

## BIBLIOGRAPHIE

Guido ALPA. - *Tradition and Europeanization in Italian Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2005, 230 pages.

Guido Alpa, professeur de droit civil à l'Université La Sapienza à Rome ainsi que professeur de droit anglo-américain à l'Université de Gênes, est relié, de multiples manières, au domaine anglo-saxon. Il est correspondant de l'Académie britannique et membre d'honneur du Bench de Gray's Inn. En outre, il fut co-initiateur d'un projet de Code civil européen. L'importance du livre est soulignée par une préface de Lord Slynn of Hadley, le Lord of Appeal et auparavant avocat général à la Cour de justice européenne.

La monographie traite d'aspects importants du système juridique italien, fondement des considérations finales dans le chapitre 5 (« Long-term perspectives ») concernant la codification européenne du droit civil. La première partie du livre concerne des réflexions fondamentales sur les sources de droit et les méthodes d'interprétation. Des questions centrales de grande importance sont abordées ici, comme la notion et le contenu de principes généraux de droit, relatives au droit italien, mais d'une manière permettant d'acquérir des connaissances bien au-delà. La solution italienne du « Drittwirkung », c'est-à-dire de la constitutionnalisation du droit civil, est un des aspects très intéressant de ce premier chapitre. La comparaison avec le modèle allemand est très révélatrice.

L'influence de la jurisprudence dans les systèmes codifiés, avec référence au développement du droit de la personnalité, est un autre sujet de grande importance.

Le deuxième chapitre se penche sur l'influence du droit européen et renvoie particulièrement au droit de la concurrence (p. 121 à 134). Le troisième chapitre traite du droit des contrats dans une société en plein développement. Le processus d'harmonisation du droit des contrats est ici observé dans son contexte historique de comparaison du droit. Le quatrième chapitre est dédié à la thématique fondamentale « Droit et valeurs morales » (p. 163 à 198) et commence par la question très intéressante : « Le droit constitutionnel européen influencera-t-il le Code civil européen ? » (cf. p. 163 et s.). La position de la personne, la concession de droits de l'homme au niveau national et supranational et l'influence visible dans ce contexte du droit constitutionnel sur le droit civil sont clairement analysées. Cela mène également à la question de savoir si l'on peut concevoir l'embryon comme personne (p. 183 et s.), question qui est aussi traitée en profondeur du point de vue du droit comparé.

Ces réflexions mènent finalement au chapitre « Le droit européen et la codification du droit civil » (p. 199 et s.). Le droit européen et les valeurs européennes communes sont reconnus comme base d'une culture juridique commune (cf. p. 229). Le livre se termine par l'avertissement de Lord Bingham de ne pas se soucier des divergences inutiles qui nous séparent, puisque ce qui nous unit est plus fort que ce qui nous sépare.

Le travail de Guido Alpa va bien au-delà du droit italien et nous livre des idées relatives à une culture juridique européenne commune comme fondement d'une européanisation du droit, en particulier dans le domaine du droit civil. L'influence du droit constitutionnel se révèle et mène à la conclusion que, au-delà de la

séparation des domaines juridiques, des valeurs et structures communes existent et se développent.

Rainer ARNOLD

Marc AMSTUTZ, Pascal PICHONNAZ, Thomas PROBST, Franz WERRO. - *Droit privé européen. Directives choisies. Europäisches Privatrecht. Ausgewählte Richtlinien*, Berne, Staempfli Editors SA, Athènes, Ant. N. Sakkouas, 2005, 761 pages.

Cet ouvrage contient un choix de directives européennes dont le contenu relève principalement du droit des contrats et de la responsabilité civile. Les textes sont présentés en français et en allemand, dans une version consolidée qui intègre les modifications intervenues.

L'objectif de l'ouvrage est principalement d'ordre pédagogique et pratique : présenter aux étudiants comme aux praticiens un recueil de textes qui facilite l'accès aux sources européennes de droit privé. Ces directives sont regroupées en trois rubriques : contrats, responsabilité civile, autres (cette rubrique inclut notamment les directives sur les virements frontaliers, les signatures électroniques, le commerce électronique, ainsi que le Règlement de Bruxelles du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière commerciale). Pour chaque texte, une version bilingue (français/allemand) est publiée.

L'ouvrage atteste du rôle toujours croissant du droit communautaire dans les droits privés des États membres. Par sa seule existence, il révèle aussi combien le processus constant d'harmonisation sectorielle affecte l'unité des droits internes en Europe. Une mosaïque de textes provoque des incohérences, aussi bien au regard de ce *corpus* communautaire (contradictions entre les directives) qu'au plan interne. Par ailleurs, chacun sait que les directives ne sont pas transposées à l'identique dans chaque État membre. La Commission, consciente de toutes ces difficultés, a publié le 12 février 2003, une communication intitulée « Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action ». Ce plan consiste à lutter contre le morcellement du droit communautaire actuel en adoptant trois mesures distinctes : le cadre commun de référence, la promotion de clauses contractuelles types applicables dans l'ensemble de l'Union (projet désormais abandonné), un instrument optionnel dans le domaine du droit européen des contrats. Le 11 octobre 2004, dans une nouvelle communication, la Commission a précisé son projet de cadre commun de référence. L'objectif consiste non seulement à réviser l'acquis communautaire mais aussi à élaborer, en droit des contrats, un cadre commun de référence, véritable boîte à outils comprenant des définitions, des principes et même des textes communs qui pourraient servir de base à une codification du droit des contrats en Europe.

Les éditeurs de ce recueil ont d'ores et déjà annoncé, dans la préface, la publication prochaine d'un ouvrage qui aura pour objet « la présentation des arrêts principaux rendus par la Cour de justice des communautés européennes dans l'interprétation des directives de droit privé ». Ils observent en outre que « pour la

pratique en Suisse, ces arrêts sont aujourd'hui, on le sait, d'autant plus importants que le Tribunal fédéral impose maintenant au juge d'en tenir compte dans l'interprétation des lois Swisslex ». Il s'agit d'encourager, non l'unification des règles, mais l'interprétation comparative ou harmonisatrice.

Ainsi, sur ce droit communautaire en perpétuelle construction, une véritable doctrine européenne se forme, qui inspire les juges, les auteurs, les praticiens, au-delà même des frontières de l'Union européenne. Des ouvrages comme celui-ci constituent autant d'outils de travail précieux. On saisira l'occasion de ce bref compte rendu pour signaler encore au lecteur la publication d'un autre recueil de textes intitulé *Fundamental texts on European Private Law*, (Hart Publishing 2003, O. Radley-Gardner, H. Beale, R. Zimmerman, R. Schulze ed.), qui présente le grand mérite d'intégrer également des conventions internationales et les principes communs, tels que reproduits dans les codifications doctrinales suivantes : Principes du droit européen du contrat (Principes Lando), Principes d'Unidroit, Code des contrats de l'Académie des juristes européens (Principes Gandolfi).

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON

Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS (éd.). - *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme. International human rights law and non governmental organisations*, « Publication de l'Institut international des droits de l'homme, Institut René Cassin de Strasbourg », Bruxelles, Bruylant, 2005, 258 pages.

Ce volume contient les textes revus des exposés tenus en juillet 2003 à l'occasion de la 34<sup>ème</sup> session d'enseignement de l'Institut international des droits de l'homme. Dans le domaine international, les organisations non internationales jouent un rôle de plus en plus important, même si elles ne sont pas reconnues comme de traditionnels sujets de droit international. En particulier la protection des droits de l'homme relève de plus en plus de la tâche de telles organisations. Elles ont déjà lancé de nombreuses initiatives et leur influence sur l'adoption de la Convention de Rome relatif au statut d'un tribunal pénal international fut également non négligeable. Ces organisations jouent en particulier un rôle dans la découverte de violations des droits de l'homme. Mais leur possibilité de s'adresser à des cours internationales à ce sujet est très limitée.

Le vice-président de la Cour internationale de justice à La Haye, Raymond Ranjeva, se penche sur la question fondamentale de la place des organisations non gouvernementales en droit international. La question de ces organisations en tant que sujets de droit en particulier est actuelle (p. 20).

Emmanuel Decaux, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), membre de la sous-commission des droits de l'homme des Nations Unies, constate la contribution de ces organisations à l'élaboration de règles en matière de droit international des droits de l'homme (p. 23 à 39). Il souligne à juste titre que relèvent également de la protection internationale des droits de l'homme les principes, standards, directives, la bonne pratique, en un mot l'ensemble des « normes

privées », qui garantissent l'effectivité de la protection des droits de l'homme (p. 38). C'est ici que l'on retrouve la fonction particulière de ces organisations, qui constituent une « nouvelle dynamique au sein du système international » (p. 39).

Lyal S. Sunga, Université de Hong-Kong et Université de Genève, se penche sur le système de contrôle des droits de l'homme, dans lequel les ONG jouent un rôle important (p. 41 à 69). L'importance particulière des ONG dans ce contexte est ici précisée.

Jean-François Flauss, Université Paris II (Panthéon-Assas) traite de la question de la place des ONG devant les tribunaux internationaux en matière des droits de l'homme (p. 71 à 101). Il met particulièrement en évidence l'activisme judiciaire, qui est important pour la détermination de règles de droit international en matière de droits de l'homme (cf. p. 101).

Sir Nigel Rodley, Université d'Essex, traite des ONG et de prévention et de la répression de la torture (p. 103 à 115), tandis que Clémentine Olivier, responsable de la promotion et de la sensibilisation pour le droit des victimes (REDRESS), expose le rôle des ONG dans le cadre de la poursuite pénale internationale (p. 117 à 155).

Jeremy McBride, Université de Birmingham, se penche sur la question des garanties juridiques pour les ONG, leur existence et leur activité (p. 157 à 232).

Finalement, Linos-Alexandre Sicilianos, Université d'Athènes et vice-président du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, se consacre au rôle des ONG dans le développement futur du droit international public dans le domaine des droits de l'homme. Il y voit une chance d'un étoffement de leur importance. Il considère une meilleure coordination de l'activité des ONG comme essentielle. L'évitement des violations des droits de l'homme, donc une activité préventive, devrait être davantage mise en évidence par les ONG (p. 251).

Ce volume se consacre, avec l'aide d'excellents experts, au rôle particulier des ONG dans la protection des droits de l'homme au niveau international. Les différents aspects et dimensions de cette fonction sont bien mis en évidence. Le fait que leur influence et leur position, y compris scientifique, soient exposés en profondeur correspond au rôle pratique d'importance de ces organisations. Cette tâche essentielle est très bien remplie par ce livre et ses importants développements.

Rainer ARNOLD

Jost DELBRÜCK, Rainer HOFMANN, Andreas ZIMMERMANN (ed.). - *German Yearbook of International Law*, vol. 47, « Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel », Berlin, Duncker & Humblot, 2004, 1004 pages.

Le *German Yearbook of International Law*, annuaire de droit international, est un des plus importants forums de réflexion pour le développement essentiel du droit international public, l'analyse de la jurisprudence de tribunaux internationaux dans le cadre de rapports et la discussion de la doctrine parue dans les comptes rendus de lecture.

Le volume 47-2004 commence par une introduction du co-éditeur Rainer Hofmann qui expose la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale en matière de droit international public. Il soulève la question de l'existence de nouvelles approches de la Cour constitutionnelle fédérale. La Cour constitutionnelle fédérale a en effet rendu plusieurs décisions proches de cette question : l'affaire *Görgülü* qui souleva la question de l'effet obligatoire des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg face à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale et d'autres tribunaux allemands (p. 17 à 24). L'affaire des expropriations par l'administration militaire soviétique en Allemagne, avec des constatations importantes relatives à l'influence de principes généraux de droit sur le droit allemand interne (p. 24 à 29) et finalement l'ordonnance provisoire de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale concernant le mandat d'arrêt européen (p. 29,30). La décision relative au fond concernant le caractère inconstitutionnel de la loi allemande relative au mandat d'arrêt européen n'a pas encore été prise en considération, puisqu'elle a été rendue après la parution de l'ouvrage.

Parmi les nombreux articles de ce volume, seuls certains peuvent être ici évoqués. Il faut souligner en particulier le traitement thématique du respect du droit international en Afrique, notamment en matière de droit des réfugiés, droit international public humanitaire, introduit par l'article sur la contribution en demi-teinte de l'Afrique au développement du droit international de Mohammed Bedjaoui, ancien président de la Cour internationale de justice (p. 63 à 84).

À cela s'ajoutent des contributions générales, entre autre relatives au droit humanitaire international dans le cadre du conflit en Irak, aux *Failed States*, l'harmonisation du droit d'asile dans l'Union européenne, au protocole n°14 de la CEDH (cf. p. 293 à 721).

Suivent des analyses très instructives de la jurisprudence des tribunaux internationaux en 2004, par exemple la jurisprudence de la Cour internationale de justice, de la Cour européenne des droits de l'homme, du Tribunal pénal international pour l'ancienne Yougoslavie, de l'Organe de règlement des différends de l'OMC et des tribunaux ICSID. Cette série d'articles se conclut par un rapport concernant l'activité de la Commission de droit international en 2004. Un vaste compte rendu de lecture se trouve dans la dernière partie du livre de l'annuaire (p. 956 à 997).

Rainer ARNOLD

Jean-Philippe DUNAND et Bénédicte WINIGER (éd.). - *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, VI + 330 pages.

Parmi tous les ouvrages qu'a suscités la célébration du bicentenaire du Code civil français, il est bien normal que l'on trouve une grande variété du point de vue de l'approche et du contenu. Le champ est d'ailleurs si vaste qu'il laisse à chacun la possibilité de suivre sa propre voie. Et tandis que les historiens continuent à se pencher sur les conditions d'élaboration d'une œuvre jusqu'ici inégalée, que les

comparatistes se plaisent à mesurer le rôle exceptionnel qu'elle a joué un peu partout dans le monde ou que les théoriciens du droit poursuivent leur réflexion sur le sens nouveau qu'elle a donné à la notion même de codification, nombreux sont les civilistes qui cherchent aujourd'hui à replacer ce Code dans le contexte européen pour y voir, avant tout, une étape sur la voie conduisant à un rapprochement ou une harmonisation des systèmes juridiques en vigueur sur le continent. Or telle est bien, justement, l'idée-force du présent volume, qui reproduit les actes d'un colloque organisé à Genève en février 2004 et réunissant les juristes de plusieurs pays touchés par ce processus d'« européenisation » du droit : Suisse et France, bien sûr, mais aussi Allemagne, Autriche, Italie et Pays-Bas. Dix-sept contributions se trouvent ainsi regroupées sous trois titres qui évoquent successivement le présent et l'avenir et où s'entremêlent constamment les trois thèmes fondamentaux de la codification en général, du Code civil français et du droit européen.

C'est d'abord parce qu'il a été l'une des plus remarquables concrétisations modernes d'une idée pourtant fort ancienne que le Code Napoléon a marqué une date si importante dans l'histoire du droit - non seulement en France, mais dans l'ensemble des pays de tradition romaniste. Dans une première partie de ce recueil, consacrée à l'« émergence des Codes en Europe : assentiments et résistances », Jean Philippe Dunand (Neuchâtel et Lausanne) se livre à une « analyse historique du concept de code », situé « entre tradition et innovation », ouvrant ainsi la voie à deux études de Bruno Schmidlin (Genève) sur « le mouvement des codifications en Europe : la formation du système du Code civil français » (du triple point de vue des fondements, de la structure et de l'esprit de ce Code) et de Jean Bart (Dijon) sur « le Code Napoléon, un code à vocation européenne ? » (un « code précurseur », mais « un précurseur dépassé »), avant que Eltjo J.H. Schrage (Amsterdam) ne décrive les « résistances à l'élaboration et à la diffusion du Code », telles qu'elles se sont manifestées notamment en Angleterre, malgré la campagne menée jadis en sens inverse par Jeremy Bentham et les efforts récents de la *Law Commission* de 1965 dans le domaine particulier du droit des contrats.

Mais la codification française n'a évidemment été qu'un point de départ et les droits ont, depuis, considérablement évolué. En dehors du principe même de la codification, qui a fait l'objet d'âpres controverses, notamment en Allemagne (avec la fameuse querelle entre Thibaut et Savigny), il a fallu attendre un certain temps pour s'apercevoir que les effets de l'entreprise napoléonienne étaient doubles et allaient, en quelque sorte, dans des sens contradictoires. Certes, la codification a brisé l'ancienne unité du droit européen en favorisant l'apparition de droits nationaux. Mais, en même temps, elle a ouvert la voie à une unité nouvelle en proposant à l'Europe (et au monde) un modèle sur lequel tous les pays pouvaient maintenant s'aligner. Et c'est pourquoi une seconde partie de l'ouvrage traite plus spécialement de « l'évolution des Codes nationaux en Europe », en se demandant si celle-ci a réalisé, dans les faits, « une unification avant la lettre » : et l'attention se porte alors, dans l'ordre chronologique de leur promulgation, sur plusieurs des « grands codes » qui ont vu le jour tout au long des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles. Pour la France, c'est François Barrière (Paris II) qui examine le Code civil du point de vue des « influences », exercées ou subies et actuelles aussi bien que futures. Franz-Stefan Meissel (Vienne) s'interroge sur le Code civil autrichien de 1811 (ABGB)

comme « contrepartie du Code civil français », en faisant valoir que les deux oeuvres, bien que fort éloignées l'une de l'autre à de nombreux égards, s'inspirent néanmoins « de la même culture juridique européenne » (p. 138) et « appartiennent [...] à la même grande famille » (p. 139). Wolfgang Ernst (Bonn), pour sa part, étudie « le BGB en tant que codification » tandis que Bénédicte Winiger (Genève) évoque l'idée d'un « Code suisse dans l'embaras entre BGB et Code civil français », du fait de la perspective différente adoptée par ses deux principaux rédacteurs : Walther Munzinger pour le Code des obligations de 1881 et Eugen Huber pour le Code civil de 1807. Maurizio Lupoi (Gênes) prend l'exemple du droit des successions pour explorer « les origines conceptuelles du Code civil italien » de 1942 et Diana Dankers-Hagenaars (Amsterdam) montre en quoi elle voit dans le nouveau Code civil néerlandais de 1992 « un cousin lointain dans la famille du droit français ». Mais les codes ne sont évidemment pas seuls en cause, puisqu'il faut aussi tenir compte du « processus de 'dé-codification' », ici décrit, d'un point de vue strictement français, par Philippe Rémy (Poitiers), sous son double aspect de « désystématisation » (par l'effet de la loi comme de la jurisprudence ou même de la doctrine) et de désacralisation (par l'apparition « de sources extérieures et supérieures au Code » : p. 213). De même, il est bien certain que l'on ne saurait ignorer, dans une vision élargie à l'ensemble de l'Europe, les pays qui n'ont jamais eu de code : et c'est à Thomas Probst (Neuchâtel) qu'il revient de dresser un parallèle entre « *Civil law* et *common law* : code contre *case* », sans crainte d'aller à l'encontre de quelques idées reçues en la matière, concernant, par exemple, la sécurité juridique ou la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement.

De telles analyses ponctuelles révèlent bien l'interaction croissante des différents systèmes de droit et le rapprochement progressif qui en résulte dans le cadre européen. Des convergences de plus en plus nombreuses renforcent l'idée d'un nouveau *jus commune* - et c'est, tout naturellement, cet ordre juridique en devenir qui fait ici l'objet d'une troisième partie, dont l'intitulé est en lui-même suffisamment explicite : « L'alternative aux codes nationaux : harmonisation des anciens codes ou création d'un nouveau Code ? ». L'interrogation est d'ailleurs reprise dans les mêmes termes par Thomas Kadner Graziano (Genève), qui envisage « le futur de la codification du droit civil en Europe », en s'attachant plus particulièrement au droit des contrats : et une illustration des deux grandes voies ainsi ouvertes nous est donnée successivement par Pierre Widmer (Saint-Gall et Zurich), dans sa présentation des « Principes Unidroit », où il n'hésite pas à voir « une nouvelle forme de 'codification' au niveau transnational », et par Giuseppe Gandolfi (Pavie), qui expose les grandes lignes de son projet de « Code européen des contrats ». Ce rapide tour d'horizon nous ramène à la question essentielle dont nous entretenons Franz Werro (Fribourg et Georgetown) et qui est celle de la « légitimité culturelle » de toute entreprise visant à « l'unification du droit privé en Europe » : l'auteur insiste à juste titre sur les limites de l'harmonisation résultant des directives communautaires et rappelle quelques unes des conditions requises pour une véritable « européanisation » du droit. L'on en revient enfin au thème général de la codification avec Jürgen Basedow (Hambourg), qui, sous forme de conclusion, retrace le chemin parcouru « du Code Napoléon à la codification européenne », en

passant brièvement en revue les différentes fonctions traditionnellement assignées à un code dans un système de « droit civil ».

Bien des enseignements peuvent évidemment être retirés d'un tel ouvrage, dont il faut se féliciter qu'il exprime des opinions diverses. Les temps ont, certes, changé depuis 1804 et force est de reconnaître que certaines questions qui se posaient jadis semblent un peu dépassées aujourd'hui, comme celles du bien-fondé du processus de codification. Il en est d'autres, en revanche, qui surgissent et exigent des réponses audacieuses. Ainsi l'idée d'un futur « droit européen » est-elle actuellement au cœur de toutes les préoccupations. Il n'est guère de doute que le présent volume, nourri d'histoire et de droit comparé, apporte au débat qui s'ouvre une contribution de qualité.

Xavier BLANC-JOUVAN

Jacqueline FLAUSS-DIEM et Georges FAURÉ (sous la dir. de). - *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, coll. « CEPRISCA », Paris, PUF, 2005, 204 pages.

L'origine de cet ouvrage est un colloque qui s'est tenu à la faculté de droit et des sciences politiques d'Amiens, le 28 octobre 2004 avec ce même titre. Toutefois ce ne sont pas les actes du colloque qui sont publiés mais les principales interventions, complétées et mises à jour puisque l'ouvrage a paru à la fin de 2005, et que dans un tel domaine, les choses bougent très vite.

Il était en effet très intéressant, cinq ans après la loi française du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité, de faire à la fois, un bilan de cette loi, tant critiquée, et de mettre en perspective, les systèmes choisis dans d'autres pays européens. Même si pour l'instant le contentieux du Pacs est très rare, voir inexistant, cela n'est pas le signe que notre loi est bonne. Les rares textes du Code civil qui fixent le régime de ce pacte restent énigmatiques, qu'il s'agisse des effets personnels ou des effets patrimoniaux.

Quatre articles présentent les difficultés du Pacs. M. Labbé (« Le pacte civil de solidarité et la sexualité », p. 11) met en parallèle le mariage et le Pacs, en ce qui concerne l'obligation de vie commune et l'obligation de fidélité. Ensuite, Mme Philippe, présente les soucis que ce drôle de contrat posent aux notaires (p. 21). Mme Tisserand-Martin évoque les aspects patrimoniaux du Pacs (p. 7). Il faut dire que c'est sans doute là que les incohérences sont les plus grandes. M. Delattre étudie « Les paradoxes du régime fiscal du Pacs » (p. 39).

Viennent ensuite la présentation de quelques systèmes européens : le partenariat enregistré en Allemagne (E. Wenner, p. 57), le « *civil partnership* » en droit anglais (J. Flauss-Diem, p. 67), la situation en Belgique présentée par M. Renchon (p. 85). Il est remarquable que les Belges après avoir institué une cohabitation légale par une loi du 23 novembre 1998, qui pourrait se rapprocher du Pacs français, ont ouvert le mariage à des personnes de même sexe par une loi du 13 février 2003.



Actuellement, il ne semble pas que notre législateur ait l'intention de suivre la voie de nos voisins. Le rapport qui vient d'être publié à l'Assemblée nationale, au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, fait sur ce point des propositions très modérées. Améliorations du Pacs, sans plus, il n'est pas question d'ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe (Rapport n° 2832, deux tomes, février 2006).

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée aux nouvelles conjugalités au regard du droit international. Le droit international privé d'abord, M. Seraglini nous fait là encore un tableau très noir du Pacs, grande confusion en doctrine quant aux solutions proposées au point qu'il faudrait peut-être envisager d'abandonner l'idée d'énoncer une règle de conflit de lois et raisonner en termes de reconnaissance des actes passés à l'étranger (p. 115). Le droit européen des droits de l'homme, ensuite, M. Marguenaud nous explique comment la Cour européenne élabore un statut extramatrimonial tout en déconstruisant le mariage traditionnel (p. 147). Le droit communautaire enfin, qui envahit aussi le droit de la famille, comme l'expose M. Hernu (p. 155).

La simple évocation des thèmes abordés dans cet ouvrage en montre sa richesse et son intérêt à un moment crucial pour le texte français, qui doit impérativement être amélioré.

Françoise MONÉGER

Gabriel GARCIA CANTERO (dir.). - *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavia* (Annotations espagnoles au projet de Pavie), Saragosse, El Justicia de Aragon, 2005, 870 pages.

L'ouvrage dont il est rendu compte est un volume de plus de 860 pages à la rédaction duquel ont participé treize auteurs : il s'agit donc d'une œuvre collective, ce qui se justifie par l'ampleur de son propos qui est de comparer les solutions proposées par le « Projet de Pavie » avec les données actuelles du droit civil espagnol.

Avant d'en donner une présentation plus précise, il convient de souligner le dynamisme, voire l'enthousiasme qui peuvent s'observer en Espagne à propos de la construction de l'Europe juridique, en l'occurrence relativement au projet de Code européen des contrats élaboré sous l'égide de l'Académie des privatistes européens au sein de laquelle les représentants du droit civil espagnol jouent un rôle très actif. Ce projet est dit « de Pavie » parce que c'est en cette ville que les réunions de travail sont organisées par le professeur Guiseppa Gandolfi, infatigable maître d'œuvre de ce projet ; les travaux préparatoires se sont déroulés en langue française et ont donné lieu à six éditions ou impressions successives - en français - par l'éditeur milanais Giuffrè (une version complète de l'avant-projet a également été publiée par les n°s 52-53 et 54-56 de *la Gazette du Palais* - en date des 21-22 et 23-25 févr. 2003 - précédée d'une présentation de M. Jean-Pierre Gridel, Agrégé des Facultés de droit, Conseiller à la Cour de cassation, sous le titre : « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens

(Pavie) ») : la dernière en date, publiée en 2004, est la plus complète et comporte, outre la version en langue française de l'avant-projet et les cinq rapports substantiels - également en français - du professeur Gandolfi, coordinateur, des versions traduites en allemand, anglais, espagnol et italien des 173 articles qui composent l'avant-projet.

Et, pour illustrer précisément le dynamisme de la doctrine espagnole, il y a lieu de relever qu'il existe, à ce jour, pas moins de deux traductions en castillan des articles de l'avant-projet : l'une a été effectuée sous la supervision des professeurs José-Luis de los Mozos y de los Mozos, de l'Université de Valladolid (le professeur de los Mozos exerce actuellement les fonctions de président de l'Académie, fonctions dans lesquelles il a succédé au regretté professeur André Tunc, lequel avait lui-même pris la suite du professeur Alberto Trabucchi). Soit dit en passant, les deux volumes de Mélanges offerts au professeur de los Mozos, publiés sous la direction du professeur Vattier Fuensalida, sont intitulés *Código europeo de contratos – Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Madrid, 2003) et Agustín Luna Serrano, de l'Université de Barcelone : c'est celle qui figure dans l'édition publiée en 2004 par Giuffrè ; l'autre, par une équipe de professeurs de l'Université de Saragosse (particulièrement active en matière de droit comparé en général et de droit européen en particulier : douze des auteurs appartiennent à cette Université, le treizième, le professeur Sergio Camara Lapuente, de l'Université de La Rioja, ayant dirigé la publication de l'ouvrage intitulé *Derecho privado europeo*, Madrid, 2002), sous l'impulsion et la direction du professeur Gabriel Garcia Cantero, publiée par la *Revista jurídica del notariado* (n° 44, oct. 2002, pp. 299-396) et nombreuses sont les références dans lesquelles les auteurs des « Anotaciones » mettent les deux traductions en regard l'une de l'autre (en voici quelques exemples sans que cette liste prétende à l'exhaustivité : pp. 25, 89 (note 22), 186 (note 7), 189, 244, 310 (note 12), 313 (note 14), 316 (note 21), 322 (note 28), 330 (note 41), 332 (note 48), 341 8, note 609, 452 (note 5), 463 et 464 (note 29).

Si la richesse de la matière traitée rend ardue la tâche du commentateur celle-ci est cependant facilitée par la présentation qui a été adoptée et qui a consisté à découper l'ensemble en 15 chapitres qui traitent des 173 articles et à suivre en quelque sorte pas à pas - sinon article par article - la rédaction même de l'Avant-projet : en la forme, l'ordre des développements suit donc celui des dispositions adoptées à Pavie.

Quant au fond, ce qui surtout mérite d'être relevé, c'est la démarche suivie à l'initiative de l'inspirateur et maître d'œuvre de l'ouvrage, le professeur Garcia Cantero : il s'agit, à propos de chacune des normes figurant dans l'Avant-projet de procéder à une comparaison avec les données actuelles du droit espagnol telles qu'elles résultent principalement de la législation (Code civil, loi hypothécaire, Code de procédure civile) mais aussi de la jurisprudence et de la doctrine qui sont, la seconde surtout, abondamment citées et de se demander quels changements l'adoption de ces normes comporterait : dans quelle mesure telle ou telle règle actuelle se trouverait-elle confirmée ou, au contraire, infirmée ? Quels progrès pourrait-on attendre de la mise en application des dispositions de l'Avant-projet ? La règle analysée constitue-t-elle une innovation par rapport au droit existant (tel est

spécialement le cas à propos de l'art. 98 qui traite de la « violation efficace » dont la traduction en langue espagnole suscite l'embarras, les uns proposant la transposition littérale - *violacion eficaz* - les autres préférant l'expression *reserva de incumplimiento* ; V. la contribution de Marina Perez Monge, p. 545 et note 18) : cet exemple est cité parce que ce thème a donné lieu à une étude de B. Rudden et Ph. Juilhard, « La théorie de la violation efficace », in R.I.D.C., 4-1986, p. 1015 ; c'est sur la suggestion du Doyen Carbonnier que l'article 98 a été adopté, (v. l'édition 1999 de Guiffre, p.438 et pp. 554-557) ? Et cela par référence au droit espagnol commun mais aussi aux droits foraux (c'est essentiellement aux « fueros » d'Aragon et de Navarre qu'il est fait référence : V. p.ex. pp. 165, 365, 366, 385, 391 à 394, 421, 435 et 595).

Ainsi caractérisé, l'ouvrage présente plusieurs intérêts : pour le public espagnol, c'est l'évidence même puisqu'il lui permet, non seulement de prendre connaissance du contenu de l'Avant-projet et de le situer par rapport au droit actuel, mais aussi de s'informer des conditions dans lesquelles il a été élaboré ; l'essentiel des discussions auxquelles ont donné lieu les rencontres de Pavie, éclairées par les rapports du professeur Gandolfi (auxquels il est souvent fait référence), est fidèlement résumé ; les frictions ou désaccords ne sont pas passés sous silence : ainsi, les raisons pour lesquelles il a été décidé de travailler à un code des contrats plutôt qu'à un code des obligations (c'est le résultat d'une solution de compromis, les juristes continentaux acceptant de renoncer au concept de cause et ceux de *Common Law* à la notion de « considération » : v. la contribution du professeur Garcia Cantero, pp. 49-57, 69-73 ; celle du professeur Martinez de Aguirre Aldaz, p. 160 et du professeur Marina Perez Monge, p. 541. Sur les conséquences de ce choix en ce qui concerne les « opérations à trois » - cession de contrat, cession de créance et cession de dette - v. l'article du professeur Serrano Garcia, pp. 584-588).

C'est dire que, si l'ouvrage comporte un fidèle compte-rendu des discussions et travaux préparatoires, il ne manque pas de vues, souvent approuvatives mais également, à l'occasion, critiques (V. par exemple la contribution du professeur Martinez de Aguirre Aldaz, pp. 158, 166 et 170-173 ; celle du professeur Camara Lapuente, pp. 396, 429, 432 et 444 ; celle du professeur de Salas Morillo, spéc. pp. 453 (note 7) et 455 ou celle du professeur Tena Piazuelo, pp. 680 et 685 à 688). Les aperçus de droit comparé sont innombrables, les références aux directives communautaires (V. la contribution du professeur Lalana del Castillo, pp. 104-105 et note 4) ou à d'autres travaux d'inspiration analogue - tels que les travaux de la Commission Lando (cités notamment pp. 66 (note 65), p. 73 (note 80), 104, 208, 219, 237, 243, 244, 327 (notes 35 et 36), 366, 367 (notes 7 et 8), 406, 412, 415, 416, 417, 419, 420, 424, 426, 430, 431, 433, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 490 et 494) ou les principes UNIDROIT (cités notamment pp. 218, 221, 236, 241, 243, 406, 415, 418, 420, 425, 426, 430, 431, 433, 437 (note 77), 439, 440, 441 et 443) - ne manquent pas et si, conformément à une vieille tradition du droit des contrats, les exigences de la bonne foi sont constamment rappelées, les préoccupations contemporaines qui se manifestent dans le droit de la consommation ne sont pas négligées, que ce soit à propos de la notion de consommateur (V. pp. 87, 91 et 208 (notes 51 et 52)), des conditions générales (V. par ex. les pp. 167-170), des clauses

abusives (V. par ex. p. 233) ou du droit de rétractation reconnu au consommateur (V. pp. 257-259).

L'ouvrage se présente aussi comme une mine de renseignements sur le droit espagnol et la littérature juridique hispanique ; les références sont constantes aux travaux des meilleurs représentants de la doctrine civiliste et, par là, il offre au lecteur étranger l'intérêt de lui fournir une vue d'ensemble du droit des contrats tel qu'il est en vigueur dans l'Espagne d'aujourd'hui.

L'observation vaut particulièrement pour le lecteur français car si les deux systèmes, espagnol et français, sont très proches (par exemple dans la place très limitée qu'ils font à la lésion (v. pp. 162-163) et que le projet de Pavie propose d'accueillir plus largement ou dans la méthode qui consiste à traiter de la représentation à propos du contrat de mandat (v. pp. 297 et 347-349), ils n'en divergent pas moins sur certains points comme, par exemple, en matière d'imprévision (v. pp. 253-254), de promesse de porte-fort (que le droit espagnol ne connaît pas : v. la contribution du professeur Sylvia Gaspar Lera, spéc. pp. 266-267) et surtout de contrats translatifs de droits réels (à la différence des droits français et italien qui posent le principe du transfert *solo consensu* (art. 1138 C. civ. F. et 1376 C. civ. It.), le droit espagnol (art. 609, al.2, C. civ. Esp.) - comme, d'ailleurs, le droit suisse - pratique la distinction du *titulus* et du *modus* : v. la contribution du professeur Sylvia Gaspar Lera, pp. 268 à 274 et notes 33 à 35).

Publié sous les auspices de la Magistrature suprême d'Aragon dans la collection dénommée « El Justicia de Aragon », l'ouvrage forme le 27<sup>ème</sup> volume de cette collection, consacrée pour l'essentiel au droit aragonais : c'est la preuve qu'on peut concilier l'intérêt pour la petite patrie puisant ses racines dans un passé prestigieux qu'il importe de préserver, sans négliger celui de la grande qu'il s'agit de construire.

En conclusion, on ne saurait trop remercier et féliciter le professeur Garcia Cantero et tous les membres de l'équipe dont il a su s'entourer de l'heureuse initiative qu'il a prise et de la réalisation de l'œuvre que tous ensemble ils nous présentent aujourd'hui.

Jean-Pierre SORTAIS

Kermit L. HALL (ed.). - *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2ème éd., New York, Oxford University Press, 2005, XXV + 1239 pages.

Bien que relevant d'un genre qui ne prête guère à l'analyse critique, le présent ouvrage n'en mérite pas moins d'être signalé aux lecteurs de la *Revue* en raison de son importance et de sa qualité.

Son importance tient au fait qu'il nous permet de mieux comprendre cette pièce fondamentale du système juridique américain qu'est la Cour Suprême fédérale. On a, certes, déjà beaucoup écrit, et dans toutes les langues, sur cette institution, pratiquement unique dans le monde : mais il ne semble pas que l'on ait jamais réuni, en un seul volume, une information aussi précise et aussi complète sur le sujet.

Chacun sait pourtant que la Cour Suprême est la première source du droit aux États-Unis, dans la mesure où elle est la gardienne de la Constitution, seule véritable « loi » du pays, suivant une formule souvent utilisée. Sans doute doit-elle le faire avec beaucoup de prudence, pour ne pas s'exposer au reproche de « légiférer depuis le banc des juges » (*to legislate from the Bench*). Mais, en contrôlant l'interprétation d'un texte dont les termes sont souvent très généraux et en veillant sur sa mise en œuvre, elle n'en joue pas moins un rôle crucial : c'est grâce à elle, après tout, qu'une charte vieille de plus de deux cents ans, même si l'on tient compte des quelques amendements qui ont pu lui être apportés postérieurement au *Bill of Rights* de 1791, a pu progressivement s'adapter à un environnement nouveau et demeurer bien vivante jusqu'à nos jours. Il est vrai que les juges prétendent ouvertement ne pas « inventer » le droit, mais le « révéler » ou le découvrir dans les « faits sociaux » - et, au moins en principe, ils se situent bien loin du « volontarisme législatif à la française » : mais, en même temps, ils admettent parfaitement l'idée qu'ils aident cette société à évoluer, suivant la théorie du « juge-ingénieur social ».

Car la Cour Suprême n'est pas seulement créatrice de droit : elle est aussi un acteur privilégié sur la scène politique et intervient activement dans la vie quotidienne des Américains. Tocqueville disait déjà qu'il n'y a pas de question politique (au sens le plus large du terme) aux États-Unis qui ne trouve un jour sa solution devant les juges - c'est à dire, en fin de compte, devant la Cour Suprême. Cela s'est vérifié historiquement en de multiples circonstances, depuis le douloureux débat sur l'esclavage (et l'arrêt *Dred Scott* de 1857 est encore dans toutes les mémoires) jusqu'à la « révolution » du *New Deal*. Mais ce n'est pas moins vrai aujourd'hui, comme l'a prouvé la bataille judiciaire qui a suivi les élections présidentielles de l'an 2000. Il y a bien des problèmes fondamentaux de société, comme l'avortement, la peine de mort, la ségrégation et la discrimination raciale, qui ont été réglés par la Cour Suprême alors qu'en France on n'eût pas conçu qu'ils le fussent autrement que par le législateur (mais comment s'en étonner dans un pays où le Parlement se préoccupe même de dire aux élèves comment ils doivent - ou ne doivent pas - s'habiller à l'école et de dicter aux professeurs la manière dont ils doivent enseigner l'histoire ?). On voit la différence de perspective entre les deux pays et l'abîme qui sépare la conception que l'on s'y fait du « pouvoir judiciaire ». Il est certain qu'aux États-Unis, ni le Congrès, ni le Président lui-même n'auraient l'autorité, non plus que l'audace, nécessaires pour intervenir dans des domaines où la morale se trouve trop fortement impliquée. Seule la Cour Suprême peut le faire, au risque d'entrer en conflit avec les autres pouvoirs (comme cela arrive assez fréquemment), voire de subir la critique de l'opinion publique, qui lui reproche (dans des sens d'ailleurs différents) son « activisme ». Tout au plus doit-elle se prononcer en termes juridiques pour rester dans les limites de sa fonction : mais cela ne saurait soulever aucune difficulté dans une société aussi fortement marquée par le droit que la société américaine. Aussi bien comprend-on la charge symbolique dont est dotée l'institution et le prestige dont elle s'entoure, tant dans le pays lui-même (où la personnalité des *Justices* a une telle importance pour les simples citoyens que ceux-ci suivent toujours avec attention les nouvelles nominations faites par le Président) qu'à l'étranger (où la Cour Suprême constitue sans aucun doute l'un des meilleurs articles d'exportation du droit américain).

Mais c'est aussi une somme d'une exceptionnelle qualité que nous offrent ici plus de 300 auteurs, presque tous universitaires, dans un volume qui se présente sous la forme d'un dictionnaire, comportant environ 1200 rubriques. Tout est fait pour faciliter les recherches : le classement dans l'ordre alphabétique, les renvois d'une rubrique à l'autre, une bibliographie limitée à l'essentiel, deux index (dont l'un, analytique, est extrêmement détaillé), trois appendices, qui rassemblent de façon synthétique des informations précieuses, et le texte lui-même, dense et précis, écrit dans une langue accessible au plus grand nombre. Quant au fond, l'accent est mis à la fois sur l'histoire et sur l'actualité (grâce à une mise à jour importante intervenue depuis la première édition, remontant à 1992). Les thèmes, qui recouvrent en fait l'ensemble de la matière constitutionnelle, relèvent essentiellement de trois types. Il y a d'abord les notices biographiques concernant tous les « grands juges » (heureux pays, où ne sévit pas encore le vocabulaire de nos chroniqueurs, pour qui n'existent que de « petits juges » - et de grands journalistes !) qui ont illustré la Cour depuis l'origine ainsi que d'autres personnalités qui ont été plus ou moins directement associées à son fonctionnement. On trouve ensuite un rappel de toutes les grandes questions qui ont été résolues en deux siècles par la plus haute juridiction du pays - des plus classiques (fédéralisme, séparation des pouvoirs, *due process* et *equal protection of the laws*, clause de commerce, etc.) aux plus brûlantes (liberté d'expression et de religion, *privacy*, *affirmative action*, avortement, peine capitale...) et aux plus modernes (financement des campagnes et découpages électoraux, droits des États, dommages-intérêts punitifs, procédure pénale...). Enfin viennent les « grands arrêts », dont il ne servirait à rien de donner quelques exemples ici, puisqu'ils sont plus de 400, depuis le célèbre *Marbury v. Madison* en 1803 jusqu'à *Blakely v. Washington* en 2004, en passant par ceux qui ont le plus occupé l'actualité, comme *United States v. Nixon* en 1974 ou *Bush v. Gore* en l'an 2000. Encore faut-il mettre à part certaines rubriques qui portent sur la Cour elle-même, son histoire, son organisation interne et ses méthodes de travail, voire différents concepts techniques (*injunction*, *writ of mandamus*...) dont le maniement se révèle indispensable pour une bonne compréhension de la matière.

Il n'est pas besoin de dire que la plus grande objectivité règne tout au long de ce volume, même sur les questions les plus sensibles, sans que la liberté de jugement de chacun des auteurs s'en trouve pour autant menacée. C'est ce qui en fait justement un parfait ouvrage de référence et un instrument de recherche incomparable. Il doit intéresser, non seulement les juristes, mais aussi les spécialistes de science politique, les historiens - et, plus largement, tous ceux qui, à travers cette institution un peu hybride qui est un si fidèle reflet de la culture américaine, souhaitent mieux comprendre les États-Unis du XXI<sup>ème</sup> siècle.

Xavier BLANC-JOUVAN

Alexander HANNEBECK. - *Der demokratischer Bundesstaat des Grundgesetzes*, (L'État fédéral démocratique de la Loi fondamentale), Berlin, Duncker u. Humblot, 2004, 430 pages.

Cet ouvrage sur L'État fédéral démocratique de la Loi fondamentale est tiré d'une thèse de doctorat en droit public (Dissertation) soutenue à l'Université de Giessen et dirigée par le Professeur Brun-Bryde (actuellement juge à Karlsruhe). Il a pour objet principal de décrire l'État fédéral à partir de la notion de démocratie. Un tel point de départ suppose de rompre avec la façon habituelle dont la majorité des juristes envisage la question fédérale, c'est-à-dire à partir, d'une part, des notions d'État et de souveraineté, et d'autre part, d'une vision moniste de la démocratie assimilée à la souveraineté du peuple, ce peuple étant considéré comme un Tout unique et collectif. Il repose aussi sur l'idée, avancée en introduction, qu'il faut toujours dans un État fédéral se poser la question de savoir : « qui décide ? » parmi les deux instances qui sont ici en présence, l'instance fédérée et l'instance fédérale.

Le chapitre premier de cet ouvrage contient une analyse critique de la doctrine dominante et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle auxquelles l'auteur reproche, en fin de compte, de négliger le principe fédéral (*Bundesstaatlichkeit*) reconnu par la Loi fondamentale. Autrement dit, en raison soit d'une approche trop centrée sur des concepts antithétiques - l'État et surtout la souveraineté - soit d'une interprétation trop centraliste ou unitariste de la démocratie, la doctrine dominante n'arrive pas à rendre compte exactement du processus fédéral. Dans ce chapitre, l'auteur signale par avance comment il va modifier ce point de vue en opposant à la « conception moniste » la « conception pluraliste » de la démocratie - celle-ci ayant sur celle-là l'avantage de ne pas succomber au vertige du « peuple cryptomonarchique » (l'expression est de Brun-Bryde, p. 84) et de proposer à la place d'une réification du peuple, perçu comme un Tout, comme un Collectif, une vision plus libérale fondée sur l'individu et son corollaire, sa liberté.

Dans le long second chapitre (plus de cent pages), consacré « aux origines de la légitimité démocratique dans l'État fédéral », l'auteur entreprend de reconstruire le concept de l'État fédéral en partant de l'idée démocratique. Il débute par une critique de la vision stato-centrée de la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe. Certes, celle-ci à la différence de la Cour suprême des États-Unis (*Thornton v. US Term Limits*, 1995) n'a pas eu à trancher directement la question de la source de légitimité démocratique dans un tel État : vient-elle du peuple tout entier ou du peuple des États-membres ? - mais elle a eu l'occasion, à plusieurs reprises - notamment à propos des décisions sur le droit de vote des étrangers - d'en traiter indirectement de cette question en donnant sa propre interprétation du mot « peuple » (*Volk*) qui figure dans plusieurs dispositions de la Loi fondamentale, et en particulier dans son Préambule. Or, cette interprétation est soit centraliste, soit unitariste, car elle est le plus souvent calquée sur la représentation qu'on se fait du peuple dans les États unitaires, peuple, unique et indivisible. Contre cette interprétation, l'auteur va s'efforcer de montrer qu'une telle description ne rend compte ni de l'histoire constitutionnelle, ni du droit positif. Pour faire bref, l'idée défendue par l'auteur est la suivante : dans un État fédéral, on ne peut pas prendre en compte le seul peuple tout entier (*Gesamtvolk*), et qu'il faut aussi prendre en considération le peuple des

Länder ou de chaque Land (*Landesvolk*). Toute interprétation qui focalise son attention sur les deux branches de l'alternative, mutilerait ainsi une réalité plus complexe. L'expression initiale contenue dans le préambule de la *Grundgesetz*, « le peuple allemand dans les Länder » est en réalité la plus adéquate pour décrire cette conception du peuple qui est à la fois un et plural.

Pour illustrer le propos, l'auteur dresse notamment un très intéressant tableau historique du processus constituant qui a abouti à la ratification de la Loi fondamentale de 1949. Il met bien en relief la légitimité démocratique particulière de ce processus (malgré le protectorat des Alliés) en soulignant, contre la doctrine dominante, l'importance des *Länder* à chaque étape de la procédure constituante - des premières constitutions qui furent fédérées jusqu'à la ratification de la Loi fondamentale en passant par la convocation et l'élection du Conseil parlementaire (ayant rédigé le projet de constitution). Il explique bien aussi pourquoi le statut particulier de l'Allemagne - occupation de certains Länder par les troupes soviétiques - a conduit le constituant à évoquer le peuple allemand tout entier, de façon à indiquer non seulement la continuité du peuple et de l'État allemand (revendication d'autonomie dirigée contre les Pays Alliés occupants) mais aussi la prétention à représenter les Allemands de l'Est qui ne pouvaient pas s'exprimer (revendication dirigée contre l'URSS). Ainsi, contrairement à ce que prétend la littérature dominante (K. Hesse, J. Isensee), le peuple allemand dont parle la Loi fondamentale n'est pas un peuple unifié, mais il est l'assemblage du peuple tout entier et du peuple de chaque Land. Ce que l'on peut exprimer autrement : cette légitimité démocratique est double ou duale dans la mesure où la source démocratique est divisée : elle situe aussi bien au niveau du pays tout entier - ici l'Allemagne - que de chaque *Land*.

Le troisième et dernier chapitre essaie donc de réinterpréter « l'État fédéral démocratique de la Loi fondamentale » à partir notamment d'une intéressante structuration de la légitimité démocratique des décisions prises dans un tel État. Il y aurait, d'une part, une légitimité « indépendante » lorsque les décisions peuvent être imputées directement ou indirectement soit au peuple tout entier, soit au peuple de chaque *Land*. Il y aurait en revanche, une légitimité « coopérative » lorsque les décisions sont prises en collaboration entre la Fédération et les *Länder*. Mais la proposition doctrinale la plus intéressante consiste à distinguer au sein du niveau fédéral (*Bundesbene*) des organes fédéraux qualifiés de « nationaux » et des organes qualifiés de « fédéraux ». Les premiers sont ainsi la Chambre basse, et le Chancelier fédéral, qui sont élus directement ou indirectement par le peuple tout entier. Les seconds, et il s'agit surtout du *Bundesrat* qui est un organe agissant au niveau fédéral, mais dont la légitimité remonte aux peuples des *Länder*. Cette reconstruction permet à l'auteur de contester la prétendue antinomie de l'État fédéral et de la démocratie et de montrer au contraire que les deux institutions se renforcent mutuellement. Parmi les innovations de ce travail figure notamment une intéressante réévaluation du *Bundesrat*, la Chambre des États, dont la doctrine allemande majoritaire, dominée par le tropisme eunitariste ou « centraliste » décrit en référence au modèle de l'État unitaire, alors qu'il se propose ici, à partir d'exemples et d'institutions, d'interpréter en fonction des exigences d'un État fédéral.



Ce travail qui vise donc à se débarrasser des concepts de souveraineté et d'étatisme (*Staatlichkeit*) pour penser l'État fédéral est une incontestable réussite. Il aboutit à revaloriser la place des *Länder* dans l'édifice allemand en observant celui-ci sous l'angle de la légitimité démocratique. La thèse est audacieuse et souvent convaincante, mais on peut se demander si, pour la fonder, l'auteur n'aboutit pas à minorer quand même l'important processus de centralisation opéré depuis 1949. On peut se demander quand même si les *Länder* allemands ont, encore de nos jours, une existence politique. Par ailleurs, on ne voit pas toujours en quoi l'opposition initiale entre les deux conceptions « moniste » et « pluraliste » de la démocratie permet de mieux expliquer la spécificité fédérale, avec l'introduction du concept « pluraliste » de la démocratie. Mais ces menues réserves n'enlèvent rien à la qualité de ce travail.

Olivier BEAUD

Dusan KITIC, Catherine KRIEF-SEMITKO, Raymond LEGEAIS. - *Code civil de la Fédération de Russie*, Chasseneuil, Juriscope, 2005, 569 pages.

On attendait avec impatience cette publication de la version française du Code civil de la Fédération de Russie paru en trois parties en 1994, 1995 et 2001. Cette version française est présentée dans une préface par le Professeur Sergèï Alexeev qui a pris une grande part dans l'élaboration de ce texte.

C'est un code civil qui reste dans la tradition socialiste en ce qu'il ne concerne pas le droit de la famille, qui a fait l'objet d'un code séparé en 1994. Le Code foncier de 2001 complète aussi la réglementation civile. En revanche, le droit russe n'a pas adopté la distinction - discutable d'ailleurs - du droit civil et du droit commercial.

Ce Code civil comprend 1224 articles souvent assez longs, divisées en paragraphes et dotés d'un titre. Il est divisé en trois parties sans grande signification car elles résultent seulement de la date de promulgation des textes et non de la logique. Ainsi, la troisième partie regroupe le droit des successions (titre 5) et le droit international privé (titre 6). Les divisions essentielles sont les six titres. Les quatre premiers portent sur les dispositions générales, le droit de propriété et autres droits réels, la partie générale du droit des obligations et les variétés particulières d'obligations. Ce dernier intitulé est trompeur puisqu'il recouvre les contrats spéciaux, le paiement, le jeu et le pari, les promesses de récompense, mais aussi les obligations qui résultent d'un enrichissement sans cause (chapitre 60). Et il y a soixante huit chapitres, numérotés à la suite.

Je n'ai pas qualité pour apprécier la rigueur de la traduction. Mais elle est garantie par le fait qu'elle a été réalisée dans le cadre du Juriscope de Poitiers dont on connaît la compétence en la matière par d'éminents spécialistes dont le Professeur Raymond Legeais. Et le Professeur Jacques David annonce dans son avant-propos que la traduction du Code civil de Russie est la première d'une collection intitulée « La Lettre des Lois », qui accueillera la version française des grandes lois étrangères contemporaines. De toute façon, on peut constater que le Code est rédigé dans un français simple et clair. Un avertissement signale les mots et

expressions qui peuvent surprendre le lecteur de langue française – souvent d'ailleurs hérités de la période communiste ou encore pour lesquels n'existe pas d'équivalent exact en français.

Mais il y a plus qu'une simple traduction. Huit notices précèdent les titres ou sous-titres, qui donnent des explications sur le contenu de chaque division et justifient certaines traductions. L'ensemble de ces notices constitue une véritable introduction au droit civil russe.

Tel qu'il se présente, l'ouvrage constitue un outil indispensable pour s'initier à ce droit. Il devra donc intéresser un large public car si l'on en croit le nombre de thèses en ce domaine, le droit russe est à la mode. On peut ainsi constater la place singulière qu'il occupe parmi les législations civiles contemporaines, coïncé qu'il est entre les grands modèles occidentaux dont il a voulu s'inspirer (modèle allemand et surtout modèle néerlandais, beaucoup plus que français) et la tradition socialiste qui pèse encore d'un grand poids.

Denis TALLON

Yves-Marie LAITHIER. - *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 419, Paris, LGDJ, 2004, 666 pages.

Dans cette remarquable étude comparative, M. Yves-Marie Laithier procède à une comparaison des droits français, anglais et américain dans le domaine des sanctions de l'inexécution du contrat. Le grand mérite de cet ouvrage est d'avoir su renouveler l'analyse de cette question juridique fondamentale, ceci grâce au droit comparé et à l'approche économique. L'un des objectifs de la comparaison consiste à renverser certaines idées reçues. Parmi celles-ci figure l'idée selon laquelle l'exécution forcée en nature tirerait, en droit français, sa prééminence de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, texte fondateur qui consacre la force obligatoire du contrat. Selon cette conception, il n'est de véritable respect de la force obligatoire du contrat que sanctionné par une exécution forcée en nature. Pourtant, l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> reste muet sur cette question de la sanction encourue en cas de manquement du débiteur. Fort de ce constat, l'auteur explique de manière très convaincante que l'on a tort de présenter ce texte comme le fondement du prononcé de l'exécution forcée en nature ainsi que des caractères judiciaire et subsidiaire de la résolution du contrat et qu'il existe une confusion regrettable entre la norme et sa sanction. D'après M. Laithier, la force obligatoire du contrat signifie uniquement que le débiteur et le créancier sont liés par une obligation, sous la sanction du droit, mais sans que le type de sanction soit prédéterminé (v. depuis, Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, p. 161 et s. ; comp. N. Molfessis, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*, 2005, p. 37 et s., spéc. n° 18, analysant l'exécution forcée en nature, non pas comme une sanction mais comme une « mise en force du contrat »).

C'est alors qu'entre en jeu la comparaison avec les droits anglais et américain. Dans ces droits de *common law*, le principe inverse prévaut : l'exécution a lieu par

équivalent, en la forme de *damages*, sauf hypothèses exceptionnelles où la *specific performance* pourra être prononcée de manière discrétionnaire par le juge car il s'agit d'un remède d'*equity* (pour une comparaison du droit français et anglais, cf. S. Whittaker, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC*, 2005, p. 49 et s. ; F. Bellivier et R. Sefton-Geen, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *Mélanges J. Ghestin*, p. 91).

À propos de la question pratique de l'évaluation de ces dommages-intérêts, Monsieur Laithier loue l'approche fonctionnelle des pays de *common law*, qu'il juge nettement plus adaptée que celle qui consiste en France à raisonner à partir de leur nature (et qui renvoie à la controverse sur l'existence de la responsabilité contractuelle). Partant du célèbre article des auteurs américains Fuller et Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, (1936, 46 *Yale LJ* 52 et 373), M. Laithier montre comment la distinction consacrée par ces auteurs entre trois types d'intérêts (*expectation interest*, *reliance interest*, *restitution interest*), reprise par la jurisprudence et la doctrine américaine, est en voie d'être introduite en droit anglais.

L'auteur démontre encore avec brio comment cette corrélation entre la force obligatoire du contrat et ses sanctions conditionne le régime de la résolution, en principe judiciaire et subsidiaire, même si une évolution jurisprudentielle récente, examinée dans l'ouvrage, laisse place à la résolution unilatérale (évolution que consacre l'avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé par une Commission présidée par M. Pierre Catala, sur lequel v. P. Catala, « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.*, 2006, 535 et le numéro spécial de la *RDC*, 2006, n° 1). De nouveau, la critique du droit français est inspirée par l'exemple des droits de *common law*. Elle se fonde sur l'idée que la meilleure sanction est celle qui présente la plus grande efficacité économique.

Cette idée d'efficacité économique est particulièrement développée dans la deuxième partie de l'ouvrage intitulée « Les sanctions de l'inexécution et l'efficacité du contrat » qui utilise la comparaison avec les droits anglais et américain afin de mieux cerner la place qu'occupent, en droit français les considérations d'efficacité dans le régime et l'agencement des sanctions de l'inexécution, qu'il s'agisse de l'exécution forcée ou de l'anéantissement du contrat (v. notamment les développements fort riches sur la minimisation du dommage). L'étude analyse le coût disproportionné de l'exécution forcée en nature et dénonce les coûts de transaction que génère cette sanction, avec, en toile de fond, la question suivante : dans le contexte européen actuel, favorable au rapprochement des droits du contrat, l'efficacité économique ne devrait-elle pas constituer le critère susceptible d'établir une hiérarchie des sanctions de l'inexécution, de préférence à l'approche dogmatique du droit français fondée sur la règle de la force obligatoire ?

Or ce qui frappe le comparatiste aujourd'hui, c'est non seulement l'attachement des droits de tradition civiliste à l'exécution forcée en nature (attachement dont témoigne l'avant-projet de réforme du droit des obligations), mais aussi l'existence, dans les pays de *common law*, d'un nouveau courant très favorable à la *specific performance*, aussi bien en droit américain (A. Farnsworth, *Specific Relief in American Law*, *Mélanges J. Ghestin*) qu'en droit anglais (McKendrick, *Contract*

Law, Palgrave, 2005, p. 454). Cela tient à des raisons, qui non seulement sont sans rapport avec celles utilisées en France pour justifier l'exécution forcée en nature (sur lesquelles v. not. p. 382 et s. de l'ouvrage) mais, ironie du droit, qui procèdent précisément de considérations économiques ! La *specific performance* constitue un remède plus protecteur du créancier de l'obligation inexécutée que les dommages-intérêts car, en fin de course, elle permet une indemnisation plus élevée... De ce fait, un grand nombre d'auteurs anglais et américains, favorables à une meilleure protection des intérêts du débiteur, en déduisent que les juges devraient laisser aux parties la décision finale quant au meilleur remède. En effet, le créancier qui a obtenu l'ordre de *specific performance* peut toujours y renoncer, moyennant une contrepartie financière importante, plus élevée que celle qu'il aurait obtenue par la voie classique des *damages* (Schwarz, « The Case for Specific Performance », (1979) Yale LJ, p. 271 ; McKendrick, *Contract Law Text, Cases and Materials*, OUP, 2003, p. 1133 et *Contract Law, op. cit.* p. 454). Cet argument en faveur de la *specific performance*, lié au montant insuffisant des dommages-intérêts, est en grande part ignoré en France où les considérations d'ordre économique sont plutôt invoquées afin d'écarter l'exécution forcée en nature lorsque celle-ci apparaît peu compatible avec l'obligation de minimiser le dommage (que la Cour de cassation n'a toujours pas accepté de consacrer en tant que telle).

Avant d'achever ce compte rendu destiné à la *Revue internationale de droit comparé*, on relèvera avec intérêt les observations introductives de l'auteur sur le choix de sa méthode comparative (p. 12 et s.), ce qu'il faut saluer, car, trop souvent, la comparaison est pratiquée sans méthode, au gré de l'inspiration des auteurs de thèses. Qu'il nous soit toutefois permis d'exprimer quelques réserves quant aux vues exprimées relativement aux fonctions du droit comparé. M. Laithier constate que la définition du droit comparé oppose deux courants doctrinaux : le premier, qu'il dénonce, qui consiste à mettre le droit comparé au service de l'unification du droit ; le second, auquel il adhère, en vertu duquel la comparaison doit simplement servir à parfaire la connaissance du droit. Ainsi, l'auteur déplore « la regrettable confusion entretenue entre une méthode scientifique et un objectif politique » (à savoir l'unification du droit) et ajoute qu'assigner au droit comparé une fonction unificatrice « entraîne au moins deux effets pervers » lesquels sont la dénaturation de la comparaison, orientée à des fins unificatrices et le fait que « l'harmonisation et l'unification sont considérées comme des choses bonnes en elles-mêmes ».

Cette vision dichotomique des fonctions du droit comparé ne nous paraît plus entièrement correspondre à la réalité. K. Zweigert et H. Kötz relèvent « qu'il ne fait plus de doute, aujourd'hui, que le droit comparé a plusieurs fonctions » (*An Introduction to Comparative Law*, trad. T. WEIR, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 15). Ils en recensent même six, d'importance inégale : la connaissance, l'aide au législateur, l'outil d'interprétation, l'élément de l'enseignement universitaire, la contribution à l'unification systématique du droit, le développement d'un droit privé commun en Europe. Il est vrai qu'il existe, au sein même de la doctrine comparatiste, deux conceptions distinctes qui s'affrontent, l'une scientifique et l'autre pratique. D'un côté, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, selon le titre évocateur de l'ouvrage de l'éminent comparatiste Rodolfo Sacco ; de l'autre, l'idée que le droit comparé ne doit pas se

contenter de rassembler des données théoriques, indépendamment de toute utilisation pratique et qu'il est de plus en plus indispensable, avant toute entreprise de modification du droit, qu'il s'agisse de droit interne ou international, de recourir à la comparaison. Comparer pour prescrire ou pour appliquer le droit : tel est sans doute l'un des principes directeurs les plus fédérateurs de l'art législatif et judiciaire contemporain. Critiquer, comme certains auteurs ont tendance à le faire, l'utilisation du droit comparé dans le processus d'unification du droit au nom de la pureté de la science juridique, nous semble à la fois irréaliste et dangereux. Du fait de l'internationalisation et de la globalisation, l'unification des règles du droit poursuit inexorablement son chemin depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle et il n'est pour cela de meilleur outil que la méthode comparative (rappr. notre article « Le droit comparé, art d'agrément ou entreprise stratégique », in *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 69). Que la méthode soit alors orientée à des fins pratiques est une réalité incontestable. Faut-il pour autant y voir une déviance ou une pathologie du droit comparé ? Certainement pas, du moment que l'on admet, avec Zweigert et Kötz, que le droit comparé assume de multiples fonctions et que la méthode poursuivie doit être adaptée selon ces fonctions.

L'un des principaux apports de l'ouvrage de M. Laithier consiste précisément à montrer tout l'intérêt qu'il y aurait à modifier, en France, certaines conceptions en matière de sanction de l'inexécution du contrat car elles n'offrent pas une solution satisfaisante, sans toutefois renoncer à notre tradition civiliste (comp. le droit allemand, qui met également au premier plan le principe de l'exécution forcée en nature mais l'assortit d'importantes exceptions, § 275 II BGB, et qui consacre depuis fort longtemps la résolution unilatérale ; sur ce point, v. R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, spéc. p. 43). Cette étude comparative constitue un remarquable outil de réflexion pour tous, qu'ils soient universitaires, praticiens, juges ou législateurs. Quant aux observateurs étrangers, ils pourront, à travers lui, constater l'ouverture de la pensée juridique française à des concepts nouveaux et à des règles différentes de celles du droit positif actuel. Cet ouvrage témoigne de la vitalité de la doctrine comparatiste en France.

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON

Esin ÖRÜCÜ (dir.). - *Judicial comparativism in Human rights cases*, coll. « United Kingdom National Committee of Comparative Law », Londres, BIICL, 2003, 255 pages.

Il s'agit d'un ouvrage consacré à la comparaison de la pratique judiciaire *lato sensu* en matière des droits de l'homme dirigée par M. Esin Öricü, professeur à l'Université de Glasgow et de Rotterdam ainsi que membre de l'Académie internationale de droit comparé.

Les principales questions à lesquelles l'ouvrage essaie d'apporter une réponse sont les suivantes : peut-on parler d'un *ius commune* des droits de l'homme ? Si la réponse est positive, qui va développer ce *ius* ? S'agit-il du juge interne, du juge

international de la Cour européenne des droits de l'homme ou plutôt d'une convergence de vues sur certains problèmes touchant aux droits de l'homme ? Est-il concevable un « droit comparé des droits de l'homme » ? On aura tout de suite compris la portée innovatrice - et provocatrice - de l'ouvrage dirigé par le Professeur Örüçü. Une riche introduction par le Professeur Mc Crudden de l'Université d'Oxford met en lumière l'importance du droit comparé pour le juge (interne comme international) des droits de l'homme, face au risque de l'effacement des frontières entre droit et politique en ce domaine.

L'occasion du débat est offerte par l'entrée en vigueur en Grande Bretagne du *Human Rights Act* 1998 (à notre avis, il s'agit du début de la « constitutionnalisation » rampante ou « *creeping* » du droit anglais). Pour le juge anglais des nouvelles questions se posent en matière de précédent judiciaire. L'article 2 du *Human Rights Act* prévoit, en effet, que le juge anglais devra prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais, si les droits de l'homme représentent des valeurs universelles, il s'agit aussi – et en ce point l'approche de *Common law* montre une ouverture sur le monde moins explicite dans les autres grands systèmes de droit – d'arriver à exploiter les expériences judiciaires étrangères (et pas seulement européennes) ou même internationales (il suffit de penser aux interprétations du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels par le CDESC). Donc, les précédents déjà formés ailleurs se trouvent automatiquement absorbés par la *Common Law* au moins comme des précédents persuasifs, l'« unité de la *Common Law* » fera le reste. Et l'emploi du « droit étranger des droits de l'homme » devant le juge du fond ne sera qu'une manifestation très renforcée de la « *gradual convergence* » remarquée par le Professeur B. Markesinis dans d'autres domaines du droit (B.S. Markesinis, *The Gradual convergence*, Oxford, Clarendon Press, 1994) ou encore un nouveau chapitre des célèbres « *legal transplants* » d'après l'ouvrage du Professeur Alan Watson (*Legal Transplants*, 2nd ed., University of Georgia Press, 1993).

Les interlocuteurs de M. Örüçü sont des juristes présentant des rapports sur les expériences française (Professeur Luc Heuschling), anglaise (Professeur Paul Kearns), allemande (Professeur Norman Weiss), russe (Professeur Bill Bowring), écossaise (Professeur Jim Murdoch), turque (Professeur Esin Örüçü), de l'Afrique du Sud (Professeur David L. Carey-Miller) et plus en général du Commonwealth (Professeur Andrew Harding).

Bien sûr l'étude de la dimension internationale est assurée par l'analyse des applications de la CEDH par le juge interne et par la portée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne de chaque Pays. Enfin, le Professeur Steve Peers compare les décisions de la « Cour de Bruxelles » avec celle de « Strasbourg ».

La méthode suivie est sans doute pionnière : il s'agit non seulement de comparer une série des droits internes mais aussi de comparer la jurisprudence des cours internationales et en tirer un bilan de toutes les solutions possibles (tant internes qu'internationales) en fin d'ouvrage.

En conclusion, l'ouvrage dirigé par le Professeur Örüçü ouvre un nouveau et passionnant champ de recherches pour le comparatiste et le spécialiste des droits de

l'homme. Un ouvrage destiné à rester pour longtemps une référence fondamentale pour la théorie et la pratique du droit comparé des droits de l'homme.

Fabrizio MARRELLA

Delphine PERRIN. - *La Cour internationale de Justice et l'Afrique*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 283 pages.

L'idée d'une thèse sur les États africains devant la CIJ était en germe depuis longtemps, comme l'atteste la bibliographie abondante citée par l'auteur. De nombreux cours ont abordé cette question, notamment – mais pas seulement – en troisième cycle et dans les universités africaines. L'un des premiers mérites de cette recherche est de présenter une vision complète et même la synthèse d'une relation qui *a priori*, au lendemain des affaires relatives au Sud Ouest Africain et au Cameroun septentrional, paraissait durablement compromise. En effet les déceptions furent très vives en Afrique où l'on attendait un soutien de la Cour, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, au processus de décolonisation si largement appuyé par l'Assemblée générale. Cette approche politique du contentieux international porté par les analyses marxistes ou tiers mondistes (qui ne se confondent pas) entraînait une mise en question du droit international dit « classique », dont la CIJ paraissait être le gardien et le dépositaire. Un quart de siècle plus tard, ce sont les grandes puissances qui se dérobaient à la juridiction de la Cour alors que les États africains n'ont cessé d'alimenter de manière continue son prétoire. Cette mutation, imprévisible dans les années soixante, découle de plusieurs facteurs. En premier lieu l'échec du régionalisme africain en tant que pourvoyeur du droit régional ou de juridictions à compétences générales en vue du règlement des différends. En second lieu l'augmentation du nombre des membres africains de la Cour internationale de Justice puisque douze personnalités africaines ont été élues à la Cour, que deux d'entre elles en ont assuré la présidence, enfin que trois juges africains en sont membres (renouvelables mais permanents) sans compter les juges *ad hoc*. Le facteur déterminant a été la normalisation (voire la banalisation) des relations internationales des États africains dans leurs rapports mutuels d'où le nombre élevé de litiges de voisinage relatifs à la délimitation territoriale ou maritime ou de litiges relatifs à des comportements militaires ou diplomatiques.

Comme le rappelle l'auteur dans son introduction, certaines affaires concernent des puissances extérieures à l'Afrique, notamment à propos de la convention de Montréal (incident aérien de Lockerbie) ou les procédures pénales engagées en France ou encore la compétence universelle en Belgique. Le lecteur appréciera les annexes de l'ouvrage (p. 659 à 723) qui assurent une présentation synoptique des affaires africaines et de surcroît fournissent une analyse synthétique, mais fort utile, du dispositif et des suites des décisions, soit au total 6 avis, 17 arrêts et 11 ordonnances. Les développements reprennent de manière systématique et bien équilibrée l'apport de ces affaires au droit international substantiel et leur contribution au droit du contentieux international, tant en ce qui concerne la compétence de la Cour et la recevabilité des requêtes que l'instance proprement dite.

Le lecteur sera intéressé par le paradoxe qui paraît découler de cette recherche. Le choix d'un échantillon d'affaires selon un critère géopolitique une fois effectué, leur traitement étant pleinement conditionné par la politique procédurale et la jurisprudence de la Cour, conduisent sur la voie d'une relecture du droit international universel et appellent un approfondissement de ses techniques et de ses concepts. Dans le passé certaines thèses de doctorat ont été consacrées à une affaire spécifique devant la Cour. Il s'agit d'une méthode qui ne mérite pas d'être encouragée pour la raison que, sauf exceptions, elle place le doctorant dans une réelle dépendance vis-à-vis des documents fournis par les représentants des Parties ainsi que des opinions individuelles ou des opinions dissidentes des juges. Toutefois cette méthode a clairement pour effet de faire émerger un grand nombre de problèmes de droit processuel ou de droit de fond. Delphine Perrin a su éviter ce travers ; elle aboutit sans doute au même résultat mais cette fois sur la base d'une quinzaine d'affaires comportant plusieurs séquences (exceptions préliminaires, recours en interprétation, avis successifs...) et intéressant environ trente États africains. Il ne s'agit donc pas d'une monographie ; son apport didactique était plus difficile, il est donc plus valorisant, comme l'écrit dans sa préface son directeur de thèse le professeur Mahiou, ancien président de la Commission du droit international. On soulignera l'intérêt des développements sur le droit des résolutions et, plus généralement, les actes des organes internationaux (p. 227 à 292), le renforcement de l'autorité de la chose jugée par la CIJ (p. 496 à 516) ou encore les apports des affaires africaines à la délimitation du plateau continental (p. 415 à 484). C'est dire que l'ouvrage aborde des problèmes importants, toujours avec concision. Quelques réserves cependant sur les intitulés des deux parties et surtout de la première. Était-il nécessaire d'afficher « les affaires à l'enjeu extra-africain » (sic) pour traiter du Sud-Ouest africain (et donc aussi de la Namibie), du Sahara occidental, du Cameroun septentrional ou de l'incident aérien de Lockerbie, d'autant que d'autres affaires, en large partie excentrées (les procédures pénales en France, le mandat d'arrêt belge) sont englobées bizarrement dans une deuxième partie intitulée « les contentieux continentaux ». Il est vrai aussi que l'intitulé du titre 2 de cette deuxième partie, « les réponses à la désacralisation de la justice internationale », n'est pas vraiment convaincant. Cette faiblesse de présentation entache un peu la qualité de l'ouvrage sans la faire disparaître pour autant.

Jean-Claude GAUTRON

Heinz Peter RILL, Heinz SCHÄFFER (ed.). - *Bundesverfassungsrecht Kommentar*, (Commentaire de droit constitutionnel), 3ème fascicule, Vienne, Verlag Österreich, 2004.

Le commentaire de droit constitutionnel autrichien en deux volumes, édité par Prof. Dr. Heinz Peter Rill, professeur ordinaire honoraire à Vienne, et Prof. Dr. Heinz Schäffer, professeur ordinaire à l'Université de Salzburg, poursuit la tradition de commentaires relatifs au droit constitutionnel fondée en 1922 par Kelsen, Fröhlich und Merkl. Le premier fascicule de 2001 a été mis à jour et complété par le



deuxième et troisième fascicule de 2002 et 2004. Les auteurs sont des experts de haut niveau, des professeurs d'université de renommée internationale, certains d'entre eux sont en outre chargés de hautes fonctions étatiques.

Le format du fascicule permet une actualisation permanente du droit constitutionnel autrichien, qui est régulièrement modifié et complété. « Grand commentaire compact », l'œuvre se concentre sur les normes constitutionnelles essentielles qui ne sont pas, au contraire de l'Allemagne par exemple, réunies dans un texte unique. D'abord, la loi constitutionnelle fédérale, loi de base de 1920, est analysée et dans une deuxième partie, les normes relatives aux droits fondamentaux de la Loi fondamentale de l'État avec les droits généraux des citoyens de 1867 (*Staatsgrundgesetz*) ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme, qui fait partie en Autriche du droit constitutionnel formel. Le groupe des importantes lois constitutionnelles secondaires, comme par exemple la loi constitutionnelle de finance, sont encore en préparation.

Le commentaire rédigé jusqu'à présent concerne principalement la loi constitutionnelle fédérale (B-VG). Les principes fondamentaux « Démocratie, République et État de droit » en sont les points principaux, notamment le commentaire sur l'article 1 B-VG par l'éditeur lui-même (2001). M. Berka se penche sur l'article 7 (2001), « l'égalité devant la loi ». Toutes les sections du commentaire ne peuvent pas être ici présentées. Notons en bref le commentaire de la compétence législative de la Fédération, spécialement en droit du travail (art. 10 § 1 n°11 ; Ulrich Runggaldier. - 2001) ; de l'octroi de marchés publics (art. 14b) (Heinz-Peter Rill 2004), qui prend également en considération le principe de légalité, le pouvoir réglementaire et les décrets-lois (art. 19. - 2001). Concernant le deuxième titre, la législation de la Fédération, Helmut Schreiner analyse l'élection du Conseil national réglée à l'article 26 (2001). D'autres commentaires concernent le pouvoir législatif de la Fédération, par Peter Bußjäger (art. 41-43, 45 et 46 ; 2004) et Heinz Peter Rill/ Heinz Schäffer (art. 44. - 2001), les autorités de sécurité de la Fédération (art. 78a-d par Andreas Hauer), les pouvoirs législatif et exécutif des Länder (art. 95-100 par Wolfgang Pesendorfer et art. 101-105 par Bußjäger), les dispositions relatives aux communes (art. 115-117; 2001 par Harald Stolzlechner et articles 118 et 118a de 2004), articles 126b, 127 et 127c concernant le contrôle des comptes et de la gestion financière (par Gerhard Baumgartner). L'important sixième titre avec ses garanties de la constitution et de l'administration attirera l'attention de plusieurs auteurs. Josef W. Aichelreiter (2004) commence par le commentaire encore récent de l'article 129a-c concernant les chambres administratives indépendantes dans les Länder et la chambre fédérale indépendante compétente en matière d'asile. Il se penche également sur le contrôle des règlements par la Cour constitutionnelle (art. 139). Le contrôle des lois par la Cour suprême autrichienne (art. 140) fut déjà analysé en 2001 par Heinz Schäffer. Enfin, Michael Potacs et Doris Hattenberger se consacreront aux recours contre les décisions des autorités administratives (art. 144. - 2001). Le septième titre relatif au Collège des médiateurs fut commenté en 2002 (art. 148a-148j) par Rudolf Thienel.

Le commentaire de la partie relative aux droits fondamentaux comprend la vaste remarque préliminaire de la *Staatsgrundgesetz* de Heinz Peter Rill et Heinz Schäffer (2001) ainsi que l'article 14 de la CEDH (interdiction de discrimination)

(Walter Berka. - 2001) et l'article 41 de la CEDH (compensation équitable) (Wolfram Karl, 2004).

Les deux volumes de ce commentaire déjà parus permettent d'en attendre une suite excellente et sont d'ores et déjà une aide importante pour la recherche et la pratique.

Rainer ARNOLD

Isabel SCHÜBEL-PFISTER. - *Sprache und Gemeinschaftsrecht. Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof* (Langue et Droit communautaire. L'interprétation des textes juridiques plurilingues par la Cour de Justice des Communautés européennes), « Schriften zum Europäischen Recht », vol. 103, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, 585 pages.

Le droit s'exprime par la voie de la langue. Des problèmes spécifiques se posent lors de l'interprétation des textes juridiques, notamment en cas de validité de versions plurilingues de ceux-ci, comme dans le cadre de l'Union européenne. L'excellente thèse de doctorat se concentre, dans ce contexte, sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui s'est penchée, dans 152 décisions (cf. p. 172/173), sur cette thématique. Elle analyse soigneusement la méthode de la Cour et exprime clairement ses critiques : en particulier, la Cour ne respecte pas suffisamment le fait que toutes les versions linguistiques jouissent du même rang au niveau de leur interprétation, et, en outre, elle ne prend pas en considération de manière adéquate l'intérêt des individus concernés de s'en remettre à des versions qui leur sont linguistiquement accessibles. La protection et la confiance de l'individu devraient être davantage respectées par la jurisprudence dans ce contexte, à plusieurs points de vue. L'auteur expose ses opinions avec profondeur au moyen d'arguments convaincants. Les exigences de la « Communauté de droit », phénomène analogue à l'État de droit, y sont fortement impliquées, notamment sous l'aspect de la clarté de la norme en matière de droit pénal ainsi que dans d'autres catégories. Il est également fait référence, à juste titre, au droit fondamental de sa propre langue, résultat des principes généraux du droit communautaire et étayé par la CEDH.

L'individu doit régulièrement s'en remettre à un texte dans sa langue maternelle ; l'existence de divergences linguistiques entre plusieurs versions ne devrait entraîner de préjudices juridiques pour l'individu concerné que dans les cas manifestes. Aux entreprises s'impose le devoir d'examiner avec exactitude les différentes versions de ce point de vue. L'auteur propose de limiter les langues de travail au sein de l'UE à trois langues, mais de laisser intact le nombre de langues officielles.

L'œuvre traite de cette thématique très complexe de manière claire et profonde et apporte une contribution très appréciable.

Rainer ARNOLD

*The American and French Legal Systems : Constrasting Approaches to Global Business*, Paris, Lamy, 2005.

La publication, en 2004, l'année du bicentenaire du Code civil, du rapport *Doing Business - Understanding Regulation* - de la Banque Mondiale, a frappé de plein fouet la communauté juridique française, soudainement confrontée au débat sur l'efficience économique du droit. En France, le droit n'était généralement perçu ni comme un marché ni comme un moyen permettant d'acquérir des parts de marché. La *common law* serait-elle plus performante que le droit civil et que le droit codifié économiquement inférieur à celle-ci, rigide par nature ? Pourtant, la méthode de la codification n'est-elle pas prédominante, même dans les pays de *common law* ? C'est peu de dire que ce rapport 2004 de la Banque Mondiale a créé un électrochoc.

Les 11 et 12 novembre 2004, une conférence s'est tenue à Washington, en riposte au Rapport *Doing Business*. Ce projet a mobilisé des juristes français et américains issus des horizons les plus divers : institutions internationales, administration française, magistrature, université, profession d'avocat. La Banque Mondiale, directement concernée, a prêté son concours à cette conférence qui s'est déroulée sous le haut patronage du Président de la République, avec l'implication du Garde des Sceaux et de l'ambassadeur de France aux États-Unis.

On relèvera, notamment le discours de M. Roberto Danino, vice président de la Banque Mondiale, centré sur la variété des droits et l'importance des imitations, lorsque, non sans nuance, le rapport 2004 plaidait en faveur d'un modèle unique pour tous (« *one size fits all* »).

Les thèmes abordés dans les tables rondes sont les suivants :

- Initiative privée et réglementation publique.

Ce fut l'occasion, pour le sous-directeur à la Direction du Trésor de parler du rôle et des objectifs de l'État dans les partenariats publics-privés, tandis que M. Klein, vice-président de la Banque mondiale, comparait avec d'autres, le partenariat public-privé à la française et le système anglais.

- Contribution du droit français à l'arbitrage et à la codification

- Adaptation à l'environnement économique et au contexte international.

L'idée des organisateurs était davantage de traiter de thèmes intéressant la Banque mondiale (partenariats publics-privés) et des atouts du droit des affaires (tel le gouvernement d'entreprise) que de répondre directement au rapport 2004 (très peu bavard sur ces sujets).

Ultérieurement, en France, des réponses au rapport *Doing Business* ont été formulées. Deux semaines après cette conférence à Washington, un colloque fut organisé à Paris (le 30 novembre 2004) par la Fondation pour l'innovation politique, rassemblant à son tour des praticiens, magistrats, universitaires. Les actes de ce colloque sont publiés : *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, dir. F. Rouvillois, Dalloz 2005. Depuis lors, la voix française continue de se faire entendre, mais les rapports *Doing Business* continuent aussi d'être publiés : *Doing Business in 2005 : Removing obstacles to growth ; Doing business in 2006 Creating Jobs*. Le rapport 2006, est particulièrement sévère pour la France : celle-ci est reléguée au 44ème rang des pays pour leur « environnement

juridique des affaires », derrière la Jamaïque, affront dont la presse économique n'a pas manqué de se faire l'écho, d'autant que ce rang contraste singulièrement avec la puissance économique et politique de la France dans le monde. Le barreau de Paris, conscient de l'enjeu économique du débat, a de nouveau organisé une conférence, intitulée « Paris Place du droit » (15-17 novembre 2005) en la présence remarquée des deux vice-présidents de la Banque Mondiale (M. M. Klein et M. R. Danino) ; des travaux sont toujours en cours de préparation au sein d'un vaste programme de recherche « Attractivité économique du droit », (v. not. le colloque de l'Université Paris X de Nanterre, en date du 30 septembre 2005, intitulé « Les interactions entre le droit et l'économie »), une réponse de l'Association H. Capitant devrait être prochainement publié. Les notaires, très attaqués par ces rapports, ont également organisé une journée d'étude (22 mars 2006) ; à vrai dire, même les étudiants ont été piqués au vif (v. leurs observations *in la Revue de Droit des Affaires*, n° 3, 2005, éd. de l'Université Panthéon-Assas). En bref, la France ne décolère pas. Mais la colère produira-t-elle les effets escomptés ? Et ne devrait-on pas répliquer à la Banque Mondiale en se plaçant sur son propre terrain, c'est-à-dire en développant de nouveaux indicateurs de la qualité d'un système juridique (avec chiffres, pourcentages et statistiques), plus neutres et mieux à même de révéler les mérites de la tradition juridique française, si décriée dans le rapport, mais encore si présente dans le monde (selon des statistiques produites par l'Université d'Ottawa, plus de 150 Etats représentant près de 60 % de la population mondiale possèdent un système de droit écrit ou, à tout le moins, un système juridique mixte (Ces chiffres, issus d'une étude effectuée par l'Université d'Ottawa, <http://www.droitcivil.uottawa.ca/World-legal-systems/fra-monde.htm>). Ils ont été repris dans l'étude du Conseil d'État, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, pp. 21 et 22) ?

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON

Alain WIJFFELS (éd.). - *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, XXIX + 666 pages.

Si le Code de 1804 apparaît bien comme l'occasion, ou le prétexte, d'un tel ouvrage, publié dans le cadre des manifestations destinées à fêter son bicentenaire, il ne semble pas en constituer le véritable sujet. Celui-ci, de l'aveu même du Professeur Alain Wijffels (p. XIII de sa « Préface »), réside plutôt dans un concept que l'on retrouve au fil des vingt-trois contributions ici rassemblées, même si, assez curieusement, il ne figure pas en tant que tel dans l'intitulé du recueil : celui de « droit commun ». L'expression est, certes, d'un usage courant : mais chacun sait qu'elle peut être prise en plusieurs sens.

Le premier est celui d'un droit uniforme, simultanément applicable dans des ordres juridiques par ailleurs différents, et se situant à l'opposé du droit que l'on peut qualifier de « local » parce qu'il est simplement celui d'un groupe ethnique, d'une région ou d'un État. C'est à une telle notion que se réfèrent, à l'époque médiévale, aussi bien le *jus commune* (ou *gemeines Recht*), ce droit savant élaboré

par les Universités à partir de la tradition juridique romaniste et qui s'est répandu *imperio rationis* dans toute l'Europe continentale, dès le XI<sup>ème</sup> siècle, que la common law du royaume d'Angleterre, « découverte » un peu plus tard et à des fins plus pratiques par les juges des Cours de Westminster. Et c'est encore une sorte de « droit commun » à vocation universelle, fondé cette fois sur le droit naturel, qu'a prétendu mettre en forme le législateur napoléonien quand il a proposé au monde son Code civil, avec l'espoir que celui-ci serait partout adopté, copié ou imité. Par la suite, pourtant, l'idée a perdu de sa force, du fait de l'affermissement du principe de souveraineté nationale et du mouvement de nationalisation, voire d'étatisation du droit, qui en est résulté. Mais elle a été remise à l'honneur au début du XX<sup>ème</sup> siècle, lorsque les premiers comparatistes (Saleilles, Lambert, Pollock...), réunis lors du Congrès de 1900, se sont mis à rêver d'un « droit commun législatif », qui devait englober, en fait, l'ensemble des « pays civilisés ». Et voici qu'elle resurgit de plus belle, aujourd'hui, avec les progrès de la mondialisation économique et de l'intégration politique, notamment sous les traits d'un « droit privé européen », que beaucoup n'hésitent pas, justement, à qualifier de « nouveau droit commun » et qu'il s'agirait, cette fois, d'imposer *ratione imperii* (avec, pour conséquence, un rapprochement inattendu entre *civil law* et common law). On imagine aisément toutes les questions que soulève, dans ceux des pays concernés qui restent légitimement attachés à leur propre tradition juridique, ce phénomène, certes encore un peu diffus, mais indiscutable, d'« européanisation » du droit. Il est clair, en tout cas, que, dans une telle perspective historique, le Code Napoléon a bien représenté un moment entre l'ancien *jus commune* et le futur droit privé européen et qu'à cet égard le titre de l'ouvrage se trouve parfaitement justifié.

Mais il est une autre vision, plus positiviste, que l'on peut avoir du droit commun et qui correspond davantage à la définition qu'on en donne généralement dans notre langue (v., en ce sens, le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, V<sup>o</sup> *Commun*), à savoir celle d'un droit « qui s'applique en principe (sauf exception) à toutes les personnes et à toutes les affaires » et qui implique donc l'existence d'un véritable pluralisme juridique à l'intérieur d'un système donné. Or c'est aussi en ce sens que l'expression est souvent prise dans cet ouvrage, au risque de brouiller parfois un peu les pistes. Le problème est alors de savoir dans quelle mesure le Code civil demeure encore aujourd'hui le « droit commun » pour chacune des disciplines juridiques envisagées : et tel est bien justement le thème de réflexion qu'Alain Wijffels déclare avoir proposé ici aux auteurs des diverses contributions (p. XIII). Ceci renvoie naturellement à la question de savoir si ce Code répond toujours aux exigences de la société moderne ou si, au contraire, malgré les qualités de souplesse et d'adaptabilité que ses rédacteurs avaient voulu lui conférer, il n'offre pas l'image d'un décalage croissant qui expliquerait, au moins en partie, le processus actuel de « décodification ». Au-delà du Code civil, c'est même l'ensemble du droit civil, voire du droit privé, qui se trouve ici visé (cf. p. XV : « l'hégémonie du droit privé a vécu ») : car de nouvelles branches du droit sont apparues, dont certaines tendent elles-mêmes à se diversifier, au point que l'on voit ainsi apparaître des sortes de « sous-droits communs », comme, par exemple, en matière commerciale). Une telle évolution n'est d'ailleurs pas propre à certains pays et elle se retrouve dans la quasi-

totalité des systèmes juridiques nationaux, ce qui montre bien qu'elle correspond à un mouvement assez profond.

Sans doute existe-t-il, entre ces deux acceptions de la notion de « droit commun », des points de rencontre, et même des affinités profondes, que la plupart des auteurs ont su parfaitement mettre en lumière, en rappelant qu'il s'agissait toujours de remédier au désordre causé par l'existence de « normativités concurrentes ». Cela ne suffit pourtant pas à lever toute ambiguïté en la matière, car on se trouve bien en présence de deux problèmes distincts, et l'on a quelquefois l'impression d'évoluer d'un concept à l'autre tout au long des trois parties qui composent le volume.

Neuf articles sont d'abord regroupés sous un intitulé volontairement neutre : « Théorie du droit, droit comparé et droit international ». Après les observations de Philippe Coppens (Louvain) sur « la cohérence des ordres juridiques », ce sont Mark Van Hoecke (Bruxelles) et Marcel Fontaine (Louvain) qui nous offrent des variations sur le thème du futur droit privé européen, en évoquant successivement « la base commune du droit privé en Europe » et « l'harmonisation du droit des contrats ». Puis des études ponctuelles viennent envisager de manière plus précise le cas tant de certaines disciplines, comme le droit social, avec Alain Supiot (Nantes), qui étudie « la contribution du droit social au droit commun des contrats », et le droit international public, avec Pierre d'Argent (Louvain), qui se demande si l'on peut parler en cette matière d'un véritable « héritage civiliste », que de certains pays : et des développements spécifiques sont ainsi consacrés au BGB (dont la réforme partielle réalisée en 2002 représente un bel effort pour concilier la tradition juridique allemande avec les exigences du nouveau droit européen), avec Denis Philippe (Louvain), à différents systèmes de droit mixte comme ceux de l'Ecosse, avec John W. Cairns (Edimbourg), ou de l'Afrique du Sud, avec Jacques Herbots (Louvain), ainsi qu'à diverses législations d'Amérique latine (où se fait de plus en plus sentir l'influence des États-Unis à côté de l'héritage ibéro-français), avec M.C. Mirow (Miami, Florida). On le voit, c'est plutôt (bien qu'avec de notables exceptions) la conception traditionnelle du *jus commune* qui tend à l'emporter ici.

La perspective apparaît, au contraire, un peu différente dans la seconde partie, où les auteurs - appartenant tous à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain - s'attachent plus particulièrement au « droit belge ». Encore faut-il faire une exception pour l'essai de Marc Fallon, puisqu'il s'efforce justement de replacer le droit international privé de notre époque « entre *jus commune*, codification et droit privé européen », en montrant les tensions qui peuvent exister entre la poursuite d'objectifs nationaux et une certaine tendance à l'universalisme. Mais la plupart des autres contributions visent plutôt à dresser une sorte d'inventaire des différentes branches du droit en Belgique face aux défis du XXI<sup>ème</sup> siècle : et il s'agit, dans chaque cas, de se demander si le vieux Code civil a su s'adapter suffisamment pour répondre aux besoins nouveaux qui se sont fait jour. C'est ainsi que l'attention se porte d'abord sur le droit des personnes et de la famille, avec Jean-Louis Renchon, qui évoque les rapports entre « indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté » dans une matière plus sensible que toute autre au contexte socio-culturel. Le droit des biens donne ensuite lieu à trois études de Nicole Verheyden-Jeanmart et Pierre-Paul Renson sur « la propriété et les enjeux urbanistiques du troisième

millénaire : la propriété des volumes », de Diane Déom sur « la propriété immobilière et l'intérêt public » et d'Etienne Beguin sur le lente progression du droit rural « vers une autonomie de plus en plus marquée ». Le droit des obligations (dont la relative stabilité n'est qu'apparente) occupe naturellement, dans cet ensemble, une place de choix, aussi bien en ce qui concerne les contrats, avec Patrick Wéry, qui s'interroge sur « le droit commun des obligations contractuelles face à l'émergence des nouvelles législations » et Marc Mazgon-Fernandes, pour qui « la législation sur le bail à loyer de 1976 à 2004 » témoigne d'une intéressante « évolution du droit imposé au droit négocié », que la responsabilité civile, avec une synthèse de Bernard Dubuisson sur « la responsabilité aquilienne deux cents ans après l'adoption du Code civil » et une réflexion de Geneviève Schamps sur le sort qu'il convient de réserver au « principe de précaution ». Plus généralement enfin, Paul Nihoul nous fait part de ses observations concernant « les consommateurs depuis le Code civil » et les diverses formes de protection qui leur sont accordées, tandis que Gilberte Closset-Marchal se concentre sur « les règles de droit transitoire dans le Code civil et dans le Code judiciaire ».

On n'en revient pas moins à l'« histoire du droit » (et donc à une autre vision du « droit commun ») dans une troisième partie, d'abord à propos du droit belge, considéré aussi bien dans la phase antérieure à la codification napoléonienne, avec Philippe Godding (Louvain), qui se demande si le passage « de 'l'ancien droit Belgique' au Code civil de 1804 » peut s'analyser en une véritable « rupture », que dans la période postérieure, grâce à Dirk Heirbaut (Gand), qui décrit comme une forme d'« émancipation tardive d'un pupille de la Nation française » l'histoire du droit belge aux 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles, puis, de manière plus générale, avec la réponse donnée par Alain Wijffels à la question fondamentale : « Qu'est-ce que le *ius commune* ? ».

Cette réponse est évidemment celle d'un historien : elle éclaire bien la problématique générale de l'ouvrage et elle suggère de multiples pistes de réflexion. Elle ne peut faire oublier toutefois que ces diverses notions de *jus commune*, de *common law*, de droit commun et de droit européen, bien que parfois confondues aujourd'hui, ne recouvrent pas exactement la même réalité : le risque, alors, n'est-il pas de jouer un peu sur les mots ? Il y a, certes, une grande habileté à vouloir rechercher, suivant la formule de l'un des auteurs (Jean-Louis Renchon), « ce qui constituait dans le Code Napoléon et ce qui pourrait encore constituer aujourd'hui le substrat d'un droit civil commun ou d'un droit commun à un ensemble de branches du droit » (p. 269) : mais peut-on aller beaucoup plus loin dans cette voie que de simples déclarations de principe ?

Si le débat n'est pas clos sur ce point, il reste que le volume se révèle d'une grande richesse. Il nous fournit un excellent panorama du droit belge au début de ce millénaire. Il nous montre aussi que le monument érigé en 1804, loin d'avoir perdu tout son éclat, demeure encore aujourd'hui un repère (« un référentiel - parmi d'autres », conclut Alain Wijffels, p. XXIX, en ajoutant prudemment : « au moins le temps d'une génération »). Il incite enfin à réfléchir sur l'avenir de ce droit européen où certains croient voir une panacée. Son ambition est de contribuer à renouveler certains modes de pensée et de provoquer une « mutation du discours

juridique » en se défiant d'un positivisme excessif. A ce titre comme à bien d'autres, il mérite de retenir l'attention de tous les comparatistes.

Xavier BLANC-JOUVAN

Reinhard ZIMMERMANN, Daniel VISSER, Kenneth REID (ed.). - *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective. Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 871 pages.

Les systèmes juridiques mixtes font l'objet d'une attention très soutenue des comparatistes du monde entier. Au-delà même de l'intérêt qu'ils présentent en tant que tels, ils constituent une famille juridique particulière et montrent qu'il existe des ponts possibles entre la tradition de *common law* et celle des pays de la famille romano-germanique (« *civil law* »). À l'heure où certains voudraient au contraire démontrer que tout oppose ces deux familles ou, plus grave encore, que les droits de *common law* offrent un environnement juridique beaucoup plus adapté au développement de la vie des affaires (voir en ce sens les rapports très controversés publiés par la Banque Mondiale, intitulés *Doing Business* et publiés en 2004, 2005 et 2006), des ouvrages tels que celui-ci révèlent fort opportunément que les deux grandes traditions peuvent non seulement converger mais même coexister en un seul et unique système juridique.

La comparaison entre les systèmes sud-africain et écossais s'inscrit d'abord dans une perspective historique : ainsi, le chapitre premier rédigé par R. Zimmermann (également éditeur de l'ouvrage avec D. Visser, professeur de droit privé à l'université de Cape Town et K. Reid, professeur de *Property Law* à Edimbourg) présente l'origine de chacun des deux systèmes juridiques. Ce chapitre est aussi l'occasion de revenir sur la notion, fort en vogue, de système juridique mixte (par exemple, la Louisiane, le Québec, l'Ecosse, l'Afrique du Sud). Il s'achève par un paragraphe intitulé « *visions* » dans lequel l'auteur nous explique les raisons qui l'ont conduit à mener, avec d'autres, une entreprise comparative d'une telle envergure. Et l'on peut constater à quel point les ambitions sont grandes et variées : fournir une nouvelle impulsion au développement droit privé en Ecosse et en Afrique du Sud, déterminer dans quelle mesure les systèmes juridiques mixtes ont su trouver des solutions plus cohérentes et rationnelles que celles retenues par les droits de *common law* ou par ceux de tradition civiliste, soutenir ceux qui s'engagent dans l'immense tâche d'élaborer un nouveau droit privé européen. Ainsi par exemple, au sein de la Commission Lando (qui a élaboré les Principes du droit européen du contrat), les exemples tirés des droits écossais ou sud-africains ont à plusieurs reprises été évoqués ; il en est allé de même, à plus forte échelle encore, dans la Commission qui a rédigé les Principes européens du *Trust*, car aucun de ces systèmes ne connaît la séparation entre *law* et *equity* sur laquelle se fonde le droit anglais du *trust*. Pourtant, tous deux ont développé un droit vigoureux relatif aux *trusts*. Enfin, l'ambition de l'ouvrage est encore d'illustrer la fonction essentielle du droit comparé, non seulement en tant qu'outil indispensable du processus



d'élaboration d'un *ius commune* européen mais aussi en tant qu'instrument de l'interprétation du droit.

L'ouvrage est composé de trois parties : la première est consacrée au contrat, la deuxième aux délits et autres obligations légales, la troisième à la propriété. Chaque chapitre est rédigé à quatre mains, avec une approche constamment comparative.

Les thèmes retenus dans les chapitres relatifs au contrat sont classiques et même si la présentation n'est pas semblable à celle que l'on trouverait dans un ouvrage de droit français, le lecteur n'est finalement qu'assez légèrement dépaycé : formation, interprétation, bonne foi, vices du consentement, illicéité, rupture du contrat, contrats stipulés pour des tiers. Puis viennent quelques contrats spéciaux, parmi les plus usuels : mandat ou représentation (qui aurait pu être classé dans les thèmes relatifs à la théorie générale, conformément à la tendance européenne), vente, bail et enfin les sûretés et obligations solidaires.

La deuxième partie, relative aux délits et autres obligations légales, traite de divers thèmes. Là encore, même si l'on ne peut pas dégager un plan à la française qui viendrait relier entre eux tous ces thèmes, la plupart nous sont familiers : gestion d'affaires, enrichissement injuste, négligence, atteinte à la réputation, à la dignité et à la vie privée, nuisance, responsabilité sans faute. Quant à la troisième partie, relative à la propriété, elle intègre, après un chapitre élégamment intitulé « quelques thèmes et variations », les questions de l'acquisition de la propriété, de la copropriété, des servitudes, des sûretés réelles, de la cession de créance et, enfin, des *trusts*.

En l'absence de conclusion générale de l'ouvrage, on s'en tiendra à celle de ce dernier chapitre relatif au *trust*, qui explique que la dichotomie entre le titre légal et équitable (*legal and equitable title*) fournit une explication historique mais non rationnelle du *trust*. Par où l'on voit que l'histoire et le droit comparé, même si elles ne sont traditionnellement perçues, à tort ou raison, que comme deux sciences auxiliaires du droit, peuvent, surtout lorsqu'elles sont combinées, contribuer à renverser certaines idées reçues.

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON