

L'UNITE DU DROIT EN EUROPE ET LE DROIT ROMAIN *

I. - DROIT ROMAIN ET *IUS COMMUNE*

1. *La réception du droit romain*

“Trois fois, Rome a imposé des lois au monde, trois fois, elle a amené les peuples à l’unité ; la première fois par l’unité de l’Etat, lorsque le peuple romain disposait encore de la plénitude de ses forces ; la deuxième fois par l’unité de l’Eglise, après que le peuple romain eut déjà péri ; la troisième fois par l’unité du droit, à la suite de la réception du droit romain au moyen âge ; la première fois au moyen de la contrainte extérieure par la force des armes, les deux autres fois par la force de l’esprit”.

Voilà les célèbres mots d’introduction d’une œuvre illustre : “*Esprit du droit romain*” de Rudolf v. Jhering (1). C’est, en effet, un phénomène extrêmement étonnant que le droit romain antique, qui avait atteint son apogée pendant le Principat, donc dans les premiers 250 ans après Jésus-Christ, et qui avait été repris en l’Orient dans les années 533/534 par l’empereur Justinien dans le recueil systématique du *Corpus iuris civilis*, et qui a été ressuscité au moyen âge. En Europe, il était question à cette époque de l’organisation de la souveraineté territoriale, de l’expansion de l’Eglise et de l’autonomie des villes. Pour tout cela, on avait besoin de juristes, et il est évident que ces juristes étaient enclins en cas de doute à recourir au droit romain et donc au *Corpus iuris civilis*, étant donné le

* Version française de l’article “Rechtsteinheit in Europa und römisches Recht”, dans *ZEuP* [= *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*], 2, 1994, p. 244-276 ; traduction de l’allemand par Andreas NITSCH, revue par Jean-Pierre CORLAT, avec quelques compléments bibliographiques de ce dernier.

(1) RUDOLF V. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, vol. I, 5^e Edition, 1891, p. 1, [trad. fr. de la 3^e éd., 1886, rééd. Bologne 1969, p. 1].

grand désordre juridique, la confusion, l'état lacunaire ou le défaut de "raison" des ordres juridiques de leurs pays ; en effet, le droit romain offrait des réglementations complètes, il avait mûri et résultait d'une raison pratique. De plus, le *Corpus iuris civilis* paraissait plus moderne et bien plus compréhensible, et les juristes le connaissaient à fond depuis leurs études universitaires. En ce qui concerne le Saint Empire romain germanique, une autre circonstance vint s'ajouter à cela : les empereurs allemands se prenaient pour les successeurs des empereurs romains ; par conséquent, le droit romain passait pour le droit impérial qui était applicable *ratione imperii*. Bien entendu, à l'extérieur de l'Empire, on voyait les choses autrement ; en France, par exemple, on appliquait le droit romain *imperio rationis*, donc en vertu de la raison juridique qui lui était inhérente.

D'autres explications quant aux différentes causes et phases de la réception du droit romain ne sont pas nécessaires de notre point de vue. Il reste seulement à mettre en évidence que le droit romain a été appliqué finalement presque partout en Europe continentale depuis le début des temps modernes, à titre subsidiaire à côté des lois nationales et des coutumes locales ; cela concernait notamment l'Italie, l'Espagne, le Portugal et l'Ecosse, avec des petites restrictions la France et la Pologne. En Angleterre aussi, les influences du droit romain se faisaient sentir, d'abord par l'intermédiaire du droit canonique. Même la Scandinavie n'a pas pu se soustraire à ces influences (2).

2. - La genèse du *ius commune*

Surtout deux circonstances ont déterminé l'évolution ultérieure. Premièrement, on a généralisé le droit romain, on a rompu avec ses règles

(2) Pour de plus amples informations quant à la réception et ses développements voir Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e édition, 1967, p. 97 et s., 133 et s., 143 et s. [trad. ital. Vol. I Milan 1980 ; trad. angl. Oxford 1995] ; Gerhard WESENER/Gunter WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4^e édition, 1985, p. 80 et s. ; Helmut COING (éd.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. I et II (1973-1976). - A ce propos, l'œuvre *De Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum, libri duo*, de l'Anglais Arthur DUCK (paru pour la première fois à Londres en 1653) est particulièrement intéressant ; le deuxième livre contient un exposé dans lequel l'auteur compare l'application du droit romain dans les différentes nations européennes de cette époque. Voir la réimpression inchangée de l'édition Leipzig 1668, Focke Tannen HINRICHS (éd.), 1990, et la traduction allemande faite par HINRICHS : Arthur DUCK, *Über Gebrauch und Geltung des ius civile der Römer*, 1993 ; cf. aussi Norbert HORN, "Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck", in : Walter Wilhelm (éd.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, 1972, p. 170 et s. ; [Alain WJFFELS, *Arthur Duck et le ius commune européen*, dans RHFHD, 10-11, 1990, p.193-220].

ou on a cherché d'autres interprétations pour l'adapter aux exigences pratiques des temps modernes - tout cela souvent en tenant compte des règles du droit canonique ou des règles des ordres juridiques nationaux qui, eux aussi, ont été influencés par le droit romain. De cette manière un *ius commune* se formait, dont la base était d'une part, une matière juridique homogène dans les études universitaires partout en Europe, à savoir qu'on s'occupait presque exclusivement du *Corpus iuris civilis* et du *Corpus iuris canonici*, mais qui présentait, d'autre part, de très grandes différences quant à son application réelle et quant à la pratique des tribunaux dans les différents pays. Malgré ces différences, la science qui s'occupait avant tout des *corpora iuris civilis* et *canonici*, a acquis une influence déterminante dans tous les pays européens.

Partout, on a respecté des autorités comme par exemple Accurse, Bartole, Balde, Cujas, Doneau, Dumoulin, Grotius, Pufendorf, Pothier, Voet, Vinnius, Heineccius et Leyser ; d'ordinaire, les tribunaux ne dérogeaient pas à la *communis opinio doctorum* (3).

On resta attaché à cette tradition commune qui se formait depuis la fin du moyen âge, même lorsque d'autres courants juridiques naquirent, comme la science juridique humaniste du XVI^e siècle et le droit naturel des XVII^e et XVIII^e siècles qui s'appuyait sur la raison. Les évolutions du droit ont été préparées et réalisées par une discussion commune qu'on a menée et suivie partout en Europe ; la science du droit était et restait une science européenne (4).

Cette science du droit a développé et perfectionné le droit – souvent par un “malentendu créatif” en généralisant un passage isolé des sources antiques. Ainsi, on a fait dériver la protection du nom commercial de la protection possessoire, et le droit de résolution de la maxime *frangenti fidei fides frangitur eidem* (5) ; la science du droit a développé des droits fondamentaux de l'individu, comme par exemple sa protection par le

(3) Bien souligné par Duck (note 2) I, 8, 8 (p. 129 = traduction allemande p. 73) : *Judices omnes Communi Opinioni debeant adhaerere* (tous les juges doivent se conformer à la *communis opinio*).

(4) Voir par exemple Helmut COING, “Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung”, in : Dieter SIMON/Helmut COING (éd.), *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, vol. II, 1982, p. 157, 161 et s.

(5) En partant de *Liber sextus* 5, 12, 75 (*Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat*), cf. Henri ROLAND/Laurant BOYER, *Locutions Latines et Adages du droit contemporain français*, vol. I, 1978, p. 334 et s. - On peut trouver ici les racines du droit de résolution de l'article 1184 Cc et des §§ 325, 326 et 273, 320 BGB.

principe *nulla poena sine lege* (6) et son droit à la participation politique d'après la maxime *quod omnes tangit debet ab omnibus approbari* (7), et elle a fait ressortir, en partant des derniers titres du Digeste (D.50, 16 ; D.50, 17), de nombreux arguments et règles du droit qui sont universellement valables ; sous ce rapport, le recueil dans les derniers titres des décrétales de Boniface VIII (*Liber sextus* 5, 12), en Espagne le recueil des *Siete Partidas* (34 VII), et en Angleterre surtout les *Maxims of the Law* de Francis Bacon (8) sont devenus particulièrement importants. Des siècles durant, ces *topoi* et ces maximes furent d'une grande importance ; cette importance ne diminua qu'au XVIII^e siècle, lorsque les premières codifications apparurent. Nous présenterons ci-après quelques exemples.

En réalisant ces travaux, la science du *ius commune* a élaboré des concepts du droit, de ses valeurs et de sa méthode, sur les fondements du droit romain et du droit canonique, et ces idées sont encore aujourd'hui uniformes en Europe (9). En même temps, elle a, ce qu'il ne faut pas sous-estimer, engendré le juriste formé scientifiquement et travaillant de façon rationnelle et méthodique, en un mot le juriste savant que nous connaissons depuis des siècles (10).

3. Les codifications

La deuxième circonstance qui a déterminé le développement dans une large mesure est l'élaboration des codifications modernes. Cette élaboration commence, après un précurseur de 1756, le *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*, par les trois grandes codifications du droit naturel

(6) En partant de D. 50, 16, 131, 1 ; 11, 7, 14, 14 (*poenam in eum statutam non esse*).

(7) *Liber Sextus* 5, 12, 29 en partant de C. 5, 59, 5, 2 (anno 531 ; concernant le consentement lorsqu'il y a plusieurs tuteurs), cf. Gaines POST, *Studies in Medieval Legal Thought*, 1964 (de 1946), p. 163 et s. ; Yves CONGAR, *Droit ancien et structures ecclésiastiques*, 1982, p. II et N° III (de 1958) ; Hans HATTENAUER, *Das Recht der Heiligen*, 1976, p. 92 et s. - Quant à l'importance du *ius commune* pour le développement des valeurs fondamentales du droit comme celles de la liberté et de la propriété, voir aussi GOVAERT VAN DEN BERGH, "Ius Commune, a History with a Future?", in : Bruno de WITTE/Caroline FORDER (éd.), *The common law of Europe and the future of legal education*, 1992, p. 593, 601 et s.

(8) Voir Peter STEIN, *Regulae Iuris*, 1966, p. 170 et s.

(9) Pour plus amples informations voir par exemple WIEACKER (note 2) ; WESENER/WESENER (note 2), ainsi que Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, vol. I (*Älteres Gemeines Recht*), 1985, aussi vol. II (19^e siècle), 1989 (une œuvre qui facilite beaucoup l'orientation, malgré quelques déficits - voir Wilhelm BRAUNEDER, "Europäisches Privatrecht - aber was ist es?", *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* [ZNR] [15] 1993, p. 225 et s.) et Hans HATTENAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, 1992.

(10) Voir à ce propos par exemple Filippo RANIERI, "Vom Stand zum Beruf", *Ius Commune* (13) 1985, p. 83 et s.

tardif, à savoir le *Preußische Allgemeine Landrecht* de 1794, le Code civil de 1804 (Cc) et l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien (ABGB) de 1811. Parmi ces codifications, le Code civil a eu la plus grande influence en Europe, par exemple sur le *Codice civile* italien (Cclt.) de 1865 ou sur le *Código civil* espagnol (CcEsp.) de 1889, mais aussi sur d'autres codes civils dans le monde entier.

Certes, la science du Digeste, qui recommença dans le courant du XIX^e siècle à réexaminer de façon systématique les sources justiniennes, pouvait rétablir encore une fois une certaine unité de la science juridique européenne ; mais cette unité a disparu quand la deuxième phase de codification commença en Europe par l'élaboration du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand (BGB) de 1896 et du *Zivilgesetzbuch* et de l'*Obligationenrecht* suisses de 1907 et 1911 respectivement. Aujourd'hui, la question est de savoir si cette unité a disparu définitivement ou si l'on peut obtenir une harmonisation juridique au sein de l'Union Européenne en renouant avec la tradition commune du *ius commune* (11).

II. - RETABLIR LE LIEN AVEC L'ANCIEN DROIT

Ce n'est pas étonnant que les avis diffèrent sur cette question, puisqu'au fond il s'agit en même temps de la question de savoir comment on peut caractériser les tâches et les perspectives de la recherche historique du droit. Comme nous ne voulons révéler que quelques aspects de la capacité du *ius commune*, et de sa source romaine qui peuvent contribuer à l'harmonisation juridique, nous nous bornons, quant aux aspects généraux, à trois remarques concises et nécessairement générales.

(11) Quant à l'affirmation sous l'angle historique et de droit comparé, cf. par exemple Helmut COING, "Europäisierung der Rechtswissenschaft", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1990, p. 937 et s. ; le même (note 4), p. 100 ; Hein KÖTZ (note 100) et Reinhard ZIMMERMANN dans plusieurs articles, notamment : "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", *Juristen-Zeitung (JZ)* 1992, p. 8 et s. ; *Id.*, Heard melodies are sweet, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 193 (1993), p. 121, 169 et s. ; *Id.*, *Römisches Recht und europäische Rechtseinheit*, in : Walther LUDWIG (éd.), *Die Antike* (note 79), p. 151 et s. ; Reiner SCHULZE, "Vom Ius Commune bis zum Gemeinschaftsrecht", in : Reiner SCHULZE (éd.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, 1991, p. 3 et s.

1. - La tâche de la recherche

L'histoire du droit est devenue une vraie discipline historique depuis qu'elle a pu se débarrasser de son rôle pénible de "servante des civilistes" ; on dit souvent qu'"à vrai dire, le débat sur cette question est clos avec un résultat net" (12). Mais même celui qui partage cette opinion ne peut guère s'en contenter. Car, vu les fondements des systèmes européens de droit civil qu'on vient de présenter, les efforts pour comprendre le droit en vigueur au moyen de l'ancien droit et pour le développer d'une façon aussi organique que possible dans le cadre européen, restent des tâches scientifiques ; peu importe si l'on met l'accent sur la recherche en matière de droit civil moderne, de droit comparé ou d'histoire du droit. La mise en pratique et la recherche historique en droit romain ont déjà coexisté lors des siècles précédents.

2. - La question d'une "nécessité"

Quelques auteurs font aussi des réserves à cause d'un prétendu manque de nécessité et affirment que les intéressés n'ont apparemment pas considéré jusqu'à maintenant les différences qui continuent à exister entre les systèmes nationaux de droit privé comme des obstacles sérieux ; selon eux, cela est dû principalement au fait que l'économie politique des Etats membres est marquée essentiellement par la liberté du commerce, par un système de libre concurrence et par l'initiative individuelle des entrepreneurs (13) ; en réalité, seuls les systèmes économiques exigent une harmonisation juridique qui doit impliquer naturellement la protection du consommateur. Mais l'Union Européenne y porte remède en imposant des dispositions-cadre communes (14).

Pourtant, on ne devrait pas oublier que le marché commun et la possibilité de surmonter les différences entre les systèmes nationaux de droit privé sont justement les fruits de la longue tradition commune des sciences juridiques européennes que nous venons de présenter. Tout cela n'est donc pas tombé dans l'oubli dans la vie économique contemporaine. Un quotidien réputé a récemment mis en relief ce lien de causalité dans ses pages sur l'économie : "Celui qui se trouve sans réserve dans la tradition du droit romain ne sait souvent pas apprécier le trésor qu'il possède. Un système de libre concurrence ne peut pas fonctionner lorsqu'on n'a pas recours aux

(12) Wolfgang WIEGAND, "Back to the future?", *Rechtshistorisches Journal* (RJ) 12 (1993), p. 277, 278. Nous ne répondons qu'à cet article. Les objections sont représentatives d'un certain courant scientifique et s'expliquent peut-être aussi par le fait que "la discipline entière cause une grande gêne", ce qu'on a constaté notamment à Francfort ; cette gêne se manifeste par des affirmations comme par exemple : "les publications augmentent, mais les auditeurs et les lecteurs diminuent" (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* [FAZ] du 5 janvier 1994, N° 3, p. N3). Cependant, on peut constater parfois une augmentation des auditeurs, au lieu d'une diminution due à une présentation maladroite et trop lourde de la matière du droit romain.

(13) WIEGAND, *RJ* 1993, p. 283 cite à ce propos Peter ULMER, "Vom deutschen zum europäischen Privatrecht", *JZ* 1992, p. 1, 2 et s., et considère qu'"il n'y a rien à ajouter". Mais le problème des clauses de réserve de propriété dans le commerce international montre que cette affirmation est trop optimiste.

(14) WIEGAND, *RJ* 1993, p. 283.

règles juridiques efficaces des contrats et à celles de l'artisanat et l'industrie, et lorsqu'on ne peut pas compter sur le respect universel du principe de la bonne foi" (15).

En ce qui concerne le droit contemporain - allemand de l'économie - et son étude scientifique, on peut constater de surcroît une perte préoccupante de contours scientifiques et une forte propension à résoudre des problèmes isolés en faisant reculer des principes. Les développements pénibles relatifs à la société qualifiée de fait sont significatifs : en vue de surmonter les difficultés, des universitaires ont proposé sérieusement d'attendre que la vie pratique ait fourni des solutions (16). Etant donnés ces faits, une science qui dispose des connaissances lui permettant de concevoir, à long terme, les traits d'un développement, les liens dogmatiques et des changements d'appréciation conditionnée par le temps, ne doit pas se retirer dans la contemplation. Cette observation devient encore plus importante lorsqu'on tient compte de l'harmonisation juridique, accélérée par l'Union Européenne ; aussi en Allemagne, la science du droit civil ne suit pas cette harmonisation de façon critique. On sait que par exemple les directives ne sont pas bien coordonnées et que leur transposition dans les systèmes juridiques nationaux provoque souvent des problèmes sérieux. Mais apparemment, on ne s'aperçoit que lentement que ces directives deviennent une réglementation en matière de protection des consommateurs qui ne touche pas seulement aux fondements de notre système de droit privé en étouffant l'autonomie privée dans ce domaine. En présence d'un tel législateur qui n'est pas incontestable quant à sa légitimité démocratique, la science doit entrer en lice.

3. - La reconstitution de l'ancien droit

Un troisième argument se révèle enfin comme l'objection la plus sérieuse : "De quel droit, qu'on devrait retrouver, s'agit-il ?" (17). Il est évident qu'on ne peut pas trouver une réponse en invoquant des généralités, étant donné toutes les différences qui concernent le contenu du *ius commune*, le lieu et l'époque de son application.

Toutefois, ce n'est pas la première fois qu'on pose cette question, puisque les tribunaux et les auteurs du *ius commune* pouvaient et devaient déjà s'en occuper. En

(15) Hans D. BARBIER, "Was uns reich macht", *FAZ* du 31 décembre 1990 N° 303, p. 13.

(16) Ainsi Peter HOMMELHOFF, "Empfiehl es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen neu zu regeln?", *Gutachten für den 59. Deutschen Juristentag, in : Verhandlungen des 59. Dt. Juristentages*, vol. I, 1992, p. G 79 et s. - Le fait que le Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitutionnel Fédéral allemand], *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 1993, p. 1306, qui s'était refusé à la vraie dimension du problème, a accepté la jurisprudence s'y rapportant du Bundesgerichtshof [Cour de Cassation allemande] (BGHZ 115, p. 187, Video) ne change rien à la question. Voir aussi Jan WILHELM, "Konkursantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers und Quotenschaden", *ZIP* 1993, p. 1833, 1837 note 17.

(17) WIEGAND, *RJ* 1993, p. 280.

ce qui concerne la décision de nombreuses controverses, Arthur Duck (18) mentionne une hiérarchie de six échelons : le premier échelon est l'acceptation de la *communis opinio doctorum*, le deuxième la préférence de la majorité ; puis la préférence de ceux qui donnent leurs propres arguments (par rapport aux auteurs qui reprennent seulement ces arguments) ; la préférence des commentateurs (par rapport à ceux qui font des expertises) ; la préférence des canonistes lorsqu'il s'agit d'un problème du droit canonique, et des légistes dans les autres cas ; le cinquième échelon est la préférence des universitaires par rapport à ceux qui tendent au prestige et à la fortune, et enfin la prépondérance des auteurs ultérieurs par rapport aux auteurs plus anciens. Il va sans dire que ce procédé n'est plus praticable aujourd'hui.

Cependant, une interprétation qui a été soutenue jadis par la *communis opinio doctorum*, par une majorité ou au moins par des autorités reconnues, pourrait justifier le cas échéant une décision, pour autant qu'il n'y aurait pas de solutions préférables.

A cet égard, il faut souligner le fait que les codes civils des Etats membres de l'Union Européenne sont fondés très largement sur une matière qui tire son origine du droit romain et qui a été développée dans le *ius commune* et préparée par la science du Digeste. De même, des *topoi* généraux d'interprétation, comme par exemple la protection des faibles, sont appliqués partout, sans égard pour les frontières des pays. Charles Sherman écrit dans l'introduction du deuxième volume de son œuvre détaillée, *Roman Law in the Modern World* : "*In all the codifications of the 19th and 20th centuries there is a unity : The Modern Codes may be regarded as republications, to a large extent, of Justinian's monumental codification of Roman Law - but adapted to modern times and garbed in modern linguistic dresses*" (19) ; il exagère, mais au fond il décrit exactement les faits. Une solution, qui doit être considérée au sein de l'Union Européenne comme la plus pertinente et la plus juste, se dégagera souvent lorsqu'on fait une analyse comparative des différentes dispositions dans les codes des Etats membres de l'Union Européenne, en tenant compte des interprétations prépondérantes, notamment là où il n'y a pas de code civil, comme par exemple en Angleterre.

Prenons cet exemple : une personne a institué une association cohéritière ; cette association compte plus de 1000 membres et n'a pas la pleine capacité juridique. En tant qu'institution d'héritier, cette disposition testamentaire est nulle. Mais on

(18) DUCK (note 2) vol. I, 8, 8-16 (p. 128 et s. = p. 73 et s. de la traduction allemande).

(19) Charles SHERMAN, *Roman Law in the Modern World*, vol. II, 2^e édition, 1924, p. 5.

pourrait admettre que chaque membre de cette association soit légataire ; la liaison de ces legs dépendrait de la structure de l'association (20). La justification de cette interprétation "conservante" résulte du *topos* d'interprétation du *favor testamentis* (§ 2084 BGB) et, de façon générale, de la maxime *quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit* (D.45, 1, 80), bref : *potius valeat actus quam pereat* (21) ; cette maxime est valable pour l'interprétation de tout acte juridique. Cette règle et ses parallèles (22) sont à la base par exemple des articles 1157 Cc (23), 1157 Cc belge, 1284 CcEsp., 1367 CcIt. (24) ; cette règle fait partie du common law (25), et elle est reconnue en Allemagne (aussi à côté de la règle de conversion di § 140 BGB) (26). Vu ce résultat, on ne peut pas douter qu'il s'agisse d'une règle reconnue dans l'Union Européenne, et que cette règle pourrait être appliquée par un tribunal de cette Union.

En ce qui concerne la question de l'apport de l'histoire du droit à l'harmonisation juridique européenne, il reste finalement à souligner qu'il est possible de surmonter les obstacles existants. On peut trouver dès aujourd'hui des rattachements à des principes de droit qui remontent à l'époque antérieure à l'entrée en vigueur des codifications. Ce sera la tâche de la science du droit de préparer le terrain ; mais dans quel but faut-il préparer ce terrain ? Les fruits de cette préparation peuvent être importants pour l'interprétation du droit communautaire qui existe déjà, pour le développement et la mise en œuvre du droit communau-

(20) S'agissant d'une association n'ayant pas la capacité juridique, les legs feront immédiatement partie des biens indivis appartenant à l'association (ainsi Theodor KIPP/Helmut COING, *Erbrecht*, 14^e édition, 1990, p. 147 en citant la jurisprudence s'y rapportant), autrement, il s'agira d'une disposition testamentaire faite sous la condition que la chose léguée doit être affectée au but de l'association, voir par exemple Emil STROHAL, *Das deutsche Erbrecht*, vol. I, 3^e édition, 1903, p. 131. Il reste à savoir si une association qui n'a pas la capacité juridique est capable de succéder, voir à ce propos par exemple Dieter REUTER, in : *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. I, 2^e édition, 1984, § 54, note 13.

(21) Lorsque la teneur des stipulations n'est pas claire, le mieux sera de se servir d'une interprétation qui ne touche pas à la validité de l'acte juridique ; il vaut mieux valider un acte juridique que de l'anéantir ; voir Detlef LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 5^e édition, 1991, P 81.

(22) Cf. D.34, 5, 12 (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*), ainsi que D.34, 5, 21, 1.

(23) Cf. O. LE CLERQUE, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, vol. IV, 1811, p. 282 ; Alexandre DURANTON, *Cours de droit français*, vol. VI, 4^e édition, 1841, p. 182 (note 511).

(24) Cf. Salvatore DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile*, 1950, p. 250 ; Italo BELLINA, *Salvis Iuribus*, 1992, p. 81.

(25) Langston v. Langston (1834), 6 Eng.Rep. 1128, 1147 (*Ut res magis valeat quam pereat* is a rule of common law and common sense). Pour d'autres informations voir Herbert BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 10^e édition, 1939, p. 361.

(26) Voir par exemple Werner FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, 4^e édition 1992, p. 317 ; Ludwig ENNECCERUS/Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, 15^e édition, 1960, p. 1263 avec note 43.

taire futur, mais aussi pour la solution d'un cas particulier. Nous illustrerons tout cela au moyen de quelques exemples aussi simples que possible. Mais tout d'abord, il faut expliquer la remarque sur les rattachements à des principes anciens.

III. - LE RECOURS AUX REGLES JURIDIQUES TRADITIONNELLES

1. - Remarque préliminaire

C'est certainement une simplification d'avoir choisi plus haut comme exemple un principe d'interprétation qui a pris le caractère d'un proverbe. Mais comme nous l'avons déjà expliqué ci-dessus, beaucoup de décisions qui concernent l'appréciation des idées juridiques et qui ont été développées par le droit romain et par le *ius commune* se sont transformées en proverbes ; de plus, beaucoup de dispositions techniques, comme *prior tempore potior iure* ; *dies interpellat pro homine* ou *actor sequit forum rei* sont devenues des règles juridiques. On pourrait supposer que ces maximes sont particulièrement appropriées pour aboutir à une uniformisation et à une harmonisation du système juridique au sein de l'Union Européenne (27). Une confirmation inopinée de cette supposition se montre dans un domaine technique.

2. - Trois exemples

a) Dans sa décision du 20 juillet 1987, la chambre juridique du Bureau européen des brevets d'invention, qui est compétente pour connaître des réclamations, souligne que ce Bureau européen des brevets d'invention "devrait appliquer les règles de procédure établies par lui-même toujours de la même façon, pour des raisons d'équité et selon le principe *Tu patere legem quam fecisti*, même si ces règles sont manifeste-

(27) COING (note 4), p. 173 et s. ; voir aussi l'article détaillé de Reiner SCHULZE, "Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht", *ZEuP* 1993, p. 443 et s. - L'œuvre de Jürgen SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 volumes, 1988, se base sur les principes généraux du droit administratif. - Cf. le parallèle en Chine, où l'on cherche à établir au moyen de 155 "principes généraux de droit civil" un ordre juridique qui est compatible avec les exigences d'un système de libre concurrence (traduction allemande de Frank MÜNDEL, *China aktuell*, 1986, p. 288 et s.).

ment contraire à la Convention (européenne sur les brevets d'invention)" (28).

Le principe "Tu dois obéir à la loi que tu as établie" remonte à la légende d'après laquelle l'illustre consul T. Manlius Imperiosus Torquatus a fait exécuter son fils victorieux pendant la conquête du Latium en 340 avant Jésus-Christ, parce que celui-ci s'était battu corps à corps avec un chef ennemi, contrairement aux ordres (29). Mais le principe juridique est plutôt ancré dans la *lex Cornelia de iurisdictione* ; selon ce plébiscite de l'an 67 avant Jésus-Christ, les préteurs devaient obéir aux dispositions qu'ils avaient publiées dans leur édit (30).

Au reste, le Digeste contient un titre *Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur* (celui qui a établi une règle de droit à l'égard d'un autre doit y obéir lui-même). Dans ce titre, l'édit correspondant du I^e siècle avant Jésus-Christ est répété et commenté ; au début, le juriste Ulpien met en relief que cet édit répond au plus haut degré à la justice : car qui est-ce qui osera rejeter l'idée qu'on lui donne le droit qu'il a donné ou a fait donner lui-même aux autres ? (31). Il faut souligner aujourd'hui, dans le cadre du principe général d'égalité, avec encore plus d'insistance la *summa aequitas* du principe qui assure une application uniforme du droit et qui comporte l'interdiction d'une interprétation arbitraire du droit (32). Il n'y a pas de doute que la chambre juridique du Bureau européen des brevets d'invention a eu recours, en vue de trouver une solution, à un proverbe juridique qui est en parfaite harmonie avec les idées du droit partagées partout en Europe.

b) Dans la décision du 24 juin 1987 (33), la Grande Chambre interprète l'article 122 alinéa 1^{er} de la Convention européenne sur les brevets

(28) Décisions du Bureau européen des brevets d'invention, Recueil des décisions, 12, p. 164, 167.

(29) Tite-Live 8, 6, 16 - 8, 7, 22. - Cf. ROLAND/BOYER (note 5) vol. II, 1979, p. 560. - La remarque du prince victorieux dans "Prinz von Homburg" : "Et quand je le vois arriver à cet instant, raidé comme l'antiquité, je le plains et je dois le regretter" (acte 2, scène 10) se réfère apparemment à cette légende.

(30) Voir à ce propos Francesco DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. III, 2^e édition, 1973, p. 150 avec références. Avant ce plébiscite, un préteur s'opposait par l'*intercessio* à l'acte d'un collègue, lorsque celui-ci *aliter atque ut edixerat decrevit*. Cf. CICÉRON, *In Verrem*, 2, 1, 46, 119.

(31) D.2, 1, 1 pr. : *Hoc edictum summam habet equitatem... : quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit*. Il en résulte la Règle d'Or.

(32) En ce qui concerne le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination dans les systèmes juridiques des Etats européens et dans le droit communautaire, voir Jürgen SCHULZE (note 27), vol. I, p. 529 et s. avec références, qui explique, en se référant à l'Aristote et au principe *suum cuique tribuere* d'Ulpien (D.1, 1, 10, 1) qu'il faut concevoir le principe d'égalité dans le sens d'une égalité juridique matérielle et que ce principe est conçu de cette manière dans la plupart des Etats européens.

(33) *Recueil* 10, p. 185 et s.

d'invention de la façon suivante : en principe, une restitution en entier du requérant n'est pas possible lorsque celui-ci n'a pas introduit la requête contre un brevet déjà décerné avant l'expiration du délai de deux mois ; pourtant, la restitution en entier peut être accordée lorsque le requérant n'a pas respecté le délai de quatre mois (article 108 de la Convention) pour motiver la requête. Selon la Grande Chambre, la *ratio* de l'article 122 de la Convention, à savoir la dissipation de l'incertitude du titulaire du brevet quant au maintien définitif du brevet déjà décerné, est respectée par l'introduction d'une requête formelle dans les délais prescrits ; dans ce cas-là, le titulaire du brevet ne doit pas compter sur le maintien de son brevet. Mais lorsqu'on ne peut plus atteindre le but de protéger le titulaire du brevet qui compte sur la délivrance définitive du brevet, on ne peut pas interpréter l'interdiction d'une restitution en entier de l'article 122 alinéa 1^{er} d'une manière qui permettra d'appliquer cette interdiction même en ce qui concerne les délais de la motivation d'une requête. Selon la Grande Chambre, cette interprétation restrictive se base sur le principe "*cessante ratione legis cessat ipsa lex*" (Digeste 35.1.72. § 6) (34).

Quoiqu'on trouve cette citation dans le Digeste, il ne s'agit pas d'une règle juridique du droit romain antique. La source de cette règle se trouve plutôt dans une lettre que le pape Innocent I a envoyée en 414 aux évêques macédoniens ; dans cette lettre, il met en relief qu'une règle d'exception ne doit plus être appliquée dès lors que le cas de nécessité qui l'a rendue nécessaire a disparu (35). Gratien en a tiré pour le Canon 41 C 1 qu. 1 la rubrique *Quae pro necessitate conceduntur, eadem cessante cessabunt* (ce qui est permis en cas de nécessité doit être supprimé lorsque le cas de nécessité disparaît).

Notamment la glose *Non coharet* de D.35, 1, 72, 6, qui est devenue la base du développement ultérieur, s'y est rattachée : *secus autem est in ratione legis, nam ea coharet in tantum, ut ea cessante cesset lex* (il n'en va pas de même en ce qui concerne le sens et le but de la loi, car ceux-ci sont liés à la loi à telle enseigne que la loi doit être abrogée lorsqu'ils sont supprimés). Auprès des commentateurs et des juristes de l'*usus modernus* et du droit naturel, la règle *cessante ratione legis...* était très appréciée, mais les juristes de l'absolutisme tardif et ceux du XIX^e siècle,

(34) *Recueil* 10, p. 185, 189.

(35) Voir à ce propos Hermann KRAUSE, "Cessante causa cessat lex", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (SZ) Kanonistische Abteilung*, vol. 46 (1960), p. 81 et s. ; Wolfgang LÖWER, *Cessante ratione legis cessat ipsa lex*, 1989, p. 5 et s., 9 et s., 22 et s.

lesquels s'en tenaient strictement aux catégories de la loi, l'ont rejetée. Aujourd'hui, on accepte cette règle à nouveau de plus en plus, mais avec plus de précaution en ce qui concerne l'abrogation totale de la loi : dans une telle hypothèse, on exige que la suppression de la *ratio* soit évidente (36) ; de toute façon, on la reconnaît en tant que justification d'une interprétation restrictive des règles d'exception (37). La Grande Chambre a appliqué cette règle justement dans ce sens.

c) Un troisième exemple : dans la décision du 23 janvier 1987 (38), la Grande Chambre explique que le silence d'un requérant peut être considéré comme consentement, lorsque, compte tenu des circonstances, on aurait pu s'attendre à une déclaration expresse. La Grande Chambre se réfère à la "règle du droit romain *Qui tacet consentire videtur*" (celui qui demeure muet est censé consentir) (39).

Dans une décision ultérieure, la Grande Chambre a repris ce principe et l'a précisé (40). Il était essentiellement question de savoir si l'on peut supposer le consentement de celui qui avait introduit une requête contre un brevet et qui est demeuré muet après avoir été informé de la modification du brevet. La Grande Chambre s'est occupée de la règle *qui tacet consentire videtur*, qui a été transmise par le droit canonique (41) et qui remonte aux modèles du droit romain (42) ; en se référant à D.19, 2, 13, 11, elle explique que cette règle ne peut être appliquée qu'au cas *ubi loqui debuit* (quand il aurait dû parler) (43). En outre, la Grande Chambre s'est appuyée principalement sur la règle : la "renonciation à un droit ne doit pas être présumée : *A jure nemo recedere praesumi-*

(36) LÖWER (note 35), p. 35.

(37) KRAUSE (note 35) p. 108 et s. ; Karl ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7^e édition, 1977, p. 83, 179, 237, 308 et s. ; LÖWER (note 35) p. 9 et s., 12, 14 (en se référant à la Loi fondamentale allemande qui exige une application de la loi uniquement dans le cadre de l'esprit de la loi). - Voir aussi les exemples de la jurisprudence restrictive anglaise : BROOM (note 25) p. 97 et s. et LÖWER (note 35) p. 25 et s. ; quant à la France voir ROLAND/BOYER (note 5) p. 127 et s.

(38) *Recueil* 11, p. 305 et s.

(39) *Recueil* 11, p. 305, 309.

(40) *Recueil* 14, p. 1 et s.

(41) *Liber Sextus* 5, 12, 43.

(42) D.50, 17, 142 (*Qui tacet non utique fatetur : sed tamen verum est eum non negare*) ; D.19, 2, 13, 11 ; 24, 3, 2, 2 ; 50, 1, 2 pr. - Cf. déjà CICÉRON, *De inventione* 1, 32, 54 (*taciturnitas imitatur confessionem*). - A ce propos et quant aux racines plus anciennes voir Andreas WÄCKE, "Keine Antwort ist auch eine Antwort", in : *Juristische Analysen (JA)* 1982, p. 184 et s. ; ROLAND/BOYER (note 5) p. 362 et s. ; Christoph KRAMPE, "Qui tacet consentire videtur", in : Dieter SCHWAB et autres (éd.), *Festschrift für Paul Mikat*, 1989, p. 367 et s.

(43) D. 19, 2, 13, 11 ne prévoit pas cette restriction (qui est cependant nécessaire).

tur" (44), d'où elle déduit qu'on ne peut pas supposer le consentement du requérant.

3. - L'application subsidiaire

Il ne s'agit pas de cas individuels. Dans la jurisprudence des Chambres, on trouve aussi entre autres le principe *error communis facit ius* (45) qui est reconnu notamment en France et en Angleterre, le principe *nemini licet venire contra factum proprium* (46) et la règle *accessio cedit principali* (47). Un juge des Chambres a confirmé clairement (et avec l'ironie typique des juristes) qu'on procède ici méthodiquement : "Lorsqu'on a eu recours aux règles juridiques latines de l'histoire commune du droit, on a abouti au sein des Chambres du Bureau européen des brevets d'invention plus souvent à un consensus que lorsqu'on s'est appuyé sur le droit national. La Chambre consulte même parfois le Digeste" ; et il continue : "Celui qui escompte un succès devant la Chambre devrait donc oublier les codifications nationales des trois derniers siècles, et recourir à l'ancien droit commun de l'Europe tel qu'il est consigné en latin, donc à la portée de tout le monde" (48). L'auteur admet ensuite qu'après l'avoir oublié, il recommence à l'apprendre.

Nous venons de dire qu'on procède méthodiquement ; il faut préciser cette remarque en ce sens que les Chambres du Bureau européen des brevets d'invention observent certains principes d'interprétation qui ont été exposés par la Grande Chambre dans une décision du 5 décembre 1984 (49). D'après cette décision, il faut interpréter la Convention européenne sur les brevets d'invention, en tant que traité international, en tenant compte des principes définis par le droit international public. En détail, on applique, par analogie, les principes d'interprétation prévus par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. En vertu des

(44) Cette règle du *ius commune* remonte à D.2, 15, 5 (*liberalitatem captiosam interpretatio prudentium fregit*) ; D.2, 14, 47, 1 ; 2, 15, 12 ; 12, 6, 67, 3 ; C.4, 29, 21.

(45) L'erreur commune fait le droit ; recueil 12, p. 144, 145, 151. - Quant à la France voir ROLAND/BOYER (note 5) p. 277 et s. ; quant à l'Angleterre voir BROOM (note 25) p. 86 et s. Cf. aussi LIEBS (note 21) C 45. - L'une des racines se trouve dans la *lex Barbarius Philippus* (D.1, 14, 3), cf. Rolf KNÜTEL, "Barbarius Philippus und seine Spuren", in : Schwab (note 42), p. 353, 358.

(46) Personne ne doit agir contrairement à sa propre action ; Recueil 12, p. 144 et s., 151.

(47) L'accessoire suit la chose principale ; Recueil 15, p. 95, 97. - La base est D.34, 2, 19, 13 ; de plus D.33, 8, 2 ainsi que *Liber sextus* 5, 12, 42. Cf. aussi LIEBS (note 21) A 13 ; ROLAND/BOYER (note 5) p.31 et s. - Des exemples dans le droit moderne sont les articles 696, 1018, 1615, 1692 Cc ; §§ 314, 401, 926, 947 al. 2, 2164 BGB ; articles 644 I ZGB suisse ; 818 Cclt. ; quant au droit anglais voir BROOM (note 25) p. 317 et s.

(48) Otto BOSSÜNG, "Über den Irrtum des Anmelders im europäischen Patenterteilungsverfahren", in : Manfred Bohlig et autres (éd.), *Festschrift für Albert Preu*, 1988, p. 219.

(49) Recueil 6, p. 22, 24 et s.

articles 31 et 32 de ladite Convention, la Convention européenne des brevets d'invention doit être interprétée de bonne foi suivant son texte, les accords ayant rapport à la Convention sur les brevets et intervenus entre les parties à l'occasion de la conclusion de la Convention ou ultérieurement, les pratiques suivies dans l'application de la Convention sur les brevets et toute règle pertinente de droit international ; de plus, on peut faire appel le cas échéant aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles la Convention européenne sur les brevets d'invention a été conclue. La Grande Chambre met en relief qu'il faut en outre "prendre en considération la possibilité d'une harmonisation des dispositions nationales et internationales", ce qui est d'une grande importance, parce que quelques dispositions de la Convention ont été reprises par les législateurs nationaux ; c'est la raison pour laquelle on doit tenir compte de la jurisprudence et des conceptions juridiques des tribunaux et des bureaux des brevets d'invention des parties contractantes (50). Afin de réaliser l'harmonisation, on fait aussi une comparaison des systèmes juridiques nationaux des Etats membres (51). Mais l'interprétation sur la base d'une telle comparaison est quelquefois difficile, puisque les procédures nationales de délivrance d'un brevet diffèrent dans le cadre des différents systèmes juridiques (52). Dans ces circonstances, il n'y a qu'une issue : le recours aux principes juridiques du *ius commune* qui déterminent encore aujourd'hui la conscience juridique dans les Etats membres et qui sont de nouveau appliqués subsidiairement.

Au fond, on réalise ici déjà la "solution latine" qui a été proposée ces derniers temps à plusieurs reprises pour l'avenir de l'Union Européenne, à savoir que l'Europe parvient à une union déterminée par le droit sur la base de l'ancien *ius commune* et en puisant donc aux sources du droit romain ; cette union ne sera pas moins importante que l'union économique (53). Il est caractéristique qu'on ait recours aux principes généraux du droit (54).

(50) *Recueil* 6, p. 25.

(51) Voir par exemple *Recueil* 10, p. 185, 187 et s. - Quant à la procédure, l'article 125 de la Convention européenne sur les brevets d'invention prévoit qu'on peut tenir compte subsidiairement des "principes de procédure généralement reconnus par les parties contractantes" (*Bundesgesetzblatt* [J.O. fédéral allemand] 1976 II, p. 888).

(52) BOSSUNG (note 48) p. 219 et s.

(53) Michael STOLLEIS, *FAZ* du 24 août 1992, N° 196, p. 23 ; Ralf DAHRENDORF, cf. *FAZ* du 29 septembre 1992, N° 226, p. 33. Pour d'autres références, voir note 11.

(54) Voir note 27.

IV. - LES RAPPROCHEMENTS DES LÉGISLATIONS

1. - Le point de départ

Dans plusieurs domaines du droit privé on a pu harmoniser les différentes législations par des règlements, des directives, des recommandations et des avis de la Commission et du Conseil des ministres. Cela concerne surtout le droit commercial et le droit des sociétés, mais aussi, dans une large mesure, le droit civil, et plus particulièrement le droit des obligations ; à titre d'exemple, on peut rappeler les directives CEE relatives aux contrats résultant d'un démarchage de porte à porte, à la responsabilité du producteur pour vice de la marchandise, au crédit à la consommation, au voyage à prix forfaitaire, ou les propositions de directive sur les clauses abusives dans le contrat conclu par un consommateur, relatives aux délais de paiement, aux intérêts moratoires, *et cetera* (55).

2. - La recommandation de la Commission relative aux clauses pénales

a) On peut citer par exemple une recommandation de la Commission relative aux clauses pénales en droit civil de 1978 qui a été préparée par Unidroit (56). Déjà au premier coup d'œil on peut constater que presque tous les huit articles de cette recommandation contiennent pour la plupart des réglementations qu'on trouve déjà, plus ou moins développées, en droit romain, bien que les solutions du droit romain soient naturellement beaucoup plus différenciées. Ainsi l'article 2, d'après lequel le créancier ne peut demander qu'alternativement ou le principal ou la peine qui été stipulée en cas d'inexécution de l'obligation principale, correspond à un principe de droit romain (57) ; de même, la sti-

(55) Voir à ce propos par exemple Peter-Christian MÜLLER-GRAFF, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2^e édition, 1991, p. 13, 22 et s., 43 et s. ; Oliver REMIEN, "Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts", *JZ* 1992, p. 277, 278 et s.

(56) Résolution (78) 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux clauses pénales en droit civil/Resolution (78) 3 of the Committee of Ministers of the Council of Europe relating to penal clauses in civil law, *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, 1978, II, p. 222 - 229.

(57) Cf. par exemple C.2, 3, 14 (stipulation assurée par une peine) ; D.2, 14, 7, 1 ; 23, 4, 12, 2 (*pacta*) ; D.19, 1, 28 ; 21, 2, 18 (*bonae fidei iudicia*), voir à ce propos Rolf KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, 1976, p. 274 et s., 291 et s., 320 et s.

pulation de l'article 4, d'après lequel les dommages et intérêts fixés par la clause pénale ne sont dûs qu'au cas où le débiteur serait responsable de l'inexécution, est en fin de compte le fruit des discussions intenses des juristes romains (58). Le fait qu'un juge puisse diminuer une peine encourue qui est manifestement excessive, notamment lorsque l'engagement a été exécuté en partie (l'article 7), est exprimé pour la première fois dans le fragment D.2, 11, 9, 1 qui a servi de modèle par exemple à l'article 1231 Cc (déjà à la version ancienne), ainsi qu'à l'article 1384 CcIt. de 1942 (59). Les stipulations de l'article 5 qui prévoit que le créancier, en cas d'inexécution, ne peut demander que la peine convenue, remontent aussi au droit romain. Cependant, les juristes ont finalement permis au créancier de faire valoir un préjudice plus grand. Vu la fonction de la contrainte, à savoir d'obtenir par force l'exécution de l'obligation, il semble que la solution des juristes romains soit meilleure (60).

b) Par là, nous envisageons déjà un autre aspect : l'expérience du droit romain peut nous aider à critiquer et à interpréter les normes ou recommandations qui émanent de l'Union Européenne. Ainsi, en reprenant l'exemple de la recommandation relative aux clauses pénales, on pourrait soulever les questions suivantes : pourquoi est-ce que la définition de l'article 1er ne considère comme clause pénale que l'engagement de payer une somme d'argent, en excluant l'engagement des *alia res vice poena* (D.4, 8, 11, 2) ? Lorsque, dans une période de pénurie des marchandises, un entrepreneur en bâtiments s'engage à livrer à titre de peine un quantum de matériaux de construction pour le cas où il ne serait pas en mesure d'ériger le bâtiment, il faut appliquer de toute façon la plupart des règles relatives aux clauses pénales.

(58) Cf. notamment D.45, 1, 115, 2 ; 44, 7, 23 ; 4, 8, 23, 1, 2 ; 4, 8, 52, voir KNÜTEL (note 57), p. 195 - 261 ; Mario TALAMANCA, "pena privata", in : *Enciclopedia del Diritto* (ED), vol. 32, 1982, p.720 et s. ; Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 1990, p. 105 et s.

(59) En ce qui concerne la diminution de la peine convenue en cas d'exécution partielle. En outre, l'article 1152 Cc prévoit depuis 1975 un contrôle général d'équité, effectué par le juge, cf. Detlev FISCHER, *Vertragsstrafe und vertragliche Schadenspauschalierung*, 1981, p. 132 et s. - Quant aux fondements de cette disposition voir LE CLERQUE (note 23), p. 340 ; DURANTON (note 23) p. 382 ainsi que DI MARZO (note 24) p. 254. - Quant à D.2, 11, 9, 1 voir KNÜTEL (note 57) p. 82 et s., 167 et s. ; ZIMMERMANN (note 58), p. 112 et s. - L'histoire de cette évolution est présentée par Ralf-Peter SOSSNA, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen*, 1993.

(60) Voir D.19, 1, 28 ; 17, 2, 42 ; cf. KNÜTEL (note 57) p. 262 et s., 320 et s., 335 et s. ; ZIMMERMANN (note 58), p. 100 et s.

Le débiteur a-t-il la possibilité d'échapper encore ultérieurement à une peine déjà encourue en exécutant l'obligation principale, avant que le créancier ne demande le paiement de la peine ? Cette possibilité n'est pas prévue dans la recommandation de la Commission. Admettons qu'un vendeur s'engage dans le cadre d'une clause pénale à payer à l'acheteur une somme de 20.000 deutschmarks pour le cas où il ne lui livrerait pas avant le 1^{er} juillet la machine de récolte vendue. Par suite d'une inadvertance, il ne peut livrer la machine que le 8 juillet. Si l'acheteur n'a pas demandé jusque-là le paiement de la peine et s'il est établi que la récolte ne pourra commencer que mi-juillet et qu'on ne peut donc pas utiliser la machine avant – est-ce qu'on devrait, dans ces circonstances, refuser au vendeur la possibilité d'empêcher l'acheteur de demander le paiement de la peine ?

Les juristes romains ont approuvé cela, en interprétant restrictivement la règle *semel commissa poena non evanescit* (la peine une fois encourue ne deviendra plus caduque), lorsque les intérêts du créancier n'avaient pas été lésés par le retard de la livraison (61). En partant de ces sources romaines, la doctrine prépondérante du droit contemporain permet aussi au débiteur d'éluder la peine, si l'intérêt du créancier à la livraison subsiste (62).

Au fond, il s'agit là d'une concrétisation du principe de la bonne foi qui relègue le texte de la loi à l'arrière-plan. Il est très significatif qu'on ait décidé exactement dans ce sens dans l'un des *leading cases* de l'Equity anglaise ; c'était sous le règne d'Edward II (1306 - 1309), donc à une époque pendant laquelle l'Angleterre a subi aussi l'influence du droit romain. Dans l'affaire *Umfraville v. Lonstede*, la peine était encourue parce qu'un document qu'il fallait remettre n'avait pas été offert au moment déterminé par la clause pénale ; toutefois, le défendeur voulait le remettre peu après. Bereford CJ a motivé le débouté de la demande de la manière suivante : “*What equity would it be award you the debt when*

(61) Voir surtout D.4, 8, 21, 12 - 23 pr. ; 4, 8, 52 ; 2, 11, 8 ; 45, 1, 122, 2, cf. KNÜTEL (note 57) p. 144 et s., 181 et s. ; ZIMMERMANN (note 58) p. 110 et s.

(62) Rolf KNÜTEL, “Verfallsbereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe”, *AcP* (175), 1975, p. 44 et s. ; Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 14^e édition, 1987, p. 380 ; Walter LINDACHER, in : SOERGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, 12^e édition, 1990, § 339, note 22 ; Alfred SÖLLNE, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, 2^e édition, 1985, § 339, note 18, contre Joachim GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 1989, p. 773 et s. qui restreint cependant trop et la fonction de contrainte de la clause pénale et la portée du principe de la bonne foi.

the document is tendered and you cannot show that you have been damaged by the detention ?” (63).

c) On trouve ces problèmes très souvent sous une autre forme ; à titre d'exemple on peut citer les cautionnements du droit agraire de la Communauté économique européenne. En fournissant dès le début ces cautions, les commerçants garantissent qu'ils se conformeront, en ce qui concerne les produits qui tombent sous le règlement du marché, à la licence qu'on leur concèdera plus tard. Les cautions doivent donc assurer que les commerçants effectueront les mouvements de marchandise prévus (exportation, importation) et respecteront le procédé prévu (emmagasiner, usiner des marchandises à d'autres produits, etc). La nature juridique de ces cautions est controversée. Souvent, elles sont considérées comme des clauses pénales, notamment par la Commission, et en effet, beaucoup d'arguments militent en faveur de cette opinion (64).

Les règlements s'y rapportant prévoient que le cautionnement est encouru lorsque l'obligation n'a pas été exécutée ou lorsqu'elle n'a pas été exécutée dans les délais convenus. Seulement au cas où l'exécution de l'engagement aurait été impossible à cause de force majeure, le cautionnement n'est pas considéré comme encouru et on reconnaît donc une restitution. Afin d'atténuer la rigueur de cette réglementation, la CJCE l'a soumise au contrôle de proportionnalité (65). L'organisme compétent peut donc "décider en tenant compte de la gravité de la violation du contrat, que le cautionnement est partiellement ou totalement encouru" (66).

(63) "Quel equité serra de agarder à vous le dette de pus que l'escrit est prest, si vous ne porriez monstrier que vous fustes endamagé par la détenue ?", Y.B. 2/3 Edw. II (Selden Soc.) 58, cf. aussi H.D. HAZELTINE, in : Paul VINOGRADOFF (éd.), *Essays in Legal History*, 1919, p. 268 ; ZIMMERMANN (note 58) p. 112, note 108.

(64) Schriftliche Erklärungen zur Rechtssache (Rs.) 117/83 (Könecke v. Balm), Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), *Recueil de la jurisprudence de la CJCE (rec.)* 1984, p. 3291, 3296 et s. (cf. aussi les conclusions de l'avocat général Verloren van THEEMAT p. 3313 et s. : aménagement possible) ; quant à Rs. 137/85 (Maizena v. Balm) voir *CJCE Rec.* 1987, p. 4587, 4592. - Le Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitutionnel Fédéral allemand) s'en tient à la classification comme "une conception juridique, reconnue par le droit privé", BVerfGE 37, p. 271, 288. Quant à la clause de déchéance (qui ressemble à la clause pénale), on peut constater des problèmes identiques.

(65) Quant au développement de cette jurisprudence voir SCHWARZE, (note 27) vol. II, p. 709 et s.

(66) CJCE, arrêt du 21 juin 1979 (req. n° 240/78) *Rec.* 1979 II, p. 2137, 2151, 2152 (Atlanta Amsterdam BV v. Produktshap voor Vee en Vles), cf. SCHWARZE (note 27) p. 717.

La CJCE a appliqué le principe de proportionnalité dans un cas où il s'agissait d'un engagement cautionné de solliciter des licences d'exportation jusqu'à midi d'un jour fixe. Elle a reconnu au fond que la déchéance peut être supprimée ultérieurement. En l'espèce, l'entreprise intéressée avait oublié de déposer les demandes en temps voulu à cause d'un manque minime d'organisation ; toutefois, elle les a déposées quelque quatre heures plus tard. A ce sujet, la CJCE souligne que "la sanction globale et automatique, à savoir la déchéance du cautionnement [prévue par le règlement s'y rapportant] intervenant lorsqu'il y a une infraction qui est manifestement moins grave que l'inexécution de l'obligation principale dont l'exécution doit être garantie par le cautionnement même, doit être considérée comme trop rigoureuse par rapport à la fonction d'une administration régulière qui est inhérente au système des licences d'exportation" (67). Bref, cela revient à dire qu'on reconnaît la suppression ultérieure de la déchéance du cautionnement parce que les intérêts du "créancier" ne sont pas sérieusement lésés. En conformité avec cette solution, on admet que même un dépassement de délai minime entraîne la déchéance du cautionnement entier, lorsque des objectifs supérieurs de la Communauté exigent le respect strict des délais, c'est-à-dire lorsque – dans la terminologie civiliste – les intérêts du créancier sont lésés (68).

On voit très bien qu'une solution développée par le droit civil est aussi appliquée dans le cadre du droit administratif qui tire la fonction du principe de la bonne foi du principe de la proportionnalité (69). En tenant compte de ce parallèle, on pourra admettre que la suppression de déchéance comme mise en œuvre du principe de la bonne foi, qui a sa racine dans la tradition juridique de l'Europe, est un élément d'un droit civil européen.

(67) CJCE, arrêt du 24 septembre 1985 (req. n° 181/84) Rec. 1985, p. 2889, 2905, cf. p. 2896 (Fa Man v. IBAP), cf. SCHWARZE (note 27) p. 722 et s.

(68) Voir l'affaire citée dans note 66, où la CJCE prend en considération le principe de la préférence communautaire ; en l'occurrence, le délai pour la transformation du boeuf a été légèrement dépassé.

(69) Comparable à la situation ci-dessus (notes 36, 37). Quant aux fondements du principe de proportionnalité voir Franz WIEACKER, "Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung", in : Marcus LUTTER/Walter STIMPEL/Herbert WIEDEMANN (éd.), *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, p. 687 et s.

(70) *Bundesgesetzblatt* (J.O. fédéral allemand) 1980 II, p. 1094 et s.

3. La Convention Européenne sur l'adoption des enfants

Nous citons encore un exemple qui concerne une matière totalement différente : la Convention Européenne sur l'adoption des enfants (70). L'article 8 alinéa 3 de cette convention prévoit que l'autorité compétente ne peut pas "considérer que les conditions d'adoption sont remplies lorsque la différence d'âge entre l'adoptant et l'enfant est inférieure à la différence d'âge habituelle entre parents et enfants". Cette disposition découle de la règle *adoptio naturam imitatur* (D.1, 7, 40, 1 ; Inst.1, 11, 4) (71), l'adoption imite la nature.

Initialement, le droit romain avait permis que quelqu'un adopte une personne plus âgée. Nous connaissons le cas célèbre des années 50 avant Jésus-Christ que Cicéron a décrit dans *De domo sua* (34 - 37) : le sénateur patricien Publius Claudius Pulcher s'était fait adopter par le plébéien Publius Fonteius qui n'avait pas encore vingt ans, pour pouvoir devenir, en tant que plébéien, tribun du peuple. A cet époque, on a admis que cette adoption était valide ; mais avec le temps, on a considéré que l'adoptant doit être plus âgé. Finalement, Justinien a exigé une différence d'âge qui corresponde au temps d'une pleine majorité (*plena pubertas*). Justinien a fixé le temps d'une majorité à dix-huit ans (Inst. 1, 11, 4). Ce chiffre résulte d'une addition : à une majorité de dix-sept ans qu'on a supposée pour une période plus ancienne de Rome, on a ajouté, en considération de l'adoption, un an à cause du délai de grossesse (72).

Cette différence de dix-huit ans a été maintenue jusqu'aux temps modernes. Elle est prévue encore aujourd'hui, par exemple en Autriche (§ 180 ABGB), en Grèce (article 1574 Cc grec) et en Italie (article 6 de la loi du 4 mai 1983 ; article 291 CcIt.). En Suisse, la différence d'âge a été diminuée de dix-huit ans à seize ans (article 265 ZGB) ; les codes civils français et belge prévoient une différence d'âge de quinze ans (articles 344 Cc français et belge respectivement), le Code civil espagnol prévoit une différence de quatorze ans (article 157 CcEsp.). En Allemagne, la différence d'âge de dix-huit ans était appliquée jusqu'au 31 décembre 1961 (l'ancien § 1744 BGB). On l'a remplacée ensuite par une condition générale, à savoir qu'"on peut s'attendre à ce qu'il se

(71) Inst. 1, 11, 4 : Il est reconnu qu'un jeune ne peut pas adopter une personne plus âgée. Car l'adoption imite la nature et il serait monstrueux que le fils soit plus âgé que le père.

(72) Rolf KNÜTEL, "Zur Adoption im römischen Recht", in : Hans Friedhelm Gaul (éd.), *Familienrecht in Geschichte und Gegenwart*, 1992, p. 3, 4 et s. = Index 22, 1994 (Naples), p. 249 et s.

forme une relation de parents à enfants entre l'adoptant et l'enfant" (§ 1741 al. 1^{er} BGB).

Cette perte de critères clairs, qui est devenue possible par l'application de l'article 8 § 3 de la Convention européenne sur l'adoption, a déjà eu une conséquence extrêmement inquiétante : par une décision ayant force de chose jugée depuis 1982, l'Amtsgericht de Bielefeld a prononcé l'adoption d'un homme de 42 ans qui avait onze ans de plus que l'adoptant (73). Par ailleurs, les tribunaux aux Etats Unis ont également statué plusieurs fois dans ce sens (74). Certes, l'adopté de 42 ans avait les facultés intellectuelles d'un enfant de dix ou douze ans ; mais cela ne change pas les données biologiques et il faut persister à dire qu'il est monstrueux que le fils soit plus âgé que son père (75). Cette affaire montre que la notion de "relation entre parents et enfant" permet d'adopter plusieurs opinions en ce qui concerne la position des parents et celle des enfants. On aurait certainement pu éviter un abus de l'institution d'adoption dans ladite affaire si l'on avait dû observer une différence d'âge fixe - même inférieure à dix-huit ans -, qui s'est avérée efficace pendant des siècles.

V. - UN DROIT PRIVE UNIFORME

1. - L'élaboration d'un code civil européen

Le troisième domaine où le droit romain et le *ius commune* peuvent rendre service aujourd'hui est le développement d'un droit privé uniforme. Par une résolution du 26 mai 1989, le Parlement Européen a invité les membres de l'Union Européenne à uniformiser leur droit privé en entier, donc à élaborer un droit civil et commercial applicables dans

(73) Amtsgericht (Tribunal d'Instance) de Bielefeld, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1982, p. 961.

(74) Voir *Matter of Adoption of Adult Anonymus* 435 N.Y. 2 d 198 (A.D. 1982) : un homme de 22 ans a adopté son partenaire homosexuel qui avait 26 ans ; voir aussi *Matter of Adoption of Elizabeth P.S.*, 509 N.Y. 2 d 746 (*Fam.Ct.* 1986) : une femme de 49 ans a adopté une femme de 48 ans qui était arriérée mentalement (différence d'âge de dix mois). Voir à ce propos (avec une critique qu'on peut approuver) Alexander LÜDERITZ, "Das Ärgernis Erwachsenenadoption", in : Hermann Lange (éd.), *Festschrift für Joachim Gernhuber*, 1993, p. 713, 716 et s. - Voir aussi la critique plus favorable d'Érik JAYME, "Erwachsenenadoption und internationale Privatrecht", *NJW* 1989, p. 3069, 3070, qui renvoie (dans la note 4) en outre à une décision de la Supreme Court of Minnesota laquelle a permis à un homme de 29 ans d'adopter sa mère (53 ans) afin de lui procurer l'avantage d'un trust (in : *re Adoption of Berston*, 206 N.W. 2 d 28 [Minn. 1973]), cf. 862 MinnLR 58 II 1974 - il s'agit d'une perversion totale et d'un abus éclatant de l'adoption.

(75) Inst. 1, 11, 4 : *et pro monstro est, ut maior filius sit quam pater* (note 71).

tous les Etats membres (76). Cela aboutira à l'élaboration d'un code civil et d'un code de commerce qu'il faudra mettre en vigueur partout en Europe. A la suite de différentes initiatives, on a entre-temps entamé des travaux préparatoires afin d'atteindre ce but ; ces travaux concernent l'élaboration des principes d'un droit régissant des contrats, l'élaboration des règles générales relatives aux droit des contrats commerciaux, la préparation détaillée de certaines matières, comme par exemple la vente et le transfert de la propriété, sous l'angle du droit comparé et de l'histoire du droit (77), ainsi que l'élaboration d'un code civil uniforme sur la base du *Codice civile* italien de 1942 (78).

Nous ne voulons pas discuter pour savoir si le temps est déjà mûr pour élaborer de grandes codifications pour l'Union Européenne ou s'il n'est pas beaucoup plus utile de ne régler d'abord que quelques matières isolées, comme par exemple les garanties de crédit, la responsabilité civile et délictuelle, le droit général des contrats et des sociétés. Après tout, on pourrait aussi suivre des conceptions uniformes au lieu de créer, en édictant constamment des directives, une réglementation décousue qu'on ne peut plus maîtriser. De toute façon, il est de fait que les articles des codifications européennes se composeront très largement des règles du *ius commune* et du droit romain, peu importe qu'elles soient élaborées en suivant l'exemple du Code civil, du *Bürgerliches Gesetzbuch* ou du *Codice civile*. De plus, le nombre des possibilités pour résoudre des problèmes juridiques est fort limité, et c'est justement le fait que le droit romain a déjà développé des solutions optimales pour la plupart des conflits juridiques qui nous fascine encore aujourd'hui. De surcroît, il est de fait qu'on ne peut pas choisir les réglementations juridiques traditionnelles qu'il faut insérer dans une nouvelle loi ou dans un nouveau code, sans connaître les idées fondamentales sur lesquelles se base chaque réglementation en question. C'est pourquoi il faut reprendre le droit ancien et remonter à l'antiquité lorsqu'il y a des cas douteux.

(76) Dok. A 2 - 157/89, J.O. CEE du 26 juin 1989, N° C 158/400.

(77) Voir les exposés détaillés dans Letizia VACCA (éd.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparistica*, 2 volumes, 1991.

(78) Voir Remien, *JZ* 1992, p. 277, 280 et s. ; Fritz STURM, "Bemühungen um ein einheitliches europäisches Vertragsrecht", *JZ* 1991, p. 555 ; Winfried TILMANN, "EG-Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts", *JZ* 1991, p. 1023 ; Piero GAGGERO, "Il Convegno di Pavia sulla futura codificazione europea in tema di obbligazioni e contratti", *Giurisprudenza italiana* (144/IV) 1992, p. 44 et s. ; récemment Peter SCHLECHTRIEM, "Rechtsvereinheitlichung und Schuldrechtsreform", *ZEuP* 1993, p. 217, 219 et s.

2. - La compréhension du droit en vigueur en partant du droit romain : trois exemples

Les codifications contiennent normalement des dispositions d'une portée différente. Il y a des dispositions qui expriment des principes, qui contiennent des clauses générales ou des règles concrètes conçues pour une situation typique ; d'autres dispositions ne contiennent que des règles pour quelques rares cas particuliers ou des définitions. Il est évident que l'harmonisation juridique est beaucoup plus difficile lorsqu'il s'agit des dispositions de principe, comme par exemple les dispositions relatives à l'aménagement de la relation des contrats créant une obligation d'une part et des contrats de transfert de propriété (en tant qu'opération juridique distincte) d'autre part, que lorsqu'il s'agit des dispositions concrètes ; il est également évident que ces décisions dépendent dans une mesure beaucoup plus large des besoins et expériences contemporains que l'application d'une disposition concrète comme par exemple celle que le débiteur peut exécuter son engagement avant l'exigibilité (*diei adiecto pro reo*) (79). Lorsqu'on veut délimiter de façon précise les différents principes de transfert, à savoir le principe de la *traditio*, le principe du contrat et le principe selon lequel le transfert est un acte juridique distinct, il ne faut pas négliger le fait que ces trois principes essentiels dérivent des sources romaines ; mais il faut surtout tenir compte du droit romain lorsqu'on veut comprendre les idées fondamentales des innombrables dispositions concrètes.

a) Comme premier exemple, nous voulons citer la règle *bonae fidei possessor fructos suos facit* : le possesseur devient propriétaire des fruits produits par la chose quand il possède de bonne foi. La justification de cette règle qui est appliquée presque partout, se trouve dans le droit romain, Inst. 2, 1, 35 : *Naturali ratione placuit fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura* ; conformément à la raison naturelle on a reconnu que les fruits qu'il a perçus lui appartiennent en compensation du travail et de la culture du sol (80). Cette *ratio* plausible qui implique d'ailleurs aussi que le propriétaire profite également du travail et de la culture du sol, est connue ; elle est présentée dans tous les manuels modernes de droit et il n'est pas nécessaire de remonter aux sources antiques. Mais il

(79) D'après D.45, 1, 41, 1 ; 45, 1, 38, 16 ; 46, 3, 70 ; 50, 17, 70. Cette règle est appliquée partout, cf. par exemple l'article 1187 Cc belge ; l'article 1127 CcEsp. ; l'article 1184 CcIt. ; l'article 81 *Obligationenrecht* suisse ; l'article 324 Cc grec ; § 271 BGB ; § 1584 Cc letton ; l'article 1497 Cc chilien ; l'article 136 Cc japonais ; différemment l'article 570 Cc argentin (qui suit les §§ 241 I 5, 758 I 11, 56 I 16 preuß. ALR [Codification du droit civil prussien]). Quant à l'appréciation de *bis dat qui cito dat* ; *ambiguitas contra stipulatorem* voir Rolf KNÜTEL, "Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht", in : Walther LUDWIG (note 11) p. 54 et s.

(80) Inst. 2, 1, 35 ; D.22, 1, 25, 1 ; 41, 1, 48 pr.-2. Voir par exemple l'article 549 Cc ; l'article 549 Cc belge ; l'article 451 CcEsp. ; l'article 938 ZGB suisse ; l'article 1066 Cc grec ; l'article 1148 CcIt. ; § 330 ABGB ; § 950 BGB ; § 907 Cc chilien ; § 2423 Cc argentin ; § 510 Cc brésilien ; § 189 Cc japonais.

n'est pas toujours si facile de dégager la *ratio* d'une disposition qu'on peut trouver presque partout.

b) Ainsi, il est plus difficile de trouver la *ratio* de la règle célèbre et à la fois singulière relative à l'*insula in flumine nata*. Prenons le Code civil : par opposition à l'article 560 Cc qui prévoit que les îles et alluvions qui se forment dans les fleuves navigables appartiennent à l'Etat (81), l'article 561 Cc dispose que "les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables, appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée ; si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière" (82). Des dispositions semblables se trouvent dans plusieurs codes (83).

On réfléchit depuis longtemps à la raison pour laquelle les législateurs ont prévu cette règle singulière qui a été développée par le droit romain. Rudolf V. Jhering s'est amusé merveilleusement de cette "friandise pour les pandectistes", mais non pas "à cause des perspectives d'appliquer aujourd'hui cette règle (maheureusement il n'en est plus ainsi !)", et il a proposé à la fois plaisamment et sérieusement l'explication suivante :

"Par ailleurs : avez-vous déjà réfléchi à la raison pour laquelle les Romains... n'ont pas tiré la conséquence normale du fait qu'il s'agit d'une chose vacante et sans maître, à savoir la libre occupation de celle-ci ? Imaginez ce qui arriverait si l'on permettait une telle occupation : les bagarres dans l'eau, avant même que l'île ne soit sortie complètement de la rivière... - on dirait que la nature est encore dans les douleurs !... Les tentatives pour remplacer l'enfantement lent et naturel par un accouchement au forceps... Et vous saurez pourquoi les Romains étaient si raisonnables de ne pas permettre l'occupation dans une telle situation" (84).

Comme ladite réglementation est caractéristique de la façon romaine de développer des solutions juridiques, il vaut la peine de la considérer encore une fois plus sérieusement ; de plus, il semble que ses fondements soient inconnus. Dans un texte qu'on trouve dans le Digeste (D.41, 1,

(81) La règle, maintenue par l'article 10 du Code du domaine public fluvial, remonte probablement à Hugo GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri III*, 1625, II, 8, 9.

(82) Cette disposition a été reprise dans l'article 102, Code rural.

(83) Cf. § 407 ABGB ; l'article 561 Cc belge ; l'article 373 CcEsp. ; l'article 1071 Cc grec ; l'article 656 Cc chilien ; l'article 537 Cc brésilien.

(84) Rudolf v. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 4^e édition, 1891, p. 132 et s. (avec la devise : *Ridendo dicere verum*).

7, 3) et aussi dans les Institutes (2, 1, 22) et qui a servi sans doute de modèle pour l'article 561 Cc, il est dit :

“Une île qui se forme dans la mer, ce qui n'arrive que rarement, appartiendra à celui qui l'occupe le premier. Car on suppose qu'elle n'appartient avant à personne. Lorsque l'île se forme dans une rivière, ce qui arrive plus souvent, elle appartiendra, quand elle se trouve au milieu de la rivière, aux propriétaires des rives des deux côtés de la rivière en proportion de la largeur de chaque propriété de la rive. Si l'île est plus proche d'un côté de la rivière que de l'autre, elle n'appartiendra qu'aux propriétaires riverains de ce côté”.

La solution qui concerne l'île se formant dans la mer paraît logique : elle est fondée sur le principe de droit naturel d'après lequel on acquiert la propriété par occupation (cf. § 958 BGB). Mais pourquoi est-ce qu'on n'applique pas ce principe aux îles qui se forment dans le lit d'une rivière ? La raison est fort simple : il faut appliquer ici un autre principe, à savoir que celui qui a l'avantage doit supporter les risques (*commodum eius esse debet, cuius periculum est*, Inst. 3, 23, 3) (85). Par risques il faut entendre les risques que la chose périsse ou se perde : *casum sentit dominus* (86). Les propriétaires riverains sont exposés au danger particulier de perdre leur propriété à cause des avulsions ou lorsque la rivière se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit. En compensation de ce danger, l'alluvion profite aux propriétaires riverains.

En ce qui concerne les îles et les alluvions qui se sont formées dans un fleuve, il faut tenir compte du fait que les deux rives du fleuves sont exposées aux mêmes dangers. Cela entraîne forcément l'établissement d'une autre règle : “le milieu du fleuve doit être considéré comme frontière de ce qui appartient à l'un ou l'autre rivage, et qu'une *insula nata* qui n'atteignait pas le milieu du fleuve, appartenait au rivage dans la proximité duquel elle était située. En outre il faut supposer que tous les propriétaires riverains pussent profiter de cette règle sans tenir compte de la distance entre l'île, qui devait être divisée, et les propriétés respec-

(85) Cf. aussi D.50, 17, 10. Ce principe est devenu une règle juridique célèbre (qui entraîne des conséquences directes sur beaucoup de situations), cf. par exemple ROLAND/BOYER (note 5) p. 142 et s. ; BROOM (note 25) p. 485 (*Qui sentit onus sentire debet commodum*). - Quant aux sources romaines voir Friedrich MOMMSEN, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Heft 1*, 1859 (il considère cependant cette règle dans un sens trop étroit) ; Govaert VAN DEN BERGH, “Qui habet commoda ferre debet onera”, in : Robert FEENSTRA et autres (éd.), *Festschrift für Hermann J. SCHELTEMA*, 1971, p. 25 et s.

(86) DIOCL.C.4, 24, 9 (*res perit suo domino*) ; cf. LIEBS (note 21) R 32, 49 ; ROLAND/BOYER (note 5) II, p. 448.

tives, car toutes les propriétés étaient exposées de la même manière aux impondérabilités de la rivière.” (87).

Qu’il s’agit bien de l’explication exacte est corroboré par une exception de l’exception (relative à *l’insula in flumine nata*) du principe de l’occupation. Lorsqu’il s’agissait des *agri limitati*, donc des parcelles qui étaient délimitées mathématiquement par l’arpentage et qui ont été attribuées aux colons, on n’a pas modifié les limites de ces parcelles, qui étaient fixées dans la *forma* (le plan officiel de répartition) quand la rivière s’était formé un nouveau cours. Lorsqu’il y avait une rivière qui n’était pas concernée par la répartition des terres, entre les parcelles ainsi délimitées et qu’une île s’était formée dans le lit de cette rivière, on a eu recours au principe général de l’occupation, car le principe plus étroit du *periculum et commodum* est inapplicable ; en l’occurrence, *l’insula nata* appartenait donc à celui qui l’avait occupée le premier, ce qui est confirmé par D.43, 12, 1, 6 (88).

Les juristes romains ont aimé le détail et la variation des cas. Cela s’explique par le fait qu’ils se sont toujours efforcés de trouver une solution convenable et un principe correspondant. Même un détail éloigné est soumis à l’examen : à qui appartient une île flottante ? Ces îles flottantes qui n’ont pas de liaison avec le lit de rivière se forment surtout dans des fleuves tropicaux par suite de la formation des barrières de plantes d’herbes ; ainsi, au cours supérieur du Nil, l’ambague et le papyrus s’entrelacent au moyen des plantes aquatiques. Le juriste Paul a estimé dans D.41, 1, 65, 2 qu’une telle île est en quelque sorte une chose publique et fait donc partie du fleuve lequel est également une *res publica* (*haec enim propemodum publica atque ipsius fluminis est insula*). Il faut appliquer ici un troisième principe : les accessoires appartiennent au propriétaire de la chose principale (*accessio cedit principali*) (89) ; on trouve ici pour le moins le principe de compensation de *periculum et commodum*.

On pourrait continuer l’examen de tels détails et soulever par exemple la question de savoir si l’usufruit établi sur la rive s’étend aussi à une île qui s’était formée dans la rivière. Les juristes romains ont répondu par la négative, parce que l’île est un nouveau fonds de terre indépendant (D.7, 1, 9, 4). Certes, on a renoncé à régler ces détails dans les codifications modernes, mais celles-ci suivent l’exemple des sources antiques (D. 7, 1, 9, 4) ; ainsi, elles contiennent la disposition que l’usufruitier jouit de l’augmentation survenue par alluvion à l’objet dont il a l’usu-

(87) Otto KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, 1901, p. 431 (qui reprend l’argumentation d’ENNODIUS, *Vita B. Epiphani* [ed. G. HARTEL 1882], p. 336).

(88) *Illa enim insula ... occupantis est, si limitati agri fuerunt.*

(89) Voir déjà note 47. Sur cette casuistique, voir encore R. KNÜTEL, “Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis”, dans *RHD* 76, 1998, p. 187-191]

fruit (90), et la règle que l'usufruitier n'a aucun droit au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit (91). Les principes qui sont à la base de ces dispositions sont évidents.

c) Une toute autre règle, qui concerne un cas particulier, confirme l'impression qu'on a eue jusqu'à présent et est en même temps un bel exemple du fait que les juristes allemands ont tenu à une solution trouvée dans la tradition commune, quoique le BGB en prévoie une autre. Il s'agit de la solution d'un cas célèbre qui paraît inconséquence et étonnante.

L'article 1193 Cc, relatif à l'obligation alternative, dispose, lorsque le choix appartient au débiteur, que "l'obligation devient pure et simple si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur... Si toutes deux ont péri, et que le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière". Prenons l'exemple dans lequel quelqu'un a légué l'une de ses deux montures A et B à une autre personne et que le choix appartient à l'héritier. Par faute de l'héritier, la monture A est morte peu après l'ouverture des successions. Plus tard, la monture B a été dérobée par des inconnus.

D'après l'article 1193 Cc, le légataire peut demander des dommages et intérêts pour la monture B. Cette solution est surprenante, car après la mort de la monture A, l'obligation alternative est devenue pure et simple et ne concernait que la monture B ; seulement la monture B est encore le sujet de l'obligation, ce qui est également prévu par l'article 1193 Cc. Comme la monture B a péri sans faute de l'héritier, celui-ci devrait être libéré par application du principe *res perit creditori* : la délivrance de la chose n'est plus possible et le débiteur n'en est pas responsable.

Dans § 265, le BGB allemand contient seulement une disposition qui correspond au premier alinéa de l'article 1193 Cc (92). Après l'entrée en vigueur du BGB, on a donc d'abord argumenté que l'héritier est

(90) Cf. par exemple l'article 596 Cc et l'article 938 CcIt.

(91) Ainsi, en suivant l'exemple de D.24, 3, 7, 12, l'article 598 Cc ; l'article 988 CcIt. ; l'article 1151 Cc grec ; § 511 ABGB ; § 1040 BGB ; l'article 786 Cc chilien ; l'article 2868 Cc argentin ; l'article 727 Cc brésilien.

(92) Traduction § 265 BGB.

libéré dans un tel cas (93). Mais, aussitôt après, une autre opinion est devenue prépondérante : l'héritier doit indemniser le légataire, nonobstant le texte de la loi (94), de manière qu'on applique aujourd'hui en Allemagne la solution prévue en France par l'article 1193 deuxième alinéa du Cc, en Italie par l'article 1190 CcIt., en Grèce par l'article 311 Cc grec et, légèrement modifiée, en Espagne par l'article 1135 CcEsp (95).

Afin de justifier cette solution qui dépasse largement § 265 BGB, on s'est référé en Allemagne à l'"équité", et on a souligné qu'on appliquerait encore la solution du droit commun. On a pensé au fragment D.45, 3, 95, 1 du Digeste qui est le fondement de toutes les dispositions législatives susmentionnées. En prenant l'exemple des esclaves, le juriste Papinien a décidé dans ce fragment que la faute à l'égard de l'esclave A est imputable au débiteur et que celui-ci doit en conséquence indemniser le créancier (96). Cette solution est encore aujourd'hui en principe appropriée. Elle s'explique par la théorie des risques. Lorsqu'il s'agit d'une obligation simple, le créancier supporte les risques : *res perit creditori*.

(93) Wilhelm KISCH, *Die Wirkungen der nachträglich eingetretenen Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag*, 1900, p. 234 et s. ("la disposition explicite et non équivoque du § 265 BGB") ; Hans Albrecht FISCHER, *Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden*, *Jherings Jahrbücher* (51), 1907, p. 207 et s. ; Karl ADLER, "Der Übergang der Gefahr beim Handelskauf", *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR)* (72), 1912, p. 427 (expressément contre D.46, 3, 95, 1) ; Hugo KREB, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, 1929, p. 262, note 52 (qui fait une distinction et retient cette solution seulement pour les contrats synallagmatiques).

(94) Feodor KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, 1900, p. 102 et s. ; Carl CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II, 1902, p. 98, note 60 ; H. REHBEIN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. II, 1902, p. 76 et s. ; BOETHKE, "Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte", *Gruchots Beiträge*, (48), 1904, p. 427 ; Theodor KIPP, in : Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, 9^e édition, 1906, p. 26, notes 5, 31, note 14 avec p. 39 ; Paul OERTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. II, tome 1^{er}, 5^e édition, 1928, § 265 note 5 a ; Ludwig ENNECCERUS/Heinrich LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15^e édition, 1958, p. 41, 201, note 9 (tous en suivant D.46, 3, 95, 1) ainsi que Fritz LITTEN, *Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte*, 1903, p. 196, 201 et s. ; Heinrich SIBER, in : *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, tome 1^{er}, 4^e édition, 1914, § 265, note 3, p. 138 ; Fritz LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, 1929, p. 133 ; Arwed BLOMEYER, *Studien zur Bedingungslehre*, 1^{er} partie, 1938, p. 99 ; Alfred WERNER, in : *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, tome 1^{er}, c. 10/11^e édition, 1967, 265, note 9 ; GERNHUBER (note 62), p. 275 et s. - Le législateur a renoncé à introduire dans la loi une disposition qui se réfère seulement à des cas particuliers et a laissé le soin de s'occuper de cette question à la doctrine et à la jurisprudence, voir Motive zum BGB, vol. II, 1888, p. 9 et s.

(95) Quant aux Pays Bas voir les articles 1113.3 BW ; 6.1.4.4 NWB. - Cf. aussi l'article 639 Cc argentin (avec *nota* pour l'article 641) ; l'article 886 Cc brésilien, ainsi que l'article 1502 al. 2^e Cc chilien qui a été d'ailleurs modifié d'une manière peu satisfaisante, voir Rolf KNÜTEL, "Normativas paralelas en el derecho de obligaciones", in : Oscar Sambrano Urdaneta (éd.), *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas 1987, p. 465 et s.

(96) Voir à ce propos ce doctrine récente, par exemple Andreas WACKE, "Zum dolus-Begriff der actio de dolo", *Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA)* (27), 1980, p. 365 et s. ; ZIMMERMANN (note 58), p. 666 et s.

Lorsqu'il s'agit en revanche d'une obligation alternative, on applique le principe : *res ultima perit creditori* (97). D'abord, le débiteur supporte les risques. Si l'esclave A périt, il doit délivrer l'esclave B. C'est seulement s'il ne reste qu'une seule chose que le créancier supporte les risques.

Il s'ensuit que lorsque la chose A périt par la faute du débiteur, celui-ci fait passer les risques au créancier. Mais comme le débiteur est responsable du fait que le créancier doit supporter maintenant les risques, il ne peut pas, lorsque la chose périt plus tard, en tirer l'avantage d'être libéré (98). Mais le fait que le débiteur aurait pu choisir dès le début la chose B (et aurait été libéré si elle avait péri par hasard) n'entraîne des conséquences que dans la mesure où il ne doit pas payer plus que la valeur de la chose B, qui était à la fin le seul sujet de l'obligation. Ce serait même absurde si le débiteur ne devait payer cette somme qu'au cas où la chose aurait péri par sa faute.

Il s'avère donc ici aussi que la réglementation d'un détail, qui paraît au premier coup d'œil très compliquée, mais qui est intégrée, à cause de sa particularité, dans plusieurs codes civils européens, s'explique en fin de compte par des principes très simples, en l'occurrence par la théorie des risques.

3. - Conséquences

Nous nous sommes arrêté à ces exemples un peu plus longtemps pour illustrer que les solutions du droit romain, même si elles paraissent compliquées, remontent à des fondements très simples, clairs et raisonnables. De surcroît, beaucoup de ces solutions se sont avérées appropriées pendant des siècles ; elles se trouvent partout dans le monde dans les codifications et on pourrait les intégrer sans hésiter dans un code civil européen (99) ; en ce qui concerne l'éclaircissement nécessaire de leur appréciation et de leurs fondements, on ne pourra pas renoncer aux faits établis par l'histoire du droit.

Les exemples devraient illustrer encore une autre chose : c'est une question secondaire de savoir s'il faut intégrer de telles dispositions relatives à des cas particuliers, comme par exemples celles concernant l'*in-*

(97) Cf. D.18, 1, 34, 6 (*prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit*).

(98) Quant à cette connexité des risques, on ne trouve dans la doctrine allemande qu'une vague indication chez GERNHUBER (note 62) p. 276.

(99) Surtout les règles concrètes, cf. les exemples dans les notes 79, 80.

sula in flumine nata ou l'impossibilité d'exécuter une obligation alternative, dans un code civil. En pratique, ces dispositions sont presque sans importance ; toutefois elles ont une valeur qu'il ne faut pas sous-estimer : même si elles ne sont pas intégrées dans un code civil européen, elles conserveront leur importance pour la formation de la pensée juridique et pour la connaissance des réglementations et connexions juridiques essentielles, qui caractérisent à la fois les systèmes juridiques nationaux et la culture juridique de l'Europe.

Une harmonisation du droit ne se borne point du tout à un processus de constatation des normes identiques (100). Il est évident qu'on aurait gagné beaucoup si les juristes pouvaient s'entendre de nouveau en traitant et en présentant les matières juridiques au moyen des méthodes et formes identiques qui se basent sur des fondements et des principes généralement reconnus (101). Nous n'avons pas à décrire ici ces tâches de la science et de la formation universitaire ; mais il est bien évident qu'on ne peut prendre un code civil existant comme modèle d'une future codification, car un système relativement rigide pourrait remplacer les systèmes juridiques flexibles et ouverts qui existaient depuis Rome jusqu'à l'entrée en vigueur des premières codifications du droit naturel. On aurait éliminé dès le début d'innombrables questions et solutions que les juristes anciens nous ont laissées et qui sont la meilleure base pour une restauration d'une unité juridique supranationale, parce qu'elles se réfèrent moins aux textes des lois existantes, mais beaucoup plus à la discussion de la problématique juridique.

VI. - LA SITUATION APRES UN RETABLISSEMENT

DE L'UNITE JURIDIQUE

Ces considérations nous permettent de répondre par la négative à la question de savoir si le droit romain et le *ius commune* "ont fait leur

(100) Hein KÖTZ, "Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht", in : Peter-Christian MÜLLER-GRAFF (éd.), *Gemeinsames Privatrecht in der europäischen Gemeinschaft*, 1993, p. 99 et s., en citant Helmut COING. Quant à d'autres formes d'une harmonisation du droit qui n'est pas prévue par le législateur, voir les articles dans *Rabels Zeitschrift* 56, 1992, p. 215 et s.

(101) KÖTZ (note 100) p. 102 et ailleurs, par exemple : "A common Private Law for Europe", in : de WITTE (note 7) p. 31 et s. ; *Europäische Juristenausbildung*, ZEuP 1993, p. 268 et s.

temps de service" lorsque des codifications européennes auront été élaborées un jour, bien que cette question semble être pour l'instant très loin de la réalité. Le travail sur les fondements que nous venons de décrire ne perdrait pas sa raison d'être. Il faut souligner à cet égard trois aspects.

1. - L'application de la loi

Premièrement, les codifications européennes vont suivre la maxime : *Lex iubeat, non disputet* (Sénèque, *Ep.* 94, 38) - une loi doit ordonner, non causer. Elles vont donner des solutions, mais pas d'explications. Mais on ne peut cependant appliquer ces solutions de façon raisonnable que lorsqu'on connaît ses fondements. Comme les solutions prévues par des futures codifications européennes proviendront pour une large partie du droit romain, ne serait-il transmis qu'au moyen des codifications contemporaines, il sera désormais d'une première nécessité de s'occuper du droit romain si l'on veut vraiment comprendre une solution juridique.

De surcroît, l'étude de l'ancien droit est une expérience qui conservera son importance, non pas seulement quant à la compréhension des différents articles mais aussi quant à la concrétisation des clauses générales de telles codifications européennes. Il n'est pas improbable qu'on aura recours au droit romain et au *ius commune* pour compléter les lois dans les matières classiques du droit privé, et un processus se répétera qu'on a pu observer lors de l'élaboration et du BGB et du Code civil (102) : bien qu'on eût prévu pour le BGB le principe de codification et que, par conséquent, chaque solution relative aux matières réglées eût dû être déduite seulement de cette loi (voir l'article 55 EGBGB), la jurisprudence et la doctrine ont pris comme point de départ de l'interprétation du BGB le droit qui était en vigueur avant 1900, donc pour une grande partie le droit commun et le droit romain (103) ; la couronne des interprétations est tressée largement par des rameaux de l'ancien droit, ce que nous venons d'illustrer par l'exemple de l'interprétation des obligations alternatives (voir note 94). En effet, on s'est efforcé

(102) Voir l'article impressionnant de Jean CARBONNIER, "Usus hodiernus pandectarum", in : Roland H. Graveson (éd.), *Festschrift für Imre Zajtay*, 1982, p. 107 et s.

(103) Pour plus amples informations voir KNÜTEL (note 79), p. 43, 51 et s., 64 et s.

de garder la continuité du droit ; et encore à la fin des années 20, M. Oertmann a mis en relief, dans son grand Commentaire, “qu’il faut présumer que le nouveau droit ne déroge que de façon minimale à l’ancien droit” (104). De même, on a parfois considéré que la situation était identique en droit romain et en droit commun, et qu’“on ne peut pas supposer que le BGB constitue un recul à cet égard” (105). Certes, on n’a pas encore étudié ces rapports de manière satisfaisante, mais quand on regarde les choses de près, on reconnaît que le droit privé après 1900 n’a point du tout été déduit seulement des dispositions du BGB ; celles-ci constituaient plutôt le moule qui a canalisé la masse des expériences juridiques que nous avons acquises pendant des millénaires.

Un développement semblable pourrait se reproduire après l’entrée en vigueur d’un code civil européen et d’un code de commerce européen. Il faut certainement interpréter et compléter ces codifications ; mais lorsqu’il y a plusieurs solutions qui s’appuient sur de bons arguments et lorsque les systèmes juridiques nationaux contemporains proposent des solutions différentes, il est facile de concevoir qu’on devrait préférer la solution qui correspond à la tradition juridique commune. Dans cette mesure, on pourrait parler d’une application subsidiaire du *ius commune*.

2. - La comparaison du droit

a) Deuxièmement, l’expérience acquise par l’application du droit romain influencera même indirectement l’interprétation d’un futur code civil et la critique de cette interprétation. En 1876, un député du Reichstag allemand qui avait le nom significatif de Römer (le Romain), a utilisé une métaphore expressive dans les débats de l’assemblée avant le vote de la loi relative à l’organisation des tribunaux : “Et si vous faites des codes civils, autant de fois que vous voulez, tous ces codes civils seront fondés sur le droit romain, et vous ne pourrez jamais les appliquer sans avoir recours au droit romain : Vous reviendrez toujours au droit romain, et même si vous le mettiez à la porte, il rentrerait par la fenêtre” (106) – ce qui est apparemment une variation de *naturam expel-*

(104) Paul OERTMANN (note 94), vol. I, 3^e édition, 1927, p. XIX.

(105) Martin WOLFF/Ludwig RAISER, *Sachenrecht*, 10^e édition, 1957, p. 257 (quant au rachat par le non-autorisé, en reprenant la solution de D.20, 6, 10, 1), cf. aussi KNÜTEL (note 79) p. 58 et s.

(106) C. HAHN, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, vol. I, 2^e tome (*Gerichtsverfassungsgesetz*), 1879, p. 1100 (*Reichstag, Sitzung vom 17.11.1876, Sten. Bericht* p. 17).

la furca, tamen usque recurret d'Horace (107). La fenêtre représente la comparaison du droit. Comme le droit romain a fait le tour du monde, il influera, à partir de tous les continents, sur la future science juridique européenne. On peut observer cette rétroactivité déjà aujourd'hui dans les systèmes juridiques nationaux.

b) Un bon exemple est la chasse au renard de Long Island (108). Il s'agit d'un cas qui a été décidé par la Supreme Court of New York en 1805. Dans le mémoire introductif d'instance, les faits ont été résumés de la façon suivante :

“Sur un champ donné qui était inculte et inhabité, non occupé et désertique, nommé la plage, Post trouva et effaroucha l'un de ces animaux nuisibles, nommé le renard, et il lâcha ses chiens et ses chiens de chasse sur cet animal, il le poursuivit et le chassa, et lorsqu'il l'eut sous les yeux, Pierson abattit l'animal sous les yeux de Post, bien qu'il sût que le renard était chassé et poursuivi par celui-ci, et il emporta l'animal”.

La première instance avait condamné Pierson à des dommages et intérêts ; les juges de la Supreme Court ont rejeté la demande en justice. Il s'agissait de la question de savoir s'il faut saisir l'animal sans maître pour acquérir la propriété par occupation (*occupancy*), s'il faut donc priver l'animal de sa liberté, ou s'il suffit pour l'acquisition de la propriété que quelqu'un poursuive un animal qui est à sa portée, dans l'intention de se l'approprier ou qu'il a *a reasonable prospect* de le saisir. “*For the sake of certainty, and preserving peace and order in society*”, la Cour a adopté la première opinion, et elle s'est référée aux autorités de l'histoire européenne du droit, comme par exemple Bracton, Pufendorf et Barbeyrac, mais surtout aux Institutes de Justinien (Inst. 2, 1, 13), donc au droit romain. Nous lisons à cet endroit (emprunt de D.41, 1, 5, 1) :

“On a posé la question de savoir si une bête sauvage qui a été blessée de sorte qu'on pouvait la capturer, t'appartient immédiatement. Plusieurs ont considéré qu'elle t'appartient tout de suite et qu'elle reste dans ta propriété tant que tu la

(107) *Epistulae* 1, 10, 24.

(108) *Pierson v. Post*, 3 Chaines 175 (N.Y. Sup. Ct.) 1805. Cette affaire facilite l'accès des étudiants américains de la première année aux théories de la propriété ; “*he is to the law of Property what Gallia est omnis divisa ... is to Latin*”, A. James CASNER/W. BARTON LEACH, *Cases and Text on Property*, 2^e édition, 1969, p. 10, on y trouve aussi le résumé des faits. - Voir l'explication détaillée de cette affaire et de son enracinement historique Charles DONAHUE jr., *Animalia ferae natura* : Rome, Bologna, Leyden, Oxford and Queen's County, N.Y., in : Roger S. Bagnall et autres (éd.), *Studies in the Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, 1986, p. 39 et s. ; du même auteur : “Noodt, Titius, and the Natural Law School : The Occupation of Wild Animals and the Intersection of Property and Tort”, in : Johann A. Ankum et autres (éd.), *Satura Roberto Feenstra oblata*, 1985, p. 609 et s.

poursuis ; mais quand tu abandonnes la poursuite, la bête ne t'appartient plus, et elle tombe dans la propriété de celui qui se l'approprie le premier. D'autres ont considéré que la bête ne tombe dans ta propriété que lorsque tu la captures : nous nous décidons pour l'opinion citée en dernier lieu parce que des contretemps surviennent souvent et tu ne captures pas la bête (... *sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias*)".

Si l'on avait appliqué le droit romain, Post n'aurait pas acquis la propriété du renard ; bien entendu, il aurait pu agir en justice contre Pierson par l'*actio iniuriarum* à cause d'une lésion de la personnalité, afin que celui-ci soit condamné à une réparation (cf. D.47,10, 13, 7) (109). La Cour de New York n'a pas tenu compte de cela, car elle a uniquement discuté le problème de la propriété. La raison pour laquelle elle s'est référée de cette façon au droit romain résulte du fait qu'il y avait des tendances romanophiles dans la classe supérieure de cette époque et qu'on s'est efforcé, après avoir obtenu l'indépendance, de souligner l'autonomie juridique vis-à-vis du droit anglais - à cause de ces efforts, le droit romain put encore exercer son influence au cours des premières années du XIX^e siècle (110).

Il y a quelque temps, dans une étude élégante, Gerhard Kegel a pris cette affaire comme point de départ pour étudier les idées juridiques et politiques qui sont inhérentes à la notion de la possession, de la détention d'une chose, de l'acquisition de la possession, etc. Selon lui, le *common law* donne à cet égard, et comme toujours d'ailleurs, beaucoup d'exemples (111). Cette étude mérite notre attention. Il faut cependant être conscient du fait qu'on emprunte seulement des idées aux Etats Unis afin de comprendre nos notions abstraites (possession, occupation) que le législateur a intégrées dans les codes et qu'il n'a sciemment pas définies. Au fond, la tradition juridique européenne contient beaucoup plus d'explications et exemples. En Allemagne, abstraction faite de la Prusse, on a appliqué la solution justinienne jusqu'à la fin de 1899, et de juste raison on fait observer parfois qu'il ne fallait pas prendre une autre

(109) Cf. DONAHUE (note 108), *Studies Schiller* p. 48 et s. - Quant au droit en vigueur voir Heinrich DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs*, vol. III, 4^e édition, 1908, p. 379, note 15.

(110) Cf. DONAHUE (note 108), p. 40 avec des références. - Des informations relatives à quelques détails donne R. J. HOFFMANN, "Classics in the Courts (1790-1800)", (1978) 22 *American Journal of Legal History* 55 et s.

(111) Gerhard KEGEL, "Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen", in : Hans Claudius FICKER et autres (éd.), *Festschrift für Ernst v. Caemmerer*, 1978, p. 149, 150 ("le désespoir règne dans les manuels allemands"), p. 151 et s.

décision après l'entrée en vigueur du BGB (112). Certes, ce problème ne se pose aujourd'hui que rarement à cause du droit rural contemporain concernant la chasse et le système des terrains de chasse, mais ce fait ne change rien à la possibilité de se servir de cette problématique afin de comprendre les fondements de la possession.

Kegel plaide pour une autre solution : "*Les champs de force* sont protégés, et non pas les corps" (113). Cela aboutit à la théorie que Justinien a rejetée (Inst. 2, 1, 13). Si l'on regarde de plus près, on peut distinguer deux théories qui ont été rejetées (114), et toutes les deux exigent une blessure de la bête comme "marquage". Selon la première, il suffit pour l'acquisition immédiate de la propriété que le chasseur ait blessé la bête de sorte qu'on pouvait la capturer facilement ; la perspective d'une acquisition imminente est donc importante. La deuxième théorie attribue la propriété au chasseur lorsque celui-ci a infligé la blessure décisive à la bête et qu'il a suivi au moins ses traces ; la capture immédiate n'est donc pas importante. Après avoir blessé mortellement la bête, le chasseur peut la poursuivre plus tranquillement, la bête ne lui échappera plus. Il est évident que ces deux théories se fondent sur une conception de la possession qui se rattache aux possibilités d'une personne d'agir, et qui est beaucoup plus large que celle qui l'a emporté sous le règne de Justinien et à l'époque ; nous rencontrons donc de nouveau des principes différents. Les deux théories produisent encore aujourd'hui des effets considérables. Le principe qui a été rejeté par Justinien l'a emporté en Amérique centrale et en Amérique du Sud, notamment dans l'article

(112) Voir Friedrich ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, vol. II, 1^{er} tome, 8^e/9^e édition, 1905, p. 195, note 7 ; p. 562, note 13 ; DERNBURG (note 109), p. 62, note 5, cf. 379 ; Wolfgang ERNST, Anmerkung, *JZ* 1988, p. 360 ; tous ces auteurs se réfèrent à Inst. 2, 1, 13 et D.41, 1, 5, 1. - En tout cas, il faut mettre en relief que pour la décision des cas particuliers (relatifs à la possession), l'abondante casuistique du droit romain est encore aujourd'hui de grande valeur", voir E. BRODMANN, in : *Planck's Kommentar* (note 94), vol. III, 1^{er} tome, 5^e édition, 1933, § 854, note 2 ; cf. aussi DERNBURG (note 109), p. 61.

(113) KEGEL (note 111) p. 153 ; contre cette opinion Ernst, *JZ* 1988, p. 360 avec des références à la doctrine.

(114) On peut reconstruire cela de THEOPHILUS 2, 1, 13, édition : E. Contardo Ferrini, *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, vol. I, 1967 (reproduction), p. 101 et s.

(115) Voir aussi l'article 2541 Cc argentin ("Tant que le chasseur poursuit la bête qu'il a blessée, celui qui a saisi la bête doit la délivrer au chasseur" ; selon la nota de Vélez SANSFIELD, cette disposition a été retenue sciemment à l'opposition de Inst. 2, 1, 13 et L.21, Tit.28, Part.3a) ; l'article 595 Cc brésilien ; l'article 714 Cc d'Uruguay ; les articles 859-861 Cc du Mexique. - De même, § 12 I 9 ALR prusse prévoyait que quelqu'un qui a dérangé un tiers dans ces actes d'acquisition, ne pouvait pas s'approprier la chose. Le droit lombard prévoyait une toute autre solution : celui qui tue une bête laquelle a été blessée par un autre, et qui rend cela public, a le droit de couper la patte de devant avec sept côtes, Éd. ROTHARI Cap. 312.

617 Cc chilien, où l'on retrouve la deuxième théorie (115). Les racines de cette deuxième théorie remontent à une abrogation dans les *Siete Partidas* (XIII^e siècle) dont la *ley* 21, III 28 était identique à Inst. 2, 1, 13. Cette abrogation est fondée sur le droit coutumier et a déjà été mise en relief par les glossateurs. Nous retrouvons donc ici aussi la tradition européenne qui nous fournit finalement les idées décisives.

c) Il y a encore d'autres exemples qui sont encore plus importants : la "contemplation rule", qui restreint les dommages et intérêts, résultant d'une violation d'un contrat, à la perte que le débiteur pouvait ou devait prévoir lors de la conclusion du contrat comme suite d'une violation possible de ce contrat, a été développée par Dumoulin et Pothier en reprenant la conception de la *Constitutio* C.7, 47, 1 de Justinien qui restreint les dommages et intérêts à la *dupli quantitas*. Cette règle a été adoptée en Angleterre dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale* en 1854. La théorie, qui s'est développée dans le droit anglo-saxon en partant de cet arrêt, a servi de modèle pour l'article 82 EKG et l'article 74 CISG de 1980, et est retournée, par le biais de ces dispositions, dans la zone de l'ancien *ius commune* et dans notre droit (116). En ce qui concerne le droit public, il faut rappeler que la plus grande partie de nos droits fondamentaux a déjà été développée dans le *ius commune*, que ces droits ont été reconnus politiquement pour la première fois lors de la Révolution française, mais qu'ils ne sont devenus importants pour la pensée juridique contemporaine qu'après avoir fait un détour par l'Amérique du Nord (117).

3. - La juridiction arbitrale

a) Nous laissons de côté le phénomène du "retour des figures juridiques" qui entraîne des rattachements à l'ancien droit aussi dans le cadre d'un ordre juridique homogène (118), et nous passons à un dernier domaine où le droit romain a pu conserver une force vitale surprenante, et où, selon toute vraisemblance, il conservera cette force quand il y aura des codifications européennes : la juridiction arbitrale. Les par-

(116) Une disposition semblable contenait cependant déjà l'article 1150 Cc. - Voir par exemple Detlef KÖNIG, "Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung", in : Hans G. LESER/Wolfgang Frhr. MARSCHALL von BIEBERSTEIN (éd.), *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht*, 1973, p. 76 et s. ; Reinhard ZIMMERMANN, "Der Einfluß Pothiers auf das römisch-holländische Recht in Südafrika", *SZ Germanist. Abt.*, vol. 102, 1985, p. 178 et s. ; SCHLECHTRIEM, *ZEuP* 1993, p. 230 et s.

(117) Cf. Richard TUCK, *Natural Rights Theories ; their Origin and Development*, 1979 ; van DEN BERGH (note 7) p. 602 et s. Voir, après la note 5.

(118) Voir à ce propos Theo MAYER-MALY, "Die Wiederkehr von Rechtsfiguren", *JZ* 1971, p. 1 et s. ; voir aussi par exemple KNÜTEL (note 79) p. 67 et s.

ties contractantes conviennent assez souvent qu'une décision doit être prise par application de la *lex mercatoria* qui provient du droit romain et du *ius commune* (119), ou même par application du droit romain. Les parties ne se soumettent pas à un ordre juridique établi par l'Etat, mais conviennent que leur litige est tranché par un ordre juridique supérieur qui a été développé en tenant compte des circonstances de l'affaire et qui est donc "neutre". Cela concerne notamment la juridiction arbitrale internationale. En ce qui concerne les normes à appliquer, l'article 28 *UNCITRAL Model Law on International Arbitration* prévoit en troisième lieu que "*the arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so*".

Dans le cadre de la *lex mercatoria*, on applique des règles et principes juridiques reconnus partout dans le monde et qui remontent principalement à la tradition romaniste (120) ; l'harmonisation juridique au moyen des maximes et des règles juridiques, que nous avons décrite en haut, trouve ici un pendant.

b) Nous voulons citer deux exemples concrets de la juridiction arbitrale.

"Of all international arbitrations the Venezuelan Preferential Claim case of 1903 is, perhaps, the most instructive instance of the invocation of Roman and private law by the contesting States" (121). Lorsque le Vénézuéla, lourdement endetté, ne satisfaisait pas à ses obligations, le Royaume Uni, l'Allemagne et l'Italie ont décrété le blocus des ports vénézuéliens. Après la promesse faite par le Vénézuéla à ces puissances, dans un protocole en bonne et due forme, de satisfaire à ses obligations au moyen des droits de douane de deux ports vénézuéliens, sept autres Etats créanciers (la Belgique, la France, le Mexique, la Norvège, l'Espagne, la Suède et les Pays Bas) ont demandé une satisfaction égale. Afin de régler le litige, on a institué un tribunal arbitral à la Cour Internationale de Justice de La Haye et on a convenu qu'on prendrait pour base de la décision les "*rules of civil and Roman Law, the ius gentium, par excellence*". Le litige, qui a été tranché en faveur des Etats partisans du blocus, était caractérisé par d'amples argumentations empruntées à des dispositions romaines

(119) Pour plus amples informations quant à la *lex mercatoria*, sa place dans le contexte de la tradition européenne de droit et son orientation universaliste voir Rudolf MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechts tradition*, 1994.

(120) Voir MEYER (note 119), *passim*. On y trouve notamment des références aux *bona fides* et *pacta sunt servanda*. - D'autres exemples, *idem* note 8 (concernant entre autres le principe *magis valeat quam pereat*, cf. haut note 21).

(121) Hersch LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p. 250, qui explique les arguments. A propos de l'affaire voir Ludwig V. BAR, "Der Streitfall zwischen dem Deutschen Reich" etc., in : Walther SCHÜCKING (éd.), *Das Werk vom Haag*, vol. 1, 1^{er} tome, 1917, p. 248 et s.

concernant le gage, la *negotiorum gestio*, la *cessio bonorum* (faillite) ainsi que le principe de l'estoppel.

"A striking feature ... was the unanimity with which both parties turned to Roman Law for guidance on nearly all contested questions" (122). - Bien qu'il soit improbable qu'un tel recours direct au droit romain se répète à la fin du XX^e siècle, on peut néanmoins s'attendre à un accord selon lequel la décision doit être prise par application des principes généralement reconnus - ce qui aboutirait à une intégration importante du droit romain.

Dans l'affaire *Indian Oil Corp. Ltd. v. Greenstone Shipping S.A.* (123), la partie défenderesse Greenstone Shipping S.A. s'était engagée à transporter 508.000 barils (bar.) de pétrole russe pour la partie demanderesse de Novorossisk à Madras. Au moment du chargement, le pétrolier contenait tout au plus 15.600 bar. de pétrole iranien qui était de la même qualité et qui appartenait à la partie défenderesse. Le pétrole iranien et le pétrole russe ont été mélangés sans consentement de la partie demanderesse. A Madras, 504.000 bar. ont été débarqués ; 9.500 bar. restaient dans le pétrolier. Beaucoup d'indices laissent supposer que le mélange était le résultat d'un délit prémédité. Pour de pareils cas, la pratique judiciaire anglaise applique une présomption de propriété qui provient d'une règle relative à la mise en échec des preuves, à savoir la maxime : si A a mélangé, par sa faute, ses choses avec celles de B de sorte que B ne peut pas prouver combien de ses biens, en considération de la quantité ou de la valeur, ont été mêlés, B acquiert la propriété dans la plus grande mesure possible selon les circonstances ; il peut donc devenir le seul propriétaire (124). L'*Indian Oil* a appuyé sa demande surtout sur cette règle. Elle a considéré qu'elle avait acquis aussi la propriété des 9.500 bar. de pétrole qui n'avaient pas été débarqués, et qu'une réparation se montant à 342.000 dollars lui reviendrait.

Le tribunal arbitral qui était compétent pour connaître de l'affaire s'est référé à l'ouvrage de Goff and Jones sur la restitution (125), selon lequel le *common law* prévoit la copropriété en cas de mélange en vertu des règles relatives à la *commixtio* et à la *confusio* qui correspondent à

(122) LAUTERPACHT (note 121) p. 251.

(123) (1987) 3 All ER (= *All England Law Reports*) 893 (QBD), voir Peter STEIN, (1987) 46 *Cambridge Law Journal*, p. 369 et s.

(124) ANON (où : *Stock v. Stock*) (1594) Poph 38, 79 ER (*English Reports*) 1156 (at 1156/7), cité dans l'arrêt 894 (note 123), cf. p. 899 et s., où on trouve des informations détaillées concernant les précédents ultérieurs.

(125) 3^e édition, 1986, p. 65, cf. l'arrêt p. 905.

celles du droit romain ; selon toute apparence, le droit anglais déroge cependant de façon significative à la doctrine romaine lorsque le mélange résulte d'un délit civil, car il attribue la propriété de tous les biens à la partie innocente en vue de punir l'autre partie. Les juges-arbitres ont conclu de cette remarque qu'il existe dans le droit anglais un certain manque de clarté à cet égard, ce qui leur permet d'élaborer leur propre solution. A ce sujet, ils ont exprimé leur "*preference for the Roman law in plain terms*". Selon le droit romain, le mélange des liquides (*confusio*) avait en principe pour conséquence la copropriété en proportion des parts qui constituent la quantité totale des liquides (Inst. 2, 1, 27 ; D.6, 1, 3, 2). Suivant cela, donc sur la base du droit romain, le tribunal arbitral a refusé d'attribuer à l'Indian Oil une indemnité pour les 9.500 bar. de pétrole qui sont restés dans le pétrolier. Selon les juges, la société a reçu la quantité de pétrole correspondant à sa quote-part.

Le recours de l'*Indian Oil* contre cette décision (126) a été rejeté. Staughton J. a même douté que le tribunal arbitral ait interprété correctement la situation juridique selon le droit romain (127) ; mais lui aussi, n'a pas considéré la règle relative au mélange illégitime comme obligatoire. Selon lui, il ne s'agit que d'une règle grossière et primitive ayant une fonction de pénalité, qui avait été appropriée autrefois au mélange des grains ou du foin, mais qui est aujourd'hui dépassée, étant donné la métrologie moderne très développée ; de plus, elle entraîne des résultats extrêmement injustes, en l'occurrence une amende sérieuse de 342.000 dollars. Il s'estime donc libre "*to apply the rule which justice requires*". Cette règle dispose : si B mélange illégitimement ses choses et celles d'A, qui sont en principe de la même qualité et du même genre, de manière qu'on ne puisse plus les différencier, A et B sont des copropriétaires du total, et A peut exiger qu'on lui donne la quantité qui correspond à ses choses. Des droits éventuels aux dommages et intérêts ne sont pas concernés.

(126) Un tel recours est prévu par les *Arbitration Acts* de 1950, 1975, 1979 pour les cas suivants : erreur manifeste de droit, acte arbitraire, incompétence du tribunal ; pour des extraits des textes et des références à la doctrine voir Karl-Heinz BÖCKSTIEGE, *Handelschiedsgerichtsbarkeit in England und der Bundesrepublik Deutschland*, 1987, p. 155 et s., 5 et s.

(127) Il a cependant tort car il méconnaît la différence entre le mélange des grains (parathésis ; les corps conservent leur identité) et le mélange de l'huile (synthésis ; les liquides deviennent un seul corps), comme sa référence à Inst. 2, 1, 28 (p. 902) le démontre.

Il est évident que cette “*rule which justice requires*” est justement la règle prévue par le droit romain, lequel se caractérise en outre par la séparation de la situation concernant la propriété et la protection contre les délits. Il ressort par là aussi que le droit anglais, en se tournant vers le droit romain, rejoint à cet égard l’unité juridique qui est déjà réalisée sur le continent, car une telle règle s’applique dans la plupart des États continentaux (128).

VII. - REMARQUE FINALE

De surcroît, ce dernier cas confirme de façon impressionnante que la solution développée par le droit romain correspond justement à ce que la justice impose. Autrefois, des générations de juristes ont étudié le *Corpus iuris civilis* avec intensité, et ils l’ont considéré comme la raison juridique écrite, la *ratio scripta*. *Romanae leges, ut ratio naturalis, omnibus imperant* (129). Il est sûr que Rome peut pousser les peuples européens par la force de l’esprit à une nouvelle union ; mais il est également sûr qu’il est plus difficile de réaliser cette union lorsqu’on ne se rend pas compte de cette puissance qui exercera aussi désormais ses effets. *Multa renascentur quae iam cecidere, cadentque quae nunc sunt in honore* (130).

Rolf KNÜTEL

Professeur à l’Université de Bonn

(128) Cf. par exemple les articles 573, 574 Cc ; l’article 727 ZGB suisse ; les articles 1058, 1059 Cc grec ; §§ 414, 415 ABGB ; § 948 BGB. - L’article 382 al.2 CcEsp. contient en revanche une règle qui correspond à la solution du droit anglais appliquée jusqu’à présent.

(129) BALDUS DE UBALDIS *ad C.7*, 45, 13.

(130) HORACE, *Ars poetica*, 70 et s.

A TITRE DE COMPLEMENT BIBLIOGRAPHIQUE,
QUELQUES REFERENCES RECENTES SUR LES THEME ETUDIES
PAR CET ARTICLE

I - Travaux de R. KNÜTEL, outre l'article ci-dessus traduit :

“Römisches Recht und Europa”, dans J.H. MICHEL éd., *Droit romain et identité européenne*, supplément à RIDA XLI, 1994, p. 185-223.

“Derecho romano y codificación del derecho civil”, dans *Revista de derecho privado* 6, 1995, p. 65-79.

“Ius commune und Römisches Recht vor gerichten der Europäischen Union“, dans *JuS* 36, 1996 (n° 6), p. 768-778.

= “Derecho romano y *ius commune* frente a los Cortes de la Unión Europea”, dans *Roma America. Diritto romano comune* 1, 1996, p. 40.

= “Diritto romano e *ius commune* davanti a corti dell'unione europea”, dans *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Studi F. Gallo* III, Naples 1997, p. 521-557.

= “Roman Law and Ius Commune before the Courts of the European Union”, dans *Journal of the Foreign Law* (Pékin) 1998, p. 40-59.

“Roms Recht - und erstaudlich ist es nicht, dass die bedeutendsten europäischen Völker sich der Herrschaft dieses Rechts gebeugt haben”, dans K. ROSEN éd., *Das Mittelmeer - die Wiege der europäischen kultur*, Bonn 1998, p. 130-173.

II - Travaux de R. ZIMMERMANN, qui justifie, comme ceux de R. KNÜTEL, la nécessité d'un retour à la tradition du *ius commune* pour l'unité de la science juridique européenne et l'élaboration d'un droit privé européen.

Deux versions, italienne et anglaise, de l'original paru en allemand “Römisches Recht und Europäische Rechtseinheit”, cité par R. KNÜTEL *supra* note 11 :

“Diritto romano e unità giuridica europea” dans *Studi di storia del diritto*, I, Milan, Giuffrè 1996, p. 3-25.

“Roman Law and European Legal Unity”, dans *Towards a European Civil Code*, 2^e ed. revue et augmentée, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 21-39 : copieuse bibliographie donnée en tête de cet article, p. 21-24.

“Civil Code or Civil Law. Towards on European Private Law”, dans A.M. RABELLO, *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem, Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1996.

Critique de la démarche de R. ZIMMERMANN par :

P. CARONI, “Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Ammerkungen zum Neo-Pandektismus”, dans *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16, 1994, p. 85-100.

Voir aussi : T. GIARO, “Europäische Privatrechtsgeschichte : Werkzeug der Rechtsvereintlichung und Produkt der Kategorienvermischung”, dans *Ius Commune*, 21, 1994, p. 1-44.

T. GIARO, “Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa” dans *Ius Commune* 22, 1995, p. 1-16.

T. GIARO, “Rechtsanwendung, Rechtsfortbildung und römische Rechtsgeschichte”, dans *Studi Gallo* III, Naples, Jovene, 1997, p. 493-519.

III - Dans une littérature surabondante, peuvent être ici distingués les articles suivants :

O. BEAUD, “L’Europe entre droit commun et droit communautaire”, dans *Droits* 14, 1991(=*L’Europe et le droit*), p. 3-16.

H.J. BERNARD, Ch. REID Jr., “Römisches Recht in Europa und das *ius commune*. Ein historische Überblick unter besonderer Berücksichtigung der Neuen Rechtswissenschaft der 16. Jahrhunderts”, dans *ZEuP* 3, 1995, p. 3-34.

E. BUCHER, “Recht-Geschichtlichkeit-Europa”, dans B. Schmidlin éd., *Vers un droit privé européen commun ?*, Bâle, 1994, p. 7-31.

C. A. CANNATA, “Usus modernus pandectarum e diritto europeo”, dans *SDHI* 52, 1986, p. 435-442 : à propos de H. COING, *Europäisches Privatrecht* I, 1985, cité par R. KNÜTEL, *supra* note 9.

C. A. CANNATA, “Usus hodernus pandectarum. Common law, diritto romano olendese e diritto comune europeo”, dans *SDHI* 57, 1991, p. 383-401 : à propos du livre de R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, cité par R. KNÜTEL, *supra* note 58.

F. CASAVOLA, “Diritto romano e europeo”, dans *Labeo* 40, 1994, 161-169.

P. LEGRAND, “Sens et non-sens d’un code civil européen”, dans *RIDC* 48, 1996, p. 779-812.

K. LUIG, “The History of Roman Private Law and the Unification European Law”, *ZEuP* 5, 1997, p. 405-427.

G. NEGI, "Tradizione Romanistica e diritto europeo", dans L. MOCCIA éd., *I giuristi e l'Europa*, Rome-Bari, Laterza, 1997, p. 21-39.

P. L. NÈVE, "Ius commune oftewel 'gemeen recht' : traduttore traditore ?" , dans *Tertium Datur. Drie opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.A. Ankum*, Tilburg, Tilburg Univ. Press, 1995, p. 3-58.

K. W. NÖRR, "Das römische Recht zwischen Technik und Substanz : Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts", dans *ZEuP* 2, 1994, p. 67-76.

B. OPPETIT, "Droit commun et droit européen", dans *Mélanges Y. Lousouarn*, Paris 1994, p. 311-319="Retour à un droit commun européen", dans *Droit et Modernité*, Paris, PUF (coll. Doctrine juridique), 1998, p. 73-82.

A. PADOA-SCHIOPPA, "Storia e diritto europeo", dans *Rechtshistorisches Journal* 12, 1993, p. 285-291.

A. PADOA-SCHIOPPA, "Il diritto comune in Europa : riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello", dans L. Moccia éd., *I giuristi e l'Europa*, Rome-Bari, Laterza, 1997, p. 40-55.

M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, "Le droit commun dans l'histoire juridique européenne : valeur et signification d'un héritage", dans D. CASTELLANO éd., *L'Europa e il diritto*, Naples, E. S. I. , 1989, p. 17-37.

M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, "La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés" dans *RFHD* 10-11, 1990, p. 133-152.

M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, "Le droit commun européen entre histoire et raison" dans *Droits* 14, 1991, p. 27-37.

R. SHULZE, "Le droit privé commun européen", dans *RIDC* 47, 1995, p. 7-32.

B. SCHMIDLIN, "Gibt es ein gemeieuropäisches System des Privatrechts ?" , dans B. Shmindlin éd., *Vers un droit privé européen commun ?*, Bâle, p. 33-56.

P. STEIN, "Roman Law, Common Law and Civil Law", dans *Tulane Law Review* 66, 1992, p. 1591-1603.

M. VALENTINO, "Romanistica e codice civile, spunti per l'analisi di uno storico connubium", dans *Labeo* 41, 1995, p. 181-238.

W. WALDSTEIN, "Il contributo del diritto romano all'unità dell'Europa", dans D. CASTELLANO éd., *Il contributo della cultura all'unità europea*, Naples, E.S.I. , 1990, p. 11-22.

A. WACKE, "Die Rezeption römischen Rechte in Europa Ein einführender Überblick", dans *Orbis Iuris Romani* 1, 1995, p. 143-163.

IV - Ouvrages de référence récents :

M. BELLOMO, *L'Europa dell diritto comune*, 7^e éd. , Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 1994, 274 p.

E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 1994, vol. 1, VI- 465 p. , vol. 2, VI-622 p.

H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I-*Die Glossatoren*, Munich, Beck, 1997, XXXI-485 p. ; Band II-*Die Kommantatoren*, à paraître.

O. F. ROBINSON, T. D. FERGUS, W. M. GORDON ; *European Legal History*, 2^e éd. , Londres-Dublin-Edimbourg, Butterwoths, 1994, XVI-368 p.

P. STEIN, *I Fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milan, Giuffrè, 1995, XIII-301 p. : trad. ital. A. DE VITA, M. DONATA PONFORTI e V. VARANO de *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, 1984.

P. STEIN, *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*, Francfort, Fisher Taschenburg Verlag, 1997, 234 p. (version originale établie par K. Luig).

F. WIEACKER, *A History of Private Law in Europe*, Oxford, Clarendon Press, 1995, XVII-509 p. : trad. angl. T. Weir de *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e éd. 1967(texte intégral mais les notes infrapaginales sont soit omises soit abrégées) ; avant-propos de R. ZIMMERMANN, p. V-XIII.

G. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations-Roman Foundations of Civil Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996, LXIV-1241 ; réimpr. en "paperback" de l'édition originale, Cape Town, Juta Press, 1990, avec une brève préface de T. WEIR.

J.-P. CORIAT*

*Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Auvergne*

* Je remercie Jérôme Langlais pour l'aide qu'il m'a apportée quant à la mise au point du manuscrit.