

Du 'marché' à la 'citoyenneté' : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique

Professeur Luigi Moccia

Citer ce document / Cite this document :

Moccia Luigi. Du 'marché' à la 'citoyenneté' : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 56 N°2,2004. pp. 291-327.

doi : 10.3406/ridc.2004.19272

http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_2_19272

Document généré le 21/10/2015

Résumé

Les implications de l'idée d'une codification européenne du droit privé, et notamment du droit des contrats, sont nombreuses et l'auteur estime nécessaire de poser une question préliminaire: que devons-nous entendre par «droit privé européen»? L'auteur dresse une esquisse des différentes significations et combinaisons de cette expression: un «droit européen» de l'histoire (et de la comparaison), vu comme droit qui existe «au-dessous des États» (et leurs traditions juridiques); un «droit européen» (dans le sens de droit communautaire) vu comme droit placé «au-dessus des États»; un «droit européen» qui se produit quotidiennement dans le monde des affaires, de la profession judiciaire et légale et même dans l'ensemble de la culture juridique vivant et qui existe donc «en dehors des États». L'auteur aborde ensuite le problème du fondement du droit privé européen, qui jusqu'à présent a été identifié seulement et avec une certaine obstination dans les articles 65 et 95 TCE, c'est-à-dire dans le «marché intérieur», en tant que synonyme d'un espace et d'un droit «unique», ce qui pose néanmoins des problèmes. Un point d'appui plus solide pourrait être donné en ajoutant la «citoyenneté européenne» (art. 17 TCE), en tant que synonyme d'une pluralité d'espaces (nationaux, mais aussi locaux, au niveau des autonomies régionales) complémentaires et donc en tant que condition juridique de pleine subjectivité qui complète et enrichit la dotation des droits de la personne, en la projetant justement dans la dimension d'un système de droit privé ayant une valeur européenne, c'est-à-dire commune aux citoyens européens qui comme tel n'appartient pas seulement à un Etat national mais aussi à une communauté (voire société civile) d'égaux par tout le territoire de l'Union.

Abstract

The idea of a European code of private law in the field specially of contract law carries a variety of implications, asking for an answer to a very preliminary question: what is to be meant by European (private) law? The author tries to outline different meanings together with their combinations so to arrive at three main possibilities of understanding such term as referring respectively to: European law made by history (and comparison) and placed at the roots of European countries (legal traditions); European law made by Community law and placed above European member states; European law made by business practices as well judges' opinions, legal profession and scholars activities, that is by and large the living legal culture, and placed outside state legal systems. The author then comes to discuss the problem of a proper legal basis for the making of a European private law, doubting of the suitability of the "internal market" as the only one which has so far and even stubbornly envisaged (with regard to both articles 65 and 95 ECT), in that it points at a single space and law (the same for all member states). A more suitable one could be offered with the addition of European citizenship (art. 17 ECT) seen as synonym instead of a multiplicity of spaces (both at national and regional level) each complementary to the other and as legal condition for attaining full subjectivity capable of completing and enriching each person's bundle of rights, while placing individual relations in a system of legal rules having a European dimension, that is common to European citizens who as such belong not only to national states but also to a community (i. e. a civil society) of equals throughout the Union's territory.

**DU 'MARCHÉ' A LA 'CITOYENNETÉ': A LA
RECHERCHE D'UN DROIT PRIVÉ EUROPÉEN
DURABLE ET DE SA BASE JURIDIQUE**

Luigi MOCCIA^{*}

Les implications de l'idée d'une codification européenne du droit privé, et notamment du droit des contrats, sont nombreuses et l'auteur estime nécessaire de poser une question préliminaire : que devons-nous entendre par « droit privé européen » ? L'auteur dresse une esquisse des différentes significations et combinaisons de cette expression : un « droit européen » de l'histoire (et de la comparaison), vu comme droit qui existe « au-dessous des États » (et leurs traditions juridiques) ; un « droit européen » (dans le sens de droit communautaire) vu comme droit placé « au-dessus des États » ; un « droit européen » qui se produit quotidiennement dans le monde des affaires, de la profession judiciaire et légale et même dans l'ensemble de la culture juridique vivant et qui existe donc « en dehors des États ».

L'auteur aborde ensuite le problème du fondement du droit privé européen, qui jusqu'à présent a été identifié seulement et avec une certaine obstination dans les articles 65 et 95 TCE, c'est-à-dire dans le « marché intérieur », en tant que synonyme d'un espace et d'un droit « unique », ce qui pose néanmoins des problèmes. Un point d'appui plus solide pourrait être donné en ajoutant la « citoyenneté européenne » (art. 17 TCE), en tant que synonyme d'une pluralité d'espaces (nationaux, mais aussi locaux, au niveau des autonomies régionales) complémentaires et donc en tant que condition juridique de pleine subjectivité qui complète et enrichit la dotation des droits de la personne, en la projetant justement dans la dimension d'un système de droit privé ayant une valeur européenne, c'est-à-dire commune aux citoyens européens qui comme tel n'appartient pas seulement à un Etat national mais aussi à une communauté (voire société civile) d'égaux par tout le territoire de l'Union.

^{*} Professeur de droit privé comparé et chaire Jean Monnet de droit de l'Union européenne à l'Université Rome III.

The idea of a European code of private law in the field specially of contract law carries a variety of implications, asking for an answer to a very preliminary question : what is to be meant by European (private) law ? The author tries to outline different meanings together with their combinations so to arrive at three main possibilities of understanding such term as referring respectively to : European law made by history (and comparison) and placed at the roots of European countries (legal traditions); European law made by Community law and placed above European member states; European law made by business practices as well judges' opinions, legal profession and scholars activities, that is by and large the living legal culture, and placed outside state legal systems.

The author then comes to discuss the problem of a proper legal basis for the making of a European private law, doubting of the suitability of the "internal market" as the only one which has so far and even stubbornly envisaged (with regard to both articles 65 and 95 ECT), in that it points at a single space and law (the same for all member states). A more suitable one could be offered with the addition of European citizenship (art. 17 ECT) seen as synonym instead of a multiplicity of spaces (both at national and regional level) each complementary to the other and as legal condition for attaining full subjectivity capable of completing and enriching each person's bundle of rights, while placing individual relations in a system of legal rules having a European dimension, that is common to European citizens who as such belong not only to national states but also to a community (i.e. a civil society) of equals throughout the Union's territory.

I. PRÉMISSSES D'ENCADREMENT: QU'EST-CE QUE LE "DROIT EUROPÉEN"?

1. - L'un des sujets destinés à entrer dans les discussions touchant à l'avenir de l'Union européenne, est celui qui concerne une codification du droit privé, et tout particulièrement le problème du droit des contrats, vu l'importance de cette matière pour le fonctionnement du marché intérieur. Les implications de ce sujet sont nombreuses, ce qui le rend fascinant et stimulant. Il convient toutefois d'établir quelques prémisses d'encadrement, à cause de la variété des points d'observation et des combinaisons multiples qui y sont liées.

Il s'agit d'un sujet dont les problèmes techniques sont enchevêtrés et complexes et sur lequel la littérature spécialisée, qui a été très récemment enrichie de deux œuvres doctrinales de 'codification' en matière de contrats dont nous parlerons par la suite, est abondante : parmi toutes les matières concernant le droit privé, le droit des contrats est peut-être celle dont le niveau de technicité est le plus élevé et qui présente une variabilité des cas et des règles correspondantes, situés juste au-delà de la limite mobile qui est représentée par les trafics commerciaux intérieurs et internationaux, par les

innovations dues au développement économique et technologique et par la quantité des rapports entre les sujets dans les contextes les plus disparates de la vie.

Nous voudrions essayer de traiter ce sujet de façon à en éviter la complexité technique, en concentrant plutôt notre attention sur des données et sur des références qui offrent une vision d'ensemble, pour comprendre quelques-unes de ses dimensions et de ses questions les plus essentielles. Ces aspects d'ensemble ont une large place dans la littérature, où l'on enregistre des opinions différentes et contrastantes, qui peuvent toutefois être ramenées à deux options *policy oriented* : d'un côté, une adhésion, avec plus ou moins de conviction ou d'enthousiasme, à l'idée d'unification (uniformisation) considérée comme valeur intrinsèque et objectif souhaitable du processus d'intégration ; de l'autre, une certaine perplexité et une certaine méfiance, qui conduisent à embrasser l'idée opposée de la conservation de la diversité et de la pluralité, tenue pour que valeur bien supérieure et préférable.

A vrai dire, depuis quelque temps nous pouvons observer les symptômes d'un malaise diffus envers la construction européenne, qui est entrée dans une phase particulièrement délicate. Pour répondre à ce malaise la phase de la convention européenne de réforme des institutions a été entreprise et l'Europe se trouve actuellement face au choix de se tourner vers l'exigence de compléter rapidement son édifice ou vers la tendance de glisser et de se perdre dans une lente décadence politico-institutionnelle. C'est ce qui la rend en même temps particulièrement fragile et exposée à des incertitudes et à des perplexités de plus en plus diffuses ; c'est aussi ce qui fait qu'elle a besoin d'être construite sur des bases solides de consentement et de participation au niveau de l'opinion publique et au niveau des instances représentatives nationales et locales. Il va de soi que nous ne pouvons aborder un discours sur le futur de l'Union et sur ses options que pour signaler justement le sens et la portée du défi, qui touche bien des aspects et des problèmes du processus d'intégration, surtout ceux qui ont trait à l'intégration juridique. Il s'agit d'un défi face auquel l'on perçoit, dans la crise plus générale des idéaux nationalistes et des schémas étatiques qui se sont développés au plus haut degré surtout dans le domaine juridique, l'exigence d'approfondir les arguments concernant les raisons à la base de l'Union.

La Charte des droits fondamentaux qui a été l'objet, à Nice, de la part des trois principales institutions européennes (Parlement, Conseil et Commission), d'une proclamation et d'une prise d'engagement solennelle ; la phase de discussion et d'écoute qui a démarré avec l'établissement de la Convention ; le projet de traité constitutionnel en voie d'approbation : voilà des expressions de cette exigence.

Dans le même ordre d'idées, il faut ajouter le débat actuel sur la possibilité d'établir un code civil européen. Si, en effet, on songe à la forte valeur politico-symbolique des codifications considérées comme le moment de maturité d'une unité-identité nationale, les implications idéales du mouvement vers un code civil européen ne peuvent échapper à notre attention : elles sont le symbole d'une unité-identité européenne. Mais le problème de la possibilité de réaliser ce code civil européen se confond avec celui de l'opportunité de sa réalisation, qui risque de séparer davantage qu'il n'arrive à unir, même dans la version *soft* des principes généraux, que les parties intéressées seraient libres d'appliquer.

Dans la foulée des initiatives évoquées et des débats du genre politico-culturel, ainsi que technico-scientifique et professionnel, suscités à propos de l'idée d'une codification de droit privé européen, concernant spécialement la matière des contrats, il se pose donc une question préliminaire, à l'apparence aussi évidente que banale, mais qui contient en elle-même des éléments précieux d'orientation du discours dont il est question ici : que devons-nous entendre par 'droit (privé) européen' ?

1.1. - Nous pouvons parler de 'droit européen' au sens très large et générique, en nous référant à la dimension historico-culturelle des valeurs et des principes partagés au niveau de civilisation (culture) européenne (ce qui équivaut à dire, dans ce sens, occidentale), ou bien, avec un sens déjà plus technique, en nous référant à une 'tradition juridique européenne', que nous pouvons retrouver dans les origines médiévales communes, et dans une évolution marquée aussi d'éléments de convergence jusqu'à l'époque moderne. Cette tradition (vue aussi comme *western legal tradition*) est articulée en son sein en une pluralité de versions, en quelque sorte reçues ou représentées de façon si déformées qu'elles influencent l'unicité de fond de son substrat historico-culturel, pour donner lieu à des (sub-)traditions nettement distinctes, voire même opposées, comme dans le cas de la distinction-opposition bien connue entre la *civil law* et la *common law*. Et cela, d'autre part, selon une classification qui n'épuise pourtant pas le panorama historico-géographique européen, où l'on enregistre même d'autres traditions juridiques distinctes, comme celles des pays scandinaves ou celles soi-disant 'mixtes' (dans le cas de l'Ecosse). Sans oublier, encore, que dans le domaine de chaque bloc de traditions, par exemple dans le domaine de la soi-disant tradition de la *civil law*, subsiste, tout au moins à partir des codifications du XIX^e siècle, une série de variantes locales ou bien nationales même très différentes.

Mais nous pouvons parler d'un 'droit européen' et, nous pouvons ajouter qu'on en parle de plus en plus, de nos jours, en tant que 'droit de l'Union (auparavant Communauté) européenne' : un droit certainement de

formation récente, c'est-à-dire nouveau du point de vue des intérêts protégés et des principes invoqués, et toutefois, d'un autre point de vue, surtout dans le cas du droit privé, destiné à s'insérer dans des contextes, lexicaux et structurels, de droit plus traditionnel, c'est-à-dire dont la matrice est 'européenne' quant aux racines historico-culturelles plantées dans chacune des traditions juridiques pré-citées. En effet, si nous nous arrêtons sur une certaine vision du phénomène, l'accueil, dans le droit national, d'actes normatifs communautaires (comme les directives communautaires) devrait avoir lieu au moyen d'un processus d'adaptation pure et simple de ces actes et de leurs contenus, qui seraient vus comme des corps extérieurs (voire étrangers) au système. En d'autres termes, les normes communautaires seraient accueillies dans les droits nationaux d'une façon telle que leurs effets d'uniformisation-harmonisation des droits eux-mêmes seraient stérilisés, tout particulièrement en ce qui concerne les systèmes nationaux de droit privé (v. aussi *infra*, § 4).

Il est important, ici, de souligner que ce 'droit européen', qui s'est affirmé dans la terminologie courante, semble destiné à remplacer le moins emphatique et plus prosaïque ('eurocratique') 'droit communautaire', bien qu'il coïncide, matériellement, avec celui-ci : grâce à une opération esthétique, pourrions-nous dire, et suivant l'évolution du processus d'intégration qui, par le Traité de Maastricht de 1992 (et, sous bien des aspects, déjà par l'Acte Unique Européen de 1986), s'est engagé dans la voie d'une « union de plus en plus étroite entre les peuples de l'Europe » (comme l'indique l'art. 1 de ce Traité), marquée, si ce n'est encore dans la conscience de chaque individu, dans la toponomastique de la littérature politico-juridico-institutionnelle sous le titre de 'citoyenneté de l'Union'. Il s'agit d'un titre qui, au-delà de ses valeurs indiscutablement suggestives et de sa nature encore largement symbolique, indique un 'espace de liberté, de sécurité et de justice', comme objectif pivot de l'Union (Communauté) européenne, destiné à compléter et, en même temps, à absorber l'« espace sans frontières intérieures » du marché intérieur (appelé aussi 'unique') ; considéré, donc, en tant que lieu où se rencontrent et agissent non seulement des sujets professionnels déterminés, mais aussi des (con)citoyens 'européens', qui ne sont plus 'étrangers' entre eux¹. A ce propos il faut bien rappeler que selon la Convention qui met en application les accords de Schengen de 1990, la notion et le titre d'« étranger » doivent être, de nos

¹ Dans ce sens, la scansion des objectifs de l'Union européenne (dont il est question à l'art. 2 du traité) met en évidence les caractères complémentaires et superposables qu'il y a entre l'objectif qui consiste à « promouvoir un progrès économique et social...notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures » et l'objectif qui consiste à « maintenir et développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes ».

jours, certainement vus, en Europe, dans les pays de l'Union, d'après l'objectif de la circulation des personnes dans l'espace Schengen, comme réservées à ceux qui « ne sont pas citoyens d'un État membre des Communautés européennes », c'est-à-dire aux 'ressortissants des pays tiers'. Par cela, nous voulons seulement rappeler, ici, le principe de citoyenneté européenne et en évoquer l'énorme puissance sur le plan systématique, interprétatif et quant à l'application, conjointement du reste à celui de non discrimination, dans le contexte des systèmes de droit privé nationaux, si on pense à la distinction plus traditionnelle entre 'citoyen' et 'étranger' sur laquelle repose le droit international privé.

Cette dernière évocation laisse entrevoir une acception ultérieure du terme 'droit européen', comme droit 'commun' à tous les citoyens nationaux en tant que citoyens européens. Cela implique que, par rapport aux droits nationaux, le droit communautaire ne serait plus considéré (seulement) comme un système autonome et superposé, c'est-à-dire 'étranger', mais (aussi et surtout) comme partie intégrante de ces mêmes droits. Il s'agit d'un droit européen qui favorise la convergence des droits nationaux dans l'espace sans frontières, où les citoyens européens peuvent circuler et agir librement, sous l'égide d'un droit qui y opère d'une façon exponentielle par rapport aux droits nationaux, en ce sens qu'il en fixe le caractère commun ou équivalent concernant ses effets sur la tutelle des citoyens eux-mêmes. Nous pouvons donner plusieurs exemples de cette attraction de la signification du droit européen dans l'orbite gravitationnelle de la citoyenneté européenne. Ainsi, nous pouvons voir une référence dans l'article 6 du Traité constitutif de l'Union Européenne (TUE), celui d'après lequel : « L'Union respecte les droits fondamentaux [...] tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire [européen] ». On peut trouver une autre référence dans l'article 288 du Traité constitutif de la Communauté Européenne (TCE), celui d'après lequel : « En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ». Et nous pouvons voir une autre référence encore dans le principe de responsabilité des États membres pour ne pas avoir transposé les directives communautaires, vu comme principe d'égalisation du respect des obligations communautaires de la part des États envers leurs citoyens, mais en tant que, de nouveau, citoyens européens. Bref, il s'agirait d'un droit qui, au niveau de ses sources, justement comme *principes généraux communs*, existant déjà dans chaque juridiction nationale ou bien résultant à travers l'action des organes communautaires (en particulier la jurisprudence de la Cour européenne du Luxembourg), soude

le droit communautaire aux droits nationaux, dans le sens de l'« influence réciproque entre le droit communautaire et les droits nationaux »². Cette soudure prend une importance toute spéciale, du point de vue de chaque individu et de sa condition de *citoyen européen*, par rapport à l'idée d'un espace sans frontières, et sans autres barrières (y compris, métaphoriquement, les différences des normes entre les droits nationaux) qui seraient un obstacle quant à leurs libertés de circuler sur le territoire des pays de l'Union et d'y entretenir des activités économiques au caractère transfrontalier ; c'est-à-dire, un espace 'transnational' où l'on pourrait jouir de droits (en commençant par ceux qui sont fondamentaux pour la personne humaine et qui ont été approuvés dernièrement par la Charte de Nice et accueillis par le projet de traité constitutionnel) qui dérivent du statut de citoyenneté européenne.

1.2. – En rappelant les différentes significations de l'expression 'droit européen', l'on comprend comment notre sujet peut être développé sur des niveaux différents, suivant lesquels il semble connaître chaque fois des compressions et des dilatations, ou même des sauts, des déviations et des déformations : avec la conséquence, parfois, d'une sorte d'effet en accordéon, c'est-à-dire constitué d'un *continuum* d'oscillations qui se disposent le long de niveaux contigus ; dans d'autres cas, au contraire, avec des conséquences moins harmonieuses, c'est-à-dire de tension critique entre les différents niveaux.

Au-delà des oscillations et des tensions sémantiques de la donnée terminologique, l'exigence d'un fil de discours qui soit capable de suivre l'importance changeante du thème, suivant ses points d'observation, s'impose.

A ce propos, selon une schématisation traditionnelle, nous pouvons distinguer deux perspectives: l'une tend à prendre en considération les aspects et les implications *de iure condendo*; l'autre, par contre, tend à prendre en considération et à évaluer les aspects *de iure condito*. La première est donc orientée vers les problèmes de la politique du droit et de l'évaluation des options qui s'y réfèrent. La seconde, au contraire, vers les problèmes d'interprétation et d'application, d'équilibre et de construction des normes sur des secteurs spécifiques, dans le but aussi d'en extraire des éléments et des caractéristiques de portée plus générale. A la lumière du débat actuel sur une codification européenne concernant le droit civil le rappel à ces deux perspectives s'impose, car si elles ne sont pas maintenues opportunément distinctes, les difficultés de compréhension, déjà grandes dans ce domaine, augmentent.

² J. A. USHER, *General Principles of EC Law*, Londres et New York, 1998, p. IX.

Dans une perspective *de iure condendo*, nous nous référons aux sollicitations exprimées, à plusieurs reprises, par le Parlement européen qui, par ses résolutions du 26 mai 1989 et du 6 mai 1994, a recommandé, en répétant encore plus récemment avec emphase (dans une résolution du 15 novembre 2001, dont nous parlerons par la suite : *infra*, § 2), d'effectuer une uniformisation du droit privé des États membres moyennant la préparation d'un 'code commun européen de droit privé'. Ces sollicitations ont été réitérées lors du Conseil européen, au sommet de Tampere de 15 et 16 octobre 1999 (bien que, là, dans le contexte de la coopération judiciaire, selon des conclusions de la Présidence, où nous pouvons lire : « une étude générale doit être réalisée sur la nécessité de rapprocher les législations des États membres en matière civile afin d'éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles »³). La Commission européenne a manifesté un fort intérêt envers celles-ci, avec une prise de position de juillet 2001 (dont nous parlerons ci-dessous : *infra*, § 2), à laquelle a fait suite la communication (au Parlement européen et au Conseil) plus récente, dont le titre est : « Un droit européen des contrats plus cohérent – un plan d'action » du 12 février 2003⁴.

Comme réponse à ces sollicitations, sur la base et avec un esprit - pour ainsi dire - de volontariat, des initiatives d'étude et de recherche spécifiques ont été mises en route de la part de milieux académiques, qui ont mené à la rédaction de textes de 'principes', élaborés sous forme d'articles, proposés à l'adhésion libre des parties contractantes : comme cela est le cas pour les *Principles of European Contract Law*, publiés en 1995, réalisés par la *Commission on European Contract Law*⁵; ainsi que, d'une façon plus hardie, pour le *Projet préliminaire de Code européen des contrats* par le Groupe de Pavie⁶; et à sur lesquels nous reviendrons par la suite (*infra*, § 3.2.). Il s'agit d'initiatives qui produiront certainement d'autres publications plus

³ Cette prise de position est contenue dans un paragraphe (n. 39) de la partie du document relative à « Un véritable espace européen de justice », où nous lisons comme suit : « Dans un véritable espace européen de justice, l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques et administratifs des États membres ne devraient pas empêcher ou dissuader les particuliers et les entreprises d'exercer leurs droits » (n. 28).

⁴ COM(2003) 68 final – C50210/2003.

⁵ Il s'agit d'une association privée formée de chercheurs de différentes nationalités, connue aussi (du nom de son président Ole) comme Commission Lando : v. O. LANDO et H. BEALE (éd.), *The Principles of European Contract Law*, vol. I, *Performance, Non-Performance and Remedies*; [et en français, *Principes de droit européen du contrat*, par G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, Paris, 2004 (NDLR)]; v. aussi M. W. HESSELINK, « The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by The Lando Commission », dans M.W. HESSELINK et G.J.P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgelijk Recht*, Deventer, 2001.

⁶ « Code Européen des Contrats, Avant-Projet », coordonné par G. GANDOLFI, Milan, 1999 (seconde version, Milan, 2001). V. aussi S. GRUNDMANN, « The structure of European Contract Law », *ERPL*, 2001, p. 505 et s.

ambitieuses, comme par exemple, celles qui sont annoncées par le Groupe d'étude sur un Code civil européen⁷.

Dans une perspective *de iure condito*, il est évident que l'incidence de la production normative communautaire, même si elle est souvent sectorielle, sur le plan plus général des systèmes de droit national et en particulier de droit privé, a augmenté. Mais cela a eu lieu et a lieu, selon certains, d'une façon incohérente et en des termes d'interférence, jusqu'à compromettre le caractère unitaire du système de droit privé national de chaque État membre ; selon d'autres, au contraire, en des termes plutôt de modernisation et de provocation, par rapport à des notions et à des catégories consolidées et traditionnelles de droit (privé) national, ou bien dans la perspective de l'émergence de principes différents et alternatifs, notamment au niveau européen.

1.3. - Si nous essayons de résumer ces perspectives, il ne nous est pas difficile de constater combien de combinaisons d'assemblage nous pouvons en tirer et de quelle façon celles-ci peuvent varier, et qu'à chacune de celles-ci il est possible de donner le nom de 'droit (privé) européen'.

Nous pouvons identifier au moins trois espèces ou types de 'droit privé européen'.

Tout d'abord, il y a un 'droit européen' de l'histoire (et, si nous voulons, de la comparaison), vu comme droit qui existe 'au-dessous des États'. Il s'agit, en réalité, d'un droit dont la définition est aussi théorique que concrète et quelquefois encombrante à cause de ses sédimentations traditionnelles au niveau de la culture et de la mentalité des juristes et aussi du système juridique et de la terminologie en vigueur dans les différents pays.

Il y a ensuite, par rapport au processus d'intégration, un 'droit européen' (dans le sens de droit communautaire) vu comme droit placé 'au-dessus des États'. Il s'agit d'un droit surimposé, mais aussi réalisé 'en collaboration avec les États' ; il est aussi impératif dans la forme qu'il est élitif et dispersif dans la réalité de chaque droit national dans lequel il doit être transposé (et, le cas échéant, passé au crible des juridictions de niveau constitutionnel). Nous pouvons voir différentes articulations et nuances de ce droit quant à la mosaïque hétérogène de rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux (si c'est le cas, au niveau national et local), suivant aussi la source primaire ou secondaire et le type des actes normatifs, le long des lignes d'une dialectique qui touche à des aspects et

⁷ C. VON BAR, « Il Gruppo di studio su un codice civile europeo », dans G. ALPA et E. N. BUCCICO (ed.), *Il codice civile europeo*, Milan, 2001, p. 3 et s. V. aussi S. SWANN, « A European Civil Code: Legal and Political Foundations », dans G. ALPA et N. BUCCICO (ed.), *La riforma dei codici in Europa e il codice civile europeo*, Milan, 2002, p. 7 et s.

des problèmes d'uniformisation, d'harmonisation et de comparaison et qui investit les secteurs de compétences entre l'Union, les États, les régions et d'autres instances territoriales de gouvernement.

Un autre type encore de 'droit européen' est celui qui se produit quotidiennement (d'une façon informelle parfois) dans la pratique des affaires, dans les salles universitaires, en tant que lieux d'étude et de recherche : en bref, dans le monde professionnel et de la culture juridique dans son ensemble. Il s'agit donc d'un droit qui existe 'en dehors des États' ; qui peut être adapté quant à ses utilisations mais dont la base d'application est incertaine et instable car il est confié au choix, parfaitement libre ou facultatif, qu'ont les particuliers de s'en servir, en compétition et en alternative, selon le cas, avec les lois nationales; pourtant avec la possibilité que les juges nationaux y fassent référence ou s'en inspirent en cas d'absence de norme applicable ou de difficulté quant à sa détermination.

Il faut ajouter qu'un droit de ce genre, en tant que droit commun extra-étatique, sous la forme de 'droit commun européen', se trouve historiquement répandu sur le continent (comme aussi dans le monde anglais des *common lawyers* à cause des rapports de fréquentation avec les *civilians* et du recours aux autorités juridiques continentales), pendant toute l'ère moderne, et jusqu'à la première moitié du XIX^e siècle. Bien qu'alimenté si ce n'est dominé par son composant doctrinal d'inspiration romaine, ce 'droit commun' reposait sur les bases solides de la jurisprudence des cours de justice supérieures liées aux réalités de chaque État. Il était en même temps fondé sur une littérature et une culture juridique au caractère pratique et professionnel qui était l'apanage d'une classe judiciaire d'élite, c'est-à-dire composée de juges et d'avocats agissant au niveau de magistratures suprêmes. Cette élite était formée à l'usage de règles et de techniques interprétatives logico-casuistiques (y compris celle du précédent); elle jouissait donc d'un statut ou d'un pouvoir (et d'un prestige) ayant une incidence directe sur le système des sources, qui faisait de ces juges et avocats en même temps les dépositaires et les auteurs d'un modèle de système juridique 'ouvert' vers les sources : ouvert à la circulation des interprétations et des solutions d'après le mécanisme de la *communis* ou *magis communis opinio*⁸.

1.4. - Ce rappel historique au caractère extra-étatique du droit (privé), dans sa version jurisprudentielle (c'est-à-dire casuistico-pratique, en plus que dans sa version doctrinale de *l'usus modernus pandectarum*) comme

⁸ G. GORLA, « Unificazione 'legislativa' e unificazione 'giurisprudenziale' », dans G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milan, 1981, p. 651 et s.; L. MOCCIA, « Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico 'aperto') », *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1996, p. 181 et s.

possibilité d'un droit 'autre' par rapport au droit de source législative, conduit à prendre en considération, comme facteur ultérieur de complication et d'oscillation de ce thème entre les différents niveaux de discours, le contexte historique dans lequel se place le phénomène de l'intégration européenne (fin du XX^e siècle et époque actuelle). L'arrière-plan qui se trouve immédiatement mis en évidence est la crise de l'État national, dans ses aspects liés à la souveraineté, en ce qui concerne son identification territoriale à l'intérieur des limites marquées par le modèle positiviste du droit dont la base est le droit étatique.

A ce propos il est utile de rappeler deux aspects. D'un côté, le phénomène de la globalisation, comme sommet extrême d'une diffusion et d'une homologation au sens horizontal, c'est-à-dire, à travers les frontières nationales des différents pays surtout de la zone européenne (occidentale), de pratiques et de modèles socio-économiques et de comportement. De l'autre côté, la décadence de la modernité, comme idéal d'ordre et de rationalité, de symétrie et de simplicité scientifique de l'approche que les relations entre les individus, les groupes et les pouvoirs, face à l'accumulation et à la superposition des contextes de référence (centraux et périphériques) dans un monde qui devient, ainsi, de plus en plus complexe, dans sa dimension globale, à cause des liens réciproques d'interdépendance entre les parties et le tout, mais aussi très diversifié et multilatéral sur le plan de l'apparition d'instances locales et de secteurs au nom de la diversité et de la spécificité des domaines de production normative qui s'y réfèrent.

Pour rester sur le terrain du droit privé, l'on peut observer de quelle façon, au cours des dernières décennies du siècle passé (tout particulièrement entre le début des années 1960 et la fin des années 1980) les milieux juridiques continentaux et ceux de la *common law* ont réagi à l'impact de ces événements et de ces facteurs politiques, économiques et sociaux : bien que dans la variété d'attitudes culturelles caractérisées, respectivement, par une mentalité logico-formaliste dont la vocation est systématique (ou mieux dogmatique), et par une mentalité pragmatico-fonctionnaliste, partout dans les milieux juridiques européens les squelettes de notions (définitions) et de catégories traditionnelles, allant de la propriété au contrat, et à la responsabilité civile et ainsi de suite, ont vite été abandonnés. Toutefois, ces notions et catégories, bien qu'enfermées de la sorte, ont continué à inquiéter les consciences des juristes, aussi bien théoriques que pratiques, et à déterminer – en particulier au niveau des études et de l'enseignement du droit – de nombreuses dyscrasies et ambiguïtés du discours juridique et de ses composants systémiques, avec des tensions et des distorsions terminologico-conceptuelles évidentes. Il en dérive donc un relativisme aigu sous le signe duquel on peut apprécier un pluralisme des sources accentué (qui rappelle justement sous bien des aspects le cadre pré-moderne fondé sur

le caractère extra-étatique du droit privé) et un effet général de déstructuration, à l'intérieur de chaque système national, causé par la rupture des schémas que l'on croyait, autrefois, monolithiques, ainsi que par l'irruption de figures et de pratiques nouvelles créées et imposées par le développement économique et technologique dans les secteurs les plus dynamiques de la production et du commerce, mais aussi sous la pression d'autres forces sociales.

Dans ce sens, l'effet déstructurant qui se produit au nom du relativisme, en agissant sur le plan conceptuel et sur le plan institutionnel du système des sources, détermine aussi la transformation de son équilibre hiérarchique traditionnel : la loi d'État nationale est donc certainement subordonnée au niveau communautaire (européen), mais également intégrée – si ce n'est aussi menacée – par la concurrence d'autres sources, surtout localement. Nous pouvons dire en cela que le système de type national et dont la base est l'État, qui a été réalisé sur le continent européen en tant que synthèse moderne (XIX^e siècle) d'une longue affaire politico-culturelle qui a culminé dans le domaine du droit privé dans la codification, se trouve ainsi être sollicité (ou bouleversé, suivant les points de vue) par des poussées et contre-poussées, dans un sens, vers son ouverture à l'expansion des normes de production sur-nationale et, dans l'autre, vers son articulation périphérique, c'est-à-dire décentralisée, en correspondance de milieux de plus en plus étendus d'autonomie locale.

Par exemple, dans le cas du système italien, nous enregistrons depuis longtemps une tendance conduisant à l'effritement de l'unité intérieure du droit privé⁹; de nos jours cette tendance est d'autant plus destinée à assumer une certaine importance avec la réforme récente du Titre V de la Constitution italienne, qui pose un problème concernant (les limites à) la validité d'une législation régionale pour la discipline des rapports interprivés, c'est-à-dire d'un 'droit privé régional'⁹.

Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, qu'il y a d'autres systèmes de droit nationaux où l'on enregistre des expériences d'autonomie territoriale significatives, d'importance régionale, si ce n'est même nationale. Comme dans le cas de l'Ecosse, à laquelle il a été permis, depuis le Traité d'Union de 1707, de garder son propre système juridique et judiciaire ; avec l'addition, plus récemment, d'une autonomie politico-législative connue comme la *devolution*¹⁰. Un autre exemple important est celui qui nous est

⁹ V. Par ex., E. LAMARQUE, « Osservazioni preliminari sulla materia 'ordinamento civile' di esclusiva competenza statale », *Le regioni*, 2001, p. 1343 et s. ; quant à la réforme v. en français, J. FOUGEROUSE, « La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001 : l'évolution incertaine de l'Italie vers le fédéralisme », dans cette *Revue*, 2003, p. 923 et s.

¹⁰ A ce sujet, V. BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, 2001 ; C. M. G. HIMSWORTH et C. R. MUNRO, *The Scotland Act 1998*, W. Green, 2000.

offert, sur la base d'une tradition, aussi ancienne que robuste, d'autonomies locales remontant aux Chartes de fondation des communautés citoyennes libres (*fueros*), par les droits locaux (*derechos forales*) des 'communautés (régions) autonomes' du droit espagnol : dont témoigne encore récemment l'importance, le *Fuero Nuevo de Navarra* (1973), contenant des articles sur la matière contractuelle (en ce qui concerne spécialement les contrats de consommateurs) ; d'un autre côté, il faut signaler aussi l'intérêt dans le domaine du droit privé des lois de l'Aragon (1999, *Ley de Parejas*) et de la communauté autonome de la Catalogne (1998), qui – en intégrant la discipline du droit de la famille établi au niveau national – accordent aux couples stables vivant sous le même toit, hétérosexuels ou homosexuels, le droit de constituer une union familiale au sens large du mot, différente de celle fondée sur le mariage régi par les lois nationales, en prévoyant à ce propos une discipline appropriée quant à la constitution, les effets et l'annulation du rapport (conditions demandées aux co-habitants et leurs droits-devoirs, régime patrimonial, droits de succession, d'habitation, des géniteurs, modalités et effets de l'annulation, etc.)¹¹.

Mais en ce qui concerne, de plus près, le sujet des contrats et plus spécialement le secteur des rapports commerciaux, il est d'autre part évident que les forces qui ont agi et agissent dans le cadre de la tradition, sont les forces mêmes du marché, avec un effet de tendances combiné et, en même temps, contrastant.

Nous pouvons en effet enregistrer, dans ce secteur, une tendance apparemment contradictoire et double. D'un côté, celle qui s'efforce de rompre l'unité de la catégorie 'contrat', par la voie d'une différenciation de plus en plus prononcée, par rapport à la discipline générale de la matière, des contrats commerciaux ou d'entreprise, en réponse d'autre part à différentes exigences : l'extension maximum, dans le cas des rapports entre les entreprises, de l'autonomie contractuelle suivant les règles du marché et de la concurrence ; la protection maximum du contractant faible, dans le cas, au contraire, des rapports entre les entreprises et les consommateurs. De l'autre côté, la tendance – produite par l'ouverture même des marchés nationaux à la compétition et aux trafics internationaux – qui vise à une uniformisation des rapports qui s'instaurent dans le village global de l'économie de marché, pour une exigence intrinsèque des domaines industriels et financiers internationaux, avec leurs élites d'entreprise, directionnelles et professionnelles, de se doter d'une autonomie contractuelle garantie grâce au recours à des clauses et à des principes généraux, qui sont l'expression d'attentes communes en termes de

¹¹ Sur ce sujet v. E. CALO, *Le convivenze registrate in Europa*, Milan, 2000, où sont reproduites, respectivement, les dispositions de la loi de l'Aragon et de la loi de la Catalogne.

prévisions et de certitudes raisonnables et calculées sur le plan juridique. Il s'agit donc d'une exigence qui, pour des raisons liées aux mécanismes mêmes de la compétitivité (intérieure et extérieure) des marchés et de leurs acteurs, mène le monde des affaires, de l'entreprise, du commerce et des professions, à épouser sans aucun doute l'idée d'une uniformité-convergence des législations nationales en matière de rapports contractuels et de protections qui y sont liées. Ce qui apparaît particulièrement vrai dans le cas de la Communauté européenne et de son marché intérieur, vu comme la condition nécessaire et en même temps la conséquence d'une intégration économique-juridique effective entre les pays partenaires.

II. LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION DE JUILLET 2001 : QUELQUES REMARQUES CRITIQUES

2. - Pour entrer dans le vif du discours, nous pouvons nous concentrer maintenant sur l'initiative de la Commission européenne, par une Communication de juillet 2001, pour solliciter, étendre et approfondir le débat sur le droit européen des contrats, en impliquant le Parlement européen, le Conseil, mais aussi en encourageant les acteurs sociaux (les associations et les organisations catégorielles), institutionnels (autorités gouvernementales et administrations publiques), et professionnels (les milieux académiques et tous les autres professionnels et sujets intéressés) à y participer¹². L'un des objectifs déclarés par la communication est celui d'«obtenir des informations sur la nécessité d'une action communautaire plus étendue en matière de droit des contrats, en particulier dans la mesure où – précise la communication - la démarche ponctuelle ne serait pas en mesure de résoudre tous les problèmes pouvant se poser ».

Une série de questions surgissent à la base de cette communication que nous pouvons synthétiser de la sorte : a) si les différents systèmes nationaux en matière de contrats représentent un obstacle à un fonctionnement correct du marché intérieur, en ce sens qu'ils découragent les contrats transfrontaliers, en augmentant les coûts ; b) si l'action communautaire actuelle d'interventions de secteur en matière de contrats peut amener à des difficultés ultérieures au niveau européen, sous forme d'incohérences et de désaccords qui seraient le résultat de la réalisation non uniforme du droit communautaire, c'est-à-dire de mesures d'acceptation nationales divergentes. Cette communication repère enfin, et expose une liste (qui n'est d'ailleurs pas complète) de quatre options possibles, graduées sur la base

¹² Commission Européenne, Communication au Conseil et au Parlement européen sur le droit européen des contrats, COM (2001) 398 définitif, Bruxelles, 11.7.2001.

d'une échelle d'oscillations qui vont des positions abstentionnistes (minimes ou minimalistes) aux positions interventionnistes (maximales ou maximalistes), espacées de positions intermédiaires, que nous pouvons synthétiser de la sorte.

1) L'abstention d'une intervention quelconque, de caractère organique, en laissant que la solution des problèmes d'uniformisation-harmonisation aux dynamiques du marché ou plutôt à l'action régulatrice exercée par les groupes d'intérêt (consommateurs, entreprises, associations de volontariat, etc.), si tel est le cas par des interventions concernant les choix et le soutien des autorités publiques. Lors de la communication, l'exemple des initiatives d'organisations catégorielles, autre que celles de l'assistance et de la consultation envers les associés, en termes de prédisposition d'accords-types relatifs à des opérations transfrontalières, est cité.

2) La promotion d'un ensemble de règles et de clauses communes, susceptibles d'être adoptées par les parties contractantes, au moyen de l'insertion dans chaque contrat, ou bien utilisables lors des jugements, de la part aussi bien des arbitres que des juges nationaux, et aussi susceptibles d'être proposées aux législateurs nationaux pour la rédaction de propositions de lois. Cette communication précise que c'est la Commission elle-même qui pourrait promouvoir la recherche comparative et la coopération en la matière, dans le but de parvenir à la formulation de 'principes communs', en pouvant imaginer une variété de formules et d'emplois possibles de ces principes, qui couvrent une série d'hypothèses par degrés : tout d'abord l'on pourrait supposer de formuler des lignes directrices ou des codes de conduite spécifiques pour certains types de contrats ; en deuxième lieu, sur la base d'une application diffuse et continue de ces règles, l'on pourrait supposer qu'elles seraient reconnues, d'après les pratiques et les règles (usages) au caractère habituel, susceptibles d'être appliquées en les évoquant par les parties contractantes elles-mêmes, de sorte qu'il pourrait en sortir un effet d'ensemble de plus grande convergence au niveau européen ; alors que d'un autre côté encore, ces principes, vus comme des clauses de négociation, pourraient donner lieu, toujours à la suite d'une adhésion diffuse dans la pratique, à l'élaboration de la part de la Commission de formes contractuelles standardisées susceptibles d'être utilisées dans toute la Communauté.

3) L'amélioration qualitative de la législation communautaire existante, grâce à un travail de révision et de consolidation, à la manière de textes uniques prévus pour coordonner et simplifier les nombreuses disciplines du secteur déjà en vigueur.

4) L'adoption d'une législation nouvelle et exhaustive au niveau communautaire, qui devrait comporter l'adoption d'un texte comprenant des dispositions relatives aux aspects généraux du droit contractuel et aux

contrats spécifiques. Mais nous précisons que cette dernière option, qui est plus énergique, doit faire face au problème non seulement du choix du type d'acte communautaire (règlement, directive, recommandation), mais aussi de la portée contraignante des mesures proposées, selon une échelle d'hypothèses (avec des combinaisons éventuelles) que nous pouvons synthétiser ainsi : a) l'hypothèse de normes applicables au contrat seulement s'il y a la volonté des parties ; b) l'hypothèse de normes applicables au contrat, sauf exclusion explicite, donc avec la possibilité que les parties contractantes fixent d'autres clauses, mais, si celles-ci font défaut, les normes communautaires seraient alors appliquées ; c) l'hypothèse de normes applicables quoi qu'il arrive, sans possibilité d'exclusion.

En bref, sans une analyse détaillée de chacune de ces options, il suffit d'observer alors que les premières s'inscrivent dans un rayon d'action qui, dans l'état actuel des normes communautaires, ne semble pas susciter de problèmes particuliers, la quatrième pénètre et soulève un problème de fond, qui pèse toutefois sur le front de l'uniformisation-harmonisation du droit privé, en se référant à l'idée plus générale d'une codification européenne, qui consiste à identifier et à définir la base juridique d'une action communautaire, en général, sur le droit des contrats.

A ce propos, la communication précise qu'il est possible d'adopter des mesures visant à réaliser une harmonisation exhaustive des normes en matière de droit contractuel au niveau communautaire à condition qu'elles soient conformes aux principes de subsidiarité et de proportionnalité (art. 5 TCE). Il semble qu'une ligne de prudence transparaisse de tout cela, bien que l'analyse des propositions de la Commission mette plutôt en évidence une attitude cherchant à reconnaître, dans les raisons du marché intérieur et de son fonctionnement correct, la référence la plus importante (si ce n'est la principale) de mesures de ce genre.

Il semble toutefois que cette ligne rencontre de nombreuses difficultés.

Pour commencer, bien qu'en admettant que les divergences de législation entre chaque système national puissent s'interposer, comme des barrières, au fonctionnement correct du marché intérieur, il faut pourtant constater que des divergences de ce genre ne semblent pas être, en elles-mêmes, nécessairement destinées à produire des distorsions irrémédiables ou, en tout cas, telles qu'elles bloqueraient gravement l'instauration et le bon fonctionnement du marché : comme en témoigne, par exemple, l'expérience britannique, en ce qui concerne les différences de régimes de droit privé entre le système anglais (de la *common law*) et le système écossais (d'ascendance romaine)¹³

¹³ Dans ce sens, v. le document de synthèse *Réactions à la communication concernant le droit européen des contrats* disponible à l'adresse <<http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/>>

Dans le même ordre d'idées, nous pouvons aussi citer l'expérience des États-Unis : où, de nos jours encore, et malgré la *commerce clause* de la Constitution de 1787, continue de manquer, au niveau fédéral, un corpus législatif (unifié) du droit commercial ; mais où, abstraction faite du *Uniform Commercial Code* (en tant que loi modèle adoptée par chaque État, avec des variantes plus ou moins significatives, et qui est continuellement revue), un niveau d'uniformisation élevé a été atteint en la matière, à la suite surtout de facteurs socio-culturels, parmi lesquels le haut niveau de mobilité de la population sur le territoire national, le système de formation juridique au niveau national, c'est-à-dire fédéral, et l'existence d'un patrimoine commun de culture juridique, alimenté en particulier par une production de littérature juridique du même niveau¹⁴.

developments/contract_law/ comments>, n. 3.1.1. (Réactions des gouvernements) où il est question des réactions du gouvernement britannique, en plus des réactions critiques qui sont exprimées, à la suite des consultations dans les milieux et les catégories professionnelles qui ont été faites au niveau national, par les gouvernements de quelques autres pays, parmi lesquels le gouvernement autrichien et le gouvernement danois.

¹⁴ Sur le plan comparatif, le système des États-Unis est très intéressant du point de vue des modes et des facteurs d'uniformisation du droit dans un système de type fédéral, car il est caractérisé par une longue expérience sur le sujet des *restatements* et des *model* et *uniform laws*, qui démarre au début du XX^e siècle, avec la constitution sur une base privée d'institutions comme l'*American Law Institute* (ALI) et la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL). La première institution, bien qu'expression de la *legal profession*, est liée aussi aux milieux judiciaires et académiques nationaux ; alors que les *Commissioners* sont un corps de représentants des assemblées législatives étatiques, assistés de représentants du monde judiciaire et académique. C'est à l'*American Law Institute* que l'on doit l'élaboration et la publication d'une série de *restatements* concernant des matières générales (comme, par ex., la matière contractuelle, la matière délictuelle, les droits réels) ou sectorielles (comme l'*Agency*) : ceux-ci ont la nature de 'digestes', d'où leur dénomination plus complète de *restatements of the common law*, car ils ont été conçus pour recueillir et présenter d'une façon ordonnée les matières jurisprudentielles produites par les différentes juridictions de l'État et fédérales, non sans prétentions de définition et de disposition doctrinale, selon l'idéal du 'texte clair et précis' de la loi (écrite), retraduit dans le monde de langue anglaise par la formule *black letter law*, pour indiquer justement que les règles sont écrites en caractères gras. Mais, plutôt que de créer un droit uniforme dans les matières qui en sont l'objet, les *restatements* se limitent à enregistrer les points de convergence ou d'approbation jurisprudentielle les plus importants, opportunément intégrés de références doctrinales, afin d'être plutôt des instruments de consultation utiles (entre autres, à l'intérieur des limites dérivant du rythme d'évolution du *case law* et du niveau d'obsolescence de ces récoltes, qui en est la conséquence, même si elles sont mises à jour au cours des années). Nous devons aux *Commissioners* le projet plus ambitieux d'unification du droit commercial, en ce qui concerne le commerce entre les États, qui est réservé au législateur fédéral, depuis les temps de la Constitution de 1787 (U.S. Const., art. 3 : « The Congress shall have the power... to regulate commerce... among several states... »). Le projet du *Uniform Commercial Code* (UCC, dénommé au début *Uniform Revised State Acts*) a démarré en 1942 (en même temps que l'ALI) ; une de ses premières versions a été publiée en 1952 et a été suivie de nombreuses modifications et révisions jusqu'à une nouvelle version en 1972 (de nos jours encore sujette à des révisions), adoptée à son tour par chaque État à la fin des années 80, c'est-à-dire à presque 200 ans de distance de l'introduction de la règle constitutionnelle dont nous avons parlé. Toutefois, le UCC est intervenu sur une matière qui, entre-temps, avait enregistré de vastes convergences dues, en partie, aux forces et aux dynamiques du marché lui-même, et en partie, comme nous l'avons indiqué plus haut, à des facteurs et à des conditions dont la nature est différente

D'autre part, nous ne pouvons pas passer sous silence le fait que le motif de l'uniformisation-harmonisation normative dans le domaine de l'entreprise, des professions et du commerce transnational est lié à l'exigence de garantir un plus vaste espace à l'autonomie des sujets qui y sont actifs, mais aussi des conditions de certitude plus grandes lors de leurs actions dans cet espace; donc, cela fait supposer qu'il y a un modèle de société européenne sous-tendu caractérisé par l'émergence, le long de lignes de fracture économique-sociale, de souches (encore) d'élites qui proviennent, au sens large, des entreprises et des milieux professionnels, très dynamiques et compétitives, capables de connaître plusieurs langues, capables de s'intégrer et de s'europaniser, en surmontant les difficultés liées aux différents droits nationaux et profitant donc du marché européen. Là où, par contre, comme semble l'indiquer un état de gêne croissant chez les gens face à l'Union européenne et à ses institutions, vécues comme lointaines et menaçantes, une multitude d'autres citoyens européens ne se sentent (probablement) pas encore disposés à accepter, au détriment des spécificités locales, l'imposition de processus et de rythmes d'une dynamisation et d'une homologation socio-économique et linguistico-culturelle qui avancent au nom du marché, de ses produits et de ses services, y compris ceux des services juridiques¹⁵.

En outre, la pénétration d'un modèle d'intégration juridique pensé et réalisé, exclusivement ou d'une façon prédominante, en fonction du marché, risque de se réduire à un niveau plutôt superficiel des interventions, sans avoir de répercussions sur la réalité la plus profonde des différences culturelles, des styles de vie, des mentalités, ainsi que des attitudes correspondantes que nous pouvons observer au sein des classes politiques, des groupes dirigeants et, en général, auprès des opinions publiques nationales. De sorte que le résultat en est l'insuffisance du modèle lui-même face à la réalisation des objectifs pour lesquels celui-ci devrait agir. En effet, alors qu'il n'est pas prouvé quels peuvent être les effets des divergences sur le commerce et sur la concurrence dans le domaine européen, il pourrait au contraire être prouvé que, dans certains secteurs où le législateur européen est intervenu, en dictant une discipline uniforme dans le but d'accroître et d'améliorer la concurrence et la transparence du marché, cet objectif apparaît encore loin d'être réalisé, à cause de la résistance de certains facteurs et, en tout cas, à cause du manque de conditions politico-sociales et

mais aussi plus robuste : cf., par ex., A. ROSETT, « The Unification of American Commercial Law : Restatements and Codification », dans L. MOCCIA (ed.), *Il diritto privato europeo : problemi e prospettive, Atti del convegno internazionale – Macerata 8-10 giugno 1989*, Milan, 1993, p. 113 et s.

¹⁵ H. W. MICKLITZ, « Prospettive di un diritto privato europeo; ius commune prater legem? », dans G. ALPA et N. BUCCICO (ed.), *Il codice civile europeo*, cit., pp. 358-359.

culturelles appropriées (par exemple on pourrait citer le secteur des assurances, des finances, ou celui de la responsabilité du producteur et de la sécurité des produits)¹⁶. Voilà une explication possible des réactions peu chaleureuses face aux propositions de la Commission par les associations de consommateurs et d'entreprises, justement à cause de l'échec de certaines politiques communautaires d'harmonisation quant à l'obtention d'une concurrence et d'une transparence plus grande dans certains secteurs¹⁷.

Malgré tout cela, dans la résolution de novembre 2001 le Parlement européen s'est déclaré favorable sans aucun doute à la perspective du marché intérieur, en tant que voie principale « tout au long du processus de consolidation et de développement d'une harmonisation du droit civil »¹⁸.

¹⁶ *Id.*, pp. 361-362.

¹⁷ A propos des réactions contrastantes et, dans quelques cas, tièdes du monde des entreprises et des associations de consommateurs v. le document de synthèse *Réactions à la communication concernant le droit européen des contrats*, cit. *supra*, note 12.

¹⁸ COM(2001)398 – C5-0471/2001 – 2001/2187(COS), n. 13. Par rapport à des prises de position précédentes à ce propos, cette résolution se distingue grâce à la détermination avec laquelle le Parlement européen, en insistant pour la énième fois et d'une façon encore plus hardie, sur ses préférences, assume la charge de favoriser, de stimuler et de guider une sorte d'œuvre majestueuse de compilation-codification européenne de droit civil et commercial, dont la prévision temporelle est même indiquée, à partir de maintenant et jusqu'en 2010, et qui est articulée comme suit. Avant la fin de 2004 : « compilation d'une banque de données, dans toutes les langues communautaires, sur la législation et la jurisprudence nationales dans le domaine du droit des contrats, et promotion, sur la base de cette banque de données, d'études de droit comparé et d'une coopération entre les parties intéressées, le monde universitaire et les praticiens du droit ». La création d'une sorte d'*European Law Institute*, sur l'exemple de l'*American Law Institute*, semble ici esquissée, sur la base de ce qui est aussi suggéré dans la communication de la Commission. « Cette coopération devrait tendre à définir des notions, des solutions et une terminologie juridiques communes aux quinze ordres juridiques des États membres [...], applicable sur une base volontaire, et ce dans les domaines suivants : droit général des contrats, droit d'achat, droit des contrats de services, y compris des services financiers et des contrats d'assurance, droit des sécurités personnelles, droit des obligations extracontractuelles (droit des délits, droit de l'enrichissement et de l'indu), droit régissant le transfert de propriété de biens meubles, droit des garanties de crédit de biens meubles, droit des ententes ». Encore, avant 2004: « présentation régulière de rapports au Parlement européen sur l'état d'avancement de ces études de droit comparé et la définition de notions et de solutions juridiques communes en matière de droit des contrats ; le Parlement européen devrait émettre un avis sur ces rapports lorsqu'il propose des projets de notions et de solutions juridiques communes ». En parallèle, et toujours avant la fin de 2004 : « après une consultation scientifique approfondie, propositions législatives visant à consolider le droit établi par les directives ». Au début de 2005: « publication, sous une forme appropriée, des études de droit comparé et des notions et solutions juridiques communes ». Et encore, à partir de 2005 : « diffusion d'études de droit comparé et de notions et solutions juridiques communes dans les programmes universitaires et les programmes des professions juridiques, et diffusion du droit communautaire dans ces milieux universitaires, juridiques et économiques ». Toujours à partir de 2005: « application conséquente des notions et solutions juridiques communes et de la terminologie juridique commune par toutes les institutions de l'UE qui participent au processus de création et d'application du droit ». A partir de 2006 « législation européenne concernant l'application des principes juridiques communs et de la terminologie commune aux relations contractuelles transfrontalières ou nationales, avec possibilité de clauses de résiliation des contrats ». Au début de 2008 : « bilan de l'application pratique des principes juridiques communs et de la terminologie uniforme dans le droit européen et examen de

2.1.- En outre, pour compléter le dossier sur l'état des propositions au sujet du droit privé européen, il faut signaler que la communication de la Commission de juillet 2001 a eu une suite : le 12 février 2003 la Commission a diffusé une autre communication, dont le titre est « un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action ». La Commission a décidé de revenir sur le sujet pour offrir une base utile à une plus ample consultation, c'est-à-dire à « susciter des réactions au mélange suggéré de mesures d'ordre réglementaire et non-réglementaire ». La Commission estime qu'il n'y a pas lieu d'abandonner l'approche sectorielle spécifique actuelle et résume les problèmes identifiés pendant la période de consultation ; en particulier, ces problèmes « concernent le besoin d'application uniforme du droit communautaire des contrats de même que le fonctionnement harmonieux du *marché intérieur* » (souligné par l'auteur). Afin de résoudre ces problèmes, le plan d'action de février 2003 propose un mélange de mesures réglementaires et non-réglementaires et en particulier il prévoit l'inclusion de mesures « afin d'accroître la cohérence de l'acquis communautaire dans le domaine du droit des contrats » et « de promouvoir l'élaboration de clauses contractuelles standards sur une base communautaire », tout en laissant à une période future l'appréciation relative à l'adoption « des solutions qui ne soient pas spécifiquement sectorielles, telles que, par exemple un instrument optionnel » (en d'autres termes, il s'agira d'une sorte de *soft law*).

L'objectif est l'élaboration « lorsque cela s'avèrera adéquat, d'un cadre de référence commun », que la Commission a l'intention d'élaborer « au travers de la recherche et avec l'aide de toutes les parties intéressées. Ce cadre commun de référence, devrait fournir les meilleurs solutions en termes de terminologie commune et de règles, notamment, entre autres, la définition de concepts-clé et de termes abstraits tels que 'contrat', ou 'dommage', et des règles à appliquer, par exemple en cas d'inexécution des contrats ».

Il faut aussi signaler que le Parlement est déjà intervenu sur le plan d'action proposé par la Commission, avec un projet de rapport du 26 mai 2003 (que nous avons cité auparavant) et qui s'est concrétisé maintenant dans la résolution du Parlement du 2 septembre 2003. Cette résolution considère, d'abord, que la multiplicité des ordres juridiques des États membres « porte atteinte au bon fonctionnement du *marché intérieur* » (souligné par l'auteur) et que « seules des étapes concrètes, dans le cadre

l'opportunité d'arrêter des règles européennes uniformes afin d'aboutir, à terme, à une uniformisation du droit des traités à l'intérieur de l'UE et dans le droit de ses États membres ». A partir de 2010 : « élaboration et adoption d'un corpus de règles sur le droit des contrats de l'Union européenne, qui tienne compte des notions et solutions juridiques communes telles qu'établies dans les initiatives précédentes ».

d'un calendrier détaillé et moyennant l'utilisation conséquente d'une terminologie commune, peuvent conduire à un droit européen des contrats cohérents ». Le Parlement ne semble pas satisfait du fait que la Commission n'ait pas suivi l'agenda indiqué dans la résolution du 15 novembre 2001 (v. note 17 ci-dessus) et l'invite « à s'efforcer de mettre au point prioritairement le 'cadre commun de référence' et à resserrer l'échéance prévue de 2008-2009, afin de ne pas différer les étapes suivantes », tout en annonçant son intention « d'organiser, conjointement avec la Commission, une conférence et une audition au début de l'année 2004 ». Pour l'avenir immédiat, le Parlement « invite la Commission à élaborer d'urgence [...] un instrument facultatif dans le domaine des contrats de consommation et des contrats d'assurance » et, par la suite, « demande la mise en œuvre pratique du 'cadre commun de référence' pour les procédures arbitrales, soit dans le cadre du réseau extrajudiciaire européen qui existe déjà, soit en liaison avec un système arbitral européen à créer de toutes pièces, au titre duquel seul le 'cadre commun de référence' serait utilisé » et, finalement, « qu'un instrument reposant sur le 'cadre commun de référence', que les parties contractantes se verraient proposer comme une 'solution facultative', soit élaboré, à savoir que les parties pourraient y recourir librement dans un premier temps et que, au bout d'un certain délai, cette solution pourrait devenir impérative ».

2.2. - Nous ne voulons pas entrer ici dans les détails des efforts méritoires de la Commission et du Parlement, parvenus – paraît-il – à la phase opérationnelle d'un plan d'action. Toutefois, au moins une question préliminaire s'impose : que signifie un « cadre commun de référence » dans la terminologie, dès lors qu'il existe des différences même profondes entre les traditions et sous-traditions juridiques européennes ? Un vocabulaire juridique commun comme anticipation d'un code de droit (unique) communautaire ou européen ? La question est décisive, au moins par le fait que ce vocabulaire pourra être réalisé de deux façons complètement différentes : d'un côté, à travers la méthode de la comparaison, en recherchant des solutions intermédiaires (ou de compromis) entre les terminologies des systèmes juridiques du nord au sud de l'Europe ; ou bien, de l'autre côté, en se fondant seulement sur la terminologie propre de la législation communautaire et cela sans oublier que d'autres possibilités pourraient encore ressortir de la combinaison de ces deux options.

Mais le point que nous voulons remarquer ici est autre. Toute cette entreprise est-elle soutenable seulement sur la base du « marché intérieur » ? Ou, au contraire, pour réussir doit-elle s'établir sur des bases plus solides et étendues ?

En lisant les documents de la Commission et du Parlement, il est tout à fait évident que le problème reste toujours celui de la base juridique et nous doutons que l'insistance sur le « marché » puisse suffire au processus d'uniformisation-harmonisation du droit des contrats en Europe.

En particulier, jusqu'à présent, la perspective de la réalisation d'un droit privé des contrats semble trouver deux points d'appui, distincts mais reliés entre eux : respectivement les articles 65 et 95 TCE.

L'article 65 prévoit notamment l'adoption de « mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière... dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ». Mais, dans cet article, la liste détaillée des mesures et des secteurs d'intervention n'apparaît pas telle qu'elle puisse justifier une action communautaire dont la portée serait si générale et incisive (ou, si nous le voulons 'envahissante') sur le plan des systèmes privés nationaux. Il s'agit, en effet, d'une norme qui a une portée sectorielle, c'est-à-dire limitée au champ du procès et juridictionnel, et destinée à exercer ses effets davantage sur le terrain du droit international privé plutôt que sur celui du droit substantiel.

L'autre point d'appui semblerait beaucoup plus vaste et solide : celui qui se réfère à l'article 95 TCE, concernant l'adoption de mesures relatives au rapprochement des législations nationales, dont l'objet serait l'instauration et le fonctionnement du marché intérieur.

La norme doit être lue en combinaison avec la réserve de souveraineté établie aussi bien par l'article 30 TCE que par l'article 95 lui-même, en ce qui concerne le maintien « des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes », en particulier, « de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes... des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale » (art. 30), « ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail » (art. 95, 4).

En tant que première approximation, nous pouvons penser qu'il apparaît certainement légitime de viser à réaliser un marché intérieur, en partant de l'élimination des divergences (entre les législations nationales) qui, comme des barrières, s'entreposent (en acte ou en puissance) à l'instauration et surtout au fonctionnement (correct) du marché lui-même, de sorte qu'on fait suivre l'effet (instauration/fonctionnement du marché) à la cause (élimination des barrières) ; mais il n'apparaît pas aussi certainement légitime de viser à la réalisation de l'uniformisation du droit en partant (seulement) de l'instauration et du fonctionnement du marché intérieur, de sorte que le rapport entre cause-effet soit inversé, ce qui finirait donc par rendre l'un disproportionné par rapport à l'autre.

Ce qui équivaut à dire que l'article 95 TCE ne confère pas à la Communauté une compétence générale pour uniformiser le droit (dans les matières concernant l'instauration et le fonctionnement du marché); l'article 95 TCE, au contraire, accorde une compétence uniquement fonctionnelle et circonscrite pour la réalisation du marché intérieur ; avec la conséquence, enfin, que la compétence ainsi qualifiée et délimitée se présente comme une compétence susceptible de dérogation ou mieux comme une compétence destinée à faire marche arrière en présence d'intérêts supérieurs (locaux) consistant dans la tutelle des valeurs et des principes considérés socialement prééminents (par rapport aux raisons du marché, aux politiques et aux mesures d'harmonisation s'y référant) et cela à la lumière des principes et des critères régulateurs de la distribution et de l'exercice des compétences dans le domaine communautaire (subsidiarité et proportionnalité).

Ce sujet mériterait d'être approfondi en particulier à propos de l'interprétation des principes de subsidiarité et de proportionnalité que nous avons cités¹⁹. De plus, un rappel ultérieur devrait être fait à la jurisprudence de la Cour du Luxembourg, qui, lorsqu'elle affirme que les différences entre les systèmes de droit privé des États membres peuvent être considérées comme des barrières potentielles au commerce entre les États, admet la soumission conséquente éventuelle du droit privé au crible (et, donc, au primat) du droit communautaire primaire, mais en même temps indique un nombre défini de domaines pour lesquels les États sont tenus de justifier l'existence de barrières semblables en termes de normes différentes. Le système de droit privé en tant que tel n'en fait pas partie, avec la conséquence qu'aucune compétence concernant l'harmonisation du droit

¹⁹ Pour une analyse de solutions à propos de la base juridique possible de mesures d'uniformisation-harmonisation en matière de droit privé, à propos des difficultés interprétatives de trouver cette base aussi bien à partir de l'art. 65 que de l'art. 95 TCE, de sorte que l'on pense préférable, en absence de modifications au Traité lui-même, de procéder par la voie d'une convention internationale, v. W. TILMANN et W. VAN GERVEN, « The Competence of the EU to Create a Uniform European Law of Obligations and Property on the Potential Legal Bases », dans AA.VV., *The Private Law Systems in the EU : Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code*, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, *JURI* 103 EN, 1999 ; à ce sujet v. aussi W. VAN GERVEN, « Coherence of Community and National Law. Is there a legal basis of a European Civil Code? », *ERPL*, 1997, p. 465 et s. Pour de récentes contributions à propos du droit privé européen v. aussi M. BUSSANI et U. MATTEI, « Le fonds commun du droit privé européen », dans cette *Revue*, 2000, p. 28; J. BASEDOW, « Codification of Private Law in the European Union: the making of an Hybrid », dans *Eur. Review Private Law*, 2001, p. 35 ; A. CHAMBOREDON et C. U. SCHMID, « Pour la création d'un " Institut européen de droit" entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », dans cette *Revue*, 2001, p. 686 ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (ed.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, 2001 ; M. J. CAMPANA, « Vers un langage juridique commun en Europe? », *ERPL*, 2000, p. 33 et s. Pour un intéressant aperçu des différentes réactions à l'initiative de la Commission Européenne v. plus récemment S. GRUNDMANN et J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague, 2002.

privé des États membres ne semble attribuée à la Communauté ; si bien que « ces derniers peuvent gérer leur système de droit privé en toute souveraineté »²⁰.

Les États membres peuvent donc se soustraire au crible de la compatibilité avec les libertés fondamentales du marché, pour les cas et pour les secteurs dans lesquels des règles au travers desquelles ils poursuivent des objectifs de protection déterminés par des raisons politico-sociales sont en vigueur. Si cette limite, qui correspond à l'obligation de destination fonctionnelle de la compétence communautaire concernant le rapprochement des législations nationales, doit se référer à des normes impératives, elle ne semble pourtant pas exclure la référence à une structure sémantique plus générale du droit privé (général ou particulier : qu'il s'agisse des contrats, des biens ou des responsabilités, et ainsi de suite), vue en tant que trame essentielle de principes et de valeurs, de notions et de règles ; d'autant plus que, comme cela est le cas, par exemple, de l'expérience juridique italienne de ces dernières décennies, cette structure et cette trame ont été enrichies de références constitutionnelles pleines de valeur, lors d'un travail important de révision et de remaniement, sur ces bases, du droit privé²¹, considéré dans sa valeur – justement – constitutionnelle : non pas dans le sens (politico-institutionnel) de *Verfassung*, voulons-nous simplement préciser, mais dans celui de *Grundgesetz*, c'est-à-dire dans le sens ético-social, néanmoins 'civique' (*ius civium*), de loi fondamentale des rapports de citoyenneté, avec le sens original de communauté, qui existait avant l'État, de sujets libres et organisés grâce à un système autonome²².

Pour ce qui nous intéresse ici, il en dérive que l'article 95 TCE montre clairement l'existence – et, en tout cas, risque, s'il est forcé au-delà de certaines limites, d'amener au développement – de tensions entre les raisons

²⁰ H. W. MICKLITZ, « Prospettive di un diritto privato europeo... », *cit.*, p. 312.

²¹ Entre parenthèses, cela vaut tout juste la peine, ici, d'observer qu'un problème de sauvegarde du système juridique civil vu de la sorte semble destiné à avoir de plus en plus d'importance, en Italie, avec la réforme, déjà mentionnée, du Titre V de la Constitution italienne et les problèmes de limites d'admissibilité de droit régional privé qui y sont liés : v. *supra*, § 1.4.

²² A propos des contenus historico-culturels de la notion de 'citoyenneté' pour une référence à l'idée de *civitas* v. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 vol., I. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Rome-Bari, 1999, p. 4 et s., où il est mis en évidence la polysémie, riche et variée, du nom 'città' dans le monde médiéval, à partir de la signification plus concrète de 'lieu physique' dans lequel prend pourtant corps la 'communauté des citoyens' organisée autour d'un droit 'qui est sien' : *ius civium*, justement, ou *ius proprium (civitatis)*. Cela vaut la peine, du reste, d'ajouter, ici, qu'il y a, parmi les racines communes à l'origine de la tradition juridique européenne (occidentale), comme cela est bien connu, les traditions laïco-médiévales de la civilisation communale, à propos desquelles v., par ex., J. BERMAN, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Londres, 1983, p. 357 et s. (sur les traces de l'analyse s'inspirant de Weber du phénomène urbain, en tant que point de départ de la modernité européenne, *rectius* occidentale).

du marché, d'un côté, et de l'autre, la défense de valeurs sociales que l'on peut ramener, au sens large, à des aspects de culture et 'd'identité nationale' (en tant que tels susceptibles de respect de la part de l'Union : art. 6 TUE), avec des résultats imprévisibles quant au respect du système des rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux.

Il sera possible de combiner les raisons de l'intégration économique avec celles d'une plus grande cohésion économique-sociale des citoyens dans le domaine européen seulement en portant ces valeurs en dehors de leur sphère nationale respective, en les plaçant - pour ainsi dire - dans une dimension commune, qui résulterait d'une convergence ample au niveau européen, qui serve à renforcer et à compléter la dimension nationale elle-même.

Dans ce sens, à la lumière des objectifs de l'Union dictés par l'article 2 TUE, on pourrait concevoir la *citoyenneté européenne* comme une base juridique des mesures communautaires, destinées à réaliser une harmonisation d'une façon systématique, et avec la méthode (comparative) la recherche de notions et de solutions communes, qui puisent nécessairement dans des cultures juridiques particulières, entre autres soutenues et liées par le respect des droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes des États membres, en tant que principes généraux de droit européen ; une citoyenneté conçue comme une valeur qui absorbe et intègre le marché, faisant référence aux quatre libertés (de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux) qui la commandent et qui sont toutes les quatre des libertés du sujet (aussi parce que, comme le disait Karl Marx, les marchandises ne vont pas toutes seules au marché, encore moins les capitaux et les services).

L'avantage de cette référence à la citoyenneté de l'Union est donné justement par sa caractéristique intrinsèque de complément de la citoyenneté nationale (comme le dit l'art. 17 TCE dans le texte modifié par le Traité de Amsterdam, en précisant que : « la citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »). A vrai dire, une tentative de renforcement du concept de citoyenneté européenne à l'enseigne de son autonomie a été faite dans le Projet préliminaire de traité constitutionnel (rédigé par le *praesidium* de la Convention et présenté en octobre 2002) : où (art. 5) il était question de « double citoyenneté » et, même, l'on prévoyait la possibilité de choix, de la part de chaque individu, de se servir de l'une ou de l'autre, avec les droits et les devoirs inhérents à chacune de celles-ci. Cette innovation de la normative en vigueur a toutefois été écartée dans le texte successif (toujours par le *praesidium*) du projet de traité constitutionnel (adopté par consensus par la Convention européenne les 13 juin et 10 juillet 2003) qui a rétabli la formulation actuelle (« La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas » : art. I-8 du

projet). Nous pouvons toutefois considérer fermement acquis, même sur la base de cette formule, la grande valeur non seulement symbolique, mais aussi théorique et pratique, de la citoyenneté de l'Union en tant que modalité expressive et, en même temps, fondatrice de l'intégration européenne, vue comme Union de peuples, en plus des États : et, en ce sens, en tant que « pilier fondamental » de la construction européenne (selon l'image utilisée à son époque dans la proposition de 1991, du gouvernement espagnol, d'institution d'une citoyenneté européenne).

Or, en ce qu'il importe d'observer ici, le fait d'assumer la citoyenneté de l'Union comme base juridique du droit privé européen pourrait amener à une synthèse les tendances d'uniformisation (uniformisation) et les tendances de conservation des diversités et des pluralités nationales et locales, selon d'idée d'un modèle de droit privé, pour ainsi dire, multi-niveau (*infra*, § 4) : une idée qui rappelle, à son tour, les idées du bas Moyen-Âge et celles de l'époque moderne du droit commun et des droits particuliers en relation de complémentarité (et de subsidiarité) ; ainsi que d'autres expériences comme, par exemple, celle de l'Amérique du Nord du rapport entre la *federal* et la *state common law*. Il s'agit d'une idée qui semble au moins utile pour servir de soutien à une plus grande uniformité dans le domaine du droit privé.

III. LE PROBLÈME DE L'OPPORTUNITÉ D'UNE CODIFICATION EUROPÉENNE DE DROIT PRIVÉ

3. - Il nous semble utile, alors, de rappeler, du point de vue historique, que l'unification du droit privé a représenté dans tous les pays européens une des modalités de formation des États modernes en tant qu'États nationaux : c'est un fait que nous pouvons constater aussi bien dans l'expérience précoce de l'État anglais et de sa constitution autour du noyau d'un droit commun à tout le royaume, que dans l'expérience plus tardive des États du continent européen et de leurs codes civils respectifs.

Comme on l'a observé : « le droit privé représente le cœur de l'État national, c'est dans le droit privé que se reflète l'identité culturelle d'une nation »²³. Il est en effet possible de dire que le niveau le plus élevé de souveraineté et d'identité nationale (en plus de 'positivité' du droit comme 'loi de l'État') se réalise, d'un point de vue historique, dans les systèmes (nationaux) de droit privé. Mais à condition d'ajouter que cette idée,

²³ H. W. MICKLITZ, « Prospettive di un diritto privato europeo... », *cit.*, p. 319; et v. aussi, par ex., H. COLLINS, « European Private Law and the Cultural Identity of State », *ERPL*, 1995, p. 353 et s. Sur l'idée de la codification du droit privé en tant que dépassement (et abatement) du 'particularisme juridique', v., d'une façon générale, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologne, 1976..

nationaliste et positiviste, du droit privé, ou bien de l'ordre juridique tout entier, correspond à un moment relativement bref et récent (qui dépasse à peine un siècle et demi, à partir du début du XIX^{ème} siècle) de toute l'histoire du droit en Europe et en particulier de celle du droit sur le continent européen. En effet, l'expérience anglaise s'est déroulée sans coupures importantes depuis le Moyen-Âge jusqu'à l'époque moderne et au-delà, dans le sillon d'une tradition de droit non écrit dont l'origine précède l'État et qui est l'expression de l'œuvre créatrice d'un pouvoir judiciaire centralisé, qui a une grande autorité et un grand prestige politico-institutionnel, ayant recours à une pluralité de matériel quant aux normes, règles et principes, provenant du continent. Au contraire, sur le continent la continuité du droit (privé) commun (*ius commune*) - en tant qu'expression, lui aussi, d'une multiplicité et variété de traditions et de sources au caractère fortement transnational (non seulement les traditions et les sources romano-canoniques du droit savant mais aussi celles pratico-professionnelles de la jurisprudence, surtout en matière de rapports commerciaux et de droit international privé) - est interrompue par le phénomène de la Révolution française et de l'avènement qui suivit des codes nationaux, jusqu'au dernier épisode, conclusif, de la codification allemande qui rend officiel le paradigme pandectiste selon lequel la science juridique est auto-référentielle dans le domaine d'un système 'fermé' de sources normatives étatiques. Il s'agit, d'autre part, d'une fermeture accompagnée de la naissance des barrières linguistiques liées à la rédaction de ces codes dans les langues nationales respectives, avec la rupture de la langue commune (le latin) qui avait caractérisé, pendant des siècles, l'expérience du droit commun européen en tant qu'expérience de communication entre les juristes de toute l'Europe, au niveau doctrinal et surtout au niveau jurisprudentiel (avec une attention toute particulière à la magistrature suprême), en conformité avec une notion de système 'ouvert' du côté de ses sources, que l'on peut rencontrer du point de vue historique dans chaque système de droit non codifié et, de nos jours, encore présent d'une façon significative dans le monde de la *common law* et dans celui de la *civil law*, où le droit romain commun a été conservé, faute de codifications, à l'état de tradition²⁴.

²⁴ « In any uncodified legal system the typical research tools will be the historical and the comparative methods of research » : voilà à ce propos, ce qu'écrit, par ex., J. C. SONNEKUS, « Property Law in South Africa: Some Aspects Compared with the Position in Some European Civil Law Systems – the Importance of Publicity », dans G. E. VAN MAAMEM et A. J. VAN DER WALT (ed.), *Property Law on the Threshold of the 21st Century*, 1996, p. 288, avec une certaine attention à la recherche de la *regula iuris* dans le système sud-africain (où il est défini comme: « the only living example of the old *ius commune* as it used to be applied more or less uniformly in continental Western Europe since the middle age and up to the codification drives of the previous century »); en ajoutant, ce qui est important, que la Constitution provisoire sud-africaine de 1993 (Act 200) prévoyait expressément le recours, de la part des juges, au « droit jurisprudentiel étranger

Cette idée de droit privé ‘codifié’, vu dans le sens de ‘droit national’, est encore dominante et en tout cas largement diffuse ; droit, faut-il ajouter, à qui on reconnaît une forte valeur d’identité au niveau de chaque contexte national. C’est pourquoi le problème se pose non pas à propos de la possibilité de réalisation (et de la base juridique relative), mais à propos de l’opportunité elle-même d’une ‘codification’ européenne en la matière. En effet, la valeur politico-symbolique d’une œuvre de ce genre, en vue du renforcement des liens d’unité-identité européenne, court pourtant le risque de devenir la cible de divisions et de polémiques, du fait que des opinions divergentes et contrastantes persistent.²⁵

Sans pouvoir entrer dans le vif de cette discussion, il paraît préférable que nous nous limitions à un aperçu panoramique sur le problème méthodologique et, en même temps, concernant le contenu de la compatibilité d’un système intégré de discipline des rapports inter-privés aussi bien sur le plan européen que sur celui de chaque contexte national.

A ce propos nous pouvons identifier deux nœuds thématiques principaux, et le rôle que la comparaison juridique est appelée à jouer, face à eux deux, apparaît évident et un résultat toutefois important.

Le premier nœud concerne la possibilité de réalisation et l’applicabilité dans le domaine européen d’un corps de droit privé uniforme, c’est-à-dire commun à chaque système, avec une attention toute particulière à la matière des contrats, du point de vue de leurs contenus et de leur valeur juridique (c’est-à-dire s’il s’agit de préceptes ou de principes généraux qui ne sont pas limitatifs), ainsi que sous l’aspect des différentes stratégies et techniques de rédaction sous la forme, respectivement, de code, de *restatement*, de loi (ou convention) modèle et, en tout cas, d’un texte articulé de règles et de clauses destinées à l’emploi des parties intéressées.

Le second nœud concerne, à l’enseigne des dynamiques d’influence et d’interaction entre le droit communautaire et le droit national, la possibilité

comparable (comparable foreign case law) » et celle qui est en vigueur actuellement (Act 26 de 1996), et cela depuis 1997, prévoit (sec. 39, 1c) qu’en matière d’interprétation des droits fondamentaux (*Bill of Rights*) : « a court, tribunal or forum [...] may consider foreign law » ; cette disposition est devenue beaucoup plus significative grâce à la suivante (art. 39, 2) selon laquelle : « When interpreting any legislation, and when developing the common law [ius commune] or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights ».

²⁵ V., par ex., sur de positions d’indication favorable, O. LANDO, « Why codify the European Law of Contract ? », *ERPL*, 1997, p. 525 et s. ; et *contra*. P. LEGRAND, « Against a European Civil Code », 60 *MLR*, p. 44 et s. (1997) ; *Id.*, « Sens et non-sens d’un code civil européen », dans cette *Revue*, 1996, p. 779 et s. ; ainsi que, pour un coup d’œil sur les différentes positions sur ce sujet, R. SACCO, « Non, Oui, Peut-Être », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, 1998, I, p. 163 et s. Pour d’autres références : B. S. MARKESINIS, « Why code is not the best way to advance the cause of the European legal unity », *ERPL*, 1997, p.519 et s. ; et T. KOOPMANS, « Towards a European Civil Code? », *ibid.*, p. 541 et s.

de considérer le premier, bien qu'avec le caractère sectoriel de ses interventions, en tant que récepteur de règles et de principes ayant une valeur universelle, c'est-à-dire susceptibles de s'intégrer dans les droits nationaux respectifs, dans le but de les uniformiser et de les harmoniser et, si cela est le cas, selon aussi les acquisitions mûries à propos du premier type de questions.

Il va de soi que l'identification de ces deux noyaux thématiques ne signifie pas que nous devons nous en occuper, ici, d'une façon distincte et encore moins dans le détail, mais cela vaut en tant qu'indication des hypothèses possibles, en consentant à développer un discours de synthèse et en suivant les lignes générales concernant, justement, la perspective d'une 'européanisation' du droit des contrats, et, d'une façon plus générale, du droit privé ; selon une idée des 'principes européens' vus non pas en tant que points spécifiques d'une discipline uniforme ou bien harmonisée, mais, plutôt, en tant qu'attitudes et objectifs d'une voie possible visant à la formation d'un droit commun européen.

IV. LE RÔLE DE LA COMPARAISON JURIDIQUE DANS LES PROCESSUS D'UNIFORMISATION DU DROIT : DU DROIT 'INTERNATIONAL' AU DROIT 'TRANSNATIONAL'

4.- C'est un fait que la comparaison juridique a assumé un rôle de plus en plus grand dans le contexte général de la globalisation et des exigences parallèles de détermination de règles communes du commerce international, ainsi que sur le front particulier de l'uniformisation-harmonisation du droit au niveau européen.

Cette croissance du rôle, non seulement théorique, de la comparaison est à la base d'un débat doctrinal qui a surgi et qui s'est développé en ce qui concerne le secteur des contrats commerciaux quand les parties contractantes sont de nationalités différentes, et par conséquent les contrats sont susceptibles d'être régis par des droits différents. Ce débat voit s'opposer, d'un côté, les comparatistes, partisans de la voie transnationale à l'unification (uniformisation) du droit, et de l'autre les partisans de la voie internationale, comme les experts en droit international privé. En bref, alors que les premiers pensent que les contrats conclus entre des sujets de nationalités différentes devraient être fondamentalement soustraits à leurs systèmes de droit national pour trouver une discipline propre à l'intérieur d'un corps de règles et de principes fondé d'une façon autonome dans les termes d'une *lex mercatoria* en dehors des États, les autres soutiennent que cette discipline ne peut être que celle qui est préparée par une loi d'État choisie à l'avance sur la base de règles uniformes de conflit. Dans le

domaine européen, la plus haute expression de cette tendance à l'uniformisation par le recours à des instruments de législation est constituée, en matière de contrats, par la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui, comme nous pouvons le lire dans son préambule, développe « dans le domaine du droit international privé, l'œuvre d'unification juridique qui a déjà été entreprise par la Communauté, en particulier en matière de compétence juridictionnelle et d'exécution des jugements » (en faisant référence à la Convention de Bruxelles de 1968 sur cette même matière).

Mais le point que nous voulons absolument signaler ici, c'est le passage de la prévalence de la méthode du droit international privé à la méthode comparatiste quant à l'approche des problèmes de droit uniforme, comme nous le trouvons confirmé par la Commission européenne elle-même dans la communication que nous avons citée plus haut, où sont justement mises en évidence les limites de la voie internationale ou conventionnelle à l'unification (avec une référence à ce propos à la Convention de Rome et à la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale des marchandises, bien que ce soit sur des aspects relatifs, respectivement, à la portée de l'une et de l'autre).

4.1. – Selon un point de vue différent, mais étroitement lié au précédent, un autre débat courant est celui qui a comme objet les différentes stratégies et techniques d'uniformisation du droit.

Comme cela est connu, il est possible d'en identifier quatre : la stratégie législative, c'est-à-dire des conventions internationales ; la stratégie jurisprudentielle, c'est-à-dire de la circulation des règles transposées dans le milieu de différentes juridictions nationales ; la stratégie contractuelle, c'est-à-dire des pratiques commerciales en usage dans les milieux déterminés de certains opérateurs économique-financiers ; la stratégie doctrinale, qui s'est affirmée plus récemment, qui agit sur la base de textes élaborés, sous une forme systématique, de principes généraux obtenus surtout par l'analyse comparative des différentes expériences et dont l'objectif est de clarifier et de fixer, pour employer une expression à la mode, les *best practices*, en ce qui concerne quelques aspects de la discipline de la matière.

Cette dernière technique est en train de prendre pied de concert avec l'approche pour ainsi dire *soft* du droit uniforme, par contraste avec l'approche *hard* de l'unification législative, c'est-à-dire imposée par rapport à un corps normatif contraignant.

Bien que paradoxal, le plus important motif de force en termes d'efficacité d'une technique de ce genre, qui consiste dans l'élaboration de principes-guide privés de l'autorité de la loi, réside justement dans sa faiblesse apparente ; dans le sens que de tels principes, sans besoin d'être

incorporés par des actes formels de réception dans chaque système, vivent par eux-mêmes et prospèrent dans la mesure où ils sont capables de satisfaire aux exigences réelles de la communauté internationale des opérateurs auxquels ils s'adressent ; c'est-à-dire dans la mesure où ils se montrent effectivement compétitifs par rapport à d'autres systèmes de réglementation, de sorte qu'ils sont graduellement transposés et intégrés, mais d'une façon stable, dans leur contexte de référence.

Il nous semble apercevoir pourtant un problème qui menace le caractère opérationnel de l'approche *soft*, tout au moins selon une interprétation de matrice de droit international privé, dans le fait que le renvoi à ceux-ci fait par les parties contractantes en tant que corps de règles pré-construit, mais étranger à tout système étatique, ne pourrait avoir de valeur, en dehors de l'hypothèse de jugement par arbitrage, en tant que renvoi à la 'loi choisie par les parties', selon le principe de liberté de choix de la loi applicable au contrat établi par la Convention de Rome de 1980. Le point n'est pas sans importance, car un tel déficit juridictionnel empêcherait ce type de source constituée de principes communs d'élaboration doctrinale, de circuler librement, pour ainsi dire, dans chaque système de droit national et de s'intégrer par degrés dans une action progressive et bénéfique d'harmonisation de l'ensemble des règles d'un droit contractuel européen.

4.2. – Nous avons précédemment mentionné deux produits doctrinaux de codification du droit européen des contrats : les *Principles of European Contract Law* (Pecl) élaborés par la Commission pour le droit européen, dont nous avons déjà parlé, une association privée de chercheurs, et le *Code européen des contrats* : il s'agit, ici aussi, d'une association de chercheurs (le Groupe de Pavie dont nous avons déjà parlé), dénommée officiellement *Accademia dei Giusprivatisti Europei*.

Le fait en soi de cette sorte de compétition, qui a lieu dans les milieux académiques européens, sur le terrain de l'étude et de la formulation de principes et de règles 'communs' dans le domaine des contrats, peut être vu positivement comme une condition pour le développement, la diffusion d'une mentalité et d'une attitude tournés vers l'idée d'une uniformisation majeure des systèmes de droit privé, au-delà des barrières des codes et dans la direction d'une communauté transnationale, réalisée à partir des bases culturelles et de formation des juristes et selon leur prise de responsabilités sur ce terrain²⁶.

²⁶ Cet aspect 'culturel' important de l'initiative, dont nous avons parlé, des 'codifications privées', lesquelles : « semblent, à l'époque actuelle, vouloir redonner, au droit civil, le caractère originare extra-étatique que celui-ci, même avec la médiation du droit romain, avait toujours gardé » jusqu'à la codification, est signalé ainsi, par ex., par G. B. FERRI, « Le Code européen des contrats », dans *Europa e diritto privato*, 2002, p. 345, en associant à cette perspective historique

En rappelant ces deux exemples de codification européenne, nous n'avons certainement pas la prétention d'en faire une évaluation comparative de synthèse, mais tout simplement de dire quelques mots rapides sur leur nature et leur structure.

Il s'agit, dans les deux cas, de modèles de 'codes', en voulant dire, par cette expression, ce que signifie, habituellement, le terme 'code', non seulement en tant que système (ordonné et ordonnant) de règles, mais aussi en tant que lexique, c'est-à-dire en tant que référent sémantique de notions et d'institutions qui y trouvent une définition.

Dans le sillon des « Principes Unidroit sur les contrats commerciaux internationaux », devenu l'un des recueils les plus connus d'usages du commerce international, les *Pecl* sont structurés d'une manière analogue. Il s'agit d'une œuvre de comparaison juridique qui, si nous écoutons ce qu'en disent les rédacteurs, veut se proposer, grâce à sa technique d'élaboration, sous un aspect encore préliminaire par rapport à celui de code, c'est-à-dire sous forme de *restatement*, comme une sorte de *digeste* de règles qui existent et qui prévalent en matière contractuelle dans chaque système de droit national, concernant non seulement les États membres, mais aussi les systèmes juridiques extérieurs à la Communauté (parmi lesquels celui des États-Unis). Pourtant, il suffit de feuilleter les articles pour que nous nous rendions compte que l'objectif en est beaucoup plus ambitieux, en ce qui concerne la forme, la substance et les finalités elles-mêmes des *Pecl*, qui ont été conçus selon le modèle structurel et morphologique d'un code, dans le sens où nous en avons déjà parlé. Et, en effet, parmi les objectifs déclarés des *Pecl*, il y a celui de servir de base à un code européen de droit contractuel futur. Ajoutons que, parmi les autres objectifs qui sont tout aussi explicites, il y a celui de fournir, dans l'intérêt et pour l'utilité des parties contractantes qui vivent ou ont leur activité professionnelle dans des États différents, un système de règles neutres, qui n'est basé sur aucun système de droit national. Ces règles pourraient avoir la valeur d'une sorte de *lex mercatoria* moderne, susceptible d'être utilisée de la même façon par les juges et les arbitres appelés à décider de cas qui ne sont pas régis par d'autres sources de normes appropriées. Encore plus, ces règles pourraient être utilisées par les législateurs nationaux eux-mêmes dans le but de promouvoir le processus d'uniformisation-harmonisation des systèmes de droit privé.

justement celle de la « perte progressive de souveraineté des Etats » nationaux dans le monde contemporain, où, déjà à partir des années '50 du siècle qui vient de se terminer, était enregistrée une crise de légitimation « du pouvoir de l'État dans les matières propres au droit civil » (p. 347, en citant F. VASSALLI, « Estrastatalità del diritto civile », dans Id., *Studi giuridici*, III, 2, Milan, 1961, p. 761).

De son côté, le projet de Pavie de Code européen des contrats, qui se sert de la méthode comparative, a été élaboré principalement en ayant recours à une sélection moins vaste de matériel, centrée sur la comparaison entre les normes du livre IV du Code civil italien, adopté comme modèle représentatif du secteur de la *civil law*, surtout pour sa position médiane entre le modèle français et le modèle allemand, ainsi qu'entre ces deux modèles, considérés dans leur ensemble, et le modèle anglais (entre autres révisé en une version codifiée singulière rédigée à l'époque par la *Law Commission*).

De plus, à la différence des Pecl, qui sont caractérisés par une approche plus nuancée et plus articulée sur le plan des objectifs, le projet de Pavie de Code européen est caractérisé, même dans ses intentions, par l'objectif plus ambitieux et direct de se substituer aux législations nationales, à savoir par la prétention de se placer, sans aucun doute, en tant qu'instrument d'unification, dans la tentative de restituer « à l'Europe un droit commun ayant des qualités et une rigueur que ne peut prétendre avoir une *lex mercatoria* confiée uniquement à la pratique des affaires »²⁷.

En tout cas, dans ces deux situations, nous pouvons facilement nous rendre compte que l'on combine entre eux des éléments traditionnels et originaux et que la comparaison joue un rôle qui peut être, chaque fois, de contrôle de solutions partagées par le plus grand nombre des systèmes de droit national, ou bien de sélection de celles qui semblent pouvoir mieux s'adapter aux objectifs d'uniformisation. Dans ce sens, l'intention de fournir une base de principes et de règles communs aux systèmes juridiques européens à travers la méthode comparative devient importante ; ces principes et ces règles sont d'autant plus utiles en tant que sources de connaissance, qui s'accompagne d'un commentaire ayant une valeur explicative et, en même temps, une interprétation authentique de ces principes et de ces règles, susceptibles donc de guider les juristes nationaux vers des solutions capables de mettre en harmonie leur droit national avec celui des autres pays de l'Union.

V. 'DROIT COMMUN' VS 'DROIT UNIQUE'

5. – Nous arrivons donc à un croisement fondamental de l'europanisation du droit des contrats et, d'une façon plus générale, du droit privé : celui dans lequel la comparaison, qui est à la recherche de principes et de règles communs, rencontre le droit communautaire en vigueur en matière de rapports privés pour en enregistrer, à son tour, les tendances en

²⁷ P. RESCIGNO, « Nota introduttiva », dans *Code européen des Contrats*, cit., p. XVIII.

termes de modèle et en mesurer la compatibilité avec de tels principes et de telles règles.

Nous savons que, désormais, les interventions du législateur communautaire en cette matière sont nombreuses, et que celles-ci ont surtout eu lieu sous forme de directives, il en suit donc que celles-ci ont nécessairement dû être transposées à l'intérieur des systèmes de loi des États membres.

D'une façon générale, il est important d'observer comment cette technique d'intervention au caractère épisodique et sectoriel a déterminé une fragmentation encore plus étendue des disciplines nationales de source communautaire, à cause des modalités de réception des normes communautaires en question qui, à en juger d'après l'expérience du droit italien, mais avec des analogies que l'on peut trouver ailleurs dans les pays de la Communauté, ont contribué à isoler et à affaiblir les normes communautaires elles-mêmes, dans le sens littéral de ne pas en percevoir ni en développer les effets potentiels d'harmonisation, tout d'abord sur le plan des principes, puis sur celui des normes.

Avec une image de synthèse suggestive, l'impact de la norme communautaire sur les droits privés nationaux a donc été décrit comme un archipel d'îlots, représentés justement par de simples secteurs 'communautarisés' spécifiques, dans la mer - c'est-à-dire le système - du droit privé de chaque État membre²⁸.

A ce spectacle ont certainement contribué des facteurs et des motifs d'ordre socio-culturel et professionnel, de viscosité et de retard de formation, pas toujours et pas seulement imputables, donc, au législateur (national) en tant que tel ; à savoir, pour le dire plus franchement, à la classe des hommes politiques et aux classes dirigeantes. Une partie importante de responsabilité peut être aussi imputée aux juristes, théoriciens et praticiens.

Naturellement, pouvons-nous juste ajouter, un tel état des choses présuppose que, pour que les potentialités non exprimées des mesures d'harmonisation puissent réellement être exercées dans les contextes de référence, celles-ci doivent, en tout cas, déjà y trouver un climat et un terrain préparés et fertiles pour leur maturation.

A ce propos, nous pourrions faire plusieurs observations et rappeler plusieurs références : mais nous pouvons nous limiter à considérer, encore une fois, l'utilité de la méthode comparative et, dans ce sens, l'opportunité de travaux de recherche comparative, comme ceux décrits ici, ainsi que les exemples de codification européenne du droit contractuel, et aussi ceux qui sont annoncés, d'une codification européenne du droit patrimonial en

²⁸ H. W. MICKLITZ, « Prospettive di un diritto privato europeo... », *cit.*, p. 347, et références.

général : ces travaux plaçant les prémisses non seulement culturelles, mais aussi de formation d'un juriste européen²⁹ et donc font voir le jour à des solutions, à des règles et des principes qui seront capables de concilier et d'harmoniser le droit privé 'vieux' (lui aussi caractérisé par des bases historiques communes qui se sont maintenues au niveau de la doctrine et de la dogmatique) au droit privé 'nouveau', de matrice communautaire. Ce droit 'nouveau' concerne des thèmes sectoriels et de droit surtout commercial, mais très importants pour un processus d'intégration juridique qui soit capable de faire face aux problèmes de compatibilité, de possibilité de traduction et de transfert de concepts, de règles, d'institutions, observés dans le spécifique des contextes de référence pour être élaborés de nouveau selon des catégories fongibles. Tout cela selon l'idée d'un droit vraiment commun, c'est-à-dire qui présuppose, en tant que tel, l'existence de droits particuliers (différents), et non pas, au contraire, d'un droit assemblé en guise de bloc uniforme ou, pire, unique, pour se superposer et remplacer de tels droits.

VI. DROIT PRIVÉ 'MULTI-NIVEAU' : QUELQUES CONCLUSIONS

6. - Ce que nous venons de dire nous met sur le chemin de quelques considérations finales sans aucune prétention de conclure le discours, vu qu'il s'agit de réflexions qui essaient de s'approcher d'un objectif ou point stable, sans avoir l'illusion de l'atteindre.

Leur nature de considérations *in itinere* veut refléter l'état de l'ensemble des problèmes et des aspects critiques du processus d'intégration européenne : un processus en équilibre instable, sur le plan politico-institutionnel, entre l'approfondissement de ses raisons et le risque d'involutions ; mais qui comporte aussi, sur le plan socio-économique, l'exigence de garder un acquis qui continue de représenter un patrimoine aussi bien culturel que technico-juridique important.

Nous ne pouvons pas inclure dans l'acquis communautaire le bagage de 'fédéralisme fonctionnel', c'est-à-dire d'un fédéralisme vu comme un processus croissant, fait de notions, d'acquisitions et d'expériences qui se sont accumulées dans le temps, surtout par la Cour du Luxembourg au sujet des rapports entre le système du droit communautaire (sur-national) et des systèmes de droit national, ainsi qu'au sujet des principes et des droits coessentiels au fonctionnement correct du marché unique.

²⁹ L. MOCCIA, « Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental », dans cette *Revue*, 1997, p. 800 et s.

A coté de cet acquis nous pouvons alors prévoir la naissance des principes d'un droit européen des contrats ayant une valeur transversale par rapport aux systèmes de droit privé. Il s'agit de principes alimentés en même temps par les sources communautaires et par les sources nationales, mais aussi corrigés et intégrés par les textes doctrinaux que nous avons mentionnés plus haut, à travers un rapport circulaire qui lie le droit communautaire à chaque droit national et ce dernier, à son tour, aux autres systèmes de droit national à travers le premier.

Dans ce sens, un droit privé européen, qui serait formé de matériels différents provenant de la législation communautaire, de la comparaison, de la pratique jurisprudentielle et de la science juridique, et éventuellement composé, au moins au début, de textes de compilation (*restatement*) ou de lois-modèle (*model laws*), pour en faciliter l'étude et l'enseignement, ainsi que la compréhension, l'interprétation et l'application, ne peut être structuré et pensé qu'en tant que système agissant sur plusieurs niveaux d'efficacité, nationale ou sur-nationale : de façon que les règles et les principes de droit national soient soutenus, justement, par des règles et des principes 'communs' d'un droit forgé dans les haut-fourneaux européens de Bruxelles et de Luxembourg, mais tempéré dans le haut-fourneau surtout de l'interprétation judiciaire et doctrinale de chaque système juridique, selon des techniques d'ouverture du système des sources et de comparaison déjà connues du droit commun européen des siècles passés, afin qu'il soit ainsi immergé dans les domaines territoriaux et sectoriels respectifs du marché et de la société.

Un système multi-niveau de ce genre a évidemment besoin d'un degré de flexibilité et d'adaptabilité interprétative suffisant pour maintenir son caractère unitaire de fond par rapport à la pluralité et à la diversité de ses articulations territoriales et sectorielles : à ce propos, il a donc besoin d'être doté de principes généraux, sur la base de valeurs partagées (équité, bonne foi, confiance et ainsi de suite), inscrites, bien sûr, à l'intérieur d'un cadre de référence ou d'une base juridique.

Quant à ce que pourrait et devrait être ce cadre, nous n'avons aucun doute du point de vue aussi bien de la forme que de la substance. Il s'agit non seulement du 'marché intérieur', en tant que synonyme d'un espace et d'un droit 'unique', mais aussi et surtout de la 'citoyenneté européenne', en tant que synonyme d'une pluralité d'espaces (nationaux et même locaux au niveau des autonomies régionales) complémentaires. Il s'agit d'une pluralité d'espaces à l'enseigne de la citoyenneté européenne, vu, donc, en tant que condition de pleine subjectivité qui complète et enrichit la dotation des droits de la personne, en la projetant justement dans la dimension d'un système de droit privé ayant une valeur européenne, c'est-à-dire commune à leurs citoyens, avant de l'être à chaque système de droit national.

Nous pouvons ainsi parvenir à des conclusions, qui se veulent plutôt des auspices, c'est-à-dire que le passage du marché à la citoyenneté, comme valeur et comme principe fondant l'Union, arrivera à guider les développements du processus d'intégration, sur le plan de l'eupéanisation du droit privé, y compris le droit des contrats. Ainsi, saura-t-il prendre racine sur le terrain d'une constitutionnalisation de ce processus, à l'enseigne de ses principes et de ses valeurs inspiratrices. Ces derniers pourront donner corps à un modèle de droit privé ayant une vocation relationnelle plus fortement accentuée, capable d'offrir une possibilité plus grande pour les citoyens d'accéder au marché, pour y échanger des biens et obtenir des services, entretenir des rapports et y développer des activités professionnelles et d'entreprise, et pour garantir aussi une plus grande transparence de ses mécanismes, en supposant une trame de droits plus étendue, ainsi que les devoirs d'information qui y correspondent. Tout cela pourrait aussi garantir un contrôle plus efficace de la réalisation des objectifs d'égalité et d'uniformité poursuivis au niveau communautaire, dans le but de rendre vraiment effectives les libertés du marché, mais plus encore dans le but d'établir un lien de plus en plus étroit au niveau et à travers une société civile européenne envisagée comme communauté d'égaux (en tant que citoyens européens), pour reprendre un principe-clé de l'Europe unifiée, à la lumière de la Constitution européenne à venir : le principe de l'égalité de ses citoyens, proclamé par l'article I-44 du projet (« Dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens. Ceux-ci bénéficient d'une égale attention de la part des institutions de l'Union »). Un tel lien pourrait enfin justifier, par ricochet, sa formalisation en un corps commun et uniforme de règles de droit privé européen.