

dynamiques. Les idéologies réelles de l'interprétation seraient des compromis pratiques, qui varient notamment selon les caractéristiques des normes interprétées (16).

Je crois que l'on peut affirmer que l'idéologie juridique qui sous-tend l'interprétation d'un code civil se situe plus près du pôle dynamique que du pôle statique et cela, en raison des caractéristiques du texte et du statut des normes qu'il exprime. Certes, la recherche de l'intention du législateur et les préoccupations de sécurité et de stabilité juridiques ont-elles leur place dans l'interprétation du Code civil, surtout dans les années qui suivent immédiatement son adoption. Mais le code n'est pas « la chose » du législateur, comme le serait la loi fiscale, par exemple (17). Son style de rédaction invite plutôt à la collaboration de la doctrine et de la jurisprudence à l'édification de normes adaptées aux situations concrètes.

CONCLUSION

En conclusion, je ferai brièvement état d'une étude que j'ai menée portant sur les huit premières années d'interprétation du *Code civil du Québec* par la Cour d'appel du Québec et par la Cour suprême du Canada (18). L'analyse a porté sur 92 arrêts rendus entre 1994 et 2001. Dans 13 de ces arrêts, soit près de 15% du total (ce qui représente une proportion significative), une partie demandait au juge de rectifier le texte du nouveau code en vue d'assurer une interprétation plus satisfaisante au plan des résultats. Dans la majorité des cas où son intervention correctrice était réclamée, soit dans sept cas sur 13, le tribunal a accueilli la demande d'adaptation du droit à la situation de faits et il l'a fait en s'écartant clairement du sens suggéré par le texte.

Le nouveau code québécois était, à cette époque, et est encore, en période de rodage et l'on sait, pour reprendre l'image suggérée par le professeur Chevallier, qu'en période de rodage, la qualité du lubrifiant est particulièrement importante. Dans les premières années d'application du Code civil du Québec, les tribunaux québécois n'ont donc pas manqué d'exercer, de façon certes sélective, mais d'exercer tout de même résolument leur fonction d'adaptation du droit, ce qui est un gage, parmi d'autres, de la longévité du Code civil.

(16) *Id.*

(17) Dans un des grands arrêts du droit civil québécois, où la Cour suprême du Canada a favorisé une interprétation évolutive du Code civil, le juge Pratte déclare qu'« une interprétation littérale et rigoriste des textes [...], si elle a sa place en droit fiscal, n'a certes pas sa place en matière de droit civil » : *General Motors Products of Canada Limited c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 813.

(18) « Discernement et fidélité dans l'application du nouveau droit civil », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 68.

L'ÉVOLUTION DU BGB EN ALLEMAGNE. LES ACTEURS ET LEUR MÉTHODOLOGIE

Par

Hans-Jürgen SONNENBERGER

Professeur émérite à l'Université de Munich

Docteur honoris causa de l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

INTRODUCTION

Quand on pose la question du rôle du Code Civil ou du BGB dans nos deux sociétés civiles on peut choisir entre plusieurs perspectives. Il est particulièrement intéressant de mettre en lumière les forces capables de développer et transformer un Code, dont l'élaboration et la promulgation sont des événements historiques du passé, en instrument actuel, propre à régler et à façonner la vie sociale d'aujourd'hui et à répondre aux nouveaux défis. C'est d'autant plus intéressant quand on envisage une Européanisation du droit civil pour laquelle manque toujours cruellement un compte rendu comparé des bases nationales de la doctrine de codification. Il est vraiment surprenant que les discussions des différents projets au niveau européen ou international passent cette question sous silence avec une légèreté étonnante.

Un rapport sur les caractéristiques de la codification allemande du droit civil et sur son évolution exige en première ligne de définir le rôle du BGB en tant qu'expression du droit civil moderne. A ce sujet sera consacrée la *première partie*, qui ne vise pas à mettre en exergue l'histoire complète de l'évolution des quatre livres du BGB par une énumération des lois modificatives dont le nombre dépasse les 150. Une telle entreprise ne serait pas seulement trop volumineuse mais aussi sans grande valeur pour comprendre le rôle du BGB dans le système global du droit civil. Dans la *deuxième partie*, il me semble intéressant de parler de la mise en œuvre et du développement du BGB par les différents acteurs, de leurs fonctions et de la répartition de leurs rôles : notamment de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine et de la pratique de ceux qui utilisent le BGB.

I - LE BGB COMME SYSTÈME CODIFIÉ DU DROIT CIVIL

Selon l'opinion générale, le refus de la création d'un Code civil des Allemands à l'instar de celui des Français, au début du 19^{ème} siècle ne fut pas exclusivement dû à la situation politique en Allemagne après la fin de l'Empire, mais provint également des approches formulées par Savigny à propos de l'impossibilité de formuler des textes de lois civiles sans un système scientifiquement fondé. Dans cet esprit, des Facultés de droit allemandes refusèrent d'enseigner les Codes princiers ou

royaux et choisirent le système des pandectes en plein développement comme noyau de l'enseignement du droit civil, déjà mentionné dans le rapport de Camille Jauffret-Spinosi. A la fin du 19^{ème} siècle, l'enseignement du BGB a pris cette place, mais fut lui-même fortement influencé sinon imprégné par la tradition de la science des pandectes. La portée de ce fait suffirait à constituer le sujet d'un exposé particulier. De toute façon? on retrouve jusqu'à nos jours les effets de cette influence dans la systématique, dans la technique abstraite de la formulation des dispositions de la loi, dans la méthode d'interprétation et dans l'influence de la dogmatique scientifique sur l'interprétation et le développement du BGB.

La science des pandectes considéra le droit civil comme un système de règles et de valeurs, et les auteurs du BGB ont adopté la même optique. Même si on n'avait pas considéré les dispositions du BGB comme une réglementation exhaustive, on était persuadé de pouvoir déduire les règles manquantes directement du système légal, donc du BGB. Cette tâche était considérée comme le champ d'action propre de la jurisprudence et de la dogmatique, elles aussi liées au cadre du système global et clos. Dans cet esprit, le BGB était composé d'une partie générale consacrée aux sujets de droit (aux personnes), aux objets de droit (aux choses) et aux actes juridiques en général, et de quatre parties particulières : au droit des obligations, des biens, de la famille et des successions.

En réalité, confrontée à la vie sociale et économique, l'idée du BGB comme un système clos se heurta très tôt à de premières difficultés. En témoignage, je ne citerai que quatre catégories d'exemples :

- **la première catégorie** : Le BGB même ne tient pas compte de la prétention d'être l'expression d'un système clos du droit civil. C'est ainsi que dans le premier livre, dans la partie consacrée aux personnes, on ne trouve les personnes morales que partiellement, c'est à dire l'association et la fondation.

- **la deuxième catégorie** : Le BGB, en tant que système clos, se révèle peu approprié pour régler des faits pour lesquels le législateur n'avait pas reconnu la nécessité d'une réglementation. Cela s'est manifesté à l'occasion des premières affaires concernant un préjudice occasionné à un partenaire dans la phase précontractuelle de pourparlers. Presqu'en même temps, fut découvert le caractère incomplet de la réglementation des troubles à l'exécution, des *Leistungsstörungen* dans la terminologie allemande. Dans le BGB ne furent réglés que le retard de l'exécution et l'inexécution de l'obligation principale. Mais l'exécution défectueuse et l'inexécution des obligations secondaires auraient également nécessité une réglementation.

- **la troisième catégorie** : Le BGB, considéré comme système clos du droit civil, ne fut pas en état de maîtriser des phénomènes sociaux nés après son entrée en vigueur. Par exemple, les paragraphes 145 et suivants du BGB se limitent à une réglementation de la conclusion d'un contrat comme la rencontre de deux actes individuels de volonté. Un phénomène de masse qui s'est généralisé depuis le début du 20^{ème} siècle, l'introduction des conditions générales de contrat par la partie la plus forte, n'a pas été réglé.

- **la quatrième catégorie** : Elle concerne l'opposition de nouvelles valeurs. Lors de la rédaction du BGB la protection de la personnalité humaine ne fut pas le sujet d'une attention particulière. La seule disposition concernant un droit subjectif de la personnalité fut le paragraphe 12 sur le droit au nom. Une extension de cette disposition par analogie à d'autres aspects de la personnalité de l'Homme se heurtait à des obstacles insurmontables. Il est vrai que le paragraphe 823, 1^{er} alinéa sur la responsabilité délictuelle sanctionne des préjudices occasionnés au corps et à la santé de l'Homme et aux droits patrimoniaux énumérés ainsi qu'aux "autres droits subjectifs" (*sonstige Rechte*). Mais la formule "*sonstige Rechte*" sousentendait

d'autres droits subjectifs patrimoniaux". On n'a pas voulu y inclure les droits de la personnalité. Or, il était hors de l'horizon des auteurs du BGB, que la constitution de la République Fédérale d'Allemagne de 1949 dans son art. 1, 3^{ème} al. imposait à l'État, de façon particulièrement solennelle, la protection de la dignité de l'Homme. Dans ces conditions, il était devenu inacceptable de laisser sans réparation les dommages causés par le non-respect du droit de la personnalité, notamment par les reportages en paroles et en images, publiés ou diffusés dans les masses-médias.

Avec tout ce qui précède, on en arrive au résultat que la codification du droit civil allemand dans le BGB, dont les dispositions, nonobstant leur caractère de droit positif, se justifient par leur appartenance à un système scientifique, est exposée en permanence à l'épreuve de la correction et du développement de celui-ci. Dans une certaine mesure, ce procédé se déroule à l'intérieur du système. Il arrive parfois que l'esprit même d'une réglementation soit modifié sans la moindre intervention du législateur. Un bon exemple se trouve dans la doctrine de l'acte juridique et du contrat, qui se réalisent par des déclarations de volonté, *Willens-erklärungen*, selon les paragraphes 116 et suivants et 145 et suivants du BGB. Or, depuis l'entrée en vigueur du BGB la dogmatique a profondément modifié la conception de la notion de "*Willenserklärung*". Aujourd'hui on ne comprend plus la "*Willenserklärung*" comme une expression de la volonté de celui qui déclare, mais comme une "*Geltungserklärung*", c'est à dire comme une expression adressée à une autre personne, qui formule les règles du rapport juridique à créer. Comme cette déclaration est destinée à un autre, elle est destinée par nature à créer un état de légitime attente ou de confiance. Cela a des conséquences importantes pour l'interprétation. De plus, on a même poussé cette nouvelle conception jusqu'au point où l'acte volontaire cède la place à l'état de confiance légitime créé par une déclaration qui n'a pas été faite dans le but de créer un lien juridique, pourvu que le destinataire ait pu légitimement la regarder comme telle.

Une évolution parallèle a marqué la conception du lien d'obligation contractuelle, le *vertragliche Schuldverhältnis*, au sens du paragraphe 305 du BGB, dans sa version d'origine. Les parties furent considérées comme libres de fixer leurs relations par leur consentement sous la seule réserve des paragraphes 134 et 138 du BGB concernant les lois d'ordre public interne et les bonnes mœurs. Elles ne furent pas liées par des principes objectifs de justice contractuelle. Le contenu du contrat était juste par nature, parce que librement convenu. Mais la compréhension du lien contractuel devait changer avec la naissance de l'idée de l'autonomie privée comme instrument commun des parties pour organiser leurs relations. Une telle compréhension nécessite une garantie juridique de l'autodétermination non seulement de l'une, mais des deux parties, si celle-ci est en danger. Dans cet esprit, la doctrine et la jurisprudence ont formulé plusieurs règles, plus tard adoptées par le législateur. J'y reviendrai à propos de l'exemple de l'utilisation des conditions générales de contrat.

Après tout, on peut dresser un premier bilan. L'étroite relation entre le BGB et la dogmatique scientifique, notamment dans les domaines de la doctrine de l'acte juridique et des obligations contractuelles mais sans se limiter à ceux-ci, témoigne du fait que l'idée de la codification comme un système clos était fautive depuis son origine. Elle fut le résultat d'une compréhension dogmatique peu consciente de la nature du droit et particulièrement du droit civil comme phénomène historique.

L'abandon de l'idée du BGB comme système clos fut encore conforté par l'entrée en vigueur de la loi fondamentale comme constitution de la RFA en 1949 et accéléré par la compétence de la Cour Constitutionnelle Fédérale qui a vocation à mettre les dispositions de la loi ordinaire, donc également du BGB, en harmonie avec les nouvelles valeurs constitutionnelles et d'annuler celles qui sont

incompatibles avec la Constitution, soit sur demande de chaque citoyen qui se sent violé dans ses droits fondamentaux, soit sur demande d'un organe constitutionnel.

Dans un célèbre arrêt du 14 février 1973 (1), la Cour Constitutionnelle Fédérale nie de façon très claire et univoque le caractère clos du système du droit civil et par conséquent du BGB et définit le rôle du juge. Je cite : "L'interprétation d'une disposition légale ne peut pas s'arrêter pour toujours à la signification qu'on lui a attribuée au moment de sa naissance. On doit considérer quelle est sa fonction raisonnable au moment de l'application. Une disposition se trouve toujours dans le contexte de la situation qu'elle a vocation à régler et des conceptions politico-sociales. Par conséquent, son contenu peut et doit changer avec celles-ci. Cela est d'autant plus vrai si, entre le moment de la création et celui de l'application de la loi, la vie sociale et les conceptions de droit ont changé si profondément, comme au 20ème siècle. Un éventuel conflit entre la disposition juridique et les conceptions de la justice matérielle ne peut se dénouer par un simple renvoi au texte non modifié... Une application plus libre de la disposition de loi s'impose, ... si on ne veut pas rater la mission de réaliser le droit".

Le raisonnement de la Cour Constitutionnelle Fédérale permet de formuler un deuxième *bilan intérimaire* : la Cour confirme la relativité historique de la loi. Dans l'arrêt cité, il s'agit du BGB, rappelant la distinction de la loi et du droit selon l'article 20, 3ème alinéa de la loi fondamentale. Elle souligne la nécessité de modifier la loi non seulement en raison du développement de la vie sociale, mais également des valeurs matérielles du droit. Là-dessus la Cour a même dit ceci : "Si on applique la loi comme elle a été formulée par un législateur historique, on peut violer le droit actuel, parce que la loi et le droit ne sont pas identiques".

En résumé de la première partie, on peut conclure : nonobstant le fait que le législateur du 19ème siècle ait considéré le BGB comme l'expression d'un système clos du droit civil, cette idée a été abandonnée : d'abord, de facto, à partir de la fin de la première guerre mondiale en raison des changements sociaux et dogmatiques ; puis, de jure, quand la Cour Constitutionnelle Fédérale, après l'entrée en vigueur de la loi fondamentale en 1949, a confirmé cela non seulement par rapport aux changements sociaux, mais également par rapport aux nouvelles valeurs. Aujourd'hui, le BGB est considéré comme l'expression d'un système de droit civil ouvert.

Il est évident que cela expose le BGB aux évolutions sociales et économiques et aux nouvelles valeurs. En même temps, cela augmente le risque de relativiser arbitrairement le contenu de ses dispositions. C'est pourquoi la deuxième partie du rapport consacrée aux acteurs du développement du BGB et de leurs rôles, est d'une importance particulière.

II - LES ACTEURS DE LA MISE EN ŒUVRE ET DU DÉVELOPPEMENT DU BGB

Dans les traités allemands du droit civil, on trouve souvent des parties sur le rôle du législateur et du peuple comme les seuls acteurs du développement du droit, le peuple agissant par les coutumes. Selon cette opinion, la jurisprudence ne crée pas des règles de droit et la doctrine non plus. Toutes les deux ne contribuent qu'à la connaissance du droit. Cette répartition des fonctions remonte essentiellement au 19ème siècle. Elle est l'expression de la séparation de pouvoirs et du romantisme juridique aujourd'hui dépassés. La conception suivie dans ce rapport est celle d'une

(1) V. CCF BVerfGE 34,269. Documentation exhaustive dans Münchner Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Tome I, 4. Aufl. 2001, Einl. (Säcker) N°139 suiv., note 358.

phénoménologie juridique sur le fond du droit constitutionnel. Dans cette perspective, le législateur et la jurisprudence occupent une place centrale. En dehors du cadre constitutionnel, la doctrine et la pratique des utilisateurs du BGB jouent un rôle non négligeable qui mérite quelques remarques supplémentaires.

1 - Le développement du BGB par le législateur

Si je parle en premier lieu du législateur, c'est parce que son rôle de fait, grâce à la Constitution, est particulièrement important. Les plus de 150 modifications du BGB déjà mentionnées en témoignent. Je n'ai pas l'intention de parler de la diversité des problèmes matériels et méthodiques qui furent provoqués par les quatre grands bouleversements politiques qui ont secoué l'Allemagne au cours du 20ème siècle. Je me limite à quelques remarques générales et à la situation depuis l'entrée en vigueur de la loi fondamentale en 1949.

Le législateur allemand décide librement de sa politique de droit et des méthodes à adopter. Cela est en principe vrai. Mais il faut souligner la prédominance de la loi fondamentale qui domine tout acte de législation, notamment en raison des contrôles de la Cour Constitutionnelle Fédérale, aussi après la promulgation de la loi. Cela impose également le respect de la Constitution par le juge ordinaire qui applique une disposition du BGB. Jusqu'à la réforme du droit des obligations entrée en vigueur le 1er janvier 2002, on a distingué les dispositions pré- et post-constitutionnelles. A l'occasion de la réforme, le BGB entier a été de nouveau promulgué et est devenu une loi post-constitutionnelle. Cela est très important parce que depuis cette date, la Cour Constitutionnelle Fédérale est exclusivement compétente pour exercer le contrôle de la conformité de toutes les dispositions du BGB à la Constitution et à ses valeurs. En cas de doute, le juge ordinaire doit soumettre la question de la conformité à la Cour Constitutionnelle Fédérale.

Il est évident que l'efficacité des contrôles constitutionnels a une influence particulièrement forte sur le législateur. Tout récemment, on a pu constater cette influence à l'occasion de la loi sur le partenariat homosexuel (2).

Le législateur doit non seulement prendre en compte les contrôles constitutionnels, mais il arrive aussi qu'il soit obligé d'agir par la Constitution. L'exemple le plus éloquent est l'article 117, 1er alinéa de la loi fondamentale. Selon cet article, toutes les dispositions pré-constitutionnelles du droit de la famille incompatibles avec le principe de l'égalité des sexes, furent abolies le 1er avril 1953. Par conséquent, le législateur a été contraint d'agir et de combler le vide juridique (3). Aujourd'hui, s'ajoutent à cela les obligations toujours plus importantes imposées par les directives européennes qui concernent souvent des matières qui, en droit allemand, appartiennent au droit civil. C'est ainsi que les directives sur les clauses abusives, sur la protection du consommateur dans les contrats à distance, sur le commerce électronique sur la vente des biens de consommation et les garanties du vendeur et même sur les virements bancaires etc. furent incorporées dans le BGB, particulièrement dans le cadre de la réforme du droit des obligations dont ces matières font parties intégrantes.

(2) Déjà au cours des débats parlementaires, la Cour Constitutionnelle Fédérale fut saisie. Elle a définitivement tranché sur la conformité constitutionnelle de la loi par un arrêt important du 17 juillet 2002, qui s'exprime aussi sur le rapport entre le mariage et les autres formes de la vie en communauté. V. CCF NJW 2001, 2457 ; NJW 2002, 2543.

(3) Ce qui a été fait avec retard par l'adoption du Gleichberechtigungsgesetz, loi sur l'égalité des sexes, en 1957.

Indépendamment des contraintes constitutionnelles et européennes et de leurs effets sur les méthodes législatives, on peut mettre un accent supplémentaire notamment sur trois aspects méthodologiques. En premier lieu, la pratique répandue de faire intervenir des commissions composées d'experts, souvent scientifiques et praticiens, dans les réformes les plus importantes (4). Il arrive également que le ministère compétent, en droit civil il s'agit en premier lieu du ministère fédéral de la justice, suive les suggestions des institutions sectorielles (5) ou s'adresse à un institut scientifique (6) pour préparer un projet de réforme. L'intervention des scientifiques et des praticiens ne se limite pas à des questions de droit. A maintes reprises, les réformes du droit de la famille, par exemple, furent accompagnées par leur intervention sur des questions de politique sociale de la famille. En résumé, on reconnaît un effort du législateur pour tenir compte des aspects téléologiques de la matière en question scientifiquement et pratiquement approfondis, même si cela n'est pas automatiquement le cas. Aussi ne doit-on pas perdre de vue le danger, que les suggestions de la pratique ne sont pas toujours désintéressées et exemptes d'idéologie.

2 - Le développement du BGB par le juge

Sur le rôle de la jurisprudence dont je veux parler en deuxième lieu, en particulier de la Cour Impériale et, depuis 1949, de la Cour Fédérale, on peut dire, qu'elles ont toujours réclamé la compétence de développer le BGB et que l'opinion publique ne l'a jamais mis en question. Une confirmation officielle et en même temps une précision ont été formulées par la Cour Constitutionnelle Fédérale dans son arrêt du 14 février 1973 déjà cité. Je veux encore ajouter la citation suivante : "la liaison traditionnelle du juge à la loi, qui est un élément essentiel du principe de la séparation des pouvoirs et par conséquent de l'état de droit, a été modelée dans la loi fondamentale..., dans le sens que la jurisprudence est liée à la loi et au droit" (art. 20, 3ème al.). Cela signifie le refus d'un positivisme étroit de la loi... Selon les circonstances et en dehors des lois positives, peut exister un plus de droit qui trouve sa source dans l'ordre juridique conforme à la Constitution..., qui peut agir comme correcteur de la loi... Selon la loi fondamentale, le juge ne se limite pas à appliquer la loi... La fonction de la jurisprudence peut notamment exiger de réaliser dans les arrêts des valeurs inhérentes à l'ordre juridique conforme à la Constitution, mais qui ne se trouvent pas dans la loi écrite. La Cour ajoute qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir arbitraire du juge parce que, je cite, "sa décision doit se fonder sur une argumentation raisonnée".

Dans ses considérations, la Cour Constitutionnelle Fédérale précise également les méthodes à respecter par le juge. On peut les résumer en quatre points :

- **en premier lieu**, il doit vérifier, si la solution juridique d'un problème résulte de la loi. A cette fin, il doit interpréter celle-ci. De cette manière, le juge est renvoyé à la méthodologie de l'interprétation élaborée avec le concours de la science des pandectes depuis le 19ème siècle. Il s'agit d'une méthodologie scientifique, qui

(4) Ce fut le cas p.ex, des réformes du droit de famille (Eherechtskommission) et du droit des obligations (1. und 2. Schuldrechtskommission). Il y a aussi des commissions permanentes, p.ex, pour le d.i.p, le Conseil allemand pour le d.i.p.

(5) Deux institutions d'une grande réputation sont le Deutsche Juristentag et le Deutsche Verkehrsgerichtstag.

(6) P.ex, aux Instituts Max Planck. C'est ainsi que le Max Planck Institut de droit comparé de Hamburg a été mandaté à plusieurs reprises pour élaborer des rapports de droit comparé dans la phase d'élaboration d'un projet de loi.

attribue leur rôle respectif aux interprétations logico-grammaticale, historique, systématique et téléologique, dans le respect de la Constitution. A cela s'ajoute l'interprétation conforme au droit européen primaire et secondaire.

- **en deuxième lieu**, le juge est obligé d'exposer dans sa décision les raisons de son interprétation. Cette obligation trouve également sa base dans le fondement scientifique du BGB. Elle explique le fait que les arrêts allemands, pas seulement ceux de la Cour suprême, contiennent souvent des rapports approfondis de l'état de la doctrine et de la jurisprudence. Le style des arrêts de la Cour Fédérale se distingue de façon considérable de celui des Cours suprêmes d'autres états-membre de la Communauté Européenne.

- **troisièmement** l'interprétation n'est pas limitée au texte de la loi. Elle peut et doit aller au delà de celle-ci, en complétant du texte et même au delà d'une loi entière, eu égard à l'ordre juridique en général.

- **en quatrième lieu**, si l'évolution du droit l'exige en raison de nouvelles valeurs qui résultent par exemple de la Constitution, le juge doit corriger la loi dans la mesure du nécessaire (7).

On pourrait ajouter encore d'autres aspects méthodiques sur le développement du BGB, mais je m'arrête ici, ajoutant seulement deux remarques de conclusion : Primo, les récentes réformes du droit des obligations et de la loi sur la modification du droit des indemnités témoignent que le législateur approuve souvent a posteriori les développements jurisprudentiels. Secundo, en vue de l'importance du développement jurisprudentiel du droit civil et du rôle attribué au juge par la Cour Constitutionnelle, il ne me semble plus correct de nier le caractère de normes juridiques des règles jurisprudentielles.

3 - Le développement du BGB et la doctrine

Même si le rôle de la doctrine est différent de celui du législateur et de la jurisprudence, il est nécessaire de lui consacrer en troisième lieu quelques remarques. La liberté de la doctrine scientifique est incompatible avec un pouvoir direct d'imposer des règles de droit. La doctrine en Allemagne joue toutefois un rôle plus important que dans beaucoup d'autres pays. Il est vrai que ce rôle ne peut être qualifié par la phrase formulée par Hobbes : *auctoritas non veritas facit legem*. Mais dans un système de droit privé qui est considéré comme fondé scientifiquement, la phrase inverse explique bien la fonction de la doctrine : *veritas non auctoritas facit legem*. Dans cet esprit, la doctrine utilise les mêmes méthodes que la jurisprudence, ce qui explique le fait déjà mentionné que les arrêts de la jurisprudence ressemblent souvent à des discussions écrites avec les différents auteurs. Dans l'histoire de l'évolution du BGB, on trouve des exemples célèbres de la contribution de la doctrine, par exemple dans le domaine du droit des contrats, notamment de la réglementation de l'inexécution et des notions comme la positive *Vertragsverletzung*, la *culpa in contrahendo* et la *Störung der Geschäftsgrundlage*, élaborée par trois grands savants au début du 20ème siècle Staub, Jhering et Oertmann. Ces notions de droit ont été adoptées par la jurisprudence. Avec la réglementation légale du BGB sur l'impossibilité objective et subjective de l'exécution et la démission, elles étaient jusqu'en 2002 les piliers principaux du droit de l'inexécution. Avec la réforme du droit des obligations, leur place a changé, mais elles n'ont pas disparu.

(7) Dans son arrêt de 1973, la Cour Constitutionnelle Fédérale a approuvé une telle correction concernant l'indemnisation du dommage moral en cas de violation du droit général de la personnalité humaine, celui-ci étant également le résultat d'une correction jurisprudentielle du BGB.

Au centre de la nouvelle réglementation, se trouve désormais dans le paragraphe 311 du BGB la notion de la violation des obligations qui résultent d'un rapport contractuel ou pré-contractuel basé sur la légitime confiance réciproque des parties en raison des contacts établis en vue de la conclusion d'un contrat. Selon le paragraphe 241 BGB il peut s'agir des obligations principales ou secondaires. Les vieilles notions ont survécu dans le cadre des conséquences juridiques de la violation d'une obligation : lorsqu'en cas d'inexécution, il s'agit de savoir si le débiteur reste lié par ses obligations, le cas échéant après une adaptation de celles-ci, ou s'il en est libéré et s'il doit des dommages et intérêts au lieu de l'exécution ou en complément de celle-ci et si le créancier peut résilier le lien contractuel. C'est ici qu'on retrouve des concepts formulés par la doctrine avec les méthodes mentionnées auparavant, élaborées au 19^{ème} siècle, complétées au 20^{ème} siècle et mises dans une nouvelle forme légale, enrichies par les connaissances du droit comparé et du droit uniforme. Notamment, la convention de Vienne a servi de parrain et témoigne de l'importance du droit comparé et uniforme pour la méthode scientifique d'aujourd'hui afin de préparer une réforme aussi importante que celle du droit des obligations.

4 - Le développement du BGB et ses utilisateurs

Dans un État de droit constitutionnel, le peuple n'a pas d'autre fonction de création des règles de droit que celles prévues dans la Constitution, par exemple par referendum. Dans cette mesure, l'opinio iuris du peuple peut jouer un rôle. Cela n'est pas le cas en Allemagne. C'est pourquoi le BGB ne peut être développé par le peuple. Mais cela n'exclut pas une influence considérable de tous ceux qui réalisent des actes concernant les rapports juridiques relatifs au droit civil. Cette influence se concrétise par la manière de faire usage du BGB et par la réaction de la jurisprudence et du législateur. On peut parler d'un développement non systématique et méthodique du droit qui se transforme en un vrai développement organisé à partir du moment où il est intégré au système du droit privé par des instruments de la méthodologie juridique par la doctrine et confirmé par la jurisprudence ou le législateur. Je ne citerai que trois exemples. La réserve de propriété, la propriété à titre de sûreté, qui se limitent tous les deux aux biens meubles et les conditions générales des contrats, déjà brièvement mentionnées dans la première partie. A propos de la réserve de propriété et de la propriété à titre de sûreté, la pratique des affaires eut un caractère stimulant. Le fameux traité en 6 volumes, consacré à la réserve de propriété et à la propriété à titre de sûreté par Serick, publié entre 1963 et 1986, et le commentaire des paragraphes 305 à 310 du BgB ont les clauses générales dans la 4^{ème} éd. Du Münchner Kommentar du BgB, publié en 2003, témoignent du caractère complexe et en même temps pratique de la matière.

Lors de la rédaction du BGB, on ne parla de la réserve de propriété que dans le paragraphe 455 (devenu paragraphe 449) concernant une définition et deux aspects des relations obligatoires entre le vendeur et l'acheteur. Il n'y avait pas de disposition particulière dans le 3^{ème} livre sur le droit des biens, qui en droit allemand contient les dispositions sur le transfert de la propriété, dans les paragraphes 929 et suivants. Comme sûreté mobilière, le droit des biens du BGB connaît exclusivement le gage qui est réglé dans les paragraphes 1204 et suivants. Mais le gage ne correspondait pas aux exigences du public, notamment pour les ventes à crédit des biens de consommation et d'investissement. Pour cette raison, le commerce avait de plus en plus recours à la vente avec réserve de propriété. Du fait de la vente, le vendeur transfère la propriété sous la condition suspensive du paiement du prix. Par conséquent, la propriété reste provisoirement entre les mains

du vendeur. La jurisprudence confirma cette pratique comme sûreté, tout en reconnaissant à l'acheteur un droit réel qui est plus qu'une simple créance parce que le vendeur a déjà transféré la propriété au sens du paragraphe 929 BGB, même si le transfert s'est opéré sous condition suspensive. La particularité de cette situation fut exprimée par la notion de Anwartschaftsrecht, droit d'expectative, une espèce de ius ad rem du droit romain, opposable aux tiers comme tout autre droit réel, qui n'est pas réglé dans le BGB. De cette manière, non seulement le vendeur mais aussi l'acheteur et leurs créanciers furent protégés de façon adéquate. Le caractère de cette situation juridique une fois reconnu, la pratique a inventé de nombreuses variantes de la réserve de propriété qui a pratiquement supplanté le gage. Parallèlement, la jurisprudence était obligée de préciser son contenu juridique, après avoir entériné le droit d'expectative comme droit réel. Aujourd'hui, il existe toute une réglementation jurisprudentielle en partie empruntée aux dispositions sur le gage. De plus, elle a donné lieu à l'élaboration des dispositions particulières du droit de la faillite.

Le transfert de la propriété à titre de sûreté était, au début, une pratique comparable à la réserve de propriété inventée par les instituts de crédit, par exemple dans le cadre du financement d'un véhicule ou d'un bien d'équipement, c'est-à-dire de biens meubles d'une certaine valeur. A l'égal de la réserve de propriété, la jurisprudence fut appelée à reconnaître cette modalité de transfert de propriété souvent (mais pas nécessairement) convenu sous condition résolutoire, et de préciser les droits respectifs du donneur, du preneur de la sûreté et de leurs créanciers jusqu'au remboursement de l'emprunt. Jusqu'à présent, il s'agit d'un domaine du droit jurisprudentiel ; le législateur s'est limité à reprendre quelques unes de ces règles dans la nouvelle loi sur la faillite.

Concernant les conditions générales du contrat, le rôle joué par la pratique des affaires se présente de façon différente. Il ne s'agit pas ici d'un rôle stimulant comme dans le cas de la réserve de propriété et du transfert de la propriété à titre de propriété. On doit parler plutôt des pratiques qui ont provoqué des corrections par la jurisprudence et de leur justification théorique par la doctrine, qui furent qualifiées de vraies modifications du principe légal de l'autonomie privée devenues inévitables. Cela explique du reste la décision du législateur de remplacer la loi spéciale de 1976 qui avait consacré une longue évolution jurisprudentielle, par une nouvelle réglementation dans le deuxième livre du BGB. Celle-ci a trouvé sa place dans la 2^{ème} partie intitulée "la formation des rapports contractuels obligatoires par des conditions générales".

En général, le législateur du BGB, en 1900, avait admis par la reconnaissance du principe de l'autonomie des parties en droit des obligations contractuelles la justesse du consentement, sa Richtigkeit selon le terme utilisé par le professeur Schmidt-Rimpler (8), devenu d'usage (9). Cela signifie que le BGB n'avait imposé aucune justice objective à respecter par les parties. Cela explique, du moins en partie, le fait que les conditions générales du contrat, dont la propagation a commencé vers la fin du 19^{ème} siècle, n'ont pas attiré l'attention du législateur. Mais des changements d'optique sont intervenus dès les années vingt et trente du 20^{ème} siècle avec la généralisation de leur utilisation et avec la découverte du fait que les professionnels profitaient des faiblesses sociales et économiques de leurs clients pour privilégier unilatéralement leurs intérêts. Après la deuxième guerre mondiale, la pratique des clauses générales était devenue prédominante. Elle a provoqué non seulement la naissance des associations de protection des intérêts des clients, notamment des consommateurs, mais aussi des actions en justice pour

(8) ACP 147 (1941) 130 et suiv. 153 et suiv.

(9) v. la documentation exhaustive dans le Münchner Kommentar (note 1) n° 30 note 79.

obtenir des arrêts de corrections. La jurisprudence fut très vite abondante. Mais sa base légale n'était pas satisfaisante. Le raisonnement était basé sur les bonnes mœurs, paragraphe 138 BGB, la bonne foi, Treu und Glauben dans la terminologie allemande, paragraphe 242 BGB, et l'équité, paragraphe 315 BGB. Ces trois dispositions étaient inappropriées pour développer un système d'interdictions de ces clauses. Les tribunaux décidèrent au cas par cas, et leurs arrêts livrèrent ainsi un beau matériel éducatif. Il apparaissait que le contrôle des clauses n'était pas considéré comme une condition pour pouvoir sanctionner des abus, mais comme une garantie de l'équilibre contractuel. Dans cet esprit, cela fait partie organique du droit des contrats. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une réglementation d'exception. L'évolution ultérieure par la loi sur les conditions générales de 1976, par la directive européenne sur les clauses abusives de 1993 et finalement par son intégration dans le BGB à l'occasion de la réforme du droit des obligations ne sont qu'une expression de cette conception. On n'a pas affaire à une réglementation d'exception, mais à un corps de règles qui trouve à juste titre sa place au cœur du droit des contrats en général.

REMARQUE FINALE

La dogmatique du droit civil en Allemagne a abandonné depuis longtemps l'idée du BGB comme expression d'un système clos. Mais elle a maintenu le caractère scientifique du droit civil. Ces deux facteurs ont influencé de manière essentielle la fonction et les méthodes de la jurisprudence. D'une part, il résulte de l'ancrage de la jurisprudence dans la structure de l'État de droit sa soumission à la loi dont elle est l'interprète et dispose d'un riche arsenal méthodique. D'autre part, la compréhension du BGB comme expression d'un système ouvert du droit positif dont le développement doit tenir compte non seulement de l'évolution de la société et de l'économie, mais aussi de l'apparition de nouvelles valeurs, notamment constitutionnelles, nécessite de ne pas considérer le juge uniquement comme un exécutant aveugle de la loi. Par mandat constitutionnel il exerce la fonction de réaliser la loi et le droit. Par conséquent, il lui appartient de formuler, si nécessaire, de nouvelles règles, le cas échéant même contre la loi. Il est obligé, dans l'exécution de cette tâche, de respecter la méthode scientifique sur la base de l'ordre juridique tout entier, conforme à la Constitution. Cela explique également le rôle de la doctrine comme gardienne de la science du droit civil dont la liberté est garantie par la Constitution. Elle est appelée à saisir et à analyser les problèmes que l'évolution de la vie sociale fait surgir, de proposer des solutions et de les intégrer dans le système scientifique du droit positif. Cela explique le fait que les tribunaux prennent constamment la doctrine en considération dans leurs arrêts et discutent les différentes opinions. En même temps, le caractère ouvert du BGB vis-à-vis des évolutions et des besoins sociaux et économiques explique l'importance du rôle des acteurs de la société civile, c'est à dire des usagers du BGB. La compréhension romantique d'un droit coutumier du peuple comme expression de la communis opinio iuris est aujourd'hui fanée. En Allemagne, le peuple n'a aucune compétence pour modifier le BGB par referendum. Mais ceux qui utilisent ce code contribuent considérablement à son évolution, de manière indirecte. Comme on l'a constaté, les juges sont obligés de tenir compte de l'évolution sociale et économique. Or, l'expérience prouve que la jurisprudence a confirmé, mais également corrigé, certaines évolutions à maintes reprises. Je ne pense pas que l'on puisse trouver aujourd'hui en Allemagne des voix qui qualifient le BGB de "suranné" ou "à bout de souffle". Cela n'exclut ni l'existence de questions controversées, ni celle de solutions légales dépassées. Mais, dans son ensemble et en considération des fonctions des

différents acteurs du développement et de l'évolution du droit civil ainsi que des méthodes et des valeurs à respecter, le système du droit civil allemand, représenté par la BGB, ne se présente pas si mal.