines fautes de grammaire :

A l'**article 6**, on préférerait la simplicité du texte constitutionnel (la Loi dispose seulement pour l'avenir) sans faire référence à la loi civile en **vigueur**. En effet, cette formule met en question l'application ultérieure de la loi si l'on prend en considération le principe **tempus regit actum**. Cela présuppose l'application de la loi même après qu'elle a cessé d'être en vigueur.

A l'**article 11**, il manque, à deux reprises, au premier alinéa le mot « celles » et on y fait référence à une soit dite « dérogation aux **bonnes mœurs** (?). La formule de l'article 90 où l'on parle de **la volonté (le désir) d'une personne décédée** est risible.

A l'**article 16**. Le terme **conférer** n'a pas de sens propre dans le droit privé. Il s'agit, en fait, de la transmission de certains droits. **Nemo ad alium transfere potest...**

A l'**article 31**. La définition du patrimoine semble indispensable...

A l'**article 36**. Il s'agit de la reconnaissance des droits, dès la conception de l'enfant. Il nous semble inexplicable et tout à fait injustifié le remplacement de l'expression « à condition que l'enfant soit **vivant** » avec « à condition qu'il soit **viable**. La notion de viable est très difficile à définir en la matière (et elle n'a pas le même sens qu'en français).

A l'**article 72 et suivants**. La formulation laisserait penser que les interventions dans le but de la recherche scientifique pourrait avoir lieu, dans certaines conditions, même **sans le consentement** de la personne en cause (quand « contributeur ... avec un risque minimal ... au développement de la science médicale »).

A l'**article 90**. Le droit de toute personne de disposer de son corps après sa mort a besoin de certaines précisions, dans l'absence desquelles on peut aboutir à des conséquences absurdes, voire monstrueuses.

A l'**articles 97 et 98**. Le renoncement à la définition classique du domicile a des conséquences inacceptables. On ne comprend pas la différence entre **habitation principale** (le domicile) et logement

habituel (la résidence) La définition traditionnelle du domicile comme logement stable ou principal est préférable.

A l'article 108. En l'absence d'une définition, on ne comprend ce qu'est l'état civil. On tire la conclusion qu'il se réfère exclusivement à la naissance, au mariage et au décès.

A l'article 205. En parlant de **la nullité d'une personne morale** on viole brutalement la conception traditionnelle – qui procède du droit romain – selon laquelle la nullité se réfère exclusivement les actes juridiques et non aux personnes ou autres entités légales. Pourra-t-on parler désormais de la nullité d'une université, d'un ministère ou du Gouvernement etc. ?

En fait, il s'agit de la nullité de l'acte de fondation d'une personne morale.

A l'article 2007. Il en résulte qu'une personne morale quel que soit le motif qui la rend « nulle » possède une existence valable jusqu'à ce que la déclaration judiciaire de sa nullité soit définitive. Cette solution nous semble inacceptable au moins dans l'hypothèse où l'objet d'activité était contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Au chapitre I du Titre I. On ne parle nulle part de la classification des personnes morales (de droit privé) en fonction de leur caractère patrimonial ou non patrimonial. Il n'y a aucune référence claire aux associations et aux fondations, bien que la notion de fondation soit, dans la législation récente, l'objet des graves confusions.

A l'article 273 alinéa 2. Il existe une formule qui est pour le moins confuse : « le rétablissement de l'intégrité (?) de la mémoire d'une personne décédée... »

A l'article 283 alinéa 2. On est renvoyé aux conditions de fond de l'acte de mariage. Cependant à la 1-ère section du chapitre II où l'on parle des conditions de fond du mariage, on n'exige pas l'avis d'un médecin et l'autorisation de l'administration compétente ne présente aucun intérêt en cas de fiançailles et la mention est complètement inutile.

Par ailleurs, on ne comprend pas du tout à quoi servent les fiançailles, quand considère-t-on qu'elles sont rompues, si elles présupposent la fidélité entre les deux fiancés, si elles sont conclues à terme ou *sine die* et dans ce dernier cas jusqu'à quand sont-elles valables, si une personne peut être fiancée en même temps à plusieurs autres etc.

L'imprécision de la formule : « le fiancé qui rompt les fiançailles ne peut être contraint au mariage » est patente. On peut se demander si celui qui ne les rompt pas peut l'être...

La recherche de l'artifice à tout prix est déconcertante.

A l'article 341. On devrait dire « contribution » et non « une contribution ». Il conviendrait d'y ajouter « et à l'acquisition des biens communs pendant celle-ci » en conformité avec un principe devenu très important à présent.

A l'article 394 alinéa 2. On y fait référence à l'article 388 lettre c qui consacre comme motif de divorce, invoqué par l'un des époux, une séparation de plus de cinq ans. Dans cette hypothèse, l'article 394, alinéa 2 prévoit que le divorce est prononcé en raison de la faute exclusive de l'époux demandeur. Mais si celui-ci n'est pas coupable de la séparation. On devrait dire : « en raison de la faute exclusive de l'époux coupable de la séparation de fait ».

A l'article 398. Le texte ignore la situation où l'un des époux a porté le nom de l'autre. Dans ce cas le tribunal devra approuver, à la demande de cet époux qu'il puisse continuer à porter ce nom même après le divorce. Dans la rédaction actuelle on comprend que le tribunal approuve que les deux époux portent le nom en question, alors que l'un d'entre eux a toujours porté ce nom.

A l'article 405 et suivants. La totalité de la réglementation de la prestation compensatoire (qui remplace la pension alimentaire) nous semble excessive et présuppose un niveau de vie très élevé qui est incompatible avec la situation actuelle de la population.

A l'article 444. On devrait prévoir que toutes les demandes adressées par la mère à « père prétendu » soient accordées par le tribunal seulement au cas où l'action en paternité sera admissible.