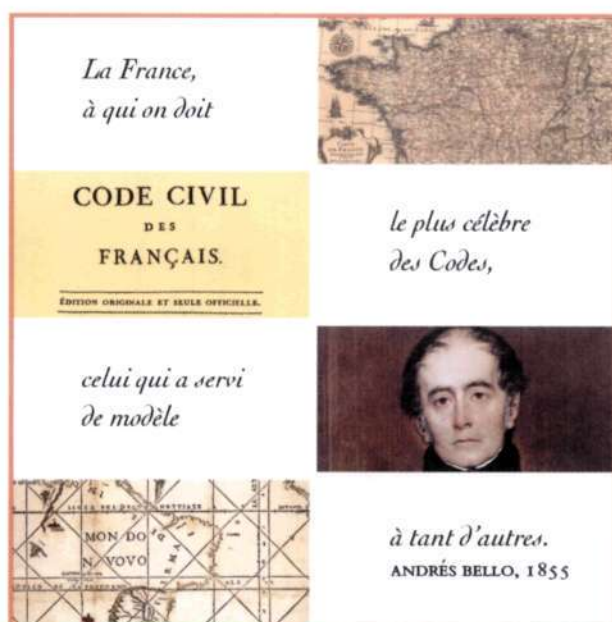


# LES COLLOQUES DU SÉNAT

*les actes*

## L'AVENIR DE LA CODIFICATION EN FRANCE ET EN AMÉRIQUE LATINE

## EL FUTURO DE LA CODIFICACIÓN EN FRANCIA Y EN AMÉRICA LATINA





L'AVENIR DE LA CODIFICATION  
EN FRANCE ET EN AMÉRIQUE LATINE

EL FUTURO DE LA CODIFICACIÓN  
EN FRANCIA Y EN AMÉRICA LATINA

**Actes édités sous la direction du professeur Christian Larroumet  
et la coordination du professeur Mauricio Tapia**

**Avec la collaboration de Matías Pérez, Sebastián Ríos,  
José Miguel Valdivia et Francisco Victoria.**

**Les communications contenues dans ces actes ont été traduites par  
Paulina Andrés, Rafael Encinas de Munagorri, Guillaume Fatio,  
Maritza Formisano, Lucía Grandin-Perea, Macarena Humeres de Fatio,  
José del Carmen Ortega, Jean-Pierre Relmy, Sebastián Ríos, Pedro Saghy,  
Mauricio Tapia et José Miguel Valdivia.**

**Ces traductions sont disponibles sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)**

LES COLLOQUES DU SÉNAT  
*les actes*

L'AVENIR DE LA CODIFICATION  
EN FRANCE ET EN AMÉRIQUE LATINE

EL FUTURO DE LA CODIFICACIÓN  
EN FRANCIA Y EN AMÉRICA LATINA

Congrès international organisé dans le cadre du bicentenaire  
du *Code civil des Français* par  
l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains  
Paris, Palais du Luxembourg, les 2 et 3 avril 2004



ASSOCIATION  
ANDRÉS BELLO  
LES JURISTES FRANCO-LATINO-AMÉRICAINS

## REMERCIEMENTS

L'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains remercie MM. Christian Poncelet, Président du Sénat et Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice pour le haut patronage qu'ils ont accordé à ce colloque.

L'Association remercie également, pour le soutien qu'ils ont apporté :

Ministère des Affaires étrangères, Ministère de la Jeunesse, de l'Éducation Nationale et de la Recherche, Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine (IHEAL, de l'Université Paris III), Université Paris II Panthéon-Assas, Universidad Externado de Colombia, Universidad de Estudios de Postgrado en Derecho (Mexique), Agence Universitaire de la Francophonie, Éditions Dalloz, Éditions du Juris-Classeur – Litec (Groupe LexisNexis), Van Dieren Éditeur, Ordre des Avocats à la Cour de Paris, Hinestrosa & De Jesús Abogados (Caracas), Banco Interamericano de Desarrollo, Universidad Politécnica Hispano-Mexicana, Universidad de Medellín, Universidad de Chile, Universidad de las Américas-Puebla (Mexique), Ambassade de Bolivie en France et Ambassade du Chili en France.

## AVANT-PROPOS

À l'occasion de la célébration du bicentenaire du Code civil français, promulgué par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), le congrès a rassemblé professeurs, professionnels et étudiants en droit afin de discuter sur l'avenir du patrimoine juridique commun à la France et à l'Amérique Latine : la codification.

Le congrès a eu comme conférenciers de prestigieux professeurs européens et latino-américains, qui ont examiné les origines de la codification et son évolution, les nouveaux codes latino-américains, la diffusion du droit à travers les codes, les projets de codifications supranationales et les méthodes de codification.

Cet ouvrage a été divisé en six chapitres qui restituent les tables rondes du congrès. Chaque chapitre débute par une présentation rédigée par Alfredo de Jesús, Matías Pérez, Sebastián Ríos, Mauricio Tapía, José Miguel Valdivia et Francisco Victoria, qui les ont présidées.

Nous avons rappelé en tête du volume l'hommage aux regrettés professeurs brésiliens Silvio Rodrigues et Caio Mário da Silva Pereira, prononcé lors du congrès.

Enfin, nous ne pouvons omettre de rappeler ici le regretté doyen Jean Carbonnier, qui a été le plus lucide législateur français de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle et, par ailleurs, l'auteur le plus cité lors de notre congrès. M.T.

## HOMMAGE AUX PROFESSEURS SILVIO RODRIGUES ET CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

À l'initiative des professeurs Luiz Edson Fachin, Anderson Cavalcante Lobato et Maria Cláudia Crespo Brauner, membres de la délégation brésilienne présente au congrès, nous avons souhaité ouvrir notre session en rendant hommage aux deux grands juristes brésiliens disparus au début de cette année : Silvio Rodrigues – professeur de droit civil à l'Université de São Paulo et docteur *honoris causa* de l'Université de Paris XII – et Caio Mário da Silva Pereira – professeur de droit civil à l'Université Fédérale de Rio de Janeiro et docteur *honoris causa* de l'Université de Coimbra.

Ces deux professeurs remarquables ont dédié leur vie au renouvellement du droit civil brésilien, matière sur laquelle ils ont écrit plusieurs ouvrages, cours et articles.



## **ALLOCUTIONS D'OUVERTURE**

## CHRISTIAN PONCELET

*Président du Sénat français*

Message lu par Louis Duvernois,  
Sénateur représentant les Français établis hors de France

Messieurs les Ambassadeurs, Messieurs les Ministres,  
Mes Chers Collègues, Messieurs les présidents et doyens,  
Mesdames et Messieurs les professeurs d'université,  
Mesdames, Messieurs, Chers amis,

8 Je suis particulièrement heureux et honoré que le Sénat accueille aujourd'hui ce premier congrès de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, du nom du célèbre poète, juriste, homme politique... et sénateur (de 1837 à 1865) chilien – qui a joué un rôle fondateur dans les relations entre la France et l'Amérique Latine. J'aurais aimé être parmi vous ce matin pour célébrer cette initiative mais les aléas d'un calendrier électoral et politique dont vous connaissez l'importance m'ont privé de ce plaisir.

Le Sénat, vous le savez, s'enorgueillit d'être une assemblée parlementaire à l'écoute des mouvements du monde. Cette réunion est une nouvelle illustration de la politique qu'il entend mener en direction de l'Amérique latine en s'appuyant notamment sur le dynamisme des trois groupes d'amitié du Sénat avec le Mexique et l'Amérique centrale, présidé par Gérard Cornu, avec la région Caraïbe, présidé par Michel Dreyfus-Schmidt, et avec l'Amérique du Sud, présidé par Roland du Luart.

Cette politique se veut pragmatique, concrète, efficace. C'est ainsi, par exemple, que nous accueillons régulièrement l'ensemble du corps diplomatique latino-américain en poste à Paris pour examiner l'évolution de nos relations. C'est ainsi que nous organisons, en partenariat avec UBIFRANCE, des colloques économiques présentant aux investisseurs français potentiels les marchés d'Amérique latine. C'est ainsi que nous soutenons le développement de la coopération décentralisée entre les collectivités territoriales françaises et latino-américaines. C'est ainsi que nous appuyons la remarquable initiative de notre collègue le sénateur Didier Borotra – le Forum de Biarritz – qui désormais se déroulera alternativement à Biarritz et en Amérique Latine. C'est ainsi, enfin, que nous avons eu la satisfaction de voir que le sénateur chilien Paez – dont nous avons fermement soutenu la candidature – a été élu à la présidence de l'Union interparlementaire.

À ces actions désormais ancrées dans la réalité – mais qu'il faut bien entendu affermir et développer – s'ajoutent un certain nombre d'objectifs : promouvoir la création d'une Association des Sénats d'Amérique Latine, comme il existe déjà une Association des Sénats d'Europe et une Association des Sénats d'Afrique et du monde arabe ; accepter l'offre qui pourrait être faite prochainement au Sénat de participer en tant qu'observateur au Parlement latino-américain ; développer nos relations avec l'Institut des Hautes études d'Amérique latine, dont il m'est agréable de souligner le dynamisme et l'excellence ; coopérer avec la Maison franco-andine du droit de

Bogota ; mettre sur pied un programme de coopération technique au profit des fonctionnaires parlementaires des Parlements d'Amérique latine ; développer nos relations avec l'Union latine dont le Président est Son Excellence M. Javier Pérez de Cuellar, ambassadeur du Pérou en France ; bref, vous le constatez, votre réunion n'est pas pour le Sénat un événement ponctuel mais un élément important d'une politique d'ensemble. Cette politique d'ensemble, vous vous en doutez, s'inscrit dans la volonté de promouvoir la diversité culturelle et les valeurs de la latinité en nous appuyant sur les affinités spontanées qui nous rapprochent.

Nos affinités, d'ailleurs, ne sont pas seulement historiques et intellectuelles, elles touchent des pans entiers de la vie sociale latino-américaine, qu'il s'agisse des institutions politiques, du secteur économique ou de la sphère juridique comme les orateurs qui vont me succéder vont, à n'en point douter, en souligner le caractère fondamental.

À cette proximité de l'esprit s'ajoute une contiguïté territoriale : la France, on a parfois tendance à l'oublier, est présente sur le continent sud-américain, avec ses départements français d'Amérique, la Guadeloupe, la Martinique et bien sûr la Guyane. C'est du reste avec l'un des états de la zone – le Brésil, pour ne pas le citer – que notre pays a sa plus longue frontière : 650 km.

L'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains a choisi de nous réunir aujourd'hui afin d'évoquer l'une de ces proximités, l'avenir du patrimoine juridique commun à la France et à l'Amérique latine né autour du code civil.

Ce thème arrive à point nommé puisque nous célébrons le bicentenaire de cette « constitution civile » des Français, promulgué par la loi du 30 ventôse an XII, c'est-à-dire du 21 mars 1804, et qui a eu le retentissement que l'on sait sur votre continent grâce à son adaptateur Andrés Bello.

Les multiples intervenants qui vont se succéder aujourd'hui et demain à la tribune souligneront probablement ces remarquables échanges tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle mais aussi, ce que nous devons regretter aujourd'hui, les causes qui ont conduit à négliger, vers la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les liens qui rapprochaient les deux traditions juridiques.

Au-delà du droit, c'est en effet toute une conception des relations sociales que véhiculent ces instruments juridiques que sont les codes.

Ils participent aussi, dans la lutte d'influence que se livrent aujourd'hui les différents systèmes juridiques, de notre « exception culturelle » commune.

C'est pourquoi nous avons sans doute, aujourd'hui encore plus qu'hier, besoin d'agir ensemble en partenaires dans cette bataille qui se livre à l'échelon planétaire.

Nous avons aussi besoin de votre regard et de vos idées pour nous détourner de la simple contemplation de notre grandeur passée : le Code civil nous a d'ailleurs montré la voie en sachant intégrer les évolutions sociales, notamment au niveau de la famille.

Ce colloque est le premier d'une série de trois accueillis par le Sénat à l'occasion du bicentenaire : le 29 avril 2004, sous le titre « Vivre et faire vivre le Code civil », le Sénat et le ministère de la Justice rassembleront les regards des professions juridiques et judiciaires sur leur outil de travail quotidien ; les 22 et 23 novembre 2004, le colloque « Genèse du code civil » se penchera, à l'initiative de la Présidence du Sénat

et de l'Institut des hautes Études juridiques, sur les sources intellectuelles et historiques du code et comparera sa méthode de rédaction avec les méthodes actuelles.

La question de la codification est, en France, un sujet d'actualité et le Parlement est un acteur essentiel de son renouveau.

Après les cinq codes élaborés à la demande de Napoléon sous le Consulat et l'Empire, il avait fallu attendre la IV<sup>e</sup> République, un siècle et demi plus tard, pour relancer le mouvement. Encore faut-il souligner qu'il ne s'agissait que d'une codification de nature administrative – par décrets en Conseil d'État – ne conférant qu'une valeur réglementaire aux codes et fragilisant par conséquent leur portée juridique.

Cette technique fut malgré tout reprise au début de la V<sup>e</sup> République. Ainsi, entre 1960 et 1982, sur vingt-et-un codes publiés comprenant une partie législative, seuls trois furent adoptés par la loi et six firent l'objet d'une validation législative. Au cours des années 80, seuls le Code de la sécurité sociale et le Code de la mutualité furent adoptés.

10 Relancée à partir de 1989, la codification, bien que limitée au « droit constant », s'est enfin appuyée sur une dimension essentielle à sa légitimité : la représentation nationale.

Le Parlement est d'abord associé au travail de la Commission supérieure de codification : un député et un sénateur de la commission des Lois de chaque assemblée sont désignés pour en être membres permanents. Peuvent y siéger également un député et un sénateur membres des commissions parlementaires compétentes sur le projet de code examiné.

Les codes sont ensuite adoptés, en principe, par le Parlement. Les lois antérieures sont, dès lors, abrogées et les dispositions de la partie législative du code ont force de loi.

Consacrée par la jurisprudence constitutionnelle depuis le 16 décembre 1999, la codification a récemment accéléré son rythme, au prix malheureusement d'un recours à la procédure des ordonnances. Il n'est pas sûr qu'elle y gagne en qualité et peut-être devrions nous faire preuve d'imagination pour trouver des méthodes mieux adaptées.

Nous avons, en troisième lieu, franchi une autre étape en reconnaissant la nécessité d'une codification à droit non constant pour moderniser des textes anciens, intégrer les apports de la jurisprudence, voire même simplifier une réglementation éparse et complexe.

Je me réjouis, à cet égard, que la France ait relancé son mouvement de simplification juridique. La simplification est en effet le but ultime et la codification est l'un des moyens – peut-être pas le seul – pour y parvenir.

Soyez assurés que le Sénat ne relâchera pas sa vigilance sur ce point.

Je renouvelle en tout cas mon sentiment de gratitude aux organisateurs d'avoir choisi ce lieu pour un colloque d'une telle portée internationale.

Alors je souhaite « bon vent » à l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains et à tous, je souhaite de bons travaux, en espérant que vous garderez de votre passage au Sénat un excellent souvenir et que vous y reviendrez.

Je vous remercie.

## ISABELLE TOULEMONDE

*Chef du Service des affaires européennes et internationales  
du ministère de la Justice français*

Le Garde des Sceaux a souhaité apporter son soutien à l'organisation du congrès de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, car celui-ci est emblématique de la dimension internationale de la commémoration du bicentenaire de notre code civil. Il illustre la démarche comparatiste que le Garde des Sceaux souhaite mettre à l'honneur à travers l'ensemble des manifestations internationales qu'il a chargé le SAEI de coordonner.

Pourquoi cet intérêt pour le droit comparé ?

Comme l'ont rappelé le Président de la République et le Garde des Sceaux lors de l'ouverture du colloque du bicentenaire à la Sorbonne, le rayonnement passé de notre vieux Code civil ne peut dissimuler la nécessité de lui apporter des réformes, en particulier dans le domaine des obligations.

Or de nos jours une réforme juridique ne peut se concevoir sans l'éclairage du droit comparé. Pour le ministre de la Justice, cela est devenu un principe.

(Il est donc bien naturel que le Sénat, dont la qualité des études de législation comparée est connue de tous, soit l'hôte de ce prestigieux congrès.)

La célébration du bicentenaire constitue à nos yeux une formidable occasion de dialoguer avec nos partenaires étrangers et d'enrichir ainsi la réflexion de chacun, car c'est ainsi que la culture juridique française maintiendra son prestige et restera une référence pour les juristes de droit écrit, voire même pour les juristes de *common law*.

L'Amérique latine est parfois présentée comme disposant de systèmes juridiques d'origine française. Une telle analyse pourrait nous flatter, mais vous savez combien elle est erronée. S'il est vrai que le principe de codification à la française a été adopté dans tous les pays latino-américains, il n'est pas moins vrai que des influences multiples ont nourri les droits de chaque pays : celle des colons espagnols et portugais, des codificateurs allemands, des immigrants italiens, sans oublier la profonde empreinte américaine sur le droit constitutionnel.

Le droit comparé est pratiqué par les juristes latino-américains depuis près de deux siècles et de la meilleure façon qui soit, car il a servi à élaborer une codification adaptée aux traditions et au mode de vie de chaque pays. Telle était la démarche d'Andrés Bello et elle nous semble riche d'enseignements aujourd'hui, à l'heure où certains voudraient imposer un modèle juridique unique, clé en main.

Nous espérons que vous pourrez nous faire profiter de votre expérience tout au long des débats qui vont avoir lieu aujourd'hui et demain, en particulier pour répondre aux questions suivantes :

- Pourquoi et comment élaborer un nouveau code civil aujourd'hui ?
- Comment le simplifier et le moderniser ? Sur quels thèmes ?
- Comment cette réforme se conçoit-elle dans un contexte de régionalisation ?
- Quelles sont les étapes, quels sont les outils adaptés pour ce qui concerne la construction d'un espace judiciaire ?

Ces sujets sont pour nous passionnants et les analyses qui en seront effectuées pour l'Amérique latine enrichiront notre réflexion.

La France n'envisage pas l'élaboration d'un nouveau code civil, mais elle réforme celui-ci par pans entiers. Notre pays a choisi de moderniser son code dans ses contenus pour tenir compte des évolutions techniques, scientifiques ou, bien sûr, des modes de vie. Notre code intègre également régulièrement les évolutions normatives européennes et internationales.

12

Mais, d'autres pays ont fait le choix d'une recodification d'ensemble. Ces récentes expériences de codification nous intéressent. Elles témoignent de l'évolution du principe de codification au fil du temps. Ainsi, le nouveau code civil brésilien entré en vigueur en 2003, code s'applique à l'échelle d'un État fédéral qui connaît des différences socio-économiques colossales et des différences culturelles et coutumières significatives d'une région à l'autre. Il y a également le projet de code civil argentin, élaboré récemment, dans un contexte politique et économique pourtant délicat.

Ce sont autant de signes de la vivacité du droit latino-américain dans des États encore jeunes, où les codes civils apparaissent comme de véritables constitutions pour la société civile. Ce qui est d'autant plus remarquable dans un contexte de régionalisation, où la nécessité d'harmoniser le droit pour faciliter les échanges est à l'ordre du jour. Le Mercosur se dirige vers l'union douanière ; la Communauté Andine des Nations progresse aussi vers l'intégration économique ; et au-delà, le projet de la Zone de Libre Échange des Amériques, toujours en négociation, constitue une perspective de régionalisation, qu'il faudrait peut-être qualifier de « continentalisation ».

Vous nous montrerez de la sorte si la quasi-absence de barrière linguistique et une longue expérience du droit comparé facilitent non seulement le dialogue, mais permettent, voire justifient, pour autant que chacun renonce ses spécificités juridiques, de faire le choix de l'unification.

Nos échanges nous aideront à mesurer l'influence du droit français ainsi que celle de la *common law*, et notamment du droit américain dans ces débats. Ils nous permettront de déterminer s'il y a des domaines d'excellence pour l'une ou l'autre des traditions juridiques, ou bien des pans du droit à moderniser, à adapter. Toutes ces questions sont essentielles pour nous tous, pour la communauté que nous formons.

C'est dans cette perspective que le GDS a confié à un professeur de droit, Madame Fauvarque Cosson, la mission d'effectuer une synthèse de la très riche matière que fourniront les différentes manifestations internationales du bicentenaire du Code civil.

Je suis persuadée qu'à l'issue des débats qui auront lieu aujourd'hui et demain, nous pourrions mieux nous comprendre et savoir ce que chacun peut apporter à l'autre. Chacune des manifestations prévues en Amérique latine dans les mois à venir sera

aussi pour nous l'occasion de nouer des contacts afin de mettre en œuvre une coopération juridique adaptée à vos besoins et à votre culture juridique.

Nous sommes très avides de progresser et de perfectionner nos méthodes de coopération juridique : nous avons des expériences réussies, où notre expertise juridique, ouverte, attentive au droit comparé, faisant preuve de retenue, a permis aux décideurs de trouver les réponses qu'ils estimaient adaptées à leur cadre de réforme, au contexte politique, social et juridique.

Un dernier mot pour remercier l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains d'avoir pris l'initiative de nous rassembler ici aujourd'hui. Et je tiens à remercier tout particulièrement son Président, le professeur Christian Larroumet pour l'aide précieuse qu'il nous apporte dans notre travail avec nos partenaires d'Amérique latine.

## GUY CANIVET

*Premier Président de la Cour de cassation française et membre honoraire  
de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*

14

Pour une grande loi civile, deux cents ans d'histoire méritent davantage une vision prospective qu'une vision rétrospective, un regard extérieur qu'un regard introspectif. Pour cette raison, à côté des manifestations consacrées à l'histoire du Code civil et à son influence en France dans sa propre culture, sur les structures juridiques, économiques et sociales nationales, il est indispensable de tourner nos yeux vers des cultures, des États et des peuples amis pour apercevoir comment les grands principes posés par notre loi civile fondatrice, comment les règles phares du droit privé qui nous ont guidés jusque là, nous permettent et nous permettront de faire encore de la route ensemble, pour nous assurer qu'ils sont encore aujourd'hui et continueront demain à être des facteurs de rapprochement et de progression en commun dans la voie du droit privé vers la démocratie.

L'initiative de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains de proposer un débat sur *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine* est, à cet égard, remarquable à plus d'un titre.

Remarquable parce que la démarche des organisateurs de cette grande et belle manifestation internationale est voulue comme une incitation, un encouragement, une poussée à poursuivre ensemble dans les voies ouvertes de l'évolution du droit, de sa modernisation, de la promesse d'un droit plus juste.

Remarquable, cette manifestation l'est encore parce qu'elle invite à une réflexion commune, partagée entre des juristes de deux cultures et deux civilisations toutes aussi remarquables par leur identité propre que par leurs emprunts respectifs. Alors que les célébrations de notre Code civil donnent lieu à tant d'aveuglement et d'égarements nationalistes, une telle communion entre des cultures juridiques différentes, entre des juristes de traditions diverses, doit être montrée comme un démenti à la fermeture, au conservatisme et au sectarisme.

Dans un très beau texte sur *L'influence du Code civil en Amérique latine*, Arnaldo Wald discerne parfaitement ce double mouvement de convergence et d'identification, d'emprunt et de singularité<sup>1</sup>.

Si le droit des pays d'Amérique latine est en général considéré comme formant une unité intégrant la famille romano-germanique, cette position mérite d'être aujourd'hui considérablement nuancée sur certains points et corrigée sur d'autres. Nuancé doit être le préjugé d'assimilation, d'abord parce que, depuis longtemps, le droit américain

1 W. WALD Arnaldo, « L'influence du Code civil en Amérique Latine », in *Le Code civil, un présent, un passé, un avenir*, Paris, Dalloz 2004.



exerce une réelle influence sur le droit constitutionnel des États de formation fédérale. Il faut se rappeler, dit Arnaldo Wald, « que les citoyens d'Amérique latine ne sont pas seulement des latins, il sont aussi américains ». Corrigé doit encore être le poncif de l'unité, parce que, comme l'a déjà montré René David, en Amérique latine, comme ailleurs, la formation de chaque pays, ses traditions et son niveau de développement économique conditionnent l'interprétation des textes législatifs, la même loi ne pouvant être appliquée de la même façon dans des contextes économiques, politiques et culturels différents. Les créations et adaptations des droits de l'Amérique latine en font donc des droits dotés d'originalité à l'égard des droits de l'Europe occidentale. Corrigée doit enfin être l'idée d'unité entre les familles de droit latino-américain, parce qu'en Amérique Latine les différences de situation et de dimension entre les divers pays, tout comme les facteurs historiques, ne permettent pas même de reconnaître l'existence d'un droit latino-américain unique et uniforme même s'il y a, entre ces systèmes voisins, de grands dénominateurs communs.

À travers ces considérations mais bien au-delà, on peut estimer que si, pendant longtemps, les droits latino-américains ont emprunté et adapté ceux de l'Europe, ils revendiquent aujourd'hui d'être à l'avant-garde et de donner des solutions originales et modernes aux immenses problèmes sociaux et économiques qui leur sont propres et qu'ils doivent résoudre par eux-mêmes.

Ce double mouvement de ressemblance et de distinction est tout l'intérêt d'une réflexion commune, d'une recherche partagée, d'une investigation large et objective, portant sur l'influence qu'en Amérique latine peuvent conserver le modèle romano-germanique et la culture juridique française dans une perspective tout à la fois comparatiste et historique par rapport aux options alternatives sur les modèles de droit impliqués et au sentiment d'appartenance à la tradition romaniste.

Par ma voix, le Comité d'organisation du bicentenaire du Code civil salue avec la plus vive satisfaction la fructueuse initiative de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains et félicite les organisateurs de ce colloque, parmi lesquels M. le professeur Larroumet dont la conviction et l'enthousiasme ont surmonté bien des indifférences et ouvert beaucoup de portes.

Une célébration n'a de sens que si elle est ouverture d'esprit et élan prospectif, un droit n'a de sens que s'il se transcende vers l'universel et qu'il tend vers le progrès.

Merci de votre attention.

## CHRISTIAN LARROUMET

*Presidente de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains,  
profesor de la Université Paris II Panthéon-Assas*

**M**e es grato dirigirme a ustedes para darles la bienvenida e inaugurar el congreso fundacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, que tengo el honor de presidir desde su creación.

Nuestra Asociación, que se ha fijado por misión esencial el aproximar los lazos entre las culturas jurídicas francesa y de los países de América Latina, tiene el placer de recibirlos hoy en este magnífico recinto gracias a la gentileza del Senado, presidido por el señor Christian Poncelet.

16

El tema de este primer congreso de nuestra Asociación fue elegido pensando en que este año celebramos el bicentenario del Código Civil francés, que representó un modelo que fue muy seguido por los países de América Latina durante el siglo XIX. La preocupación acerca de la codificación es, por tanto, un tema que une a ambas tradiciones y donde puede ser particularmente fructífero comparar los diversos sistemas y discutir acerca de su futuro.

Sería innecesario y tedioso efectuar un resumen detallado de cada una de las mesas redondas de nuestro congreso, cuya descripción se encuentra en los documentos que hemos preparado y distribuido. Por esto, solamente destacaré que, gracias a la prestigiosa presencia de nuestros conferencistas y comentaristas, examinaremos el origen de nuestros movimientos codificadores, su evolución en el tiempo y los desafíos que se presentan para el futuro.

Finalmente, quisiera aprovechar esta oportunidad para agradecer a todos los miembros de la Asociación que han trabajado intensamente por espacio de más de un año para organizar este congreso. Todos, sin excepción, han efectuado un trabajo muy meritorio.

Sin más tardar, demos comienzo entonces a las conferencias programadas para nuestro congreso.

# I

## ORIGINE DES CODES

*« Mon seul code par sa simplicité a fait plus de bien en France que toutes les lois qui m'ont précédé... Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil » (Napoléon, cité par Las Cases dans *Mémorial de Sainte-Hélène*)*

*« C'est par l'histoire que le Code civil est entré dans notre mémoire » (Jean Carbonnier, *Le Code civil*)*

Président de séance

*Mauricio Tapia*

## PRÉSENTATION

Mauricio Tapia

*Vice-président de l' Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, coordinateur académique du congrès et de cet ouvrage, professeur à l' Université du Chili*

18

Les processus de codification semblent être une étape importante dans l'histoire juridique de certains pays. La France et les pays de l'Amérique latine l'ont vécu entre le XIX<sup>e</sup> et le XX<sup>e</sup> siècles. Il nous a donc paru naturel, avant de se prononcer sur le devenir de la codification, d'examiner les origines de ces mouvements, afin d'y trouver des analogies ou des différences. Après tout, si nos processus de codification ont des rapports originaux, il est intéressant de se demander s'ils n'ont pas un avenir similaire.

On peut trouver de nombreux liens entre les différents mouvements de codification. Les exposés des intervenants à cette table ronde en constituent un magnifique témoignage. La relation la plus remarquable réside de façon évidente dans le rayonnement du Code civil français en Amérique Latine au cours du XIX<sup>e</sup> siècle ; phénomène qui a été formidablement exposé lors du congrès par M. GUZMÁN<sup>1</sup>. Mais il existe d'autres éléments de rapprochement.

D'abord, en France comme en Amérique latine, les codifications sont apparues à la suite de ruptures politiques : la Révolution et les mouvements d'indépendance. Elles ont été inspirées par la volonté d'affirmation des nouveaux États, bien que, comme l'a remarqué M. HALPÉRIN, il faut demeurer prudent sur ce point car certains pays d'Amérique latine ne se sont dotés d'un code que plusieurs décennies après leur indépendance<sup>2</sup>.

Ensuite, la recherche par le truchement d'un code d'une uniformité face à « un amas confus et informe... un immense chaos » (Portalis)<sup>3</sup>, une « masse confuse d'éléments divers, incohérents et contradictoires » (Andrés Bello)<sup>4</sup> qui représentait, à l'époque, le droit de l'Ancien Régime en France et le droit hérité d'Espagne et du Portugal en Amérique latine. Cette recherche est une préoccupation sans nul doute commun aux traditions juridiques française et latino-américaine.

Enfin et surtout, il faut mentionner l'*esprit de compromis* –magistralement dévoilé en France par le regretté doyen Jean Carbonnier<sup>5</sup>– qui a animé les codifications les plus réussies et qui a été l'objet d'une partie de la communication de M. BRAVO<sup>6</sup>. Cet esprit de modération,

1 V. son intervention, ci-dessous.

2 V. son intervention, ci-dessous.

3 « Exposé des motifs de la loi relative à la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de *Code civil des Français*, par le conseiller d'Etat Portalis », in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, Institut de France, 1838 ; v. aussi *JCPG* 2004 I 122.

4 « Discours préliminaire du Code civil chilien ».

5 V. notamment *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 2002, 27<sup>e</sup> éd., p. 140 ; et *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1994, 3<sup>e</sup> éd., p. 78.

6 V. son intervention, ci-dessous.

certainement inspiré par la pensée de Montesquieu<sup>7</sup>, a permis de réaliser une transaction, un compromis législatif entre les forces sociales et les intérêts antagonistes : Ancien Régime et Révolution, pays de droit écrit et de droit coutumier, philosophie des Lumières et jansénisme, coutumes provenant de l'Amérique espagnole et acquis de l'accession à l'indépendance des nouveaux États, etc<sup>8</sup>. Cette caractéristique du Code civil dont nous célébrons le bicentenaire apparaît éclatante dès les travaux préparatoires : « Notre Code civil (qui) est lui-même la plus grande, la plus utile, la plus solennelle transaction dont aucune nation ait donné spectacle à la Terre<sup>9</sup> ».

Sans doute cet esprit de compromis est-il aussi la suite naturelle de la personnalité des rédacteurs des codes : « De Portalis on a pu dire qu'avec les cardinaux il avait le langage des sacristies et au Conseil d'État, avec Berlier ou Treilhard, mainteneurs des acquis de la Révolution, l'argumentation des philosophes<sup>10</sup>. » Pour sa part, ainsi que M. MIROW nous l'a rappelé, Andrés Bello – le principal codificateur en Amérique Latine – qui connaissait très bien le droit castillan ancien et le droit romain, fut précepteur de Simon Bolívar et vécut dix-neuf ans en Europe, où il étudia les manuscrits de Jeremy Bentham<sup>11</sup>.

Bien que Georges Ripert ait adressé une très forte critique à la transaction des forces opposées comme méthode de législation – qui déboucherait, selon lui, sur des codes médiocres<sup>12</sup> – ces deux cents ans du Code civil montrent, comme l'observait Jean Carbonnier, qu'un juste compromis constitue pour le droit le « signe d'une vitalité équilibrée<sup>13</sup> ».

Toutefois l'analyse des origines des processus de codification est beaucoup plus ardue. C'est donc pour répondre de façon satisfaisante à ces questions que nous avons fait appel à de prestigieux historiens du droit.

M. Jean-Louis HALPÉRIN – qui dans son analyse avoue prendre parti pour la thèse de la *rupture* entre l'ancien droit des pays romanisés et le droit codifié – examine les origines des codifications modernes en mettant l'accent sur la multiplicité de leurs causes et les spécificités des mouvements de codification en Europe et en Amérique latine. Dans cette perspective, il aborde les causes liées à l'histoire des cultures juridiques et au contexte politique de l'ère contemporaine : la Révolution française et le rayonnement du Code civil en Europe et en Amérique latine. Il pose la question, fort intéressante, des ambitions nationales sous-entendues lors de l'adoption par chaque pays latino-américain d'un code à l'image du modèle français.

M. Bernardino BRAVO LIRA débute son étude en affirmant le caractère exceptionnel de la codification dans l'histoire de l'humanité : elle aurait été un phénomène propre à l'Europe continentale et à l'Amérique hispanique qui s'étend – tout comme l'illustration – sur deux siècles

7 V. *De l'Esprit des lois*, livre XXIX, chap. I.

8 V. *Droit civil*, *op.cit.*, p. 140 ; v. aussi CABRILLAC, R., « L'avenir du Code civil », *JCPG* 2004 I 121.

9 TRIBUN ALBISSON, FENET, P.-A., *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, p. 120.

10 CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, *op.cit.*, p. 79.

11 V. son intervention, ci-dessous.

12 *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, 2<sup>e</sup> éd., p. 130.

13 CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, *op.cit.*, p. 290.

(entre la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle et la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle). Fractionnant l'évolution de la codification en *naissance, splendeur et déclin*, M. BRAVO se plonge dans l'examen de la première période (1750-1804), divisée, à son tour, en trois *vagues de codification* : Europe centrale, zone hispanique et zone française. Les conclusions que M. Bravo en tire sur l'avenir de la codification sont plutôt funestes : les codes, enfermés dans leurs textes, succombent face à *la révolte des faits*, et ne pourront surmonter cette épreuve qu'en se transformant en droit coutumier ou jurisprudentiel.

M. Alejandro GUZMÁN BRITO nous offre une étude détaillée sur le rayonnement du Code civil français en Amérique Latine. Ce Code, observe M. Guzmán, a influencé la codification en Amérique latine avec cependant une intensité décroissante dans le temps : entre 1808 et 1845, tous les codes de la région ont été réalisés sur ce modèle ; entre 1847 et la rédaction du code chilien d'Andrés Bello (1855), il a partagé sa place avec d'autres sources (notamment le droit castillan) ; depuis 1868, il occupe une mauvaise position parmi les autres modèles ; et, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, où l'on assiste alors au déclin presque entier de son influence. En même temps, M. Guzmán nous rappelle que deux facteurs ont pu être décisifs dans l'exportation du Code civil français en Amérique latine : l'urgence pour les nouveaux États de se doter d'une nouvelle législation et le fait qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle, ce texte se présentait comme le modèle de code le plus achevé, d'autant plus qu'il provenait d'un système juridique voisin.

20

Enfin, M. Matthew C. MIROW, en plus de nous informer sur les études concernant ces matières aux États-Unis, nous rappelle dans ses commentaires que les processus de codification demandent la réunion de toute une série de conditions qui tiennent à l'économie et à la politique, mais aussi à certains facteurs personnels, liés à l'aptitude des juristes qui sont en mesure d'entreprendre cette tâche, d'ailleurs assez coûteuse. M. Mirow fait allusion au concours de ces facteurs dans le cas de la codification chilienne menée par Andrés Bello et, en même temps, nous met en garde face à une conception un peu naïve de la codification qui méconnaîtrait qu'elle réalise aussi une stratégie politique qui laisse des gagnants et des perdants.

## L'ORIGINE POLITIQUE DES CODES, DE L'EUROPE À L'AMÉRIQUE LATINE\*

Jean-Louis Halpérin

Professeur à l'École normale supérieure

La question de l'origine des codes peut surprendre l'historien du droit par l'emploi du singulier. La codification du droit apparaît traditionnellement comme un mouvement de grande ampleur, impliquant une pluralité de codes dans la longue durée : nous parlons communément de « vagues de codification », ce qui fait appel à une multiplicité de causes dans une évolution en plusieurs temps s'étendant sur des siècles. La complexité est d'autant plus présente en la matière que le terme de code, prenant ses racines dans la tradition romaine, s'est appliqué à des formes juridiques très variées. La tâche des historiens du droit consiste, d'abord, à identifier les caractères de la codification moderne, autour du Code Napoléon, et à s'interroger sur les éléments de continuité et de rupture entre l'ancien droit des pays romanisés et le droit codifié. Dans cette discussion, nous avons pris parti plutôt en faveur de la rupture que de la continuité, peut-être parce que nous sommes plus familier avec le cas français<sup>1</sup>. Et c'est dans cette perspective que nous abordons la question des origines de la codification moderne, en essayant de peser le poids respectif des facteurs tenant à l'histoire des cultures juridiques dans la longue durée (I) et des causes plus spécifiquement politiques qui s'inscrivent dans le contexte de l'ère contemporaine, de la Révolution française (II) à l'exportation du modèle français en Europe et en Amérique latine (III).

I. Nous ne mettons pas en doute l'existence d'origines juridiques – c'est-à-dire tenant à l'évolution de la technique législative et de la conception du droit – susceptibles d'expliquer l'avènement de la codification moderne. Ces origines se situent dans un long processus d'élaboration et de réinterprétation de la systématique du droit romain. Justinien a légué à l'Occident le modèle d'une compilation réunissant, dans une forme nouvelle de recueils ordonnés, des lois récentes et des textes anciens eux-mêmes soumis à un travail de relecture et de réécriture. Les compilations de Justinien ne présentent pas les caractères d'une codification *ex novo* ou d'une entreprise globale de réforme de telle ou telle branche du droit : ce ne sont pas, de ce

\* Este texto ha sido traducido al español por Sebastián Ríos, miembro de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, académico de la Universidad de Chile. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

1 Dans un débat avec Pio Caroni, auteur des *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, cf. HALPÉRIN, J.-L., « Codification et continuité », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 2001, 3/4, p. 300-303.

point de vue, les ancêtres directs des codes modernes. Mais le Code de Justinien, après le Code Théodosien, propose un modèle de clarification et d'unification du droit à travers un recueil de lois. Si pendant longtemps, les ouvrages dénommés « code » n'ont été que des compilations de lois antérieures, l'idée de création du droit en liaison avec la codification n'est pas totalement étrangère à la tradition issue du droit romain, comme le montre l'exemple des *Novelles*. Les spécialistes des compilations médiévales de droit canonique considèrent, aujourd'hui, que plusieurs d'entre elles – notamment le *Sexte* – ont été l'occasion de publier des décrétales nouvelles amalgamées aux textes plus anciens.

Dans l'histoire de l'idée de codification, un second moment se situe à l'ère moderne avec l'essor des conceptions « constructivistes » qui font du droit un produit de la raison humaine susceptible d'être organisé selon des plans préétablis (c'est toute l'œuvre de redéfinition du plan hérité des *Institutes* de Justinien autour de la notion de droit subjectif) et en suivant une logique de type mathématique (la déduction *more geometrico*). C'est l'École du droit naturel moderne qui est à l'origine de cette révolution copernicienne, partie du cercle de Grotius et de ses disciples, paradoxalement muets sur la question de la codification elle-même. Il faut attendre Leibniz pour que la conception axiomatique du droit, déduit des principes des « lois naturelles », conduise véritablement à la présentation de projets de codification du droit positif. Il faut, de manière plus générale, se montrer prudent sur l'automaticité des rapports entre « rationalisation » du droit et codification: un auteur comme Domat, dont le rôle est indéniable dans le développement du premier phénomène, n'a jamais parlé de codification ni évoqué l'unification des sources du droit français.

Au xvii<sup>e</sup> siècle et dans la première moitié du xviii<sup>e</sup> siècle, les réalisations législatives les plus ambitieuses, liées à la formation des États modernes, ne sont pas encore des codifications au sens du Code Napoléon. Les grandes ordonnances de Louis XIV, même si elles réforment une matière dans son entier, ne traitent que de la justice ou du commerce; les codes danois, suédois ou bavarois, comme les *Lois et constitutions* du roi de Sardaigne, sont pour la plus grande part des compilations recueillant des textes antérieurs, sans volonté de rupture avec l'ancien droit.

Il faut attendre la deuxième moitié du xviii<sup>e</sup> siècle pour que l'idéologie codificatrice trouve sa place dans la philosophie des Lumières, dans la critique des autorités traditionnelles et dans l'aspiration à un droit nouveau. Et c'est essentiellement sur le terrain du droit pénal, avec le *Traité des délits et des peines* de Beccaria, que cet idéal codificateur a trouvé une expression doctrinale, en faisant face alors à l'hostilité ou au scepticisme de nombreux juristes. Quant au passage de l'idée aux premières réalisations concrètes, il est indiscutablement lié au despotisme éclairé, c'est-à-dire à des origines politiques. La codification moderne débute avec les entreprises lancées par Frédéric II de Prusse et Marie-Thérèse d'Autriche, avant de trouver son paradigme dans le Code Napoléon. Elle correspond, par conséquent, à une nouvelle étape dans le processus de développement de l'État moderne et de ses instruments législatifs. L'État traditionnel d'Ancien Régime se conciliait avec un ordre juridique



décentralisé et les monarques prétendus absolus des xvii<sup>e</sup> et xviii<sup>e</sup> siècle n'avaient pas osé – ni même pensé – imposer un droit privé uniforme à une société d'ordres et à un royaume encore composé d'un « agrégat de peuples désunis ». À l'origine directe de la première grande vague de codification, il y a le despotisme éclairé ou, pour reprendre l'expression des ministres prussiens, l'idée de la « révolution par en haut » qui a succédé au début du xix<sup>e</sup> siècle à l'action réformatrice des rois-philosophes du xviii<sup>e</sup>. Malgré des différences sensibles de contexte politique – la codification française prend place dans un cadre constitutionnel avec le vote des assemblées, alors que les codifications prussienne et autrichienne sont l'œuvre de monarques légiférant seul – c'est le même idéal de l'État législateur choisissant les meilleures règles pour ses sujets qui inspire toute la première vague de codification. Napoléon n'a-t-il pas usé des moyens les plus autoritaires à l'égard d'assemblées épurées et domestiquées pour « donner son » code à la France? Et si le code paraît reconnaître une sphère privée où se déploie la liberté civile des individus, n'est-ce pas l'État qui délimite cet espace socio-juridique et reste finalement maître de cet *instrumentum regni*?

II. Sur ce fond commun de l'étatisme grandissant, la France se singularise par la destruction de l'ordre ancien et par une unité nationale qui a plus progressé en dix ans qu'en dix siècles. Si toute codification est l'expression d'une société déjà formée, le *Code civil des Français* a pris une longueur d'avance sur ses rivaux étrangers en consacrant dans le domaine du droit civil une égalité des sujets de droit liée à l'unicité de la Nation. Alors que le Code prussien restait celui d'une société de *Stände* avec un droit différent pour chaque ordre et que le code autrichien était lié, plus discrètement, au maintien du régime féodal, le Code Napoléon consacre l'abolition de la féodalité la plus radicale – sans aucune indemnité – que l'Europe ait connue. Tandis que l'ALR se présentait comme une loi subsidiaire par rapport aux droits provinciaux et que l'ABGB se combinait avec la survivance de sources locales du droit, le *Code civil des Français* repose sur le principe de la table rase par rapport à l'ancien droit et à ses privilèges<sup>2</sup>.

En même temps, l'échec temporaire de l'implantation en France du parlementarisme, selon le modèle anglais, a fait disparaître tout obstacle à l'essor d'une Loi, qui n'est pas véritablement le produit de la volonté exprimée par les représentants du peuple, mais qui n'en est pas moins censée relever, par sa généralité même, de la souveraineté nationale.

L'on pourra objecter que la monarchie d'Ancien Régime avait patiemment travaillé à l'unité du royaume et que la nation française n'est pas née soudainement avec la Révolution. Mais la cristallisation de l'État-Nation, le triomphe de la centralisation sur les particularismes locaux, l'exaltation du Grand Tout sont des acquis de la Révolution conservés dans le Code civil. Un code national, non seulement parce qu'il est rédigé dans la langue de la France – l'ALR a aussi joué un rôle dans l'histoire de la langue allemande – mais parce qu'il ne souffre aucune concurrence des

2 HALPÉRIN, J.-L., *Histoire des droits en Europe*, Paris, Flammarion, 2004, p. 62-63.

sources traditionnelles abrogées par la loi du 30 ventôse an XII, des lois provinciales comme en connurent les systèmes prussien ou autrichien... ou de traductions dans de quelconques dialectes ou patois. Personne n'a imaginé, à notre connaissance, une édition du Code civil en breton, en occitan... ou en corse. *Code civil des Français* et non *Code général des États prussiens* ou, en Autriche, *Code civil général*, c'est-à-dire pour tous les sujets de la monarchie des Habsbourg. Tout ou presque est dit dans le titre, dans les dispositions sur la nationalité, et dans l'absence de Dieu, un phénomène inédit qui annonce la laïcité à la française.

Ce modèle politique d'un code imposé d'en haut est, bien sûr, lié au contexte du tournant des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècle, marqué par la Révolution française et par la naissance du constitutionnalisme moderne. Mais il se prolonge au-delà dans la diffusion des codes par des États n'hésitant pas à recourir à des méthodes plus ou moins autoritaires. Le Code roumain a été lui aussi « donné » par le fondateur de la nation moderne, Alexandre Ion Cuza, avant l'adoption de la première constitution et alors que le Parlement avait été dissout. Le Code civil italien a été certes voté, mais après une discussion menée « à toute vapeur » et soigneusement encadrée. Jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la codification n'apparaît guère compatible avec le parlementarisme. En revanche, elle entretient d'étroits rapports avec les politiques d'unification nationale: l'on sait le rôle du processus psychologique enclenché par le Code Napoléon dans la formation de l'identité italienne et l'on rattache d'ordinaire les codes de Serbie ou du Québec à la construction symbolique d'une communauté nationale.

Il faut néanmoins rester prudent sur l'impact réel de la codification dans l'émergence ou la consolidation d'une culture nationale: aux causes qui se trouvent à l'origine des premiers codes modernes, il faut ajouter les effets de l'imitation et des phénomènes de transplantation du modèle codificateur.

III. Nous touchons ici à la question, beaucoup plus complexe, des différents facteurs qui sont entrés en ligne de compte dans la diffusion de la forme codifiée du droit. En circulant, les codes ont été transportés dans des contextes sociaux, politiques et culturels très divers et l'histoire de chaque codification nationale a ses spécificités. Le continent sud-américain – avec l'influence de la Révolution française, le rôle des *caudillos* et l'affirmation des nouvelles nations<sup>3</sup> – offre un magnifique exemple de cette diversité influencée par l'exemple du Code Napoléon que l'on trouve également en Europe<sup>4</sup>. L'adoption du Code peut se situer à différents temps de la construction de l'État-Nation et répondre ainsi à des objectifs de « modernisation » du droit qui n'ont pas la même portée.

Un premier élément de cette diversité consiste dans le moment de l'adoption

3 CALVO, T., *L'Amérique ibérique de 1570 à 1920*, Paris, Nathan, 1994; CHEVALIER, F., *L'Amérique Latine de l'indépendance à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Nouvelle Cléo », 1993 et plus précisément sur l'image du Code Napoléon, MIROW, M.C., « The power of codification in Latin America. Simón Bolívar and the Code Napoléon », *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 2000, p. 83-116.

4 *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLIV, Paris, Litec, 1994.

du Code par rapport à l'accession à l'indépendance nationale ou à la réalisation de l'unification entre des unités étatiques jusque-là séparées. Le modèle français, celui d'une « vieille nation » transformée en État-Nation par le processus révolutionnaire et qui se dote d'un Code civil dès l'achèvement de cette révolution, est finalement isolé. Dans l'Europe du XIX<sup>e</sup> siècle, des Codes ont pu être adoptés aussi bien par des États princiers dont l'absolutisme évoquait l'Ancien Régime – les États de l'Italie pré-unitaire, la Saxe en 1863 – par de vieilles nations connaissant une évolution constitutionnelle contrastée – le Portugal en 1867 ou l'Espagne en 1889 – ou par des États nouveaux – unitaires ou fédéraux – voulant achever un mouvement d'unification nationale, comme l'Italie, l'Allemagne ou la Suisse. Et, dans ce dernier cas, le délai qui sépare la codification du droit civil de la réalisation de l'unité peut aller de quelques années (dans le cas italien) à plusieurs décennies : une trentaine d'années pour l'Allemagne, une soixantaine pour la Suisse si l'on prend comme point de départ la première constitution de la Confédération en 1848. Certaines entités politiques se sont à l'inverse dotées d'un Code avant même d'accéder à une souveraineté reconnue : la Serbie a eu un Code civil dès 1844, alors qu'elle ne connaissait encore qu'un régime d'autonomie. La souveraineté serbe ne date que de 1878, de même que celle du Monténégro ; ce micro-État ne tarda guère à faire rédiger un Code, par le professeur Bogisic en 1888, alors que la Grèce pionnière dans la voie de l'indépendance n'avait toujours pas de Code civil à la veille de la Première Guerre mondiale. Le recours à la codification du droit, bien que lié à l'unité nationale, n'est donc pas une conséquence immédiate ou automatique de la souveraineté des nouveaux États-Nations. En Amérique du Sud, l'influence étalée sur deux décennies du Code du Chili sur l'Équateur (1861), l'Uruguay (1867) ou la Colombie (1873) et plus encore l'exemple du Brésil – doté d'un Code civil seulement en 1916 – confirme ces décalages.

Il faut, en effet, tenir compte d'un autre phénomène, qui trouve paradoxalement son origine dans la critique de la codification française par l'École historique allemande. Les législateurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont souvent éprouvé quelques réserves à l'égard d'une transplantation pure et simple du modèle français – supposé universel – et ils ont souhaité l'adoption de codes adaptés à la culture et à la tradition nationale. En réalité, l'opposition entre Savigny et Portalis – qui souhaitait lui, selon les idées de Montesquieu, un Code approprié au caractère de la nation – n'était pas aussi radicale et des disciples de Savigny – comme Bluntschli, l'inspirateur du Code civil zurichois – ont voulu concilier les enseignements de l'École historique et l'idéal de la codification « à la française ». Dans une telle configuration, la codification apparaît comme un lien entre le passé et le présent, entre une culture juridique censée appartenir depuis longtemps au patrimoine intellectuel de la nation et une expression moderne d'un État-Nation en train de se constituer. Le Code serbe, largement inspiré de l'ABGB, intègre un certain nombre de règles coutumières sur la famille et les successions ; le Code Bogisic du Monténégro se limite volontairement au domaine patrimonial pour laisser en place l'ancien droit des personnes. Eugen Huber a conçu le Code civil suisse après un travail d'historien cherchant à concilier

les droits cantonaux et les différentes traditions locales... ce qui n'est pas sans rappeler la « transaction » entre les coutumes et le droit écrit voulue par les codificateurs français. Mais, là encore, il faut se méfier d'une grille de lecture trop simpliste en croyant que tous les Codes ont été formatés pour convenir spécialement à une Nation particulière. L'histoire du Royaume des Pays-Bas et de la Belgique est un autre exemple de la complexité des rapports entre codification et sentiment national. L'on sait que les projets de codification discutés de 1815 à 1830, alors que Néerlandais et Belges étaient sous la même couronne, ont été une source de division avant même d'être remis en cause par la révolution belge. Le paradoxe de cette révolution nationale a été le ralliement – d'abord temporaire, puis assumé – de la Belgique au Code Napoléon et la mise en vigueur en 1838 d'un code néerlandais finalement plus proche du modèle français que des propositions antérieures inspirées par les traditions du droit des Provinces-Unies. Sans être le moins du monde « belge » dans son origine, le Code Napoléon est ainsi devenu un symbole d'une unité nationale acquise contre le souverain néerlandais.

26

Le continent sud-américain offre d'autres exemples de cette transplantation d'un code « étranger » qui est pourtant « nationalisé » par cette opération fondamentalement politique qu'a représenté – au moins jusqu'à la première guerre mondiale – la codification du droit. Souvent le Code civil est adopté dans une période de stabilité liée au pouvoir d'un homme fort : en Bolivie (1831) sous la présidence du maréchal Santa Cruz, au Pérou (1852) peu après la domination de Ramon Castilla (1845-1851), au Chili (1855) sous la présidence de Montt deux décennies après l'œuvre centralisatrice de Portales<sup>5</sup>, au Mexique à la fin de la présidence de Juarez pour le Code de 1870, sous celle de Porfirio Diaz pour le deuxième Code de 1884<sup>6</sup>.

Tout aussi complexes apparaissent les rapports entre codification, constitution et réforme sociale. Nous avons dit que les grands codes de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et du début du XIX<sup>e</sup> siècle étaient l'expression de choix de sociétés : l'ALR était pour Tocqueville la constitution féodale de la vieille Prusse et le Code Napoléon fut présenté, notamment par Demolombe, comme la « constitution civile de la France ». La codification est liée à une constitution, au sens d'un régime politique et social – plus social que politique, dans la mesure où elle n'est pas liée au parlementarisme – et le modèle codificateur français a été celui de l'égalité des droits associée à la sécularisation du droit. Que ce modèle ait été pour une part mythique – il y avait, bien sûr, des formes d'inégalité dans le Code Napoléon, entre hommes et femmes, patrons et ouvriers... et le code français a coexisté avec l'esclavage jusqu'en 1848,

5 COLLIER S.W., SATER F., *A History of Chile 1808-1994*, 1996, p. 58-59 et p. 74-75; SARGET, M.-N., *Histoire du Chili de la conquête à nos jours*, Paris-Montréal, L'Harmattan, 1996, p. 67-75; MIROW, M.C., « Borrowing private law in Latin America. Andrés Bello's use of the Code Napoléon in drafting the Chilean Civil Code », *Louisiana Law Review*, vol. 61, 2001, p. 294, attire l'attention sur le rôle de la guerre civile en 1851

6 BETHELL, L. (ed.), *The Cambridge history of Latin America*, Cambridge University Press, 1986, vol. V, p. 8.

ou avec le Concordat jusqu'en 1905<sup>7</sup> – n'enlève rien à la symbolique égalitaire et laïque attachée à la codification de type français.

Il nous paraît donc important, spécialement dans le cas de l'Amérique du Sud, de s'interroger sur les relations entre codification et réformes des structures sociales et politiques. Le Code civil est souvent proche de l'abolition de l'esclavage (1854-1855 au Pérou juste après le Code de 1852 qui avait maintenu l'esclavage<sup>8</sup>; 1888 au Brésil, ce qui peut expliquer l'échec antérieur du projet de Freitas en 1860-1865<sup>9</sup>) qui ouvre la voie à un statut civil unique pour toutes les personnes, après l'abolition des castes décidée en principe au moment de l'indépendance. La codification n'est certainement pas étrangère à l'évolution des rapports entre l'État et l'Église : la reconnaissance de la liberté religieuse, l'interdiction faite aux institutions religieuses d'acquérir des terres, la suppression de la juridiction ecclésiastique (Mexique 1855-1859), l'institution de l'état civil, du mariage civil (au Mexique en 1857, au Venezuela en 1873), voire du divorce (au Mexique en 1884, au Costa Rica en 1888), le développement d'une éducation et d'une université laïques (comme le montre l'exemple du recteur Bello) ou plus généralement les tensions entre l'Église et l'État (au Venezuela sous la dictature positiviste de Blanco de 1870 à 1888, au Brésil avec l'avènement de la République et la séparation de l'Église et de l'État en 1890). Il faut se montrer néanmoins prudent sur ce terrain, en constatant que de nombreuses codifications sud-américaines ont marqué au XIX<sup>e</sup> siècle l'attachement au mariage catholique indissoluble<sup>10</sup>.

Enfin, la codification a pu être un instrument de modernisation économique et sociale: si l'on peut rester sceptique sur les transformations induites par le Code civil pour tout ce qui concerne la situation des paysans – répartition des terres, développement du « péonage pour dettes » qui est souvent contemporain de la codification – il n'est pas interdit de supposer que l'adoption de lois codifiées a été conçue comme un moyen de favoriser la liberté des échanges et les débuts de l'industrialisation. En Amérique du Sud, la codification a pu être un facteur d'émergence de la bourgeoisie. Connaître, au-delà de l'imitation du modèle français, les ambitions nationales sous-tendant dans chaque pays d'Amérique du Sud l'adoption d'un Code civil, c'est tout le sens que nous donnons comme historien du droit à cette lecture politique de la codification moderne.

7 Cf. MARTIN, X., *Mythologie du Code Napoléon*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003.

8 RAMOS NÚÑEZ, C., *Historia del derecho civil Peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 282.

9 BENNASSAR, B., MARIN, R., *Historie du Brésil 1500-2000*, Paris, Fayard, 2000, p. 303.

10 RAMOS NÚÑEZ, C., *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 158 avec les exemples de la Bolivie, du Pérou et du Code de Costa Rica en 1841.



## COMIENZOS DE LA CODIFICACIÓN EN EUROPA CONTINENTAL Y AMÉRICA HISPÁNICA (1750-1804) \*

Bernardino Bravo Lira

Profesor de la Universidad de Chile

**E**l lugar donde se celebra este congreso no puede ser más evocador. Hemos venido a París desde diversas partes del mundo para conmemorar el bicentenario del *Code civil* precisamente en el lugar mismo donde fue elaborado. No lejos de aquí trabajó el infatigable Cambacérès en sus tres sucesivos proyectos y bajo la presidencia de Tronchet, cuatro eminentes juristas dieron forma final al texto actual.

Pero este no fue sino un capítulo dentro del movimiento codificador. La prueba es que este mismo año conmemoramos también el bicentenario del Código Penal de Austria, promulgado en 1803, apenas unos meses antes que el Código Civil francés. Esto nos brinda una excelente oportunidad para intentar una visión de conjunto, es decir, para un examen de los contornos espaciales, temporales y espirituales de la codificación.

Dentro de los apretados límites de esta exposición nos detendremos en sus focos y figuras centrales.

### ESTADO DE LA CUESTIÓN

La bibliografía parece moverse entre dos extremos. Por un lado, se estudia el movimiento codificador por países, vale decir en un marco nacional o, a lo más, por sectores jurídicos, como el derecho privado<sup>1</sup> o el penal<sup>2</sup>, mientras por otro lado, se

\* Ce texte a été traduit en français par Guillaume Fatio, membre de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, BMG Avocats, Genève, guillaume.fatio@bmglaw.ch. La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

1 HARRAS VON HARRASOWSKY, P. R., *Geschichte der Kodifikation des österreichischen Zivilrechts*, Viena, 1868. BRAUNEDER, W., "Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811", en *Gutenberg-Jahrbuch* 62, Mainz, 1987. VAN KAN, J., *Les efforts de codification en France avant la rédaction du Code civil*, Paris 1910. EWALD, F., *Naissance du Code civil*, Paris 1989. HALPÉRIN, J.-L., *L'impossible Code civil*, Paris, 1992. TAU ANZOÁTEGUI, V., *La codificación en Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, M. del R., "Notas para el estudio del proceso de codificación en México (1821-1928)", en *Libro del cincuentenario del código civil*, México, 1978. BRAVO LIRA, B., "La codificación en Chile (1811-1907)", dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana", en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* 11, Valparaíso 1986.

2 SALMONOWICZ, S., *Prawo karne ówieconeگو absolutyzmu. Z dziejów europejskich kodyfikacji karnych prze omu XVIII/XIX w* (El derecho penal del absolutismo ilustrado. Historia de las codificaciones penales en la Europa del siglo XVIII/XIX), Torun, 1966. El mismo, "La codification pénal des Lumières. Programme et réalisations", en *Law in History* 1, Lublin, 2000. RIVACOBA, M., y ZAFFARONI, R., *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso,

la mira al modo de von Ihering<sup>3</sup>, como una etapa en la historia universal del derecho<sup>4</sup>.

No hay que engañarse. Su alcance es más vasto que los países, pero más reducido que el mundial. Para empezar, la mayor parte del planeta ha vivido y vive al margen de la codificación; unos porque no necesitan de ella para ser países modernos, como los del *common law* y otros, porque apenas conocen el derecho escrito, según sucede entre tantos pueblos asiáticos y africanos y, por tanto, los únicos códigos que conocen son importados o imitados de Europa<sup>5</sup>.

La razón es muy simple. La Ilustración provocó una verdadera mutación en la noción de código. Desde la época romana hasta el barroco se entendía por tal un libro de derecho, destinado a fijarlo con vistas a consolidar su vigencia y facilitar la labor del juez<sup>6</sup>. La Ilustración exaltó al derecho escrito y prescrito en los códigos, por encima de todo otro, fuera elaborado por los juristas o instituido por las costumbres<sup>7</sup>. Con ello no pudo menos que reducir el papel del juez, conforme a la expresión de Montesquieu, a ser "la boca que pronuncia las palabras de la ley"<sup>8</sup>.

Hay que rendirse a la evidencia, esto no sucedió más que en Europa continental y en Iberoamérica. La codificación y el derecho codificado son una excepción en la historia. Como tal, sus contornos son sumamente precisos. Espacialmente se reduce a Europa continental y a la América hispánica. Temporalmente dura dos siglos, los mismos que la Ilustración, desde mediados del XVIII hasta mediados del XX.

30

1980. BRAVO LIRA, B. "Dos vertientes de la codificación. En torno al bicentenario de los código penal de Austria (1803) y civil de Francia (1804)", en SANZ, C.R. y otros *La codificación, raíces y perspectivas*, 2 vols. (hasta ahora), Buenos Aires, 2004, 2. El mismo, "Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica, (1827-1917) Derecho nacional y europeización" en LEVAGGI, A. (ed.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, ahora en el mismo y MÁRQUEZ DE LA PLATA, S. (eds.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, vol. I, Santiago, 1998. Un panorama exhaustivo, GUZMÁN, A., *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago, 2000.

3 VON IHERING, R., *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen Seiner Entwicklung, 1852-1865*, varias ediciones posteriores, hay traducción castellana.

4 WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga, 1952, 1967. Trad. castellana, Madrid, 1957. COING, H., *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 6 vols., Munich, 1973. CRUZ, G. de B., "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro", en *Revista de la Faculdade de Direito de Sao Paulo*, 50, Sao Paulo, 1955. ARNAUD, A.-J., *Origines doctrinelles du Code civil français*, Paris, 1969.

5 CHOI, C., "The development East Asian Law, until the End of 18. Century: in search of Asian common law". en *Law in History 1*, Lublin, 2000.

6 VANDERLINDEN, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XII au XIX siècles*, Bruselas, 1967. GUZMÁN, A., "Codex", en D'ORS, A., *Estudios de derecho romano en honor de ...*, Pamplona, 1987. El mismo, *La fijación del derecho, contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977, p. 47. WOLF, A., *Gesetzgebung in Europa 1100-1500*, Munich, 1996.

7 VIORA, M., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazioni*, Torino, 1947. WIEACKER, nota 4. GUZMÁN, *La fijación...*, nota 6. GAUDEMET, J., "La codification, ses formes et ses fins", en 18 Congrès de l'IDEF, *La codification et l'évolution du droit*, Luisiana, 1995. CARONI, P., *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid, 1996, con bibliografía.

8 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginebra, 1748. HUBNER, H., *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrecht*, Königstein, 1980.



Después sobreviene lo que Morin denunció como *révolte des faits contre le code*, una rebelión de los hechos contra el derecho codificado, a la que nosotros llamamos descodificación<sup>9</sup>.

## AUGE, APOGEO Y AGONÍA DE LA CODIFICACIÓN

Los dos códigos bicentenarios se inscriben dentro de este marco. Constituyen un hito que separa tres etapas en la historia de la codificación, que puede descomponerse, como lo hizo hace medio siglo Wieacker, en tres tiempos: surgimiento, florecer y crisis<sup>10</sup>. Dichas etapas coinciden con el auge, apogeo y agonía de la Ilustración<sup>11</sup>.

Este ciclo vale no sólo para Europa, pues incluye también a dos derechos europeos – castellano y portugués – cuya codificación se realizó paralelamente a ambos lados del Atlántico<sup>12</sup>. No está demás añadir que, en este caso, provienen del Nuevo Mundo los textos más logrados, el Código Penal de Brasil<sup>13</sup> y el Civil de Chile<sup>14</sup>.

Cronológicamente la primera etapa corresponde al medio siglo anterior a los grandes modelos (1750-1804), la segunda abarca todo el siglo XIX (1804-1917) y coincide con su proyección mundial que culmina con los códigos civiles de Alemania, Suiza y Brasil y el *codex iuris canonici*. A partir de entonces comienza la tercera fase (1917 en adelante), es decir, reflujo de la Ilustración y del derecho nacional codificado y como contrapartida, el despuntar de una descodificación.

Estas páginas están dedicadas más que nada a la primera etapa. Dentro de los límites de la presente exposición, nos fijaremos en tres grandes focos del movimiento codificador, en alguna de sus figuras prominentes y en el espíritu que la anima. Naturalmente las omisiones son inevitables. Entre tantos, sólo cabe mencionar, a título de ejemplo, determinado jurista y alguna tendencia.

9 IRTI, N., "L'età della decodificazione", en *Diritto e Società* (1978), ahora en el mismo *L'età della decodificazione*, Milán, 1979, trad. castellana, Barcelona, 1992. GUZMÁN, A., "Codificación, descodificación y remodificación", en *Revista de derecho y jurisprudencia*, 90, Santiago, 1993. BRAVO LIRA, B., "Tras la huella del *ius commune*, la codificación y descodificación en el nuevo mundo", en *Revista de estudios histórico jurídicos*, 19, Valparaíso, 1998.

10 WIEACKER, F., "Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee", en *Festschrift Böhmer*, Bonn, 1954.

11 Sobre la Ilustración en general, CASSIRER, E., *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübinga, 1932, trad. castellana, Madrid, 1943. HAZARD, P., *La crise de la conscience européenne 1680-1715*, París, 1932, trad. castellana (J. Marías), Madrid, 1946. El mismo, *La pensée européenne au XVIII<sup>e</sup> siècle*, París, 1963, trad. castellana, Madrid, 1966. KOSELECK, R., *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, München, 1959, trad. castellana Madrid, 1964. BRAVO LIRA, B., "El racionalismo moderno", en GARCÍA, H. y otros, *Reflexiones sobre el socialismo liberal*, Santiago, 1988.

12 BRAVO LIRA, B., "Beziehungen zwischen den europäischen und ibero-amerikanischen Kodifikationen", en *ZSR*, 103, Germ. Viena-Colonia-Graz, 1986. El mismo, "Eine Kodifikation auf beide Seiten des Atlantiks. Iberoamerika und die Iberische Halbinsel, zwischen Schaffen eigene Gesetzbücher und Übernahme europäische", en *Law in History* 1, Lublin, 2000.

13 RIVACOBIA y ZAFFARONI, nota 2. BRAVO LIRA, "Dos vertientes..." nota 2. IÑESTA, E., "La proyección hispánica del Código penal español de 1848", en XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, *Estudios*, 2, San Juan, 2003.

14 BRAVO LIRA, nota 2. Guzmán, nota 2.

Dichos focos o áreas son Europa central, que incluye Baviera, cuna de la codificación, Prusia y Austria, principales centros de ella, así como Toscana. En los otros Estados italianos se hicieron reformas, algunas tan celebradas como la obligación de fundar las sentencias en Nápoles, pero no todavía codificaciones. Luego viene el área hispánica, extendida a ambos lados del Atlántico, desde España y Portugal hasta Hispanoamérica y Filipinas. Finalmente, pero no en último lugar, está el área francesa, de la cual provienen los *Cinq codes* que tanta difusión alcanzaron en el siglo XIX.

## I. ÁREA CENTROEUROPEA, CÓDIGOS DE DERECHO TERRITORIAL

En Europa central dominan las monarquías múltiples, esto es, compuestas de reinos y territorios diversos entre sí pero unidos permanentemente bajo una misma casa reinante. Allí el movimiento codificador está ligado al propósito de convertir esta unidad política en una unidad jurídica. Grandes obstáculos para implantar un derecho territorial único eran, por una parte, el *ius commune* cultivado en las universidades, cuya vigencia universal sobrepasaba el territorio y, por otra, el particularismo proveniente de la multitud de derechos propios de cada tierra, ciudad, región, país, defendido por los estamentos y las asambleas estamentales<sup>15</sup>.

32

Se explica así la repercusión en cadena que tuvo en Baviera y en Austria el proyecto prusiano de formar un *corpus iuris fredericiani* en 1749. Se habla de formar "un derecho territorial, fundado en la razón y los derechos del país y en el derecho romano en su orden natural y sistemático, según los tres objetos del derecho"<sup>16</sup>. Se advierte aquí el influjo del francés Domat (1625-1692), quien está también en el origen de la codificación francesa con su alegato más de medio siglo anterior en pro del orden natural y sistemático de las leyes<sup>17</sup>.

### BAVIERA, CUNA DE LA CODIFICACIÓN

El primero en acometer esta empresa fue Kreittmayr (1705-1790) en Baviera<sup>18</sup>. En un lustro elaboró tres códigos: penal, procesal y civil. Estos textos son más bien breves, en cambio las notas que publicó para su enseñanza abarcan varios volúmenes y son riquísimas para conocer sus fundamentos<sup>19</sup>.

15 WIEACKER, nota 4. CONRAD, H., "Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussen und Oesterreichs am Ende de 18. Jahrhunderts", en *Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, cuaderno 25, Colonia y Opladen, 1961. COING, nota 4.

16 Project des corpus fredericiani, d.h.S. M. in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Landrecht, worin dad Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema nach dreyen objectis iuris gebracht, Halle, 1749-1751. WIEACKER, nota 4. CONRAD, nota 15. GUZMÁN, nota 6.

17 DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1684-1694. COING, H., *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*, México, 1959. CAPELLINI, P., *Sistema iuris*, 2 vols. Milán, 1984-1985. GUZMÁN, nota 6.

18 RALL, H., "Kreittmayr. Persönlichkeit, Werk und Fortwirkung" en *Zeitschrift f. bayerische Landgeschichte* 42, München, 1979. BAUER, RICHARD y SCHLOSSER (eds.), *Festschrift zum 200. Todestag Freiherr von Kreittmayr*, Munich, 1991. *Codex iuris Criminalis Bavarici*, 1751.

19 KREITTMAYR, W., *Compendium Codices bavaricis civilis, judicialis, criminalis et Annotationum*, Munich, 1768, hay eds. en alemán en 1768 y 1844, reimpresso con introducción de Hans Schlosser, 5 vols. Munich, 1990. Sobre su significación, GAGNER, S., "Die Wissen-

Lo que no dicen y ha tenido desconcertados a los estudiosos son las razones por las que sus códigos reconocen la vigencia tanto de los derechos propios como del *ius commune*. La explicación, muy propia de estos momentos iniciales de la codificación, parece estar en que el elector de Baviera no tenía poder para alterar el derecho vigente por sí solo, sin consentimiento de los estamentos. Ante esta situación, su canciller parece haber optado por dar a la codificación la apariencia de una revisión más del derecho vigente, aunque, de hecho, constituía un texto nuevo. Así, por ejemplo, el título del *codex maximilianeus bavarici civilis* se completa con la frase *neuerbessert und ergänzst Chur-Bayerisches Landrecht*, vale decir, derecho territorial del electorado de Baviera nuevamente corregido y completado. En todo caso la patente promulgatoria no deja dudas. Deroga todos los derechos, estatutos y costumbres antiguos.

De un modo semejante, se maneja Kreittmayr en relación a la Iglesia. Comparte las tendencias ilustradas de restringir el poder de la Iglesia en el territorio. Pero eso no significa que desconozca su origen divino. Del Papa dice, por ejemplo, que “es el máximo y supremo dignatario de la jerarquía católica, como Vicario de Cristo en la tierra y cabeza visible de la Iglesia”<sup>20</sup>. Esta actitud es propia de la Ilustración católica cuya crítica y reforma se dirige contra los abusos de la credulidad y de la disciplina, pero no contra la Revelación y lo sagrado<sup>21</sup>.

#### PRUSIA Y EL CÓDIGO GENERAL Y COMÚN, *ALLGEMEINE LANDRECHT*

El curso de la codificación en Prusia fue diferente. Desde el principio se trabajó en formar un código general, para todas las ramas del derecho y para todos los territorios y poblaciones, que abarcara toda suerte de materias desde el orden político hasta el privado<sup>22</sup>.

schaft des Gemeinen Recht un der Codex Maximilianeus Bavaricus Civiles”, en COING, H. und WILHELM, W. (ed.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, con contribuciones de diversos autores, Francfort, 1974.

20 *Compendium*, nota 19, 5 19-2. LANDAU, P., “Kirchenrecht unt Religionverfassung bei Kreittmayr” en BAUER y SCHLOSSER, nota 18.

21 Sobre la Ilustración católica y nacional: MERKLE, S., *Die Katholische Beurteilung des Aufklarungszeitalter*, Berlín, 1909. El mismo, *Die Kirchliche Aufklaerung in katholischen Deutschland*, Berlín, 1910. CABRAL DE MONCADA, L., *Italia e Portogallo nel settecento*, Roma, 1949. Ahora en: El mismo, *Estudios de historia do direito* 3, Coimbra, 1950. GÓNGORA DEL CAMPO, M., “Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española”, en: *Revista Chilena de Historia y Geografía*, 125, Santiago, 1957. El mismo, “Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)”, en *Historia* 8, Santiago, 1969, ahora ambos en: El mismo, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*, Valparaíso, 1980. WANDRUSZKA, A., “Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria”, en: *Storica e politica* 3-4, 1965. El mismo, “Die Katholische Aufklaerung Italiens und ihr Einfluss auf Oesterreich”, en KOVACS, E. (ed.), *Katholische Aufklaerung und Josefinismus*, München, 1979. KRAUSS, W., *Die Aufklaerung in Spanien, Portugal und Lateinamerika*, Munich, 1973. BRAVO LIRA, B., “Feijóó y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa”, en: *Jahrbuch für Geschinte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 22, Colonia-Viena, 1985.

22 WIEACKER, nota 4. COING, nota 4.

Ya nos referimos al propósito fundamental de formar “un derecho territorial alemán”. Los trabajos demoraron considerablemente. Sólo comenzaron a avanzar en 1780 cuando fueron encargados a Carl Gottlieb Suarez (1746-1796) y Fernando Klein (1744-1810). Al igual que en Portugal, Toscana y Austria, el año 1787 fue decisivo. Entonces se dio a la publicidad europea un primer proyecto. Pero el desconcierto producido por la Revolución francesa retrasó su promulgación. En vista de que el texto introducía una regulación nueva sobre el Estado y la forma de gobierno, el rey Federico Guillermo II cedió ante la presión para que se sometiera a la aprobación de los estamentos<sup>23</sup>. Una vez que Suarez hizo las correcciones del caso, fue promulgado en 1794.

A tono con el objetivo unificador del código, se prohibió estrictamente al juez toda función creadora o científica, lo que a la larga frenó el avance de la ciencia jurídica y condujo al desprecio del código por ella<sup>24</sup>.

#### AUSTRIA Y LOS CÓDIGOS COMUNES, *ALLGEMEINE GESETZSBÜCHER*

34

En Austria la codificación comienza en 1753 y desde el principio, como en Baviera, se separa por ramos del derecho. Supuso medio siglo de trabajos. En el curso de él se distinguen dos fases.

La primera dura hasta 1770. En ese período se elaboraron el *codex thesianus* (1766), una década posterior al *maximilianeus* – que no llegó a promulgarse – y dos años después la *constitutio criminalis thesiana* para toda la monarquía salvo Hungría. Como los códigos bávaros estos nuevos textos no estaban destinados a reemplazar al *ius commune* ni a los *iura propria*<sup>25</sup>.

La segunda fase se extiende desde 1770 hasta 1811 y culmina con los grandes códigos. Se caracteriza por la reelaboración del material reunido y la formación de los códigos como textos nuevos, sin mayor consideración a los derechos propios, al derecho canónico y a las costumbres. En consecuencia, el juez sólo puede suplir sus vacíos mediante los *allgemeine Rechtsgrundsätze*, principios generales de derecho, en cierto modo asimilables a la *aequitas constituta*<sup>26</sup>.

Figura dominante en esta etapa es la de Karl Anton von Martini (1726-1800), cuya fama y obras sobrepasaron el continente europeo y llegaron hasta América hispana. Sus *Positiones de iure civilis* (1762) y *Positiones de iure gentium* (1768) se utilizaron como texto hasta después de 1840 en universidades de ambos mundos<sup>27</sup>.

23 WOLF, E., “Carl Gottlieb Suarez”, en su *Grosse Rechtsdenkier der deutsche Gechichte* (1939), 4ª ed. Tubinga, 1963, 447 s.

24 THIEME, H., *Das Naturrecht in der europäische Rechtsgeschichte*, Basilea, 1947. WIEACKER, nota 4. HÜBNER, nota 8.

25 Por todos, BRAUNEDER, nota 1.

26 BRAVO LIRA, B., “Codificación y derecho común en Europa e Hispanoamérica. Disociación de los derechos nacionales del derecho común”, en RCHHD 15, 1989, ahora en el mismo y MÁRQUEZ DE LA PLATA, nota 12. JACOBY, S., *Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Berlín, 1997.

27 HEBEIS, M., *Karl Anton von Martini 1726-1800, Leben und Werk*, Frankfurt, 1996. GÓNGORA DEL CAMPO, M., obras citadas en nota 21.

Nacido en Bolzano (Tírol) estudió derecho en Innsbruck y Viena, donde obtuvo la cátedra de derecho romano y derecho natural. Entre su maestro, el catedrático de derecho natural Paul Joseph Riegger (1700-1775), seguidor de la escolástica española y del canonista Zeger Bernhard van Espen (1648-1728), y su discípulo el doble codificador Franz Zeiller (1751-1828), von Martini está en el centro mismo de la codificación austriaca<sup>28</sup>. Discípulos suyos fueron también otros codificadores, Bernhard von Horten (1735-1780), quien redujo a la mitad el voluminoso texto de la *Theresiana*, y Froidevo, autor del *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1781, primer fruto de la codificación austriaca. Poco después, en 1785, se dictó otro para Hungría, la *Josephina* (1787) en materia penal y el código procesal penal de 1789<sup>29</sup>.

Preceptor del archiduque Pedro Leopoldo, después Gran Duque de Toscana y Emperador, Martini contribuyó, además, indirectamente a la *Reforma de la legislación criminal* de Toscana, conocida bajo el nombre de *Leopoldina* (1787)<sup>30</sup> y directamente a llevar a término la codificación en Austria. Puesto al frente de la comisión imperial por Leopoldo en 1790, Martini redujo el proyecto de Horten de 2891 a 1569 párrafos, utilizó el ALR prusiano y dio forma definitiva al código civil, promulgado en 1797 para Galizia occidental. Este es el primero al modo actual, en lengua vulgar y con una distribución de materias –distinta del código bávaro– que es la de los códigos posteriores<sup>31</sup>.

Por su posición como jurista y consejero imperial intervino en las grandes reformas de la época. Compartió las tendencias regalistas prevalecientes entonces en el mundo católico. Pero su actitud es moderada por el respeto a la Revelación y a la Iglesia como institución divina. Genuino exponente de la Ilustración católica, no temió enfrentarse, por un lado a las posiciones radicales del abad Rautenbrauch ni a la firmeza del obispo de Viena –su antiguo condiscípulo de Innsbruck– el cardenal conde Migazi (1714-1803). En tiempos de José II, manifestó sus reservas frente a asuntos como tolerancia, matrimonio civil, reforma de los conventos. En sus obras y en su actuación sostuvo que tanto la existencia del Estado como la de la Iglesia son queridas por el Creador. La religión no es el fin último del Estado. La religión natural y la religión revelada se diferencian por su fundamento en la razón o en la Revelación. Lo que excluye toda contradicción entre una y otra<sup>32</sup>.

28 Sobre von Martini, ZWIEDINECK-SÜDENHORST, *Allgemeine deutsche Biographie*, vol. 20, Leipzig, 1884. KLEIN-BRUCKSCHWAIGER, F., "Karl Anton von Martini in der Zeit des späten Naturrechts", en *Festschrift Karl Hoff*, Innsbruck, 1950. HEBEIS, nota 27.

29 BRAUNEDER, nota 1.

30 *Riforma della legislazione criminale toscana* di 30 novembre de 1786. PIANO MORTARI, V., "Tentativi di codificazioni nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII", en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, Milán, 1952-53, ahora en él mismo, *Itinera iuris*, Nápoles, 1991. El Mismo, "Il movimento per la codificazione in Italia", en *Enciclopedia del diritto*, 7, ahora *ibid*. SALMONOWICZ, nota 12. BERLINGUER, L. (ed.), *La Leopoldina. Criminalità e iustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, Milán, 1989. WANDRUSZKA, A., *Leopold II*, 2 vols. Viena, 1965.

31 Así lo ha destacado BRAUNEDER, W., "Europas erstem Privatkodifikation: Das galizische Bürgerliches Gesetzbuch" en BARTA, H., PALME, R., INGENHAEFF, W. (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, Viena, 1999.

32 HEBEIS, nota 27.

Poco después de su muerte, Zeiller completó su obra al dar cima a la codificación penal en 1804 y a la civil en 1811<sup>33</sup>. La patente promulgatoria es terminante: por su carácter completo este código importa la abolición del “hasta ahora tenido por derecho común”<sup>34</sup>. Para suplir sus vacíos sólo puede acudirse a los *allgemeine natürliche Rechtsgrundsätze*, los principios de derecho naturales y fundamentales<sup>35</sup>.

Zeiller afirmó que “el derecho no es hechura de los hombres y los gobernantes no son creadores de él. Todos los derechos derivan originariamente de la razón...”. En consecuencia, el legislador “debe poner en alto el respeto a la dignidad, al honor, a la equidad, a las buenas costumbres y a la religión”<sup>36</sup>.

## II. ÁREA HISPÁNICA, CÓDIGOS MÚLTIPLES DE DERECHO PATRIO

En el mundo hispánico la codificación se llevó a cabo bajo supuestos diferentes a los de Europa central. Ante todo, porque se trata de una veintena de países distintos y distantes entre sí, sin la contigüidad geográfica de los centroeuropeos. En cambio, todos tienen un mismo derecho, con las variantes entre el de Castilla y el de Portugal, lo cual se refleja incluso en el hecho de que cuentan con un cuerpo de derecho patrio o nacional, las *Siete Partidas*, llamado a menudo código y propuesto como base de la codificación. Ya en 1784, Vizcaino Pérez intentó ponerlas en el orden natural, al modo de Domat<sup>37</sup>.

Sin embargo, la codificación de este derecho unitario puede calificarse de invertida, ya que cada país la realizó por separado, de suerte que no hubo un centro único, como Viena o Berlín, ni menos un propósito unificador. De ahí que a la postre, en lugar de un código, se promulgara cerca de un centenar, es decir, cinco en cada país, si se considera cada una de las ramas del derecho<sup>38</sup>.

Contrariamente a lo que esta multiplicidad haría esperar la codificación no condujo a un quiebre de la comunidad jurídica hispánica. En lugar de resentirse, se impuso sin contrapeso, según salta a la vista de la comparación de los diversos textos, muy similares entre sí y de la literatura y de la práctica jurídica<sup>39</sup>. Más elocuen-

33 SWOBODA, E., *Franz von Zeiller*, en *Franz von Zeiller, Festschrift*. Graz, Viena, Leipzig, 1931. SELB, W. y HOFMEISTER, H. (eds.), *Franz von Zeiller Forschungsband*, Viena-Graz-Colonia, 1980. WESENER, G., “Franz von Zeiller (1751-1828). Leben und Werk”, en DESPUT, J.F. y KOCHER, G., *Franz von Zeiller*. Graz, 2004. KOCHER, GERNOT, “Franz von Zeiller und die österreichische Strafgesetzgebung”, *ibid.*

34 OGRIS, W., “Die Wissenschaft der gemeinen Recht und das österreichische Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch” en COING, H. y WILHELM, W., *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Francfort, 1974. Brauneder, nota I, 226.

35 Ver nota 26.

36 ZEILLER, F. von, “Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung”, en *Jährlichen Beitrag zur esetzkunde und Rechtswissenschaft in den öst. Erbstaaten* 1, Viena, 1806, 92.

37 ALFONSO EL SABIO, *Siete Partidas*. VIZCAINO PÉREZ, V., *Compendio de derecho público y común de España o de las leyes de las siete partidas colocadas en orden natural*, 4 vols., Madrid, 1784. BRAVO LIRA, B., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989. TAU ANZOATEGUI, V., *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992.

38 BRAVO LIRA, nota 12.

39 STEGER, H.-A., “Die Bedeutung des römischen Rechtes für die Lateinamerikanischen Universität im 19. und 20. Jahrhundert”, en CATALANO, P. (ed.), *Diritto Romano e Università*

te aún es el hecho de que unos países adoptaran códigos elaborados por otros, hasta el punto de que surgieron las que se ha llamado *familias de códigos*, derivadas de un mismo modelo. Entre ellas cabe señalar las que tienen por cabeza en materia comercial al código español de 1829 o al chileno de 1865, en materia penal, al código brasileño de 1830 y en materia civil, al proyecto español de 1851 y al código chileno de 1855<sup>40</sup>.

En todo caso, en el área hispánica la codificación es posterior a la de Europa central. Las recopilaciones, al modo tradicional, prosiguen en España y América hasta mediados del siglo XIX<sup>41</sup>. El primer código propiamente tal fue el español de 1822, una década posterior al ABGB y el último que cierra la serie fue el civil brasileño de 1916, casi un siglo posterior.

No obstante, ya en 1778 se puso en marcha en Portugal un ambicioso proyecto codificador. Tenía por objeto sustituir las antiguas *Ordenações Philipinas* – que era una recopilación – por un *Novo código*. Parte de él fue el proyecto de Código Penal de 1786, que se adelantó a la *Leopoldina* en escasos cuatro días y fue el primero de Europa<sup>42</sup>. El primero en América, meses posterior al ABGB, fue otro proyecto de Código Penal que data de 1812, obra del peruano Manuel Lorenzo Vidaurre (1773 – 1841)<sup>43</sup>.

Por encima de las diferencias y contrastes con Europa central, también en esta área hispánica es posible distinguir tres fases en el curso de la codificación. Corresponden a otras tantas generaciones sucesivas, pero sus figuras dominantes no están eslabonadas entre sí, como en Austria, por una relación maestro-discípulo, que discurre en una misma universidad y en la capital de la monarquía. Eso sencillamente no era posible. A diferencia de los países danubianos los hispánicos no constituyen un todo compacto, de suerte que las capitales y las universidades, repartidas desde Madrid hasta Manila son múltiples y el contacto personal entre los catedráticos, imposible.

*nell'America Latina*, Sassari, 1973. BRAVO LIRA, B., "Cultura de abogados en Hispanoamérica, antes y después de la codificación (1750-1920)", en *Roma e America. Diritto romano comune* 12, Modena, 2001.

40 BRAVO LIRA, nota 12.

41 Sobre las recopilaciones del siglo XIX, BRAVO LIRA, B., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989, se ocupa de las recopilaciones del siglo XIX. El mismo, "Pervivencia del derecho común en Hispanoamérica", en *Historia*, 19, Santiago, 1984.

42 MELLO FREIRE, P.I., *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, Lisboa, 1823. Debo el ejemplar de esta obra al Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, de la Universidad Católica de La Plata. BRAVO LIRA, B., "Melo Freire y la ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa", en *Revista de Derecho* 8, Valparaíso, 8, 1984. HESPANHA, A., "Le Project de Code Pénal portugais de 1786. Un essai d'analyse structurelle", en BERLINGUER, 11, Milán, 1990.

43 VIDAURRE, M.L., *Proyecto de código penal*, Puerto Príncipe, 1822, otra ed. Boston, 1828, otra ARMASA GALDOS J., Arequipa, 1996. LEGUÍA, J.G., *Manuel Lorenzo Vidaurre*, Lima, 1935. NÚÑEZ, E., *Lorenzo Vidaurre, ciudadano de América*, Lima, 1942. JOS, M., "Manuel Lorenzo Vidaurre, reformista peruano" en *Anuario de Estudios Americanos*, 18, Sevilla, 1961. DOYARÇABAL CASSE, S., *Historia del código penal chileno*, tesis (Universidad Católica de Chile), Santiago, 1968. RIVACOBBA, M., *El primer proyecto americano de código penal*, Santiago, 1985. RAMOS NÚÑEZ, C., *Historia del Derecho Civil Peruano, siglos XIX y XX*, 4 vols. aparecidos, Lima, 2000, 2003, 1, 163, 196.

En la primera etapa prevalece la crítica sobre las reformas. Todavía no hay ni códigos ni proyectos. En la segunda, en cambio, junto con intensificarse las reformas, surgen los primeros. A partir de 1770 se fundan cátedras de derecho natural en la península y en América <sup>44</sup>, en 1772 se inicia en Coimbra la reforma de las universidades <sup>45</sup>, al paso que cobran gran vuelo libros de derecho del tipo *instituciones y prácticas*, que preparan la codificación <sup>46</sup>.

No deja de ser interesante apuntar que por los mismos años en que Kreittmayr emprendió la codificación en Baviera, se dan en América algunos pasos en este sentido. José Perfecto Salas (1714-1778), fiscal de la audiencia de Chile, natural de Corrientes (hoy Argentina) y graduado en la Universidad de San Marcos de Lima, reformó el procedimiento criminal <sup>47</sup>. Sus instrucciones, completadas por un fiscal posterior, Ambrosio Cerdán y Pontero (1752-1803), son el punto de partida de la codificación en esta rama. Estuvieron vigentes hasta 1907 en que pasaron a formar parte del código respectivo <sup>48</sup>.

Iniciador de la codificación propiamente tal, en el área hispánica, fue el mexicano Joaquín Velásquez de León (1732-1786) <sup>49</sup>, contemporáneo de von Martini, Tronchet, Linguet, Figueredo, Mello Freire y Lardizábal. Sus *Ordenanzas de Minería de Nueva España*, promulgadas en 1783, son un verdadero código. Su aplicación extendida pronto a otros reinos americanos parece anunciar la adopción de unos mismos códigos por estos países en el siglo XIX. Más aún, la preferencia por las costumbres y el derecho indiano frente a la legislación extranjera de países europeos anticipa otro rasgo de la codificación hispánica.

Sin duda la figura más prominente en esta área es Mello Freire (1738-1798). Nació en Ansiao (Portugal) y estudió en Coimbra, donde obtuvo la cátedra de derecho patrio. Su gran obra es el *Proyecto de código criminal*. Comprende el derecho penal y el procesal penal, como se suele hacer en Europa central. Consta de tres partes: crímenes y penas en general, pruebas y procedimiento. Su labor consistió fundamentalmente en reunir en un cuerpo las leyes penales y actualizarlas, conforme a la mentalidad ilustrada. Revela un amplísimo conocimiento de los juristas de la época y es innovador en más de un aspecto. Para él, la razón de ser de la pena no

44 ALVAREZ DE MORALES, A., *La "Ilustración" y la reforma de la Universidad en España*, Madrid, 1971. PESET, M. y J.L., *La universidad española (siglos XVIII y XIX) Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974.

45 CABRAL DE MONCADA, L., "O século XIII na legislação de Pombal" en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 9, Coimbra, 1926, ahora en el mismo *Estudos*, nota 21. ALVAREZ DE MORALES, nota 44. PESET, nota 44.

46 BRAVO LIRA, notas 39 y 41.

47 DONOSO NOVOA, R., *Un letrado del siglo XVIII. El doctor José Perfecto Salas*, 2 vols., Buenos Aires, 1963. CORVALAN, J. y CASTILLO, V., *Derecho procesal indiano*, Santiago, 1951.

48 Sobre ambos fiscales y sus instrucciones, ESPINOSA QUIROGA, H., *La Academia de Leyes y práctica forense*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, (s.f.) esp. p. 45 y s.s. BARRIENTOS, GRANDÓN, J., *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817) La Institución y sus hombres*, tesis, Universidad de Chile, 2000.

49 MORENO DE LOS ARCOS, R., "Apuntes biográficos sobre Joaquín Velásquez de León 1732-1786", en *Historia mexicana* 25, México, 1975.



está tanto en la justicia, como en la disciplina. Los delitos contra la religión son atentados contra la religión establecida, más bien que la verdadera<sup>50</sup>.

Su posición queda de manifiesto en el aparato de *provas o fundamentos* que acompaña al *Projecto de Código de Direito Público*. A través de ellas se advierte su cautela frente a muchas innovaciones de la Ilustración europea, que conoce muy bien, pero que teme provoquen un rechazo de esta obra. Por eso, insiste, como Kreittmayr, en su apego al derecho patrio<sup>51</sup>. Además, hace gala de no seguir en todo y ciegamente las ideas y lucubraciones de los más célebres juristas y filósofos modernos<sup>52</sup>. Según señala Cerqueira-Leite “busca un compromiso entre la tradición católica portuguesa y los puntos de vista de la Ilustración, una vía media que en la bibliografía se conoce como Ilustración católica y nacional”<sup>53</sup>.

Su gran afán fue fortalecer el poder real frente a la Iglesia y a los estamentos. Dentro de la línea de Böhmer<sup>54</sup> y de Riegger, dice de la Iglesia que “puede considerarse como un cuerpo político por lo que respecta al Estado o como un cuerpo místico en lo que respecta a Jesucristo. En el primer sentido es parte de la República; en el segundo es absoluta y separada de la sociedad y el príncipe sólo puede tener derecho a la protección”<sup>55</sup>.

Sus obras más difundidas fueron la *Historia iuris civilis Lusitani*, publicada en 1788, primera de este género en Portugal y las *Institutiones iuris civilis Lusitani tum publici cum privati*, aparecidas el año siguiente, que inician este género en Portugal. Como lo dice el título, a diferencia de libros similares, trata no sólo del derecho privado, sino también del público. Posteriormente dio a la estampa unas *institutionum iuris criminalis*. Sin duda, las instituciones de derecho civil fueron su obra más vasta y fundamental. Como las de Asso y de Manuel en España y América española, se usaron como texto en las universidades y sirvieron de modelo a las posteriores. Tuvieron múltiples ediciones en Portugal y en Brasil y sólo fueron substituidas en 1853 por las *Instituições* de Coelho de Rocha<sup>56</sup>.

En la tercera fase, el movimiento codificador cobra un cariz diferente. Las dos vertientes de la Ilustración entran en conflicto. Frente a la revolucionaria, irreligiosa y cosmopolita, se reafirmó la reformadora, bajo el signo católico y nacional. Al grito *libertad-igualdad-fraternidad* se opuso el acostumbrado *Dios-rey-patria*. Atacadas por Napoleón, las monarquías danubiana e hispánicas hicieron causa común<sup>57</sup>. El

50 Ver nota 42.

51 MELLO FREIRE DOS REIS, P., *O Novo código de Direito Publico de Portugal, com as provas..compilado pelo Desembargador...*, Coimbra, 1844. BRAVO LIRA, nota 41, con bibliografía. ESTES PEREIRA, J., *O pensamento político em Portugal no século XVIII*. António Ribeiro dos Santos, Lisboa, 1983.

52 *Novo Código*, nota 51, A 44.

53 CERQUEIRA LEITE SEELANDER, M., AIRTON, L., *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*, Francfort a. M., 2003, 131.

54 WALL, H., “Zur kirchengeschichtlichen Werk Justus Hennig Böhmers” en *SZ Germ* 120, 2003.

55 *Novo Código*, nota 51, Provas, 186-187.

56 BRAVO LIRA, nota 41.

57 Sobre la Ilustración católica y nacional, nota 31, sobre la irreligiosa y cosmopolita: FAY, B., *L'esprit révolutionnaire en France et aux États-Unis à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1929. GAY, P., *Enlightenment and Interpretation. The Rise of modern paganism*, 2 vols., Londres, 1966-1969.

enfrentamiento estimula la preocupación por conciliar el revisionismo crítico de la Ilustración y las propias creencias y tradiciones. Así lo hacen desde uno al otro extremo del mundo hispánico un Jovellanos (1744-1809) en España y un Toribio Rodríguez Mendoza (1750-1825) en Perú.

La experiencia francesa lleva a Jovellanos a descartar la constitución escrita, especie de codificación del derecho político. De ella dice lapidariamente “se hizo en pocos días, se contuvo en pocas páginas y duró pocos meses”<sup>58</sup>. Frente a ella está la constitución real de un país, plasmada en instituciones que, como la constitución corporal de un hombre, es permanente, aunque no inmutable. De su lado, Rodríguez Mendoza, el gran reformador de los estudios en Lima, propuso un plan basado en tres derechos: natural, civil y canónico, que corresponden al hombre, al Estado y a la Iglesia<sup>59</sup>. Esta actitud sigue viva hasta mediados del siglo XIX en hombres como el brasileño Teixeira de Freitas (1816-1883), autor de la *Consolidação das leis civis* de 1857<sup>60</sup>, en el ámbito portugués y, en el castellano, Andrés Bello (1781-1865), rector de la Universidad de Chile – cuyo papel en Hispanoamérica comparó el alemán Steger con el de la Universidad Humboldt en Europa – y fue autor del *Código Civil* chileno de 1855, el más difundido dentro del mundo hispánico<sup>61</sup>.

40

### III. ÁREA FRANCESA, CÓDIGOS MÚLTIPLES Y UNIFICADORES

Francia es un caso aparte. Allí la codificación se realiza sin un largo proceso previo. Es comparativamente tardía. Comienza cuarenta años después que en Baviera. Además, se lleva a cabo en circunstancias muy adversas, debido a la revolución y la inestabilidad consiguiente. Es obra de juristas desaparecidos, exiliados o guillotinaados. En estas condiciones, su base fundamental no fue otra que el derecho francés anterior a la Revolución y la labor de un puñado de eminentes juristas, también anteriores a ella.

Por lo mismo, sus raíces son comunes con las otras dos áreas, centroeuropea e hispánica, principalmente en Jean Domat (1625-1696), autor de *Les lois civiles dans*

58 JOVELLANOS, G. M., “Dictamen sobre la constitución del gobierno interino”, 1808. en “Apéndice a la Memoria en defensa de la Junta Central”, ahora en el mismo *Obras en Biblioteca de Autores españoles* 46, 484. BRAVO LIRA, B., “El concepto de constitución en Jovellanos”, en RCHHD, 10.

59 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario histórico cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus colegios*, Lima, 1940.

60 BASTOS DE MEIRA, S., *Teixeira de Freitas, juríconsulto do Imperio*, Río de Janeiro, 1979. GUZMÁN, A., “Codificación y consolidación. Una comparación entre el pensamiento de A. Bello y de A. Teixeira de Freitas”, en BRAVO LIRA y MÁRQUEZ DE LA PLATA, nota 2.

61 ÁVILA MARTEL, A., *Andrés Bello, breve ensayo sobre su vida y obras*, Santiago, 1981. STEGER, H.-A., *Die Universitaeten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld, 1967-1968. trad. castellana, México, 1974, p. 284 s. El mismo, “Hochschulplanung in Lateinamerika”, en *Zeitschrift fuer Lateinamerika-Wien*, Viena, 1971. El mismo: “Die Bedeutung des roemischen Rechtes fuer die Lateinamerikanische Universitaet im 19. und 20. Jahrhundert”, en CATALANO, P. (ed.), *Diritto romano e Università nell'America Latina*, Università de Sassari, Sassari, 1973. BRAVO LIRA, B., “Universidad y Modernidad en Hispanoamérica. Autoafirmación de Chile y del Nuevo Mundo frente al Viejo, del Barroco a la Postmodernidad”, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 108-109, Santiago, 2000. GUZMÁN, A., *Andrés Bello, codificador*, 2 vols., Santiago, 1982.

*leur ordre naturel*, y en Samuel Stryk (1640-1710) y el *Usus modernus pandectarum*<sup>62</sup>. Según sabemos, bajo el influjo de Domat, no pocos autores, desde Kreittmayr y Cocceji hasta von Martini y Vizcaino Pérez, hablan de poner las leyes en su orden natural, mientras que la huella de Stryk se advierte en la preocupación por el sistema.

La codificación se inició en Francia con un propósito unificador, de elaborar, a partir de los derechos vigentes, un cuerpo único de leyes para todo el reino<sup>63</sup>. Pero derivó hacia la formación de un código igualitario para todo el territorio y para todos los habitantes sin distinción. Lo que supuso reducir a los franceses a una suma de individuos iguales y con los mismos derechos. Se prescindió, hasta donde era posible, de las diversidades existentes entre ellos: de creencias, lengua, costumbres y, en general, de condiciones personales. Se asoció así nacionalidad común y ausencia de Dios; igualdad de derechos individuales y secularización del derecho mismo<sup>64</sup>.

En otras palabras, la codificación sucumbió a aquel ideal de uniformidad que, según Montesquieu, es una idea que “seduce a veces a los grandes espíritus, pero que perjudica infaliblemente a los pequeños”<sup>65</sup>. Asumió un giro uniformador y centralizador, pero sin llegar al extremo. Los redactores optaron, en definitiva, por una vía media, que les permitió llegar a un compromiso entre el antiguo derecho, que seguía vivo, y las innovaciones de la Revolución que estaban por asentarse. Las circunstancias en que se llevó a cabo no dieron lugar a otra cosa. Hecha de prisa, en un tiempo mínimo, menos de dos décadas, entre 1791 y 1810, sin un trabajo reposado y profundo, fue imposible ir más allá de una unificación de los derechos vigentes e introducir – como en Europa central – grandes cambios. En lugar de eso, simplemente se vertió en artículos el propio derecho tal como estaba, sin mayores alteraciones. De esta suerte, paradójicamente, en tiempos de revolución, en lugar de una ruptura con el derecho anterior, se terminó por consolidarlo, a partir de la práctica y de los autores, diccionarios y comentarios usuales.

En su *Discurso preliminar* al Código Civil francés Portalis habla de una transacción entre derechos consuetudinarios y escritos<sup>66</sup>. Pero la gran transacción fue otra, entre el derecho patrio francés y las alteraciones introducidas por la Revolución. Algunos, como Sagnac, Ripert y otros, van más lejos, y ven en el

62 THIEME, nota 24 s. BÜRGE, A., “Der Einfluss der Pandektenwissenschaft auf das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Vom Vermögen zum patrimoine” en SCHULZE, R., (ed.) *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1991.

63 Así se pide en los cuadernos sometidos a los Estados Generales de 1789 y se consiga en la Constitución de 1791, 1, 3. DUPONT DE NEMOURS, *Tableau comparative des demandes contenues dans les cahiers des trois ordres*, 1789. VAN KAN, nota 1. WILHELM, W., “Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich”, en *lus commune* 1, Francfort, 1967.

64 HALPÉRIN, J.-L., *L'impossible Code civil*, Paris, 1992. Conferencia en congrès international *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine*, París, 2004, *supra*.

65 MONTESQUIEU, nota 8.

66 PORTALIS, J.É., *Discours préliminaire sur le Project de Code civil*, Paris, 1801, trad. castellana, Valparaíso, 1978.

Código Civil, una verdadera reacción frente a la Revolución y una vuelta a enlazar con la tradición viva del derecho histórico francés<sup>67</sup>.

Anticipo de la codificación fueron bajo Luis XV las ordenanzas de D'Aguesseau (1668-1751) sobre donaciones, testamentos y substituciones<sup>68</sup>. Pero, transcurrió todavía más de medio siglo antes de que se iniciara. No podía ser de otro modo. El clima en Francia era muy distinto al de las monarquías reformadoras de Europa central y del mundo hispánico. Allí los ilustrados, incorporados al gobierno, tenían posiciones dominantes. En Francia, en cambio, eran los directores de la opinión<sup>69</sup>. Si bien no faltaban escritores de resonancia europea que denunciaban los defectos y abusos del derecho como Voltaire (1694-1778)<sup>70</sup>, los juristas mismos se mantuvieron más bien al margen de los autores y métodos centroeuropeos. No llegaron a erigirse cátedras de derecho natural. De este modo, al mediar el siglo, cuando despuntaba el movimiento codificador, en Francia la literatura jurídica consistía principalmente en tratados e instituciones<sup>71</sup>.

42

Entre los primeros, el más famoso es el de Pothier (1699-1772), doctor *utriusque iuris* por la Universidad de Orleáns, y desde 1750 catedrático de derecho francés. Si Domat se había ocupado del derecho romano, Pothier dedicó a las costumbres de Orleáns una obra publicada en 1740 y ampliada en 1760, en la que para unificarlas acude al método romano de las *Institutas* de Justiniano y de Gayo<sup>72</sup>. Los libros de instituciones tuvieron fortuna también en Francia. El más célebre fue el de Claudio Serre, impreso en 1753. Sostuvo que para suplir los vacíos del derecho vigente debía acudir a la costumbre de París, *caput omnium consuetudinis*, de suerte que sólo a falta de ella se recurría a la *ratio scripta*<sup>73</sup>.

En suma, como explica Arnaud, Francia “no estaba preparada para las construcciones racionalistas que gozaban de gran favor en Europa central. Los juristas franceses seguían adheridos al plan tripartito de las instituciones, con las antedichas aproximaciones al espíritu moderno. Otro tanto hicieron los codificadores”<sup>74</sup>. Lo mismo sostenía Portalis en 1797, al prevenir contra “los peligros de hacer un nuevo código civil”. A su juicio eso estaba muy distante, cosa de “dos o tres siglos”<sup>75</sup>. “Los

67 SAGNAC, P., *Législation civile de la révolution française 1789-1804*, Paris, 1898. RIPERT, G., *Le regime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936.

68 Ordonance sur donations (1731), Ordonance concernant les testaments (1735), Ordonance concernant les substitutions (1748), en ISAMBERT, *Recueil général* 31, 343 ss y 386 ss y 32, 193 s. WILHELM, nota 63.

69 MORNET D., *Les origines intellectuelles de la révolution française*, Paris, 1933. VAN KAN, nota 1.

70 Por ejemplo su famoso *brûlez les vôtres*, a propósito del incendio de Londres, en VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique, Œuvres complètes* 18, Paris, 1866, s.v. lois, 432.

71 WILHELM, nota 63.

72 MONÉGER, J., “Pothier, una semblanza”, en ALTERINI et alii, *La codificación, raíces y perspectivas*, 1, Buenos Aires, 2003.

73 LUG, K., “Institutionen Lehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert” en *Ius Commune* 3, Francfort, 1970. SERRES, C., *Les institutions de droit français*, Paris, 1753. WILHELM, nota 63.

74 ARNAUD, nota 4.

75 HALPÉRIN, J.-L., *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, 252 s.

códigos – decía – se hacen con el tiempo. Hablando propiamente, no pueden elaborarse”<sup>76</sup>.

Sin embargo, bajo Luis XVI se había hecho en 1788 un primer intento en materia mercantil. El conde de Miromesnil (1723-1796) fue encargado de formular un proyecto sobre la base refundir en un solo texto las ordenanzas de tierra y de mar. Pero no prosperó<sup>77</sup>.

La codificación comenzó el mismo año que la Revolución. Pero no con paso muy seguro, dada la inestabilidad reinante. Fruto de ella son los *Cinq codes* promulgados entre 1791 y 1810. Primer paso fueron una constitución y un código penal dictados en 1791. Ninguno de los dos duró. Tampoco los codificadores. Uno tras otro cayeron bajo la guillotina. De poco sirvió a los penalistas ser contrarios a la pena de muerte. Si Marat (1743-1793) fue asesinado y Valazé (1751-1794), el autor de *Les lois penales dans leur ordre naturel*, optó por el suicidio, Lacroix (1754-1794) y Brissot (1754-1793), contemporáneos de Zeiller, fueron ejecutados. La misma suerte corrieron Linguet (1736-1794), y el principal redactor del código penal, Michel Le Peletier de Saint-Fargeau (1760-1793)<sup>78</sup>.

Este texto inaugura la lucha por desterrar el arbitrio judicial. Como aclaró el propio Le Peletier: “Nuestras antiguas instituciones contenían disposiciones incoherentes, sin conjunto, hechas en épocas diferentes, la mayor parte por circunstancias del momento, que jamás fueron reunidas en un cuerpo de ley, sino que esparcidas en voluminosas compilaciones, ora olvidadas, ora puestas en vigor y cuyo absurdo feroz no encontraba remedio más que en otro abuso, el de las interpretaciones y modificaciones arbitrarias por los jueces”<sup>79</sup>. Esta animosidad llegó a su plenitud en la ley de 30 del ventoso del año XII, que abrogó del modo más radical todos los derechos anteriores<sup>80</sup>.

Los códigos, al igual que las constituciones, se sucedieron vertiginosamente unos en pos de otros. En 1795 un segundo código penal introdujo la división tripartita crimen-delito-falta. Le siguió un tercero, con el que en 1810 se completó la codificación<sup>81</sup>.

La tarea de reunir en un solo código las leyes civiles fue, sin duda, la más ardua. Realizada en un plazo perentorio, fue obra de juristas de excepción por su ciencia y experiencia. Un ex magistrado contemporáneo de Zeiller, Cambacérès (1753-1824), elaboró un primer proyecto. Lo presentó en 1793. Le siguieron dos más suyos y el definitivo, preparado en cuatro meses por una comisión de cuatro miembros: dos

76 *Moniteur* 287, París, 5 de julio de 1798, cfr. MARTÍN, X., “Fundamentos políticos del código de Napoleón”, en SANZ, C. R., nota 2.

77 LEVY-BRUHL, H., *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le Project Miromesnil 1778-1789*, París, 1932.

78 HÜBNER, nota 8. BRANDT, C., *Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhundert, am Beispiel Bayern und Preussen*, Francfort, a. M. 2002.

79 HÜBNER, nota 8.

80 WILHEM, nota 63.

81 BRANDT, nota 78.

desaparecidos y un exiliado<sup>82</sup>. Por lo visto, los civilistas tuvieron mejor suerte que los penalistas. Mientras Tronchet (1726-1806), presidente de la comisión, un hombre maduro, de la generación de Martini, defensor de Luis XVI, debió desaparecer de la escena en los peores días de la Revolución, y su colega Bigot de Praemeneu (1750-1829) hizo lo mismo, el tercero, Portalis (1746-1807), no tuvo más remedio que exiliarse. Afortunadamente, esta breve historia terminó bien, con la promulgación del código civil hace justamente dos siglos, en marzo de 1804<sup>83</sup>.

Le siguió en 1807 el código de comercio, no demasiado original, pues fundió las ordenanzas mercantiles de tierra y de mar, conforme al proyecto Miromesnil de 1778<sup>84</sup>.

En general, no pudo evitarse la tensión entre los principios y el derecho codificado. Fue más fácil reunir las leyes civiles dictadas en los trece años transcurridos desde 1791 en un código que conciliarlas con el derecho histórico francés. Una cosa era proclamar la igualdad de todos los franceses y otra llevarla a la práctica. Lo que Sagnac llamó derecho filosófico y derecho histórico se comportan como dos placas telúricas en choque<sup>85</sup>. A cada paso se comprueba la aparición de antiguas y nuevas diferencias. Una cosa es negarlas y otra, atenerse a la realidad, como se hizo en Europa central respecto de los estamentos<sup>86</sup>.

A la vista de esto, no es extraño que en Francia el derecho codificado se debatiera en un nudo de contradicciones. Con razón señala Halpérin que el laicismo no impidió mantener durante todo un siglo el concordato de 1804, ni la igualdad, perpetuar las diferencias entre el hombre y la mujer, o entre el patrón y el obrero, para no decir nada de la coexistencia del código con la esclavitud hasta 1848. La imposición del divorcio a todos, tampoco impidió la vuelta al matrimonio indisoluble ya en 1814, que sólo se eliminó en 1884<sup>87</sup>. Lo que, en cambio, se mantuvo a todo trance fue el texto único en francés de los *Cinq codes*. Según hace ver Halperin no cabe, como en Austria, hacer ediciones en múltiples idiomas –en este caso bretón, occitano, corso– a fin de que cada uno tenga su código en su lengua materna<sup>88</sup>.

## CONCLUSIÓN

A estas alturas estamos en situación de resumir.

Desde mediados del siglo XVIII se impuso gradualmente en Europa continental e Hispanoamérica la noción ilustrada de código. Con ella se abrieron las puertas a un proceso de absorción del derecho por el Estado, que fue en aumento por lo menos hasta mediados del siglo XX. El código dejó de ser un *corpus iuris* y se redujo simplemente a un *corpus legum*, emanado íntegramente del Estado, sin concurren-

82 MARTIN, nota 76.

83 HALPÉRIN, nota 75.

84 Ver nota 77.

85 SAGNAC, nota 67, 17 ss, 388.

86 BRAUNEDER, W., "Das österreichische AB GB. Eine neuständische Kodifikation", en WESENER, G., *Festschrift*, Viena, 1992.

87 HALPÉRIN, J.-L., *Codes et traditions culturelles*, Florencia, 2000.

88 BRAUNEDER, W., "Gesetzeskenntnis und Gesetzesprache in Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie" en Eckert-Hattenhauer (eds), *Sprache-Recht-Geschichte*. 1.

cia de otros poderes, de igual jerarquía, como la Iglesia o menores, como los estatales, locales o gremiales. Tal es el carácter fundamental de los textos que se elaboran en esta etapa, desde los bávaros hasta el proyecto de Mello Freire, la *Leopoldina* y la *Josephina*, así como del ALR, los *Cinq codes*, el código penal de Austria y el ABGB. Con ellos el *iussum* parece triunfar sobre el *iustum*.

En todo caso, esta primacía de la ley estatal está en sus inicios, muy distante de convertirse en total. Así lo entienden los codificadores. Todos ellos reconocen que su labor se encuadra dentro de un marco anterior y superior a las leyes. Mientras en el área hispánica se afirma, conforme a la visión teocéntrica de las *Partidas*, que los mandamientos de ellas deben ser *leales e derechos e cumplidos, según Dios y según justicia*<sup>89</sup>, Zeiller y Portalis se remiten a la razón y a la naturaleza. El jurista austriaco aclara en su *Exposición* de 1801 ante la comisión áulica de legislación: “El derecho no es hechura de los hombres y los gobernantes no son creadores de él. Todos los derechos derivan originariamente de la razón”. El legislador es órgano de ella, “una antorcha que ilumina prácticamente la razón jurídica” obligado a “destacar constantemente el respeto a la dignidad del hombre, a la equidad, a las buenas costumbres y a la religión”<sup>90</sup>. De su lado, Portalis hace ver en su *Discours préliminaire* del mismo año que “las leyes no son meros actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia, de razón”, “las leyes son, o no deben ser otra cosa que el derecho reducido a reglas positivas, a preceptos singulares”, “el derecho es la razón universal, la suprema razón, fundada en la naturaleza misma de las cosas”<sup>91</sup>.

La ley estatal sólo puede imponerse sin contrapeso en la medida en que se disocie del *ius commune*. Sólo así puede convertirse en regla y medida de la vida jurídica en todo el territorio. De ahí que la crítica al *ius commune* y la exaltación del derecho patrio o nacional, se hermanen con la apología de una pretendida disciplina primitiva en la Iglesia, en nombre de la cual se restringe el primado del Papa. Todo lo cual contribuye al robustecimiento del poder real. Como es de suponer, esto se hace a costas reducir el poder de la Iglesia, la autoridad de los juristas, erradicar el arbitrio judicial y, en lo posible, los derechos tradicionales declarados por los juristas o instituidos por las costumbres.

En definitiva, la codificación equivale a una suerte de reformulación legal del derecho, un *ius in legem redigere*. Por lo mismo, se convierte en instrumento para forjar la unidad jurídica de todo un territorio y de toda su población, bajo una misma legislación impuesta desde arriba por los gobernantes. Se abate así la diversidad y la multiplicidad del derecho precodificado. Esto vale incluso, en la medida de lo posible, para el derecho canónico. Semejante transformación no pudo menos que encontrar resistencias en diversos ámbitos, desde jueces y universidades apegados al *ius commune* hasta la Iglesia y los estamentos, cuyo derecho, estatutos y privilegios se recortaron

Este *ius in legem redigere* responde a una larga transformación institucional y

89 *Siete Partidas*, nota 37, 1.1.4.

90 ZEILLER, nota 36.

91 PORTALIS, nota 66.

doctrinal en Europa continental e Hispanoamérica de la que los límites de este trabajo no nos han permitido tratar. Para formarse una idea de su alcance basta repasar los autores que se invocan con más frecuencia en todas partes. Entre ellos están el infaltable Vinio (1588-1657), Domat (1625-1696), Stryk (1640-1710), el célebre Zeger van Espen (1646-1728), el influyente Muratori (1672-1754), el famoso Heinecio (1681-1741), Montesquieu (1689-1755), el admirado Böhmer (1704-1772), Beccaria (1738-1794).

Naturalmente, la resistencia frente a la estatalización del derecho y el forcejeo consiguiente variaron mucho de región en región y de país en país. Dieron lugar a una divergencia entre dos vertientes de la Ilustración, católica y nacional e irreligiosa y cosmopolita, y a la disyuntiva de reformas o revolución. Se perfilan así tres focos o polos, cada uno con sus problemas y vicisitudes. Mientras Europa central sigue la vía de las reformas y toma la delantera, el área hispánica guarda clara afinidad con ella, pero avanza más lentamente, en tanto que Francia, que sólo en la última década del siglo se incorpora al movimiento codificador, combina la vía de la revolución con la apelación al saber y a la experiencia de los antiguos juristas.

46

Así como tuvo su costo, la codificación tiene también su precio. Si no es difícil reconocer en el código un instrumento de estatalización del derecho, no siempre se repara en que, por eso mismo, lo inmoviliza. Cierra la posibilidad de que se renueve por sí solo, sin aguardar intervenciones del poder, a menudo artificiales y extemporáneas. Con ello, a la postre, sella su suerte. Lejos de ser, como creyeron los ilustrados, una forma de fijar para siempre el derecho, está condenado a quedarse atrás, lleva en sí el germen de su propio ocaso.

A fin de cuentas, la ley es la más rígida entre las fuentes del derecho, la única incapaz de acompañarse por sí misma a los hechos, como lo hacen otras más prácticas: la jurisprudencia y las costumbres. Tan es así que no hay otro modo de salvar la zanja entre país legal y país real que mediante nuevas leyes. Por eso, tarde o temprano, la vida jurídica no puede menos que desbordar el derecho codificado. A la vuelta de dos siglos, las tornas se invierten. Si la segunda mitad del siglo XVIII vio los comienzos de la codificación, la segunda mitad del siglo XX asiste a los comienzos de la descodificación.

El sueño de los ilustrados de fijar el derecho de una vez para siempre en los códigos se desvanece como un *metarelato*. Hace agua por todos sus costados. Estos textos son perecibles, tienen cuenta regresiva, como todas las cosas humanas, se marchitan y mueren. A estas alturas es problemático hablar de futuro de la codificación. Los códigos serán a veces una obra maestra, pero llevan en sí el germen de su propio agotamiento. Buscar escapatorias, querer mantenerlos en vida artificialmente, a fuerza de remiendos y suplementos, no tiene sentido. El derecho codificado puede muy bien sobrevivir, siempre que se libere de los códigos y se transforme, por ejemplo, en derecho consuetudinario o jurisprudencial, pero no los códigos, condenados por su naturaleza de cuerpos legales a sucumbir a la *révolte des faits*. En esta hora de su agonía, concluimos que será inútil luchar contra el sino del derecho escrito.



## LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS EN LAS CODIFICACIONES AMERICANAS \*

Alejandro Guzmán Brito

*Decano de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

**SUMARIO.** I. Introducción. II. La pervivencia del antiguo derecho. III. Crítica a la legislación heredada. IV. El ideal de la independencia jurídica. V. El modelo del "Code civil". VI. El "Digeste de la loi civile" o Código Civil de la Luisiana. VII. El "Code civil" de la República de Haití. VIII. El "Código Civil para el gobierno del Estado libre de Oaxaca" (México). IX. El "Código Civil de la República de Bolivia" llamado "Santa Cruz". X. La imposición del "Código Civil de la República de Bolivia" en el Perú. XI. La adopción del "Código Civil de la República de Bolivia" en Costa Rica. XII. El "Code civil" de la República Dominicana. XIII. El segundo "Código Civil Boliviano". XIV. Las influencias indirectas y difusas del "Code civil" y la declinación de su influencia. XV. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN \*\*

Los movimientos político-militares que finalmente condujeron a la Independencia de México y de la América del Centro y del Sur respecto de los Estados europeos de que sus diversas secciones hacían parte, se iniciaron el mismo año de la promulgación del *Code civil* en Francia, en 1804. De hecho, Haití se desvinculó de este último país en ese mismo año; poco después, en 1808, se instaló una Junta de Gobierno en Montevideo, la primera del mundo iberoamericano; y desde entonces se sucedieron las juntas, desencadenando el proceso completo, que resultó consumado en 1821 en los territorios del antiguo virreinato de Nueva España, o sea, en el inmenso México y Centroamérica; y en 1824, con la batalla de Ayacucho, que aseguró la Independencia de la América del Sur. La corona de España sólo conservó las islas de Cuba y Puerto Rico, perdidas a fines del siglo. Un caso especial fue el de Luisiana, que desde su descubrimiento en 1542 estuvo alternativa y sucesivamente bajo dominio español y francés, hasta que en 1803 Napoleón la vendió a los Estados Unidos de Norteamérica, de guisa que en 1812 se

\* Ce texte a été traduit en français par Guillaume Fatio, membre de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, BMG Avocats, Genève, guillaume.fatio@bmglaw.ch. La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

\*\* Abreviaturas más frecuentes: GUZMÁN, A., *Andrés Bello codific.* = GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), I y II; *Fuentes*. GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.* = GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).

constituyó en un Estado de la Unión. Por lo que atañe a Brasil, en 1822 proclamó su independencia de Portugal, sin necesidad de guerra alguna.

Así, entre la promulgación del *Code civil* y la batalla de Ayacucho transcurrieron sólo 20 años, lo que una visión amplia permite considerar a aquél y a la independencia americana como acontecimientos casi contemporáneos.

## II. LA PERVIVENCIA DEL ANTIGUO DERECHO

La desvinculación de las distintas secciones de la América española, portuguesa y francesa con respecto a sus metrópolis fue, por cierto, política, y siempre implicó una mudanza del antiguo régimen monárquico-absoluto a uno republicano-liberal, organizado merced a constituciones escritas, con la excepción de Brasil, que conservó la monarquía, bien que bajo formas constitucionales y liberales; y de los intentos breves y reiterados, pero finalmente fallidos de instalar una monarquía en Haití y en México. Con todo, el fenómeno no alcanzó ni al derecho público no-constitucional —por ejemplo, al derecho que ahora llamamos administrativo, o al derecho penal— ni, sobretodo, al derecho privado, o sea, al que ahora denominamos civil, al comercial, al de minas o al de aguas. En todos esos ámbitos se produjo una continuidad notable entre el derecho anterior a la independencia y el inmediatamente posterior.

48

Con respecto a las secciones castellano-americanas, esta continuidad se manifestó en la supervivencia del orden de prelación de leyes que había fijado el *Ordenamiento de Alcalá* en 1348, revisada en 1505 por la ley I de Toro (recogida, junto a las 82 restantes, en la *Nueva Recopilación* de 1567 y en la *Novísima Recopilación* de 1805). En 1530, Carlos V, en efecto, había dispuesto la aplicación del derecho de Castilla en las Indias conforme con el orden establecido por la citada ley de Toro<sup>1</sup>. A ese orden, se le agregó ahora, en el primer lugar, la vigencia del nuevo derecho patrio, o sea, el originado por los estados independientes mismos.

## III. CRÍTICA A LA LEGISLACIÓN SUPERVIVIENTE

Así como en Europa, durante los siglos XVI a XVIII, se desarrolló un vasto movimiento de crítica al *ius commune*, que puede ser considerado como uno de los antecedentes inmediatamente impulsores de la posterior codificación, así también en América se desenvolvió un proceso semejante, que asimismo debe ser mirado como un poderoso estimulante de la codificación, cuya dirección apuntaba ahora al derecho que cada nuevo Estado había heredado de su metrópolis<sup>2</sup>. Tales críticas, por

1 La real cédula de Carlos V fue recogida en Rec. Ind. II, 1, 2, y ahí reza: "Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes [de esta Recopilación], o por cédulas, provisiones y ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar". La expresión "de esta Recopilación", por cierto, fue interpolada en el original al insertarse ésta en la Recopilación de 1680.

2 Lit.: TAU ANZOÁTEGUI, V., *La codificación en la Argentina, 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas* (Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1977), p. 116 s., 166 s.; GUZMÁN, A.,

regla general, apuntaban a los defectos formales o externos de la vieja legislación, a saber: la multitud de leyes, su heterogeneidad, incoherencia y dispersión; la confusión producida por el exceso de comentarios por parte de los autores; la antigüedad del lenguaje empleado; el desuso de muchas de las partes del derecho heredado; todo lo cual producía dificultades para el conocimiento del derecho, incertidumbre e inseguridad en su aplicación y, en definitiva, una mala administración de la justicia, punto este último en el que las anteriores críticas confluían frecuentemente. Este conjunto de críticas externas solía entremezclarse con un argumento tocante al carácter interno de la vieja legislación, que consistía en acusarla de haber sido generada por un gobierno “despótico y feudal”, que ya no existía en América, de modo que dicha legislación, aún vigente, se había puesto en desarmonía con la actual “constitución de la libertad”. Tampoco faltaron críticas en contra del derecho patrio gestado por los nuevos Estados, en cuanto por su carácter inorgánico, contingente y particular, había venido a aumentar la confusión preexistente en la legislación antigua, con el agregado de nuevas leyes que presentaban tales características.

Podemos ilustrar esta crítica con algunos documentos selectos, a modo de ejemplos, que podrían repetirse muchas veces.

Así, Simón Bolívar, en su mensaje de 15 de febrero de 1819, dirigido al Congreso de Angostura, en que habría de fundarse la (Gran) Colombia, decía: “[...] *nuestras leyes son funestas reliquias de todos los despotismos antiguos y modernos; que este edificio monstruoso se derribe, caiga y apartando hasta sus ruinas, elevemos un templo a la justicia; y bajo los auspicios de su santa inspiración, dictemos un código de leyes venezolanas*”<sup>3</sup>; y continuaba: “*Al pedir la estabilidad de los jueces, la creación de jurados y un nuevo código, he pedido al Congreso la garantía de la libertad civil [...]. He pedido la corrección de los más lamentables abusos que sufre nuestra judicatura, por el origen vicioso de ese piélago de legislación española que, semejante al tiempo, recoge de todas las edades y de todos los hombres, así las obras de la demencia como las del talento, así las producciones sensatas como las extravagantes, así los monumentos del ingenio como los del capricho. Esta enciclopedia judiciaria, monstruo de diez mil cabezas, que hasta ahora ha sido el azote de los pueblos españoles, es el suplico más refinado que la cólera del cielo ha permitido descargar sobre este desdichado Imperio*”<sup>4</sup>.

“Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república, VIII: Crítica al derecho vigente como presupuesto de la codificación en torno al primer tercio del siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5 (Valparaíso, 1980), p. 267 s.; El mismo, *Crítica al derecho patrio y proyectos para su fijación*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 3 (Valparaíso, 1979), p. 67 s.; El mismo, *Andrés Bello codific. I*, p. 119 s.; El mismo, “Crítica póstuma al derecho indiano”, en *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas* [actas del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Toledo, España, octubre de 1998] (Cuenca, 2002), II, p. 843-858; El mismo, *Codific. civil en Iberoam.*, p. 189 s.

3 BOLÍVAR, S., “Discurso de Angostura”, en *Pensamiento político de la Emancipación (1790-1825)* (s. I. [Caracas], Biblioteca Ayacucho, s. d.), II, p. 123; también transcrito por PARRA ARANGUREN, G., *Nuevos antecedentes*, p. xvi.

4 BOLÍVAR, S., *Discurso*, cit. (n. 3), p. 125.

En la nota que el Ministro del Interior de Bolivia en tiempos de Andrés de Santa Cruz, Mariano Enrique Calvo, dirigió a la Corte Suprema para instarla al nombramiento de una comisión de magistrados que iría a encargarse de formar el proyecto de código civil, le dice en apoyo: “Es demás recordar a V. G. el farrago que hay de ellas [se refiere a las leyes españolas], la multiplicidad de sus códigos, la pugna de unos con otros, la repetición de unas mismas disposiciones, la antilogía que algunas leyes ofrecen en su propia redacción y hasta lo pesada de ésta y su desusado lenguaje. De estos notorios vicios de nuestra legislación heredada, nacen los infinitos pleitos que arruinan a los ciudadanos, turban la paz de las familias y revuelven permanentemente el foro boliviano. De ellos mismos proceden las injusticias voluntarias o involuntarias de los magistrados [...]. En fin, el mismo origen tiene el crecido número de malos letrados. La vida del hombre tal vez no alcanza para poseer como corresponde la ciencia de la legislación, mientras sean tantos, tan antiguos y tan encontrados sus códigos. Los que no se consagran exclusivamente a su estudio, no pueden saber ni sus derechos, ni sus obligaciones en el giro de sus negocios”<sup>5</sup>.

50

La Cámara de Diputados de Chile al contestar el Mensaje anual del Presidente de la República, leído con ocasión de inaugurarse el período ordinario de sesiones del Congreso Nacional de 1831, le decía: “Mientras la legislación sea un caos insondable e inmenso, no puede mejorar la administración de justicia: treinta y seis mil leyes compiladas y millones dispersas, sin principio, sin unidad ni relación a las luces, a las costumbres y naturaleza de nuestro Gobierno, no pueden aprenderse ni, sabidas, hacerse decisiones que satisfagan: por ello es preciso comenzar por la redacción de los códigos, reduciéndolos tales cuales se hallan a lo vigente; separar lo derogado e inconducente y, suprimiendo los largos prólogos, reducirlos a sus disposiciones genuinas y claras [...]”<sup>6</sup>. Aquí, las propias sugerencias de la Cámara de Diputados son indicativas, por contraste, de una crítica, amén de la directamente formulada.

El licenciado guatemalteco Agustín Gutiérrez Lizaurzábal escribía en 1834, con referencia a Costa Rica: “La falta de códigos que reglamenten los deberes y derechos del hombre nos obliga a regirnos por leyes mendigadas a otras naciones, las que, por su antigüedad, por el espíritu del Gobierno que las formó y por su confusión, de ningún modo son adaptables. A fuerza de glosarlas e interpretarlas un sinnúmero de juristas, las han desfigurado de tal modo, que dejan sobrado campo para oprimir al ignorante y favorecer al culpado. Las diferentes opiniones de estos glosadores pueden formar, en un solo caso, leyes opuestas, como lo son sus doctrinas”<sup>7</sup>.

5 En SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, A., “Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú”, en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), III, p., 26-27.

6 En GUZMÁN, A., *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. Nº 22 anexo 87, p. 53.

7 GUTIÉRREZ LIZAUZÁBAL, A., “Revista política de Costa Rica en el año 1834”, en *Noticioso Universal* (Alajuela, 16 de agosto de 1834), transcrito por GUTIÉRREZ, C.J., “Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica”, en *Revista de Ciencias Políticas*, 69 (1991), p. 44.

#### IV. EL IDEAL DE LA INDEPENDENCIA JURÍDICA

Muchos consideraron que la independencia política alcanzada por los nuevos Estados no quedaría perfeccionada, mientras no se cortara también el último lazo que aún los ataba a las viejas metrópolis, consistente en la legislación heredada de éstas, no bien estar montada sobre ideas que ya no eran más aceptables en el nuevo orden de cosas<sup>8</sup>.

Así, por ejemplo, en Chile, el Vicepresidente de la República, Fernando Errázuriz, al proponer en 1831 al Congreso Nacional un proyecto destinado a impulsar la codificación, lo apoyaba en consideraciones de esta índole, en que claramente vemos presentarse la idea de la independencia: *"Probablemente no se hará verosímil en la posteridad, que habiendo pasado de un régimen monárquico, despótico y semi-feudal a constituirmos en República representativa, con división de poderes y casi democrática, hayamos conservado por 21 años no solamente las leyes que rigen en Castilla, sino también las coloniales<sup>9</sup>, dirigiendo nuestras administraciones políticas, fiscales y civiles por unos códigos que reconcentran en el Monarca toda la omnipotencia humana, y que su gobierno y principales magistraturas existían a tres mil leguas de nuestro suelo"*<sup>10</sup>. El Ministro del Interior de Bolivia Mariano Enrique Calvo, colaborador de Santa Cruz en el impulso a la codificación de ese país, al encargar el trabajo a la Corte Suprema, le decía: *"Cinco años cuenta Bolivia de existencia política, figurando como Estado soberano e independiente entre los demás de la América del Sud; pero aún no tiene, ni se ha pensado en darle un código propio que arregle su administración de justicia en lo civil: colonia de España antes de su emancipación venturosa, aun se puede decir que lo es en el ramo judicial, pues que la rigen en sus leyes"*<sup>11</sup>. En 1834, el político guatemalteco José Mariano Rodríguez, afirmaba: *"La reforma de nuestros códigos es ya casi una voz general y en todos los ángulos del Estado se repite que las leyes de una metrópoli opresora, sin relaciones con las circunstancias de nuestro país, dadas por distintos legisladores y tomadas de naciones diferentes, no son ya las más acomodadas para los guatemaltecos, que giran bajo otro sistema de libertad, con el cual no pueden conciliarse las diversas combinaciones de la esclavitud y de un régimen absoluto"*<sup>12</sup>.

#### V. EL MODELO DEL "CODE CIVIL"

La idea de reemplazar la criticada legislación antigua conducía muy naturalmente a la de reemplazarla, en realidad, por nuevos códigos. No parecía haber otra opción, que no fuera la de sustituir ley por ley, que resultara real. Los nuevos Estados americanos habían llegado al mundo político en una época en que la última palabra en materia de legislación estaba representada por la idea de código, y

8 Sobre esto: GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 237 s.

9 Se refiere a la Recopilación de Leyes de las Indias de 1680.

10 En GUZMÁN, A., *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, doc. N<sup>o</sup> 177, p. 44.

11 SANTA CRUZ SCHUHRAFT, A., *Génesis*, cit. (n. 5), p. 26.

12 Transcrito en MONTÚFAR, L., *Reseña histórica de Centro América* (Guatemala, El Progreso, 1878), II, p. 334.

no era sino en ella en la que podían poner sus ojos cuando sus dirigentes concibieron el designio de reemplazar la vieja legislación.

Ahora bien, supuesto lo anterior, había dos opciones destinadas a consumir la empresa de codificar: bien componer uno o varios códigos originales, confeccionados en el país de que de tratase, quizá con base en la propia tradición jurídica; bien imitar un código existente, europeo por cierto.

1. La primera opción no quedó descartada. Así, ejemplo, en Chile, en 1831, el diputado Gabriel J. Tocornal propuso a la Cámara a que pertenecía una revisión del código medieval de las *Siete Partidas* –que, por cierto, era derecho vigente en Chile, como en toda la América no anglosajona–, proyecto que estribaba en reservar la parte dispositiva de sus leyes, eliminar los preámbulos, las citas de autores, santos padres, escritores de la antigüedad y de la Biblia que suelen aparecer en las *Partidas*, y resolver las dudas que los intérpretes habían planteado y solucionado de diversa manera. Expresamente Tocornal deseaba acudir a las legislaciones extranjeras y usar como modelos a otros códigos<sup>13</sup>.

52 En Bolivia se elevaron voces en el mismo sentido. En los mismos días en que ahí comenzaba el proceso que habría de concluir con el código de 1830, el diario *El Iris de La Paz*, comentando la iniciativa, recelaba de ella y declaraba: “es por esto que en nuestro humilde sentir, la preciosa y útil obra intitulada ‘Manual del abogado americano’ podría preferirse para hacer las reformas sobre ese cabal y pequeño compendio de legislación general. Reduciéndose a libros, títulos y leyes las materias que comprenden; incluyendo de las *Partidas* y recopiladas de Castilla e Indias todo lo que fuese conducente y necesario; según estos o semejantes principios se habría redactado con un tanto de trabajo y constancia un Código Civil completo [...]”<sup>14</sup>.

También en México, el jurista Juan Rodríguez de San Miguel no dejó de pensar en algo semejante. En 1839 editó unas *Pandectas hispano-mexicanas ó sea código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta el año 1820*<sup>15</sup>, que era una compilación de normas extraídas de la antigua legislación y de fragmentos de escritos de doctrina jurídica, sistemáticamente ordenados. En el discurso preliminar a esa obra, después de criticar el estado de la legislación, afirma: “En tal estado, mientras se provee a la nación de códigos propios, o porque se dispongan del todo nuevos, o porque se redacte lo útil de los antiguos, añadiendo lo que falta para su complemento y perfección, quede a la justificación de los sabios calificar si es de notoria y suma utilidad redactar en un solo cuerpo la parte útil de la legislación anterior a la independencia y presentar ésta a manera de código general, reunida y purificada de lo totalmente inútil, de lo repetido y de lo expresamente

13 La documentación en GUZMÁN, A., *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 53 anexo 649, p. 87 s. y N° 54, p. 91 s.

14 En SANTA CRUZ SCHUKRAFT, A., *Génesis*, cit. (n. 5), p. 17-18.

15 Hay edición facsimilar de la edición de 1852 (México, UNAM., 1980), 3 volúmenes, con una Introducción de María del R. González.

derogado”<sup>16</sup>. Rodríguez, pues, preveía la codificación oficial (“*mientras se provee a la nación de códigos propios*”); la cual podría consistir en códigos “*del todo nuevos*”; o bien en cuerpos con que “*se redacte lo útil de los antiguos, añadiendo lo que falta para su complemento y perfección*”, apuntando, así, a una fijación del derecho tradicional.

Sin embargo, la mejor demostración de la validez y viabilidad de esta opción fueron, por un lado, la temprana codificación del derecho sucesorio castellano-indiano en los 23 capítulos que componen el título 1º del libro III del *Código Civil Boliviano* o *Santa Cruz* de 1830; y la generalizada recepción del antiguo derecho en el *Código Civil del Perú* de 1852. Por lo demás, esta fue la opción que a partir de este último código empezó a imponerse en América. Hasta entonces, sin embargo, y salvo lo dicho para el código boliviano, la opción fue otra, y consistió en poner los ojos en un cuerpo legal extranjero. Hubo razones para ello, pero tales razones germinaron en un clima determinado por la urgencia por codificar, bien colectiva, bien singular de un gobernante iluminado u obsesionado por dar un código modernizador a su pueblo.

2. La idea de código acababa de ser corporizada en Francia, que desde 1804 contaba con un cuerpo de legislación que había cumplido la misma función que se reclamaba en América, vale decir, la de sustituir de un solo golpe un inmenso y complejo volumen de legislación anterior juzgado inadecuado a un orden nuevo de cosas. Resultaba, así, natural, que los dirigentes de los nuevos Estados aplicaran la abstracta idea de emitir una nueva y completa legislación diseñada como código bajo la forma de una adopción o, al menos, de imitación del *Code civil*.

Cierto es que también se contaba con los códigos de Prusia, de 1794 y de Austria de 1811. Pero el inmenso volumen del primero, que alcanza a cerca de 20.000 párrafos; su carácter heterogéneo, pues, como es sabido, cubre no sólo el derecho privado, más también el público; la cantidad de disposiciones inconciliables con el nuevo orden político-social, como todo lo relativo a la organización estamental, que aún conserva ese código; el orden de sus materias, tan diferentes al tradicional sistema de las *Institutiones* de Justiniano –en síntesis: personas, propiedad y derechos reales, herencia, y obligaciones y contratos–, al que los juristas americanos estaban acostumbrados; y la lengua alemana de su redacción –poco o nada practicada en América–, seguramente explican que nadie pensara en recurrir a él. Este último rasgo, su estilo algo abstracto, y también la inserción de las materias del sistema institucional en un orden diferente al de las *Institutiones*, asimismo explican que nadie hubiera vuelto su mirada al código austriaco. En contraste, el *Code civil* no sólo estaba redactado en una lengua cercana al castellano, que muchos americanos, además, sabían y hasta dominaban, sino que obedecía a un orden de materias muy próximo al orden institucional, adhería notablemente al derecho romano en la forma en que éste era conocido y estudiado en América, estaba libre de las abstracciones y conceptualismo que plagaban los dos códigos germánicos antes mencionados, y en cuanto

<sup>16</sup> Ibíd., p. xii.

a envergadura, ofrecía un volumen ostensiblemente más manejable que el inmenso código prusiano, y más desarrollado que el algo sintético código austriaco –de sólo 1502 párrafos frente a los 2281 artículos del francés–. En fin, en un ambiente de ideas liberales en el orden socio-económico –no siempre en el político–, el *Code Civil* se presentaba como el decantado más puro de tales ideas en lo jurídico.

Por lo demás, estaban el prestigio universal que ese código ya había adquirido en Europa, y la figura de Napoleón y su obra, que no habían dejado de fascinar a muchos libertadores y caudillos americanos<sup>17</sup>; de guisa que a la hora de tener ellos que sustituir su actividad militar por la política, cuando asumieron el gobierno de los territorios a cuya independencia habían contribuido y, por ende, la función legislativa en ellos, en no pocos casos pensaron en incorporar los códigos napoleónicos en los nuevos estados soberanos que ahora dirigían.

De esta suerte, todo condujo a que el célebre código francés ocupara el lugar de un modelo en las concepciones sobre nueva legislación para los diversos Estados americanos sustentadas por sus dirigentes.

54

3. Pero todavía había algunas opciones que decidir. La sustitución, ¿habría de hacerse bajo la forma de una adopción completa del código francés, quizá con alguna modificación adaptadora; o bien aquél habría de servir únicamente de modelo que seguir y hasta imitar, mas no que calcar?

En los momentos iniciales de la codificación americana, fue la primera opción la que predominó.

Así, en 1822, el entonces Director Supremo de Chile Bernardo O'Higgins, su Libertador, decía en un discurso: "*Sabéis cuán necesaria es la reformación de las leyes. Ojalá se adoptaren los cinco códigos célebres, tan dignos de la sabiduría de estos últimos tiempos y que ponen en claro la barbarie de los anteriores*"<sup>18</sup>. El gobernante chileno, pues, sugería simplemente adoptar todos los códigos napoleónicos. También Simón Bolívar pensó en algo similar, según testimonio de su secretario, José D. Espinal, dado en carta que dirigió el 31 de julio de 1829 al Ministro del Interior de la (Gran) Colombia, en la que le decía: "*El Libertador Presidente está altamente penetrado de la sabiduría con que fue redactado el Código de Napoleón. Cree que pudiera plantearse en [Gran] Colombia con algunas modificaciones relativas a las circunstancias y a la moral del país*"<sup>19</sup>. En la Argentina, el Gobernador Federal de Buenos Aires, Manuel Dorrego, se mostró asimismo entusiasmado con la idea de

17 Sobre la influencia de la figura de Napoleón en los caudillos americanos: STOETZER, C., *El pensamiento político en la América española durante el período de la Emancipación. 1789-1825* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966), vol. II, p. 69 s. La primera traducción del *Code Civil* al castellano fue, al parecer, la editada en Madrid, en 1809, con el título de *Código Napoleón* (un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile); pero tal vez circuló poco en América, debido a las guerras de la Independencia.

18 En GUZMÁN, A., *Andrés Bello codificó. II: Fuentes*, Doc. N.º 3 (p. 14).

19 En PARRA ARANGUREN, G., *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862) editada como "Introducción" a La codificación de Páez, I: Código Civil de 1862* (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 15, Fuentes para la historia republicana de Venezuela, Caracas, 1974), p. xxi.



adoptar el código francés “*en su mayor parte*”<sup>20</sup> como se le propuso en 1828, bien que el proponente haya sido un ex juez francés radicado en la ciudad. En el Ecuador, entre 1830 y 1833, el Congreso ordenó desarrollar una idea semejante<sup>21</sup>. Y algo similar hizo la Legislatura de Guatemala en 1836<sup>22</sup>.

Pero estas fueron sólo declaraciones. Más importantes, por cierto, resultaron las obras legislativas efectivamente ejecutadas bajo la influencia rigurosa del *Code civil*. Todavía, empero, ello acaeció bajo la forma predominante de la adopción.

## VI. EL “DIGESTE DE LA LOI CIVILE” O CÓDIGO CIVIL DE LA LUISIANA<sup>23</sup>

La Luisiana fue el primer territorio americano en sustituir su legislación heredada de la metrópolis. Muy tempranamente, en 1808, se promulgó ahí un cuerpo legal con el nombre de *Digeste de la loi civile*, nombre un tanto arcaico éste que escondía a un código civil al estilo moderno. Ahora bien, la Luisiana no era un Estado soberano, pues desde 1803 hacía parte de los Estados Unidos de Norteamérica, incluso no todavía bajo el régimen de Estado federado: en el año siguiente había sido dividido en un Distrito de Luisiana y un Territorio de Orleans; sólo en 1812 fue convertida en el Estado de la Luisiana. Pero desde el comienzo contó con un Consejo Legislativo, con competencia para emitir normas del género, y con un Gobernador.

En 1806, el Consejo Legislativo y la Cámara de Representantes del Territorio de Orleans designaron a James Brown y Louis Moreau-Lislet para compilar y preparar lo que entonces se designó como un “código civil”, y ordenaron que los comisionados debían “hacer que el código tenga como cimiento al derecho civil por el cual es gobernado actualmente el territorio”<sup>24</sup>. Ese derecho era el castellano-indiano, porque en 1762, la Luisiana había sido cedida por Francia a España, dejando de regir la *coûtume* de París y las ordenanzas reales de los reyes de Francia, que habían sido puestas en vigencia en 1712 por la Corona francesa, a la que desde 1699 pertenecía ese territorio. Pese a que España lo cedió, a su vez, a Francia en 1800, la cesión no se ejecutó sino el 30 de noviembre de 1803, y el 20 de diciembre de ese mismo año, Napoleón la entregó a los Estados Unidos, en los pocos días que Francia volvió a gobernar la Luisiana no alcanzó a acabar con la vigencia del derecho castellano-indiano y a reponer el derecho francés. Así que cuando los cuerpos legislativos luisianos mandaron componer un cuerpo legal fundado en el derecho civil “por el cual es gobernado actualmente el territorio”, eso significaba el derecho civil castellano-indiano, y no el francés.

Los dos codificadores designados, sin embargo, no cumplieron con esa parte de

20 TAU ANZOÁTEGUI, V., *La codificación en la Argentina*, cit. (n 2), p. 127.

21 CORDOVA, A., *Derecho civil ecuatoriano* (Quito, 1956), I: *Parte general e historia de nuestro derecho civil*, p. 89.

22 RODRÍGUEZ, M., “The Livingston Codes in the Guatemalan Crisis of 1837-1838”, en VV. AA., *Applied Enlightenment. 19th Century Liberalism* (1955, 2ª ed., New Orleans, Tulane University, 1972), p. 13.

23 VÉASE GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 132 s. y la literatura citada más abajo.

24 HOOD, J. Jr., “The History and Development of the Louisiana Civil Code”, en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, p. 12.

su cometido. El *Digeste de la loi civile* de 1808 es un código que refleja intensamente, tanto el *Projet de Code civil* del año VIII (1800), redactado por Portalis, Maleville, Tronchet y Bigot-Prémeneau, cuanto el *Code civil* mismo, en un 70% de sus 3522 artículos, y desde luego en el sistema u orden de materias adoptado. El resto reconoce como fuentes a Domat, Pothier, las *Siete Partidas*, la *Nueva Recopilación*, el *Febrero adicionado* de Eugenio Tapia y hasta la *Curia Philipica* de Hevia Bolaños<sup>25</sup>. Puede entonces decirse, que el *Digeste* es un código napoleónico, o napoleónida, como ha llamado un autor a los cuerpos legales acentuadamente imitadores del *Code civil*, con la sorprendente particularidad de que, en este caso, no siempre se trató de usar el código sino también su proyecto.

¿Qué explicación hay para este hecho? La explicación, a mi juicio, es sencilla: la urgencia de los luisianos por tener rápidamente un nuevo cuerpo.

A poco de ingresado el territorio de Orleans en la Unión, se promovió el problema de decidir por cuál sistema jurídico habría de regirse él en el futuro. Mientras las autoridades, encabezadas por el primer Gobernador, William Claiborne, querían introducir la *common law*, los notables del territorio pedían conservarse bajo el imperio del “derecho civil” (*civil law* o *droit civil*), esto es, de las leyes castellanas, a las cuales estaban habituados desde 1769. Temían, en efecto, su sujeción a un derecho de jueces, que era y es la peculiaridad de la *common law*.

En 1806, la Asamblea del Territorio de Orleans aprobó una ley que confirmaba la vigencia de los cuerpos legales castellanos; pero el gobernador la vetó. La mayoría de la Asamblea emitió entonces un manifiesto, en el que declaraba: “...en pocas palabras, podemos decir que la sabiduría del derecho civil es reconocida en toda Europa; y esa ley es la que 19 de cada 20 personas conoce en Luisiana ya la que está acostumbrada desde la niñez [...]; hay una secreta intención de arrojarnos, a pesar nuestro, en el horrible caos de la *common law*”<sup>26</sup>. Poco después, como vimos, en ese mismo año, el Consejo Legislativo y la Cámara de Representantes del Territorio de

25 BATIZA, R., “The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance”, en *Tulane Law Review*, 46 (Sept. 1971) 1, p. 11 s. Las conclusiones de Batiza fueron impugnadas por PASCAL, R., “Sources of the Digest of 1808: A Reply to Professor Batiza”, en *Tulane Law Review*, 46 (Abr. 1972) 4, p. 603 s., trabajo este respondido por BATIZA, R., “Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder”, en *Tulane Law Review*, 46 (Abr. 1972) 4, p. 628 s. Batiza fue secundado por SWEENEY, J., “Tournament of Scholars over the Sources of the Civil Code of 1808”, en *Tulane Law Review*, 46 (Abr. 1972) 4, p. 585 s. Vid. también el trabajo posterior de BATIZA, R., “Roman Law in the French and Louisiana Civil Codes: A Comparative Textual Survey”, en *Tulane Law Review*, 69 (Jun. 1995) 6, p. 1601 s. Sobre la influencia francesa, además: BAUDOIN, L., “The Influence of the Code Napoleon”, en *Tulane Law Review*, 33 (Dic. 1958) 1, p. 21 s.; TUCKER, T., “Sources of Louisiana Law of Persons: Blackstone, Domat and the French Codes”, en *Tulane Law Review*, 44 (Feb. 1970) 2, p. 264 s. Sobre la presencia del derecho español, asimismo: DART, “The Influence of the Ancient Laws of Spain on the Jurisprudence of Louisiana”, en *Tulane Law Review*, 6 (1931), p. 83 s.; BATIZA, R., “The Influence of Spanish Law in Louisiana”, en *Tulane Law Review*, 33 (Dic. 1958) 1, p. 29 s.; CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas* (Madrid, R. Acad. de Jurisp. y Legisl., 1984), p. 143-51. Sobre la del romano: SNOEDER, D., “Ancient Law and modern Eyes”, en *Tulane Law Review*, 69 (Jun. 1995) 6, p. 1631 s.; BATIZA, R., “Justinian’s Institute and the Louisiana Civil Code of 1808”, en *Tulane Law Review*, 69 (Jun. 1995) 6, p. 1639 s.

26 Cit. por HOOD, *History*, cit. (n. 24), p. 11 s.

Orleáns acordaron encargar un código civil a James Brown y Louis Moreau-Lislet, quienes en menos de dos años cumplieron su cometido.

De esta guisa, el temor a caer en la órbita de la *common law* movió a los legisladores Luisianos a decirse por codificar; y la presión por tener pronto un nuevo código incitó, a su vez, a los dos codificadores designados a basarse en el mejor modelo disponible, que era el de la codificación de Francia, país con el cual, por lo demás, la Luisiana tenía vínculos histórico-culturales estrechos. Es evidente que de haberse atendido ellos al mandato de los cuerpos legislativos, de componer un código fundado en el derecho vernáculo, o sea, en el castellano, hubieran tardado muchos años en concluir su obra; lo cual resultaba inadmisibles en las peligrosas circunstancias para su cultura jurídica en que se encontraba Luisiana.

## VII. EL "CODE CIVIL" DE LA REPÚBLICA DE HAÍTÍ <sup>27</sup>

El 1 de enero de 1804, Haití proclamó su independencia. Por entonces, Haití comprendía a toda la isla de Santo Domingo, vale decir, a su parte oriental (la futura República Dominicana) de habla castellana, que hasta 1795 perteneció a la Corona de España y desde entonces a la República Francesa; y a su parte occidental, de habla francesa, que siempre perteneció a Francia. En ese año, pues, toda la isla se independizó de Francia, para constituir un Estado soberano dominado por la población negra de habla francesa. Por la fecha en que ello acaeció, el *Code civil* —promulgado como un todo el 21 de marzo de 1804— no alcanzó a regir en la isla. Pero en 1816, el Presidente Alexandre Pétion, que gobernaba la parte sur de la isla, en tanto la parte norte constituía una monarquía gobernada por el Rey Christophe, merced a una circular de 22 de marzo del citado año, dirigida a los Comisarios del Gobierno ante los tribunales, dispuso que: "...en todos los casos dudosos de jurisprudencia no previstos por las leyes en vigor en la República, y hasta que un código civil haya sido especialmente redactado para el país, el Código Napoleón será consultado para servir de base a las decisiones judiciales"<sup>28</sup>. Mediante un decreto de 23 de septiembre de 1822, el Presidente Jean Pierre Boyer, sucesor de Pétion, dio fuerza legal a esta

27 Lit.: LEGER, M. A.-N., "De l'influence du Code Napoléon à Haïti et des différences de législation civile entre France et Haïti", en VV. AA., *Le droit civil français. Livre souvenir des Journées du droit civil français* (París, 1936), p. 755 s.; MEJÍA RECAR, G.A., *Historia general del derecho e historia del derecho dominicano* (Santiago R. D., El Diario, 1943), p. 150 s.; CASTELLANOS PIZANO, V., "La influencia del derecho francés sobre el derecho dominicano", en VV. AA., *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales* (Santo Domingo, ONAP, 1985), p. 142-145; VEGA, W., *Historia del derecho dominicano* (Santo Domingo, 1986), p. 135-138; TAVARES, F. (p.) - TAVARES, F. (h.), *Historia del derecho y de las ideas sociopolíticas* (Santo Domingo, 1996), p. 237-240.

28 En MEJÍA RECAR, G.A., *Historia general del derecho*, cit. (n. 27), p. 150. El 31 de agosto de 1817, una circular del Presidente del Tribunal Superior, Soubarin, dirigida a los miembros del Tribunal de Apelaciones de Puerto Príncipe, interpretando que la carta de Pétion se refería a las leyes haitianas, cuando hablaba de las "las leyes en vigor en la República", para excluir la aplicación subsidiaria de las leyes antiguas (anteriores a las Independencia), opinaba que la aplicación del código francés implicaba, en realidad, desplazar siempre a las dichas leyes antiguas: texto en: MEJÍA RECAR, G.A., *Historia general del derecho*, cit. ibi, p. 150, GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 289 s.

circular<sup>29</sup>. Así, el código francés empezó por tener una vigencia subsidiaria en la parte sur de Haití. Sin embargo, la circular de Pétion ya preveía la emisión de códigos propios, lo que la nueva Constitución, la de 1816 (vigente en el sur y desde 1822 en todo el país), inspirada también en este punto por la francesa de 1791, ordenó directamente en su artículo 37: “Se redactarán Códigos civiles, penales, de procedimiento y de comercio comunes a toda la República”<sup>30</sup>.

Este mandato constitucional empezó a ser cumplido a través de un decreto del Presidente Jean Pierre Boyer, de 6 de octubre de 1818, por el cual se designó una comisión encargada de redactar los códigos haitianos. Ella cumplió con su misión entre 1820 y 1821. El proyecto de código civil fue aprobado por partes por el Cuerpo Legislativo, según el mismo procedimiento que se había seguido en Francia para aprobar el *Code civil*: desde 1822, el Cuerpo Legislativo despachó leyes singulares que sucesivamente iban configurando el código. A principios de 1825, dio su aprobación final al nuevo cuerpo legal ya completo, que entonces fue promulgado cual unidad, como *Code civil de la République d’Haïti*, para entrar en vigencia el 1 de mayo de 1826.

El código haitiano de 1825 es una completa copia del *Code Civil* de 1804, con algunas supresiones y modificaciones. Pero cabe destacar que su sistema externo varió sin embargo, pues los legisladores haitianos, al imitar inicialmente el procedimiento francés de aprobación del código por títulos, no consumaron la imitación de modo de incorporar los 36 títulos ya aprobadas en una nueva sistemática de 3 libros, sino que conservaron la estructura lineal derivada de semejante forma de aprobación, de guisa que el código se dividió en 36 leyes (correspondientes a los 35 títulos franceses más el preliminar), con un total de 2047 artículos (frente a los 2281 del modelo). Fuera de esto, el código haitiano siguió fielmente el orden del código francés.

De esta suerte, el segundo territorio americano en darse un código civil siguió el mismo camino que el primero, o sea, la Luisiana, a saber: imitar la codificación francesa, incluso de manera más intensa que aquella, y con la otra diferencia de que lo imitado ahora fue el código y no ya su proyecto.

Ahora bien, ¿a qué obedeció el hecho de dar un código a Haití, y que el código dado fuera una reproducción casi exacta del francés? Esta vez no encontramos la urgencia externa, pero sí el vehemente anhelo de un gobernante, como Boyer, que no obstante su despotismo, no dejó de manifestar atisbos de ilustración e impulsor de obras de progreso para la nación que regía, una de las cuales fue precisamente esta tan temprana como innecesaria codificación.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>30</sup> En MARIÑAS OTERO, L., *Las Constituciones de Haití* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1968), p. 165.

## VIII. EL “CÓDIGO CIVIL PARA EL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE DE OAXACA” (MÉXICO) <sup>31</sup>

En 1823, esto es, ya consumada la independencia de México desde 1821, el territorio de Oaxaca se proclamó como un “Estado libre y soberano”, aun reconociendo su pertenencia a unos todavía inexistentes “Estados Mexicanos Federados”, que sólo fueron establecidos en 1824. La declaración era una manera de afirmar la soberanía y asegurar el federalismo. Ahora bien, entre 1827 y 1829, dicho Estado de la por entonces ya creada federación mexicana, se dio un *Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca* <sup>32</sup> aprobado por libros separadamente en el Congreso Constitucional del Estado y promulgado por el Gobernador, así: el 2 de noviembre de 1827 un *Título preliminar* y el libro I: *De las personas*; el 4 de septiembre de 1828 el libro II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y el 14 de enero de 1829 el libro III: *De los diferentes modos de adquirir la propiedad (incompleto)* <sup>33</sup>. Este código dejó de estar vigente en Oaxaca en 1837 <sup>34</sup>, seguramente como consecuencia de la abolición del federalismo en 1835.

El código de Oaxaca es un ejemplo más de adopción del *Code civil* <sup>35</sup>. Sus autores no otra cosa hicieron que traducir, muy fiel y literalmente, el texto francés, cuyo sistema y distribución, por lo demás, conservaron exactamente, aun cuando eliminaron muchas de las numerosas subdivisiones internas rubricadas que ofrece el original, fundiendo entre sí las respectivas materias que aparecían separadas en dicho original. Sólo se observan algunas modificaciones. Entre las principales, en el *Título preliminar*, un desarrollo del tema de la publicación de las leyes y demás normas; en el libro I, la omisión del tema de la nacionalidad y una presentación resumida de la materia de las inscripciones y actas del estado civil, adaptadas a su administración por los párrocos. También el régimen del matrimonio aparece modificado, para ajustarlo al canónico. En el libro II no se aprecian modificaciones importantes, más que unas cuantas en tema de sucesión intestada. En el libro III, los codificadores eliminaron todo lo relativo al régimen patrimonial del matrimonio. Por lo demás, este libro quedó inconcluso: sólo llega hasta el título del contrato de sociedad (compañía), de modo que omite la reglamentación de las siguientes materias: comodato, mutuo,

31 ORTIZ-URQUIDI, R., *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana (México, Porrúa, 1974)*.

32 Cuya autoría y circunstancias de confección se ignoran: ORTIZ-URQUIDI, R., *Oaxaca*, cit. (n. 31), p. 23.

33 Una edición moderna *ibíd.*, como *Apéndice*, p. 117 s.

34 Así lo dice el Gobernador de Oaxaca, Benito Juárez, en su *Exposición* de gobierno dirigida al Congreso del Estado el 2 de julio de 1848: “En la primera época del sistema federal, el Congreso del Estado trabajó y sancionó esta parte de la legislación [se refiere al derecho civil] que estuvo rigiendo entre nosotros hasta el año 1837 [...]”, con lo cual alude sin duda al código [transcrito por ORTIZ-URQUIDI, R., *Oaxaca*, cit. (n. 31), p. 40].

35 Inaceptable ORTIZ-URQUIDI, R., *Oaxaca*, cit. (n. 31), p. 20, según el cual el código oaxaqueño “no es una copia servil y fácil, rastrera y cómoda del modelo inspirador”. Este autor da como argumento la diferencia en el número de artículos entre ambos códigos: 2281 el francés y 1425 el de Oaxaca; pero no tiene en cuenta que ello se debe a que este último omitió muchas materias tratadas en el primero, como se dirá enseguida. El cotejo textual, en cambio, muestra lo contrario de lo afirmado por Ortiz Urquidi.

depósito, mandato, fianza, transacción, prenda, privilegios, hipotecas y prescripción.

¿Hay alguna explicación particular de esta precoz codificación oaxaqueña? A mi juicio, ella está en el acendrado federalismo, y en consecuencia, antiunitarismo, del territorio de Oaxaca. La promulgación de un código propio, en efecto, rechazaba por sí misma la idea de algún día regirse por un código unitario de todo el país, y se presentaba como una explícita manifestación de soberanía en el interior del sistema federal, contra el cual había votos poderosos en el resto de los territorios mexicanos. En este sentido, Oaxaca necesitaba de un código. Ahora bien, no se satisfacía una necesidad, más política que técnica, con un proceso de codificación del derecho vernáculo, que por la fuerza de las cosas es dilatado y difícil. De esta guisa, es nuevamente la urgencia por tener un código, la que explica la imitación oaxaqueña del código francés.

## IX. EL “CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA” LLAMADO “SANTA CRUZ”<sup>36</sup>

60

A mediados de 1829, el Gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz emitió un decreto por el cual anunciaba la interposición de sus esfuerzos dirigidos a introducir reformas en las leyes; y en seguimiento de ello, poco después, en el mismo año, encargó a la Corte Suprema designar una comisión de jueces para presentar “*en el menor tiempo posible un Código completo de administración para en lo civil, tomando de los Códigos vigentes todo lo que sea justo, concordable y adaptable a nuestra actual liberación*”<sup>37</sup>. La comisión de magistrados designados por la Corte concluyó la redacción del proyecto hacia el 22 de junio de 1830<sup>38</sup>, o sea en un lapso de 9 meses;

36 Lit.: DURÁN, M., “Bolivia”, en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), p. 767 s.; TERRAZAS TORRES, C., “Historia del Código Civil boliviano”. como “Estudio preliminar” a la edición del Código Civil de Bolivia (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), p. 9 s.; ORTIZ MATOS, P., “Informe sobre el Código Civil Boliviano”, en *Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales*, 8 (Oruro, 1966) 1, p. 18 s.; SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, A., “Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú”, en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), III, p. 15 s.; ABECIA BALDIVIESO, V., “La obra legislativa del Mariscal Santa Cruz”, *ibíd.*, p. 77 s. = VV. AA., *Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia* (Sucre, 1977), II, p. 15 s., ahora también en BRAVO LIRA, B. - CONCHA, S. (eds), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago, Universidad Santo Tomás, s. d. [1998]), I, p. 61 s.; ROMERO SANDOVAL, R., *Derecho civil según los 'Apuntes de derecho civil boliviano' del Prof. doctor Raúl Romero Linares* (2ª ed., La Paz-Cochabamba, Los Amigos del Libro, 1986), p. 90-98; RAMOS NÚÑEZ, C., *El Código napoleónico y su recepción en América Latina* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997), p. 148 s.; JORDÁN QUIROGA, A., *Un código civil perdido en Los Andes* (s. l., Ed. Fundemos, 1998); GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 307 s.

37 CALVO, M., *Los cinco primeros capítulos del Manifiesto de Santa Cruz de 24 de octubre de 1840 publicado con notas comprobatorias de las falsedades que contiene* (Sucre, Beeche, 1843), p. 20, n. 11.

38 Así lo informó al Ministro Calvo el comisionado Urcullú en oficio de esa fecha: “*La redacción del Código Civil está concluida; mas no se ha procedido a discutir su articulado en detalle [...]. Este es su estado actual*” (*ibíd.*, p. 23, n. 18).

desde entonces procedió a discutirlo en detalle<sup>39</sup>; y posiblemente terminó esa discusión hacia el 25 de octubre de 1830, esto es, en 4 meses<sup>40</sup>; con posterioridad, en menos de 2 meses, se dio a la labor de copia y de nuevas correcciones<sup>41</sup>, de modo que entregó el proyecto definitivo al Gobierno sólo el 11 de diciembre de 1830<sup>42</sup>. Había trabajado, pues, durante unos quince meses en total<sup>43</sup>.

La Comisión Redactora actuó bajo la intensa presión de Santa Cruz, anhelante de ver ultimada la obra<sup>44</sup>. Tanto fue así, que incluso antes de que la Comisión entregara el proyecto, Santa Cruz, impulsado por su gran ansiedad legislativa y en uso de ciertos poderes extraordinarios de que disponía, promulgó el proyecto merced a decreto de 28 de octubre de 1830, para que entrara en vigencia el 1 de enero de 1831<sup>45</sup>. Pero la circunstancia de haber quedado concluido el código recién el 11 de diciembre de 1830, y la necesidad de editarlo, obligó a postergar su entrada en vigor: un nuevo decreto, de 22 de marzo de 1831, fijó la vigencia para el 2 de abril del mismo año<sup>46</sup>.

El oficio de 17 de septiembre de 1829, con que el Ministro Calvo solicitaba a la Corte Suprema la designación de una comisión codificadora, concebía su trabajo sobre la base de tomar “de los Códigos vigentes todo lo que sea justo, concordable y adaptable a nuestra actual liberación”<sup>47</sup>. Con “códigos vigentes” Calvo se refería, por

39 Según la orden que recibió del Ministro Calvo, en oficio de 24 de junio de 1830: “En contestación a la nota de V. S. I. fechada ayer [en realidad el 22], S. E. el Presidente me ha encargado decirle que [...] la misma [Comisión] que ha redactado [el Proyecto] debe también ocuparse de discutirlo [...]” (ibíd., p. 23, n. 19).

40 Esta fecha figura junto a los nombres de los comisionados en la edición príncipe del código de 1831 (vid. SANTA CRUZ SCHUHRAFT, A., *Génesis*, cit. (n. 5), p. 31).

41 Vid. las cartas de 12 y 27 de noviembre, del comisionado Urcullu a Santa Cruz; y de 27 de noviembre del Ministro Calvo al mismo Santa Cruz (en SANTA CRUZ SCHUHRAFT, A., *Génesis*, cit. [n. 5], p. 331-332). De ellas se desprende que a las fechas se ultimaba la revisión y se copiaba el texto definitivo.

42 *Ibíd.*, p. 23, n. 20 el oficio de remisión del proyecto.

43 No dejó actas de sus sesiones: ABECIA BALDIVIESO, V., *Obra legislativa* cit. (n. 36), p. 83 (= 20 = 64).

44 Mediante un oficio de 27 de marzo de 1830, de Mariano Calvo a la Comisión, le dice que Santa Cruz: “se promete que a su arribo a Chuquisaca encontrará sus trabajos [de la Comisión] enteramente concluidos” (en ORTÍZ MATOS, P., *Informe*, op.cit. [n. 36], p. 22, n. 16). Más tarde, en otro de 22 de junio de 1830, le expresa: “Recordando S. E. el Presidente que ha pasado con demasía el tiempo calculado para la redacción del Código Civil, desea saber si se ha concluido o cuál es su estado actual” (ibíd., p. 23, n. 17). Incluso circuló el rumor de que Santa Cruz pensaba revocar el mandato dado a la Comisión y encargarlo a otra: tal fue la razón que adujo la Comisión, en oficio de 22 de junio de 1830 (ibíd., p. 23, n. 18), dirigido a Calvo, en respuesta al de éste, del mismo día, para excusarse de no haber concluido la discusión del articulado en detalle, lo cual Calvo debió desmentir mediante respuesta del día 24, no sin antes reclamar nueva urgencia (ibíd., p. 23, n. 19). Además, está la reunión del 10 de septiembre de 1830 de Santa Cruz con la Comisión para tomar providencias a fin de hacer expedita la obra.

45 Puede conjeturarse que en la reunión de Santa Cruz y la Comisión, del 10 de septiembre de 1830 (vid. n. 44), que estaba destinada a “tomar providencias que expediten la obra”, se haya acordado una fecha de entrega, que permitió a Santa Cruz pensar en la promulgación para el día 28 de octubre, y en que, como la entrega no tuvo lugar, Santa Cruz haya decidido proceder a la promulgación de todos modos.

46 EN TERRAZAS, *Historia*, cit. (n. 36), p. 13-14.

47 EN ORTÍZ MATOS, P., *Informe*, cit. (n. 36), p. 20, n. 11.

cierto, a los cuerpos de legislación españoles todavía en vigor en Bolivia. Así que en el diseño de uno de los promotores de la iniciativa de codificar en ese país, el nuevo código debía basarse en el antiguo derecho.

Este diseño original no fue seguido por la Comisión codificadora sino parcialmente, porque ella tomó como modelo al *Code civil* francés<sup>48</sup>. Las partes del código boliviano concernientes a las cosas, a la propiedad y a los derechos reales, por un lado (libro II), y a las obligaciones y contratos, por otro (libro III, títulos 3º y siguientes), son, en efecto, una adopción, a veces epitomada, del código francés, de modo que en todo ello el boliviano no se muestra original o independiente, ni siquiera en la redacción. Tal estado de cosas cambia mesuradamente con respecto al derecho de personas y de la familia (libro I), y cambia del todo en el derecho sucesorio (libro III, título 1º). En lo concerniente al primero, los codificadores bolivianos revisaron el código francés a la luz de la vieja legislación castellano-indiana, propia del país a la sazón, y solieron reformarlo para dar su preferencia a aquélla en variadas materias. Así, por ejemplo, el código boliviano conservó la figura de los esponsales con fuerza obligatoria, que el francés desconocía<sup>49</sup>; y la nulidad del matrimonio fue fundada en el antiguo derecho<sup>50</sup> completado con algunas normas del código francés en materia de legitimación e interés para la acción de nulidad<sup>51</sup>, etc. Pero en donde el código boliviano se apartó completamente de su modelo habitual fue en materia sucesoria. El derecho pertinente acogido en el código de 1830, en efecto, fue casi exclusivamente el derecho vernáculo, vale decir, el castellano, y de manera muy fiel, al punto de dar entrada a figuras sucesorias que estaban en pugna con el espíritu de los tiempos nuevos, como la del testamento por comisario o por poder<sup>52</sup>.

El material fue insertado en un sistema externo igual al del código francés, consistente en un Título preliminar sobre *La publicación, efectos y aplicación de las leyes en general*, y tres libros: I: *De las personas*; II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y III: *De las diferentes maneras de adquirir la propiedad*, con sus respectivas subdivisiones internas en títulos y capítulos (aunque no éstos en secciones, como el francés), salvo en el título 1º: *De los testamentos y sucesiones* del libro III, que también en la ordenación de materias se apartó de su modelo habitual.

Este último hecho nos da pie para formular una conjetura: es posible que la comisión codificadora de magistrados haya comenzado su labor bajo el proyecto de

48 Se dice que como secretario de la Comisión actuó el abogado José María Linares y que éste se encargó de traducir el código francés; pero el asunto no parece estar documentado; vid. la discusión del punto en ABECIA BALDIVIESO, V., *Obra legislativa* cit (n. 36), p. 82-83 (= 20-21= 63-64).

49 CC. Bol., art.s. 84-87, basados en Part. IV, título 1, leyes 4 y 8, Nov. Recop. Lib. 10, título 2, ley 18.

50 CC. Bol., art.s. 103-114, fundados en las Partidas.

51 Los arts. 180, 181, 188, 194, 201 y 202 CCfr. pasaron a los arts. 115 a 120 del CC. Bol., con algunas adaptaciones.

52 GUZMÁN, A., *La pervivencia de instituciones sucesorias castellano-indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX*, ponencia presentada en el XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Lima, en septiembre de 2003, en prensas.



componer un código moderno de derecho vernáculo, con un sistema incluso original. El título sobre testamentos y sucesiones –que cumple con ambos extremos– habría sido, de esta guisa, la primera manifestación de tal esfuerzo, lo que obliga a suponer que la comisión inició su trabajo con la materia sucesoria, igual que pocos años después iría a hacer Andrés Bello en Chile. El propósito de la comisión habría sido mantener el mismo método en las demás materias; pero le fue imposible, debido a la impaciencia y presión de Santa Cruz, y a sabiendas que el Ministro Calvo de antemano le había ordenado trabajar “*en el menor tiempo posible*”. De esta forma, temerosa la comisión de desagradar al gobernante, terminó por limitarse a copiar y epitomar el código francés –cuyo autor político era admirado por el propio Santa Cruz, el cual, como Napoleón, después dio su nombre al cuerpo legal que él promulgó–; y así pudo conseguir cumplir con los deseos del Protector, de ver pronto un código promulgado. En consecuencia, nuevamente fue la urgencia, creada artificialmente por un gobernante tan autoritario como ilustrado y progresista, y deseo de modernizar su país, la que explica que en Bolivia haya terminado por adoptarse en buena parte el código francés, como en Haití cinco años antes.

#### X. LA IMPOSICIÓN DEL “CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA” EN EL PERÚ <sup>53</sup>

En 1836, el territorio peruano fue invadido y conquistado por un ejército boliviano, lo que permitió al Presidente de Bolivia, Andrés de Santa Cruz, constituir la Confederación Perú-Boliviana. El Perú fue dividido en un Estado Nor-peruano y otro Estado Sud-peruano, cada uno con un Presidente. Ambos estados peruanos y Bolivia, cuyo presidente era el propio Santa Cruz, constituían la Confederación, de toda la cual este último era, además, el jefe supremo con el título de Protector.

En junio de 1836, el Protector Santa Cruz promulgó el Código Civil Boliviano de 1830 en el Estado Sud-peruano, con el nombre de *Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-peruano*. Un nuevo decreto de Santa Cruz, de noviembre de 1836, promulgó el código boliviano en el Estado Nor-peruano, bajo la denominación de *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano*. En ambos casos, el código original, es decir el de Bolivia, había sido sometido a una ligera revisión, mayor en aquél destinado al Estado Nor-peruano.

Pero la vigencia del *Código Civil Santa Cruz* en ambos estados peruanos fue muy efímera. En 1837, el Protector mismo suspendió su vigencia. El Presidente Orbegoso, del Estado Nor-peruano, derogó el código de su territorio en 1838. Al desaparecer la Confederación en enero de 1839, el código del Estado Sud-peruano quedó definitivamente fuera de vigencia. Por lo demás, estos códigos sufrieron el repudio general de los abogados y juristas peruanos, que veían en ellos a una imposición extranjera.

<sup>53</sup> Sobre el código de Santa Cruz en el Perú: RAMOS NÚÑEZ, C., *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001), II, p. 142 s.

En todo caso, ambos cuerpos legales históricamente hicieron ingresar al Perú en la órbita de influencia intensa del código francés, bien que por poco tiempo.

## XI. LA ADOPCIÓN DEL "CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA" EN COSTA RICA <sup>54</sup>

A mediados de 1838, el dictador de Costa Rica, Braulio Carrillo, durante su segunda presidencia (empezada en ese mismo año), concibió un vasto plan de legislación para su país, en materia de policía, enseñanza, administración de justicia y penal, que debía ser formulada por ciertas comisiones; pero estos designios fracasaron. En su plan público, empero, no ingresaba la materia civil. La razón fue que de ella se encargó personalmente Carrillo, quien era abogado y profesor de derecho. En vista del naufragio de las comisiones sobre las materias antes indicadas, también él se ocupó personalmente del derecho penal y del procesal civil. En julio de 1841, Carrillo promulgó un texto legal bajo el nombre de *Código General del Estado* ó *Código General de la República de Costa Rica* <sup>55</sup>.

64

El *Código General del Estado* ó *Código General de la República de Costa Rica* consta de tres partes: la parte primera trata de la *Materia Civil*; la parte segunda, de la *Materia Penal*; y la parte tercera, de la *Materia de procedimientos judiciales*. Por cierto, estas materias corresponden a tres códigos: civil, penal y de procedimientos judiciales; de modo que el *Código General* envuelve tres diferentes códigos en uno solo.

Por lo que respecta a la *Materia* (código) *civil*, que contiene 1575 artículos, debe decirse que ella no es ni más ni menos que la reproducción literal, tanto en sistema como en articulación y redacción, del *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano* de 1836, que a su vez, como vimos, era una versión ligeramente modificada del *Código Civil Santa Cruz* de 1830. Las alteraciones que el código costarricense introdujo a su modelo nor-peruano fueron muy escasas y menores, y aumentaron levemente el volumen del código costarricense de 1563 artículos que tenía el original nor-peruano a 1575.

En estas circunstancias, no puede hablarse sino de adopción íntegra del modelo; y como, según se vio, el código de Santa Cruz, del que derivaba el del Estado Nor-Peruano, era una adaptación del francés adicionada con antiguo derecho español, he ahí entonces que lo mismo cabe decir en definitiva de la *Parte Civil* del *Código*

54 Lit.: FERNÁNDEZ GUARDIA, R., "Carrillo y los códigos del 41. Opinión equivocada", en *Revista de los Archivos Nacionales* 11-12 (San José, 1942), p. 650 s.; BEECHE LUJÁN, H. y FOURNIER JIMÉNEZ, F., "Estudio preliminar" a la edición del *Código Civil de Costa Rica* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962), p. 9 s.; FOURNIER ACUÑA, F., *Historia del derecho* (San José, 1967), p. 158 s.; GUTIÉRREZ, C.J., "Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, 69 (San José, 1991), p. 23 s.; GUIER, J. E., *Historia del derecho* (San José, Euned, 1993), p. 596 s.; TREJOS, G., "Costa Rica", en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), XLIV, p. 153 s.; RAMOS NÚÑEZ, C., *El código napoleónico*, cit. (n. 36), p. 154 s.; SÁENZ CARBONELL, J., *Historia del derecho costarricense* (San José, Juris Centro, 1997), p. 183 s.; GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 317 s.

55 Tenemos a la vista la edición Nueva York, Wynkoop y otros, 1858. Su portada inscribe la segunda denominación; pero en la edición misma, precedida del decreto que lo promulgó, se lo llama *Código General del Estado*, que entonces parece haber sido la designación oficial.

*General* de Costa Rica de 1841. Por lo demás, también las partes penal y de procedimientos corresponden al Código Penal (que es, a su vez el Código Penal español de 1822) y al de Procedimientos de Santa Cruz.

El *Código General* y, por ende, su *Parte Civil*, fue obra personal y solitaria de Carrillo. Decepcionado del fracaso de los cometidos dados a sus colaboradores, en orden a redactar cuerpos legales, asumió directamente la labor, que completó en poco tiempo. Ahora bien, nuevamente vemos reproducirse en Costa Rica el caso de Haití y Bolivia: también en aquel país fue el deseo vehemente de imprimir modernización y progreso, en materias de legislación, como en otras, encarnado en el gobernante, el que dio impulso y remate a una codificación, que, empero, subordinada a toda costa al superior y urgente designio político, tenía por fuerza ser emitida bajo la ley de la imitación. Carrillo no recurrió al código francés, que, como abogado y profesor que era, seguramente tenía que conocer; pero recurrió a un sucedáneo suyo: el código de Santa Cruz. Lo más probable es que Carrillo abrigara escrúpulos de limitarse a copiar el código francés, temeroso de que no se adaptara fácilmente a su nación; y pensara que en el código boliviano ya se contuviera el necesario acomodo a un pueblo de raíz cultural semejante al costarricense; de donde que prefiriera optar por ese código, a cuyo autor político —de talante parecido al suyo— seguramente admiraba.

Por esta vía de segundo grado, Costa Rica se incorporó en la órbita del derecho francés, de manera algo similar a como había ocurrido en el Perú en 1836.

## XII. EL "CODE CIVIL" DE LA REPÚBLICA DOMINICANA <sup>56</sup>

La parte oriental de la isla de Santo Domingo era de tradición española, pero en 1795 pasó a Francia, de la que se independizó con toda la isla en 1804; en 1808 se separó de la parte occidental, para caer bajo la órbita de España en 1814, de la que se desvinculó en 1821, sólo para volver a caer bajo el poder de la parte occidental en 1822. Desde entonces, ambas partes formaron la República de Haití. En consecuencia, cuando en 1825 se promulgó en Haití el *Code Civil*, él rigió en toda la isla. Ahora bien, en 1844, la parte oriental volvió a tener su independencia, esta vez de la República de Haití, de la que se separó para formar la República Dominicana.

<sup>56</sup> Lit.: MEJÍA RECAR, G.A., *Historia general del derecho* cit. (n. 27), p. 258 s.; GALINDEZ, J. de, "République Dominicaine", en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), p. 804 s.; CONTIN AYBAR, N., "El Código Civil francés y sus traducciones y adaptadores en la República Dominicana", en VV. AA., *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales* (Santo Domingo, ONAP, 1985), p. 11 s.; CASTELLANOS PISAMO, V., "La influencia del derecho francés sobre el derecho dominicano", *ibíd.*, p. 141 s.; CAMPILLO PÉREZ, J., "Los códigos dominicanos. Apuntes para su historia", *ibíd.*, p. 181 ss; VEGA, W., *Historia del derecho dominicano* (Santo Domingo, 1986), p. 169 ss; TAVARES, F. (p.) - TAVARES, F. (h.), *Historia del derecho y de las ideas sociopolíticas* (Santo Domingo, 1996), p. 237 s.; ÁLVAREZ, F. (h.), "République Dominicaine", en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), XLIV, p. 191 s.; RAMOS NUÑEZ, C., *El Código napoleónico*, cit. (n. 36), p. 136 s.; GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 293 s.

Inicialmente, la nueva república se vio en la obligación de confirmar la vigencia de la legislación haitiana, lo que implicó, por cierto, al código de 1825. Pero en 1845, el Congreso dominicano emitió una ley, que en la parte importante para nosotros, decía: “Desde la publicación del presente decreto se observarán en todos los tribunales de la República Dominicana los códigos franceses de la Restauración [...]”<sup>57</sup>. Por la época en que esto ocurrió, los textos de los códigos promulgados en la República Dominicana fueron expresamente aquellos a que se había llegado en Francia bajo la Restauración, es decir, según su edición de 1816, y no, pues, según los originales de 1804-1809; lo que resultaba especialmente significativo para el *Code civil*, puesto que, como se sabe, la Restauración, para mantenerlo, le introdujo modificaciones: el caso más notable fue la abolición del divorcio vincular que el original establecía.

La adopción de estos textos fue total y completa; y tanto, que incluso se los mantuvo en su lengua, sin previamente traducirlos al castellano, aun cuando antes del decreto se había mandado hacer una traducción, que no se cumplió<sup>58</sup>. En consecuencia, los códigos franceses no penetraron en la República Dominicana como en Haití, en cuanto en la primera ni siquiera se los sometió a una revisión a que sí se los sometió en este último país, por lo que el caso constituye el de la más plena y completa recepción que dichos códigos hayan sufrido en América.

¿Qué razones pudo haber para tan asombroso procedimiento? Las razones oficiales fueron el estado de guerra que entonces afectaba a la República Dominicana y a la de Haití, causado por la secesión de aquella; y además, un desajuste técnico-jurídico: el artículo 136 de la Constitución dominicana establecía tribunales de apelación; pero la legislación haitiana conservada los desconocía; y entonces se adujo que en tales circunstancias los tribunales carecerían de “una regla cierta e invariable para la secuela de tales juicios [sc. de apelación] [...]”. Ambas razones resultaban muy débiles. Nunca una guerra ha obligado algún contendiente a darse códigos; antes bien, un tal acontecimiento tan concentrador de energías, recursos y personas suele impedir obras del género. Por otro lado, el argumento concerniente a los tribunales de apelación tan solo valía para derogar, o mejor, modificar en lo pertinente, los códigos de procedimiento civil y de instrucción criminal, mas no los códigos de fondo, como el civil. Así que a todas luces no se trataba más que de meros pretextos. La verdadera razón consistía en el odio y repulsión que todo lo haitiano generaba en los dominicanos, lo cual incluía a la legislación heredada de Haití. La alusión del citado decreto al estado de guerra con este último país, puede entenderse sólo en ese contexto: que no resultaba elegante ni digno regirse por la legislación de un país con el cual se estaba en guerra.

Los dominicanos, pues, en 1844 sintieron urgencia por tener una nueva legislación; e, igual que en Luisiana de 1808, fue una actitud de resistencia ante un dere-

57 Decreto N<sup>o</sup> 58, de 4 de julio de 1845, art. 1, en MEJÍA RECART, G.A., *Historia general del derecho*, cit. (n. 56), p. 260 s.

58 A cargo del señor Manuel Aybar: CAMPILLO PÉREZ, J., “Los códigos dominicanos Apuntes para su historia”, en *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales* (Santo Domingo, ONAP., 1985), p. 11 s.

cho percibido como extraño y ajeno el que precipitó esa urgencia. En ambos casos, la solución fue recurrir a la codificación francesa –porque en 1845, como en 1808, no había otro código mejor disponible en Europa (ni en América)–, pero con modalidades diferentes, porque mientras en la Luisiana se elaboró un código que no era idéntico al de Francia, por muy influido que haya resultado por él, en la República Dominicana se adoptó el Francia, tal cual se presentaba en su tierra de origen, incluso en su lengua, y simplemente se ordenó su vigencia en el territorio nacional, quizá porque la urgencia de los dominicanos era más apremiante que la de los luisianos, por causa de su guerra con Haití.

Con todo, por más que el fenómeno descrito resulte externamente estupefaciente, los dominicanos no obraron en forma tan descaminada. Como antes se recordó, desde 1822, la parte oriental de la isla, o sea, la futura República Dominicana, se hizo parte de Haití, con lo cual empezó a regirse por su código civil desde 1825. Los dominicanos, pues, terminaron por familiarizarse con una legislación que en casi todo coincidía con la francesa, y acostumbrarse a ella. Por lo tanto, cuando en 1845 adoptaron el código francés, de esa manera dejaron inalterado su estado jurídico, y en el fondo mantuvieron lo que tenían y les era habitual.

En cuanto a la lengua francesa del código, la misma larga convivencia con los francófonos haitianos tenía habituados a los dominicanos con esa lengua, de modo que el hecho no debió de ser un problema mayor, unido a la circunstancia de que el código haitiano que los había regido por 22 años estaba escrito él mismo en francés. Debemos suponer, por otro lado, que las clases más cultas, de las que en esa época se reclutaba a los abogados, tenían que conocer esa lengua también de impulso propio. Por lo demás, casi nunca la lectura de las leyes ha sido una habitualidad de los legos, el tecnicismo de cuyo lenguaje basta por sí mismo para hacerles incomprensible los textos legales. Era, pues, suficiente que los abogados pudieran leer en francés. Eso explica que los dominicanos hayan tardado casi 40 años en verter el Código Civil por el cual se regían al castellano, no bien en el tiempo intermedio hubo muchos intentos de traducción, todos fracasados. Sólo en 1884, en efecto, fue promulgado un texto castellano de ese código.

### XIII. EL SEGUNDO “CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO”<sup>59</sup>

A la caída de Santa Cruz en 1839, como suele suceder en casos similares, se desencadenó una reacción general en contra de su obra, que inevitablemente tenía que alcanzar a sus códigos. Así, por ejemplo, el diario *El Duende* decía en una editorial de 25 de marzo de 1839: “Los Códigos de Santa Cruz no son códigos de la república, sino de aquel déspota que los hizo traducir del Código de Napoleón, con el solo objeto de eternizar su nombre en ellos, y por lo mismo merecen ser quemados”<sup>60</sup>. Fue, así,

59 Sobre el segundo código boliviano, especialmente: JORDÁN QUIROGA, A., *Un código civil perdido*, cit. (n. 36).

60 JORDÁN QUIROGA, A., *Un código civil perdido*, cit. (n. 36), p. 24, el designio de revisar y de derogar después el código de 1830 hay que entenderlo en el marco de la política y del sentimiento anticrucistas.

natural que se propendiera a la reforma de los cuerpos legales santacrucinos, lo cual ya en noviembre de 1839 resultó encomendado a la Corte Suprema de Justicia, que designó a una especial comisión al efecto, compuesta en su mayoría de magistrados. El 19 de octubre de 1844, la Corte entregó al Gobierno un Proyecto de Código Civil<sup>61</sup>, que el Presidente de la República, José Ballivián, sancionó por decreto de 12 de agosto de 1845, para que entrara en vigencia a partir de 18 de noviembre de 1845<sup>62</sup>.

El código de 1845 contiene 2309 artículos, distribuidos en un *Título preliminar* rubricado *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general*; un libro I: *De las personas*; un libro II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y un libro III: *De las diferentes maneras de adquirir la propiedad*, cada cual dividido en títulos, capítulos y a veces en secciones. Es, pues, más voluminoso que el de 1830, el cual, como se recordará, sólo contiene 1556 artículos. Pero el modelo empleado fue el mismo empleado por aquél, vale decir el *Code civil*, si bien en forma más fiel y completa que su antecesor<sup>63</sup>. Igual que éste, siguió íntegramente el plan del código francés, respetando incluso su subdivisión en secciones (a diferencia de aquél). En cuanto al contenido, adoptó muy literalmente el articulado de su modelo, lo que explica su mayor extensión respecto del código de 1830. Pero no dejó de introducirle modificaciones, algunas fundadas en el derecho tradicional, como, por ejemplo, el régimen del matrimonio, librado al derecho canónico, el reconocimiento de la distinción romana de cosas corporales e incorpóreas (artículos 411 y 412), la clasificación de los modos de adquirir en originarios y derivativos (artículo 600) o la consideración de la ocupación como modo de adquirir (lib. III, cap. 1, títulos 1 y 2), que en el código francés no existe, ya que los bienes sin dueño pertenecen al estado, etc.; incluso hay innovaciones algo bizarras, como la categoría de las obligaciones de “no dar” (artículos 1104 y 1122, con evidente error, ya que “no dar” es, en realidad, un caso de no hacer). Estas modificaciones, empero, no alcanzan para evitar decir que el código de 1845 revisó a su modelo en medida considerablemente menor que el de 1830, y que sólo apenas puede considerárselo como una adaptación de ese modelo, en todo caso ligera, y no directamente como una adopción.

Como quiera que el nuevo código creara graves problemas de aplicación, el 11 de noviembre de 1846, el mismo Ballivián promulgó una ley por la que se mandaba componer nuevos códigos, y cuyo artículo 3º dispuso: “*Mientras se publican los nuevos Códigos, regirán los antiguos Civil, Penal y de Procederes, y las demás disposiciones relativas a éstos, que estaban en vigor hasta el 18 de noviembre de 1845, quedando derogados los publicados en esta fecha y la Ley Orgánica*”<sup>64</sup>. De esta manera fue dero-

61 Se lo editó como *Proyecto del Código Civil presentado en 19 de octubre de 1844*. Imprenta de Beeche. Sucre.

62 Insertado en la edición príncipe del nuevo código citado en la nota siguiente.

63 Una comparación de los tres códigos, vale decir del francés y los bolivianos de 1830 y 1845 en JORDÁN QUIROGA, A., *Un código civil perdido*, cit. (n. 36).

64 Todo en *Colección oficial de leyes, decretos, órdenes y resoluciones vigentes* (Imp. de Beeche, s. l., s. d.), Vol. II, p. 282 s.

gado el código de 1845<sup>65</sup> –sólo estuvo en vigencia, pues un año y siete días–, y restablecido el vigor del *Código Civil Boliviano* de Santa Cruz<sup>66</sup>, que nuevamente rigió desde entonces hasta 1976.

En lo inmediato, la composición y aprobación de este código se explica por la aversión contra Santa Cruz, el autor político del código de 1831, y no por razones intrínsecas en éste, lo que queda demostrado por su restablecimiento después de tan breve lapso, y su dilatada vigencia posterior. La comisión encargada de componer el nuevo código, pues, trabajó en un ambiente de presión y urgencia, y en verdad careció de la tranquilidad que se requiere para legislar, pues el país había caído en semianarquía después de la deposición de Santa Cruz. Como hacer algo de nuevo es más fácil y breve que revisar una obra hecha, la comisión encargada de la tarea no revisó el código de Santa Cruz sino que confeccionó uno nuevo. Como hacer un código original tampoco es tarea fácil, sobretodo si se trabaja en un clima apremiante, la comisión escogió la vía de adaptar el código francés, modificándolo ligeramente. De nuevo, pues, la introducción de ese cuerpo legal en un país se percibe como consecuencia de una poderosa urgencia.

#### XIV. LAS INFLUENCIAS INDIRECTAS Y DIFUSAS DEL “CODE CIVIL” Y LA DECLINACIÓN DE SU INFLUENCIA

1. El código boliviano de 1845 fue el último cuerpo legal en imitar al código francés en América –de hecho, su promulgación fue posterior en un mes y días a la adopción de aquél en la República Dominicana–. El próximo cuerpo legal en aparecer fue el del Perú, sancionado en 1852<sup>67</sup>. Pero con éste, la codificación ya ha emprendido un rumbo diferente en el continente. Nunca más el ilustre código

65 Según JORDÁN QUIROGA, A., *Un código civil perdido*, cit. (n. 36), p. 221 s., la derogación del código de 1845 se debió a que había en él un art. 11 que rezaba: “Ningún juez puede excusarse de fallar en las causas sometidas a su juzgamiento bajo el pretexto de falta, obscuridad o insuficiencia de la ley: él debe pronunciar sentencia ex aequo et bono, y de no hacerlo, es delincuente de denegación de justicia”. Para Jordán, esta atribución de fallar *ex aequo et bono* habría sido vista como incompatible con los principios de soberanía popular, separación de poderes y legalidad que Bolivia ya tenía adoptados.

66 TERRAZAS TORRES, C., *Historia*, cit. (n. 36), p. 17-19.

67 Lit.: BASADRE, J., “Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El Proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 3 (Lima, 1939) 2, p. 283 s., reproducido en: El mismo, *Historia del derecho peruano* (2ª ed., Lima, 1997), p. 313 s.; El mismo, “Hacia una interpretación histórica del Código Civil de 1852”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 6 (Lima, 1942) 1, p. 48 s. = El mismo, *Historia del derecho peruano* (2ª ed., Lima, 1997), p. 345 s.; BARANDIARAN, J.L., “Estudio preliminar a Código Civil del Perú” (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962), p. 9 s.; TORRES MÉNDEZ, M., “Perou”, en *La circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), XLIV, p. 181 s.; TRAZEGNIES, F. de, *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (2ª ed. Lima, Pont. Univ. Católica del Perú, 1992), *passim*; RAMOS NÚÑEZ, C., *El código napoleónico*, cit. (n. 36), p. 160 s.; BASADRE AYULO, J., “Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El Código Civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 17 (Santiago, 1992-1993), p. 147 s.; El mismo, *Historia del derecho* (2ª ed., Lima, 1997), Vol. II, p. 208 s. Pero sobretodo: RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano*, cit. (n. 53), II, p. 167 s.

europeo habría de ser objeto de adopción, ni siquiera de adaptación; lo que no significa que haya sido abandonado del todo como fuente, pero en concurrencia con otras. El nuevo rumbo consistió en recoger el derecho vernáculo –lo que, empero, ya tenía su precedente en los títulos sobre sucesiones del código boliviano de 1830–, modificándolo a la luz de las experiencias legislativas europeas, entre las cuales la francesa, a las que ahora se agregó la doctrina, de diversos países<sup>68</sup>. A esta ampliación de círculo de fuentes, se agregó el abandono del sistema de materias del *Code civil*. Comparemos por ejemplo, los códigos francés y peruano en lo relativo al punto:

*Code civil*

*Titre préliminaire: De la publication, des effets et de l'application des lois en général*

*Liv. I: Des personnes*

*Liv. II: Des biens et des différents modifications de la propriété*

*Liv. III: Différentes manières dont on acquiert la propriété*

*Tit. 1º: Des successions*

*Tit. 2º: Des donations entre-vifs et des testaments*

*Tit. 3º: Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*

**Código Civil del Perú**

Título preliminar

Lib. I: De las personas y sus derechos

Lib. II: De las cosas, del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellas

Sección primera: De las cosas

Sección segunda: De los modos naturales de adquirir el dominio

Sección tercera: Del modo de adquirir el dominio por prescripción, enajenación o donación

Sección cuarta: Del modo de adquirir el dominio por herencia

Lib. III: De las obligaciones y contratos

La clave del sistema del código francés es la abolición de la distinción de título y modo de adquirir, vale decir, de un contrato meramente obligatorio sin efecto traslativo, y la tradición como modo de transferir entre vivos que completa al contrato. Como es bien sabido, para dicho código, este último es capaz de producir la transferencia por sí mismo, lo que llama “*l’effet des obligations*” (art. 711). En consecuencia, los contratos, precedidos de las sucesiones y los testamentos y donaciones, integran el libro III sobre adquisición de la propiedad. Pero el código peruano, en contra del francés, adoptó el principio romano-castellano de que la propiedad entre vivos no se transfiere por contrato obligatorio sino por la tradición subsiguiente (artículos 571 y ss.). Ello determinó una radical separación de la doctrina de los modos de adquirir, que incluye a la sucesión, tratada en el libro II (sección 4ª), de aquella de las obligaciones y contratos, que aparece solitaria en el libro III.

Lo propio acaece en el siguiente código, el de Chile de 1855, que tardó 20 años en ser compuesto, sin prisas ni urgencias de ninguna especie<sup>69</sup>. Con él, la codificación

68 Véase GUZMÁN, A., “El tradicionalismo del Código Civil peruano de 1852”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 23 (Valparaíso, 2001), p. 547-565.

69 Lit.: Como obra de conjunto, es fundamental: GUZMÁN, A., *Andrés Bello codific.*, I, 569 p.;



alcanzó su máxima expresión en América. Montado sobre un armónico sistema de 4 libros (y no 3 como el francés), se adaptaba en todo al sistema institucional gayano-justiniano, como se ve en la siguiente comparación:

<i>Institutiones</i>	<i>Código Civil de Chile</i>
De iure naturali, gentium et civili	Título preliminar
Personae	Lib. I: De las personas
<i>Res</i>	
Corporales	Lib. II: De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce
Incorporales	
<i>ususfructus.</i>	
<i>Servitutes</i>	
<i>Hereditas</i>	Lib. III: De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos
<i>Obligaciones</i>	Lib. IV: De las obligaciones en general y de los contratos

Estrictamente, la materia del libro III hace parte de aquella del II, vale decir, de los modos de adquirir, ahí tratados. Pero el código chileno separó las sucesiones para evitar convertir al libro II en un tratado enorme y farragoso. Las obligaciones y contratos forman libro aparte, el IV, porque, igual que había hecho el código peruano, el chileno conservó el principio tradicional de distinguir el título contractual del modo de adquirir llamado tradición.

A partir del código peruano, pues, y en varios de los sucesivos, el código francés sólo sirvió de telón de fondo y de fuente de inspiración de normas concretas, que a menudo recibieron nueva redacción, a través de la cual se trataba de superar las oscuridades y los desajustes que la exégesis francesa había revelado. Hablamos, en consecuencia, de influencia difusa. Junto al código francés, además, los codificadores americanos tuvieron a la vista los demás códigos que a medida que avanzaba el tiempo se iban acumulando, y a considerar aquellos que en un primer momento habían quedado al margen de toda influencia, como el prusiano o el austriaco. Del mismo modo, cada vez más poderosamente hizo su entrada la doctrina jurídica, desde luego la prestigiosa doctrina francesa de la exégesis, pero también la germánica, en especial Savigny. En la segunda mitad avanzada del siglo, fueron los propios

II: *Fuentes*, 436 p. (en este segundo tomo se reúnen, pues, todas las fuentes primarias concernientes a la historia de la codificación civil chilena). Por otra parte, la literatura anterior y posterior es vastísima y no podría ser citada aquí. Pero ella ha sido recogida en: GUZMÁN, A., "Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República, VII: Ensayo de una bibliografía", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 3 (Valparaíso, 1978), p. 325 s. = *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 7 (Firenze, 1979), p. 601 s.; el mismo, *Nuevo ensayo de una bibliografía para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (1978-1988)*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 12 (Valparaíso, 1987-1988), p. 363 s. Vid. la nota siguiente. Con posterioridad a 1988, se tiene: NELLE, D., *Entstehung und Ausstrahlungswirkung der chilenischen Zivilgesetzbuch von Andrés Bello* (Neuwied - Frankfurt, Metzner, 1990).

códigos americanos los que empezaron a influir en el mismo modo en que durante la primera había influido, o más que influido, el código francés. Así, el código chileno fue íntegramente adoptado por El Salvador en 1859 (hasta la fecha)<sup>70</sup>, por el Ecuador entre 1858 y 1860 (hasta la fecha)<sup>71</sup>, por Colombia (sucesivamente por los diferentes estados granadinos desde 1858, luego por el Estado unitario en 1887, hasta la fecha), por Venezuela, aunque brevemente en 1860<sup>72</sup>, por Nicaragua por más tiempo entre 1867 y 1904<sup>73</sup>, y por Honduras entre 1880 y 1898<sup>74</sup> y con un intervalo, desde 1906<sup>75</sup>. Panamá, al separarse de Colombia en 1903, continuó rigiéndose hasta 1916 por el código colombiano que era el chileno<sup>76</sup>; en ese año se dio un cuerpo legal propio, que, empero, conservó exacta e íntegramente la sistemática chilena<sup>77</sup>. Con respecto a ella, por ende, el código panameño siguió siendo el chileno. Paraguay recibió en 1876 el código argentino de 1869<sup>78</sup>. En 1877, Guatemala, en fin, adoptó el *Proyecto de Código Civil* del Perú de 1847 (que en su país se convirtió en código en 1852, como vimos).

72

2. Todavía, sin embargo, estuvo reservado al código francés una nueva forma de influencia, que podemos considerar indirecta. Con la apertura del horizonte, en algunos países se empezó a recurrir a codificaciones que no eran la francesa, pero que en su día habían recibido una fuerte influencia de ella. El caso más notable fue el del tercer código que tuvo Venezuela, el de 1873, que derivaba casi enteramente del *Codice Civile del Regno d'Italia*, de 1865<sup>79</sup>. Ahora bien, como es sabido, este cuerpo legal italiano era, a su vez, una buena derivación del *Code civil* de 1804. También pertenecieron al género de influencias indirectas de este último, todos los casos de empleo más o menos intenso del *Proyecto de Código Civil* español de Florencio García Goyena, de 1852, como ocurrió en el segundo código emitido en Venezuela, en 1867, que reproducía literalmente ese proyecto<sup>80</sup>, y en el complejo proceso de la codificación mexicana, doblemente expresado en el *Código Civil del Imperio Mexicano*, de 1869, y en el *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, o de México, de 1870<sup>81</sup>. En ambos, el proyecto de García Goyena tuvo especial, si bien no exclusiva, incidencia. Ahora bien, ese proyecto estaba muy influido también por el *Code civil*, aunque no era una mera imitación suya y su redacción literaria era original. Pero la dicha influencia es suficiente para ver a través suyo una influencia indirecta del código francés en los códigos americanos citados.

70 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 403 s.

71 *Ibid.*, p. 374 s.

72 *Ibid.*, p. 406 s.

73 *Ibid.*, p. 418 s.

74 *Ibid.*, p. 420.

75 *Ibid.*, p. 421.

76 *Ibid.*, p. 424 s.

77 *Ibid.*, p. 491 s.

78 *Ibid.*, p. 455 s.

79 *Ibid.*, p. 472 s.

80 *Ibid.*, p. 428 s.

81 *Ibid.*, p. 430 s.

3. En el siglo XX, la presencia del código francés declinó ostensiblemente. El código brasilero de 1916<sup>82</sup>, por su sistema y sus fuentes, de origen pandectístico, ya no refleja casi en nada al código francés. En el nuevo Código Civil mexicano de 1928<sup>83</sup>, aquél apenas figura entre sus fuentes. El nuevo Código Civil peruano de 1936 se fundó preponderantemente en la legislación suiza<sup>84</sup>. El nuevo Código Civil boliviano de 1975 recibió la incidencia del código italiano de 1942<sup>85</sup>, lo que volvió a repetirse en el renovado código peruano de 1984<sup>86</sup>. Cuba, que desde 1889 se había regido por el código español de ese mismo año, lo sustituyó en 1987, y las fuentes principales del cuerpo legal entonces promulgado fueron los códigos de los Estados socialistas del este europeo, hoy desaparecidos<sup>87</sup>. El último código iberoamericano en aparecer, o sea el segundo del Brasil del 2000, por seguir la planta del primero de 1916, se mantiene bajo la vieja influencia pandectística ya presente en éste.

## XV. CONCLUSIONES

En conclusión, si nosotros dividimos la historia de la codificación americana en períodos relacionados con la influencia del *Code civil* en ella, debemos distinguir: i) un primer período, desde 1808 a 1845, que se caracteriza porque todos los códigos promulgados en la región fueron una imitación intensa de ese cuerpo legal: Luisiana (1808), Haití (1825), Oaxaca (1827-1829), Bolivia I (1830, de donde Perú en 1836 y Costa Rica en 1842), República Dominicana (1845), Bolivia II (1845); ii) un segundo período que se inicia con el *Proyecto de Código Civil* del Perú de 1847 convertido en ley en 1852 y culmina con el código chileno de 1855, denotado por la composición de códigos de derecho vernáculo, o sea, castellano-indiano, bajo órdenes sistemáticos distintos al del francés, en que éste actúa, entre otras pocas fuentes, sólo como fuente de inspiración de normas específicas, y que han de ejercer su propia influencia –muy amplia y poderosa en el caso del código chileno– sobre otros países americanos que los adoptaron; iii) un tercer período, que podemos dar por iniciado con la codificación uruguaya de 1868 y argentina de 1869, ambas muy eclécticas, en que el código francés ocupa un lugar no especial en un amplio conjunto de fuentes recurridas; en fin iv) un cuarto período, que ya cae en el siglo XX, de declinación casi completa de la influencia del célebre código.

Su época de oro, pues, corresponde a la primera mitad del siglo XIX, en que campeó con indiscutida autoridad y sin rivales, de guisa de ser simplemente adoptado en todo o parte. El punto culmine de esa actitud se dio en la República Dominicana, un país de habla castellana en donde ni siquiera se lo tradujo, pues simplemente se lo promulgó sin más.

82 *Ibid.*, p. 505 s.

83 *Ibid.*, p. 515 s.

84 *Ibid.*, p. 518 s.

85 *Ibid.*, p. 522 s.

86 *Ibid.*, p. 524 s.

87 *Ibid.*, p. 528 s.

Ahora bien, se ha podido observar que en todos los casos de ese período, hay dos razones, por lo demás muy ligadas entre sí, que explican semejante fenómeno: la urgencia por darse un código propio sentida colectivamente en el país, merced a circunstancias sociales externas, como en la Luisiana, Oaxaca, República Dominicana y Bolivia después de la caída de Santa Cruz; o bien la urgencia creada artificialmente por el designio vehemente de un gobernante tan autoritario, si no directamente despótico, cuanto ilustrado, en orden a modernizar su país también en el ámbito de la legislación, como en los casos de Haití, Bolivia en 1830 y el Perú en 1836 y Costa Rica.

## EL ORIGEN COMÚN DE LOS CÓDIGOS DE DOS CONTINENTES \*

Matthew C. Mirow

*Profesor de la Universidad Internacional de Florida*

**A**gradezco la oportunidad que me ha sido otorgada para efectuar algunos comentarios sobre las presentaciones de este panel. Es un honor para mí hablar inmediatamente después de tan distinguidos profesores. Quisiera recordarles, ante todo, que sus trabajos son importantes no solamente para los Europeos y los Latinoamericanos, sino también en Norteamérica, donde incluso fuera de los círculos de Luisiana y Quebec, muchos académicos leen y reflexionan sobre sus trabajos.

Vengo de un país que cuenta con casi 30 millones de hispanoparlantes, entre ellos, muchos de mis estudiantes. Hay mexicanos, nicaraguenses, colombianos, venezolanos, puertorriqueños, dominicanos y, por supuesto, cubanos; y tenemos también estudiantes de otros países como Brasil y Haití. Generalmente son inmigrantes o hijos de inmigrantes, que quieren estudiar las raíces de los sistemas legales de sus países de origen y esperan ejercer el derecho a nivel internacional. Son ellos, con la ayuda de sus profesores, quienes muestran interés en vuestros trabajos. Mi primer comentario es, por lo tanto, de gratitud por compartir vuestro conocimiento y hacerlo llegar a tanta gente.

El profesor Halpérin nos ha dado las bases filosóficas y políticas de la codificación, el profesor Bravo Lira ha descrito geográficamente los antecedentes históricos y el profesor Guzmán nos ha hablado del florecimiento del código francés dentro de la mentalidad y del derecho sustantivo de Latinoamérica. Sobre estas excelentes presentaciones, no hay mucho para criticar.

Los conferencistas se han referido a los cambios históricos a largo plazo, de una ola o más bien de las olas de codificación. Sin embargo, hay ciertos aspectos particulares de la codificación que me gustaría añadir.

La codificación es frecuentemente una actividad individual o personal dentro de un momento histórico. Tenemos en el código de Andrés Bello el ejemplo de un hombre excepcional en un momento excepcional. Bello fue un hombre con educación y experiencias coloniales. Fue el profesor de Simón Bolívar cuando ambos tenían menos de veinte años de edad. Unos años después, viajó con la expedición de Alexander von Humboldt. Posteriormente, fue funcionario público bajo Bolívar y

\* Ce texte a été traduit en français par Macarena Humeres de Fatlo, promotrice du Comité local de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains à Genève. La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

soldado intelectual en las guerras de independencia de los países de Latinoamérica. Vivió 19 años en Inglaterra, donde tuvo dos esposas irlandesas con las cuales tuvo 15 hijos. Estudió derecho romano y derecho castellano antiguo en la biblioteca nacional de Inglaterra. Trabajó con James Mill en los papeles de Jeremy Bentham, el inglés que acuñó la palabra “codificación”. Tenía más de 45 años cuando se trasladó a Chile donde empezó sus esfuerzos para la preparación de su código. No sólo fue senador y civilista, sino también escritor de derecho internacional, y un famoso gramático, lingüista y poeta.

Estos datos no carecen de significación en la historia de la codificación chilena. Así, por ejemplo, Bello imbuyó su código con derecho romano y castellano, derecho que había aprendido en Inglaterra. Seguramente, los esbozos de los artículos de dicho código sobre las legítimas, la libertad de disposición de la propiedad por testamentos, la familia y el matrimonio, reflejaron los pensamientos adquiridos mediante sus experiencias personales, las cuales incluyeron dos matrimonios, dos esposas católicas y quince hijos. Sin duda que sus vivencias influyeron sus pensamientos sobre tales temas. Un hombre excepcional, pero también un hombre con un punto de vista que fue el resultado de sus propias vivencias.

Pero un hombre excepcional no es suficiente, se necesitan también muchos factores externos para lograr una codificación exitosa.

Es necesario contar con la estabilidad política, las condiciones económicas y sociales adecuadas, así como con el suficiente talento legal dentro del país y, por supuesto, debe pagarse a la gente que va a hacer el trabajo. Se debe tener una estabilidad política suficiente para definir y forzar a los intereses económicos y sociales a un acuerdo de normas comunes que puedan fijarse en la legislación del nuevo código. En el contexto del código de Andrés Bello, por ejemplo, fue sólo durante la estabilidad política creada por Diego Portales en 1830 (hasta los años sesenta) que el proyecto de Bello se pudo desarrollar; al igual que durante los últimos años inmediatamente anteriores al éxito del código, fueron necesarios el apoyo y la colaboración del Presidente Manuel Montt.

Otro factor importante para el éxito de un código es la existencia de un descontento con el estatus de las leyes que rigen el país, descontento no solamente expresado por el pueblo sino también por los poderes políticos. Chile, por ejemplo, tuvo leyes civiles de la época colonial, leyes complicadas y contradictorias – un laberinto de fuentes legales. El cuerpo de leyes existente tenía, además, otro defecto: el simple hecho de ser leyes coloniales quería decir que éstas no podían ser las leyes de un nuevo país independiente y que, por ende, dichas leyes no eran las adecuadas.

Además de la conjunción de estos factores, hay que considerar las personas que trabajan en el proyecto de código. Dichas personas deben ser abogados de alta calidad y con suficiente tiempo para trabajar, ya que incluso los codificadores más dedicados al proceso no van a producir un código sin dinero para vivir. Los Estados que han esperado nuevos códigos gratis nunca los han recibido.

La codificación es también un proceso de ejercicio del poder del estado, en el

cual hay ganadores y perdedores. Los conferencistas nos recuerdan que un código es una herramienta de poder político, una manera de construir una nueva sociedad y un nuevo estado. Como las obras de Vanderlinden y Varga lo han señalado, la codificación permite que el estado pueda imponer su voluntad sobre todo el pueblo. Es una manera de consolidar el poder del estado y hacer valer una identidad nacional. Ella ofrece, igualmente, la oportunidad de aumentar o disminuir el estatus y el poder de un grupo u otro, de asegurar o bien de despojar de sus derechos de propiedad, es decir, de beneficiar amigos o castigar enemigos. Son lecciones que Napoleón, Bolívar, Bello y Montt, entre otros, aprendieron muy bien.

Por lo tanto, el momento de codificación es un momento histórico y también un momento político. Sin esta constelación de factores, el proceso de codificación falla. No queremos admitirlo, pero como Alan Watson nos ha dicho refiriéndose al desarrollo del derecho en otro contexto, históricamente hay un elemento de azar o de chance para conseguir un código que funcione con éxito. Una multitud de factores, una constelación de personas, acontecimientos políticos, económicos y sociales son necesarios. Hay que tener ganadores y perdedores en el proceso; y al final cada código tiene sus ganadores y sus perdedores.

Nuestro trabajo como historiadores de la codificación tiene que incluir la identificación de estos factores personales y externos. También tenemos que considerar las interacciones entre los distintos factores, preguntarnos quién gana y quién pierde. Es un trabajo que apenas está comenzando, pero es un trabajo –basado en estudios como los presentes– que permite un mejor entendimiento del pasado de la codificación y que puede destacar aspectos importantes para el futuro de la codificación en el mundo.





## II

### ÉVOLUTION DE LA CODIFICATION DEPUIS LE XIX<sup>E</sup> SIÈCLE

*« Le centenaire du Code civil a été fêté en 1904. Dans quatre ans ce Code aura un siècle et demi. On peut dire de lui, comme de certains vieillards, qu'il ne porte pas son âge » (Georges Ripert, 1950).*

Président de séance  
*José Miguel Valdivia*

## PRÉSENTATION

José Miguel Valdivia

Directeur de la communication de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, professeur assistant à l'Université du Chili

**R**appeler les origines de la codification ne suffit pas à rendre compte de toute sa complexité. L'évolution qu'elle a vécue depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, notamment sous le XX<sup>e</sup> siècle, amène à en rattacher l'étude à deux autres concepts, plus récents dans sa formulation : décodification et recodification.

80

Héritière de la philosophie des Lumières, la codification aspira à devenir un modèle supérieur de compression et lisibilité du droit. Face au désordre baroque du *ius commune*, il s'agit de systématiser dans des corpus législatifs brefs, ordonnés *more geometrico*, l'ensemble de la matière juridique. Certes, les postulats rationalistes auxquels la codification obéissait impliquaient, eux, forcément l'adoption d'une forme (la généralité de la règle, susceptible d'être appliquée à tous) et d'un contenu précis (l'abrogation des particularismes locaux et des réminiscences du corporatisme, bref l'empire de l'égalité). Le souci de compression maximale du droit épousait, en plus, parfaitement les idées politiques de la révolution libérale bourgeoise : expression de la raison universelle, la loi est censée être une manifestation de la volonté générale. Pour supprimer les coutumes – afin de neutraliser le risque de subversion inhérent au caractère « instinctif » de la coutume<sup>1</sup> – il fallait affermir la majesté de la loi. Le Code civil fut cette loi majestueuse, et son prestige légitima les autres codes.

Le Code civil, notamment, portait intrinsèquement une idéologie spécifiquement bourgeoise : outre l'égalité, le respect de la propriété et la liberté (surtout contractuelle). Facteur de sécurité juridique, la codification exprimait les aspirations politiques – c'est-à-dire, principalement économiques – du libéralisme. Ainsi, l'hégémonie politique exercée sans conteste tout au long du XX<sup>e</sup> siècle par la bourgeoisie en Europe contribua-t-elle à affermir le prestige dont les codes jouissent. En s'adaptant à ces idées, l'Amérique Ibérique adopta largement la codification, quoique celle-ci se vit souvent dotée d'un contenu tributaire de la tradition hispanique du *ius commune*. Le besoin de concilier ce droit aux principes libéraux conduisit, dans certains cas, à développer une forte législation modifiant les codes. Ainsi par exemple, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle déjà, quelqu'un pouvait qualifier le Code civil d'une « robe étroite qui se déchire »<sup>2</sup>.

1 CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, coll. Thémis-Droit privé, 26<sup>e</sup> éd. refondu, 1999, p. 27.

2 Expression que M. Ramos attribue à José Antonio Barrenechea, professeur à l'Universidad de San Marcos et doyen de l'Ordre des avocats de Lima. V. RAMOS, C., *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, t. II, *La codificación del siglo XIX : Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 315 s, et sa communication au présent congrès.

En réalité, la robe évoquée par M. RAMOS devait se déchirer encore plus à l'avènement du « régime démocratique »<sup>3</sup>. Avec cette expression, Ripert ne prétendait pas disqualifier la démocratie en soi, mais attirer l'attention sur les conséquences provoquées, dans le terrain législatif, par l'universalisation du suffrage. L'accession au pouvoir, au moins au Parlement, de groupes sociaux jusque-là sans représentation politique effective, allait transformer le milieu politique et législatif, aboutissant à l'adoption d'une foisonnante législation en faveur de leurs intérêts. Le droit, notamment le droit privé, cessait ainsi de refléter cette neutralité politique propre au libéralisme, pour devenir un moyen de satisfaction d'intérêts de groupe. Les guerres devaient accentuer cet aspect utilitaire de la loi. La législation sociale et du travail, ainsi qu'un interventionnisme actif de l'État en matière économique, témoignent des transformations du droit privé durant le xx<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>.

En France, l'universalisation du suffrage ferait l'objet d'une série d'études doctrinales, représentatives de l'inquiétude intellectuelle que, dans le milieu juridique, éveillait ce changement de circonstances politiques. Dans le terrain du droit public, les efforts devaient chercher à conforter, du point de vue technique, une notion d'État de droit jusque-là conçue – implicitement – en termes purement formels<sup>5</sup>. La doctrine du droit privé, quant à elle, dénoncera le phénomène de désintégration de l'ordre géométrique dans lequel la codification avait prétendu renfermer le droit<sup>6</sup>. Le constat de Burdeau paraissait unanime : la loi « c'est l'histoire d'une idée avilie par les institutions<sup>7</sup> ».

Il est certain que le droit codifié perdit et en lisibilité et en compression, deux des propos fondamentaux le justifiant. Assurément, malgré l'« inflation législative » – comme Savatier l'appela<sup>8</sup> – la responsabilité n'en est pas exclusive de la loi. Des sources inférieures ont contribué à saturer le milieu juridique, réduisant le degré de sécurité

- 3 RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, trad. espagnole de J. M. Cajica publiée à Puebla (Mexique), Ed. José M. Cajica, 1951.
- 4 Cf. néanmoins, pour des nuances sur l'idée « publication » du droit privé, EISENMANN, Ch., « Droit public et droit privé. (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle) », *Revue de droit public*, t. LXVIII, 1952, p. 903 s, incluse désormais dans ses *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* (textes réunis par Ch. Leben), Paris. Eds. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2002, p. 49 s.
- 5 REDOR M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, Paris–Aix-en-Provence, Economica–PUAM, coll. Droit public positif, 1992. Pour une version abrégée des principaux sujets de sa thèse, v. « "C'est la faute à Rousseau..." Les juristes contre les parlementaires sous la Troisième République », *Politix. Travaux de science politique*, n°32, 1995, p. 89 s.
- 6 V. parmi une littérature plus qu'abondante, Ripert G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit. ; *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949 ; *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955 ; JOSSERAND, L., « Un ordre juridique nouveau », *Recueil Dalloz*, 1937, chr. p. 41 ; SAVATIER R., « Le Droit et l'accélération de l'Histoire », *Recueil Dalloz*, 1951, chr., p. 29.
- 7 BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, p. 7 s (cite en p. 9).
- 8 SAVATIER, R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Recueil Dalloz*, 1977, chr., p. 43. Mais ce fut surtout le doyen Jean Carbonnier qui eut le mérite de divulguer cette expression, dans ses *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrenois, 1979, p. 271, trad. espagnole de L. Díez-Picazo, publiée à Madrid, Civitas, 1998.

juridique que la codification est naturellement censée entraîner. La jurisprudence elle-même, par le jeu de distinctions et sous-distinctions qui lui est inhérent, a aussi conduit à accroître le déficit de simplicité – accessibilité de la règle – du droit<sup>9</sup>. Le surgissement du droit communautaire, en Europe, n'a qu'approfondi ce phénomène.

Or, la « décodification »<sup>10</sup> n'est pas un phénomène purement quantitatif. Elle réintroduit le baroque dans le tableau des sources du droit, en en rendant plus difficile l'intelligence et compréhension de la part du citoyen. Elle génère certes, en outre, des ordonnancements spéciaux et exceptionnels qui font douter de l'aptitude du code en tant que moyen d'expression de l'ordre juridique. Plus grave encore, le professeur Guzmán l'a montré par rapport au droit privé chilien<sup>11</sup>, elle détermine une altération de la généralité (de la règle) érodant les assises libérales sur lesquelles le code repose. Mais, la question politique sous-jacente étant mise à part, l'interrogation que ce phénomène oblige à se poser est si le code – et le Code civil par excellence – demeure un instrument de travail utile pour la communauté des juristes.

82

Plus d'une fois on a voulu y donner une réponse négative. L'exemple du droit français de la responsabilité aquilienne est, dans ce sens, paradigmatique, car en dehors du royaume de la faute du Code civil il existe une hypertrophie de régimes spéciaux de responsabilité fondés tantôt sur le risque, tantôt sur l'assurance. Le doyen Carbonnier a exprimé subtilement le sentiment d'inanité ou de vacuité que la décodification inspire dans ce domaine ; son constat permet pourtant de garder un certain optimisme : « à l'échelle modeste des rapports entre particuliers, entre piétons et vélos, ce qui pourrait demeurer le domaine propre du *droit civil* des obligations » la responsabilité pour faute conservera une portée considérable<sup>12</sup>. En réalité le code, notamment le Code civil continue d'être perçu comme un outil nécessaire pour la systématisation du droit, indépendamment de la portée pratique qu'il peut avoir, mesuré en termes quantitatifs. Les catégories élémentaires autour desquelles le droit se construit, autour desquelles la pensée juridique se structure, demeurent dans le code.

Même s'il y a peu d'exemples aussi vénérables que celui du Code civil français, c'est probablement celle-là la raison qui explique l'enracinement profond de l'idée de codification, raison justifiant les essais d'en renouveler la transcendance sociale, à travers la recodification. L'époque présente connaît un processus de renforcement des codes, une tentative de reconduire la réalité vers eux, d'en adapter les concepts aux catégories qui permettent de mieux expliquer le droit (ne serait-ce que, comme en France, avec le propos modeste de compiler le fatras de la législation extravagante). Il n'est pas le moindre des paradoxes que de prétendre remédier aux défaillances de la codification avec plus de codification<sup>13</sup>. Dans la tradition continentale, la mentalité

9 DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., « Codificación, descodificación y recodificación », *Anuario de derecho civil* (Madrid), XLV-II (1992), p. 473 s.

10 IRTI, N., « L'età della decodificazione », *Diritto e Società* (Padoue), 1978, p. 613.

11 GUZMÁN, A., « Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno », *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Santiago du Chili), XC (1993), Doctrina, p. 39.

12 CARBONNIER, J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, PUF, coll. Thémis, 22<sup>e</sup> éd., 2000, p. 374.

13 D'autres moyens de nature à les combattre sont certes envisageables. À cet égard, l'exemple

juridique actuelle demeure, pourtant, tributaire du rationalisme ; la communauté des juristes est peut-être rétive à innover sa manière de concevoir l'idée de droit, dans laquelle le code prend la place d'une loi renforcée, une espèce d'*ultra-loi*, universelle et idéalement capable de résister au cours du temps<sup>14</sup> (une *lex æterna* moderne ?).

\* \* \*

Le bicentenaire du Code Napoléon est une grande occasion pour analyser ce qui est devenue l'évolution de la codification, notamment durant le xx<sup>e</sup> siècle. Le titre même de cette section le laissant présager, celui-ci est un terrain privilégié pour la recherche des historiens du droit. Pour réfléchir sur ces matières, ce Congrès a convoqué deux renommés professeurs ibéro-américains, spécialistes en histoire du droit.

L'exposé de M. le professeur Javier BARRIENTOS a porté sur quelques aspects particuliers des processus de codification et décodification en Ibéro-Amérique. Dans cette zone la codification ne fut point promue par une véritable bourgeoisie ; néanmoins, l'aristocratie dirigeante ne fut pas insensible aux idées européennes : elle tendit à adopter le discours libéral bourgeois et en matières politico-constitutionnelles<sup>15</sup> et en matières de droit privé, particulièrement en ce qui touchait l'économie. La communication du professeur BARRIENTOS ne nous est hélas pas parvenue avant l'édition de ces actes, raison pour laquelle elle n'a pu être incluse dans ce volume.

Avec l'exemple du premier Code civil péruvien, M. le professeur Carlos RAMOS – une autorité en matière de codification<sup>16</sup> – a esquissé les débuts de la décodification au Pérou. Dans sa communication, M. Ramos décrit les premières manifestations de « décodification » – une décodification *avant la lettre* – en Ibéro-Amérique. Face à un code conservateur et traditionaliste<sup>17</sup>, tel qu'il était le Code civil péruvien de 1852, les

du droit administratif français reste d'actualité, puisque dans l'absence d'un droit intégralement codifié, la jurisprudence a dû recourir aux principes généraux du droit pour atteindre « la stabilité et certitude que la vie sociale attend du droit », principes généraux, disait Jean Rivero, situés « dans une zone qui échappe à la précarité, au royaume du détail, au "déclin du droit" ». RIVERO, J., « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Recueil Dalloz*, 1951, chr., p. 21.

14 V. CARBONNIER, J., « Codification », in Raynaud (Ph.) et Rials (S.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 105 s.

15 V. les exemples fournis par GUZMÁN, A., « El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX », in KREBS, R. et GAZMURI, C. (éds.), *La revolución francesa y Chile*, Santiago, Ed. Universitaria, 1990, p. 225 s. V. aussi les conclusions de Jocelyn-Holt A., quant à l'indépendance du Chili, dans *La independencia de Chile*, Madrid, Mapfre, coll. Independencia de Iberoamérica, 1992.

16 Parmi ses œuvres les plus notables : *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, ainsi qu'une très importante *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, dont la publication a commencé en 2000 à Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

17 V. GUZMÁN, A., « El tradicionalismo del Código civil peruano de 1852 », *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2001, n° 23, p. 547.

efforts des autorités publiques pendant le **xix<sup>e</sup> siècle** tendront, dans une grande mesure, à approfondir l'héritage libertaire et égalitaire que la bourgeoisie européenne avait érigé en règles de droit, pour mieux refléter l'idéologie libérale structurant le code.

Les présentations de ces professeurs ont été suivies de deux commentaires fort intéressants. M. le professeur Carlos PIZARRO a synthétisé avec clarté le phénomène de décodification, tout en mettant l'accent sur l'incidence de la doctrine juridique dans l'évolution du droit codifié. M. le professeur Othón PÉREZ, quant à lui, a rendu un catalogue foisonnant des réformes législatives récentes, qui marquent des tendances actuelles du droit civil mexicain.

## LOS INICIOS DE LA DESCODIFICACIÓN CIVIL EN EL PERÚ: EL SEGUNDO DERECHO INTERMEDIO (1852-1936)\*

Carlos Ramos Núñez

*Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima*

### PROLEGÓMENOS

*Cuando los códigos se hicieron –decía Pardo–, no había en la República una sociedad anónima; los bancos no se conocían; el billete al portador está todavía prohibido por nuestra legislación; el crédito hipotecario era más bien una celada que una garantía; la agricultura se trabajaba sin más capital que el de esclavos adscritos a cada fundo; cada pueblo era administrado en todos los ramos por un sub-prefecto; y no se conocía por lo tanto esas relaciones jurídicas que se establecen entre los cuerpos administradores de servicios públicos y los particulares [...]. Todo ha cambiado menos la legislación civil. (Discurso del presidente Manuel Pardo, 28 de julio de 1874. La Gaceta Judicial, tomo II, No. 24, viernes 31 de julio de 1874, p. 93.)*

El proceso de la descodificación se iniciaría en el Perú casi apenas promulgado el Código Civil de 1852. Los primeros cambios de relieve en su cuadro institucional no tardarían en emerger. Un testigo lúcido, el catedrático sanmarquino y después decano del Colegio de Abogados de Lima, José Antonio Barrenechea (Lima, 1829-1889), se referiría con elocuencia a este proceso hacia 1871, señalando que el Código era “un estrecho vestido que se desgarrar”<sup>1</sup>. El nuevo derecho intermedio afectaría, en lo esencial, cuatro ámbitos: a) la legislación rural; b) la legislación de arrendamiento; c) el surgimiento de los contratos especiales; y d) la legislación del trabajo<sup>2</sup>.

Una primera reforma afectaría, no obstante, al campo del derecho de las personas, con la dación de la norma que abolía la esclavitud en el Perú. Menos de dieciocho meses después de su puesta en vigencia, en diciembre de 1854, tras una sangrienta lucha caudillesca, uno de los contendores declaraba la libertad de los esclavos que se plegasen a su causa; mientras que el otro, más astuto, ordenaba la manumisión general de los esclavos. Esa sería la primera de las numerosas manifestaciones de ese proceso. En apretada secuencia seguirían, en el marco de la locación de servicios: la *contrata* de inmigrantes asiáticos, los intentos por regular el trabajo de los domésticos y, ya hacia finales del siglo XIX, el surgimiento de una inicua figura pseudocontractual, el

\* Ce texte a été traduit en français par Macarena Humeres de Fatio (promotrice du Comité local de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains à Genève) et Guillaume Fatio (membre de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, BMG Avocats, Genève, guillaume.fatio@bmglaw.ch). La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

1 BARRENECHEA, J.A., “Memoria en la clausura del año escolar de 1871”, en *José Antonio Barrenechea, 1829-1889. Su vida y su obra*, Lima, imprenta Torres Aguirre, 1929, p. 446.

2 Vid. HALPÉGIN, J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996.

*enganche*, herramienta predilecta para la captación de peones indígenas hacia las minas, las haciendas azucareras y las plantaciones de caucho. Por su parte, la tendencia hacia la industrialización de las actividades productivas conllevaría a un alarmante aumento en la tasa de accidentes ocurridos en el trabajo. También aquí se observaría el avance de la descodificación. En efecto, tras un dilatado debate parlamentario, hacia 1911, era sancionada en el Perú, la primera ley que consagraba en América latina la teoría del riesgo profesional y la responsabilidad objetiva derivada de dichos infortunios.

Otras normas dentro del plano del derecho de las personas, nuevas leyes modificaron el cuadro registral en materia civil, mientras que en el campo de las relaciones de familia, el segundo derecho intermedio supuso la introducción de importantísimas transformaciones legislativas, a saber: primero, el matrimonio civil para extranjeros; segundo, la obligatoriedad general del matrimonio civil y, tercero, la irrupción del divorcio vincular.

86

Las normas sobre el plazo del arrendamiento; el registro de hipotecas, la desaparición de la *restitutio in integrum*, y el fin de los censos enfiteúticos formaron parte también del proceso. Una serie de conceptos doctrinarios nuevos se irían abriendo camino en el derecho privado, a saber, una noción más clara y auténtica de la protección familiar; la emancipación de la mujer, fuese soltera, casada, viuda o divorciada; la función social de la propiedad, que sería revalorada, sobre la base de conceptos nuevos como la idea de interés público. La atenuación del consensualismo en las relaciones de los particulares y una mayor injerencia del Estado acompañan también a este proceso. En este panorama cambiante tendrá cabida además la igualdad entre los hijos naturales y los adulterinos. Así mismo, el desarrollo industrial y mercantil rebasaría ampliamente el carácter doméstico y rural de la economía que se reflejaba en el Código de 1852.

El futuro codificador Pedro M. Oliveira (Lima, 1882-Buenos Aires, 1958), un tanto asombrado por la larga subsistencia del Código Civil de 1852, afirmaba en la tesis de bachillerato que escribía a comienzo del siglo XX, que “nuestra legislación civil no se armoniza con los principios económicos”<sup>3</sup>. Para el futuro jurista y artífice del Código de 1936, que precisamente integraría el grupo de trabajo constituido en 1922 para la elaboración de un nuevo Código, resultaba indispensable introducir cambios profundos en la legislación civil, adaptándola a los nuevos principios económicos. En su temprana tesis de 1903, Oliveira plantea derogar la revocatoria de la donación por supernacencia de hijos; propone la prescripción de la herencia forzosa; aconseja la supresión de los plazos máximos en los contratos de arrendamiento; sugiere que las mejoras deben cancelarse a la devolución del bien, por lo que resultaría necesario derogar la norma que establece que las mejoras no son abonables, salvo pacto en contrario; recomienda que se estipule el arrendamiento a partir de

3 OLIVEIRA, P.M., “Nuestra legislación civil no está conforme con los principios económicos”, en *Anales Universitarios*, tomo XXXI, 1903, p. 31-56.



los frutos, para facilitar una mayor producción agrícola, a modo de un precoz un *joint venture*; recusa la capitalización de intereses en el mutuo. Otras de las propuestas de Oliveira descansaba en la necesidad de presumir el carácter oneroso del mandato y del depósito; se opone al usufructo como modalidad de explotación del suelo; rechaza la subsistencia del pacto de retroventa; repudia del retracto gentilicio, contemplado en el Código de 1852, que "viola la libertad de contratación y la libertad de la propiedad". Se pronuncia por la extirpación del contrato de enfiteusis y, finalmente, aboga por la formal extinción de las reservas sucesorias, que violarían la libertad de la propiedad <sup>4</sup>.

La creciente producción normativa a nivel reglamentario sobre la actividad de los trabajadores dependientes terminaría por privar al contrato de trabajo de un carácter consensual. No faltarían, incluso, voces que clamaban por la descodificación de la figura para dotarla de una entidad autónoma. Se expedirían, en este sentido, numerosas normas que tutelaban la jornada de trabajo, la estabilidad en el empleo y los beneficios sociales de obreros y empleados de comercio. Un espíritu tutelar se extendería al tratamiento de los indígenas, reviviendo posturas proteccionistas muy parecidas a las que se consignaban en la *Recopilación de Leyes de Indias*. El tema de la personería jurídica de las comunidades indígenas acabaría siendo aceptado por esta legislación tuitiva, aun cuando, del mismo modo que las leyes coloniales, no siempre tendrían operatividad práctica. Pasemos ahora a reseñar algunos de los campos privilegiados de esa suerte de *nocturno legal* que supuso el proceso descodificador y la emergencia del nuevo derecho intermedio.

#### LOS OTROS: MANUMISIÓN, CONTRATA CHINERA Y ENGANCHE

La condición de los indígenas y esclavos albergaría las primeras fisuras que aquejaron al Código peruano. En realidad, el aparato legal sobre indios y esclavos antecede y prosigue al primer código civil de 1852. En efecto, el Libertador argentino José de San Martín declaró formalmente que quienes nacían de padres esclavos a partir del 28 de julio de 1821, fecha de la declaración de la independencia del Perú, eran libres. Como originalmente la regla no había previsto el caso de la importación de esclavos pronto comenzaron a llegar a las costas del país, cargamentos enteros procedentes de Colombia y del Brasil con la humana mercadería. Hubo necesidad de corregir la norma y conferirle rango constitucional: "Nadie nace esclavo en el Perú y que el ingresa esclavo se hace automáticamente libre". Pero, en 1834, un caudillo de la época, Felipe Santiago Salaverry, mediante un simple decreto, dispuso el internamiento de esclavos al Perú atendiendo a la falta de brazos en la agricultura. En 1839, otro caudillo, el general Gamarra ordenó redactar una Constitución en la que calculadamente se omitía la referencia a la declaratoria de libertad de aquellos esclavos que fueron importados. Cabe precisar que el código de Santa Cruz de 1836 callaba una posición sobre la manumisión, mientras que el código civil de 1852 regulaba la diferencia entre *libres o ingenuos, siervos y libertos*.

<sup>4</sup> *Id.*, *Ibid.*

En el Perú, la manumisión general de los esclavos de 1854, es decir, dos años después de promulgado el código, tuvo como telón de fondo una cruenta guerra civil que enfrentaban a dos caudillos militares: Castilla y Echenique. Este último, en el fragor del combate, con el propósito de captar voluntarios en las filas de los esclavos, dispuso que obtenían su libertad todos aquellos que se alistasen en sus filas. Castilla, cazurro y mejor aconsejado por juristas de orientación liberal, dictó otro decreto en el que se estipulaba que todos los esclavos obtenían su libertad, “menos aquellos que luchan a favor de Echenique”. En los textos escolares de historia peruanos se ha omitido esta última parte de la anécdota. Por otro lado, la manumisión fue posible económicamente, pues, el guano de ave, ese poderoso fertilizante que los campos europeos necesitaban, financaban la indemnización de 300 pesos por esclavo libertado. Se habló entonces de una “prostitución de la filantropía”<sup>5</sup>.

La victoria definitiva de Castilla en enero de 1855 y su entronización como presidente señalan la segunda etapa del proceso, es decir, el pago de la indemnización a los patronos por los esclavos manumisos. Castilla fijó en 300 el justiprecio por cada esclavo. Prescindió así de establecer una distinción por sexo, edad y capacidad para el trabajo de los siervos. Tanto un mozuelo de catorce años o menos como un anciano cuando menos septuagenario, serían cotizados por el Estado en los mismos trescientos pesos. Es cierto que ese era el precio promedio de un esclavo en el mercado de Lima hacia 1854, pero alguna discriminación era necesaria, para establecer la equidad. En realidad, no se aspiraba a ésta, sino a volcar hacia el sector propietario una corriente de capital significativa. En ese sentido, el derecho jugó un papel central.

Las manifestaciones de hostilidad ante la manumisión legal de los esclavos por parte los juristas conservadores fueron abundantes. Manuel Atanasio Fuentes, *El Murciélagu*, abogado y polígrafo limeño (Lima, 1820-1889), en una de sus crónicas, relataba:

*La señorita R. R. pasaba ahora pocos días por una esquina. Un ciudadano libre se acerca a ella, le da un golpecito en el hombro y le dice: “Blanquita, pronto nos casaremos, ya que todos somos iguales”. La señorita iba con su señora madre; ésta se puso pálida, aquella colorada, ambas bajaron la vista al suelo y no se atrevieron a decir palabra*<sup>6</sup>.

La esclavitud en realidad no concluyó con el decreto de guerra de Castilla de diciembre de 1854. En los hechos, la institución había entrado en crisis desde antes de ese año. La vigencia de las relaciones serviles, en una sociedad todavía estamental, tampoco cesó después de 1854. Simplemente, los esclavos de origen africano serían reemplazados por la inmigración asiática. Hubo una frondosa legislación especial en materia del trabajo de los chinos; sin embargo, el Código no condescendió a incorporar ninguna regla sobre esa acuciante problemática social y económica<sup>7</sup>.

5 TRAZEGNIES, F. de, *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

6 *Id.*, *Ibid.*

7 Sobre contratación de chinos, *Vid.* TRAZEGNIES, F. de, *En el país de las colinas de arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho*, 2 tomos, Lima, PUCP, 1994.

Tras la desaparición de la esclavitud y el declive de la servidumbre china, la contratación a través del enganche asomaría en todas las fajas geográficas del Perú como el instrumento jurídico que engarzaba las exigencias de una economía moderna con la realidad social del país. El enganche cumpliría esa función en cuanto facilitaba la obtención de mano de obra (mayoritariamente indígena, pero también mestiza), puesta al servicio de un sistema exportador de gran escala. Conocido también como *aviamiento*, *peonaje*, *habilitación* o *contrato de empresa*, el enganche constituía una compleja figura contractual que integraba elementos propios de la locación de servicios y del mutuo, dispuestos bajo la modalidad de un contrato de adhesión. De acuerdo con las descripciones contemporáneas, el enganche consistía en un pacto pluralizado *sui generis* que celebraban, de una parte, el capitalista y un sujeto intermediario o *enganchador*; y de la otra, el intermediario, a través de agentes delegados por éste, con los futuros operarios. El enganchador se obligaba a proporcionar mano de obra al capitalista por un tiempo determinado, a cambio de una comisión que se deducía de los jornales que obtuvieran los operarios durante su permanencia al servicio de la empresa. En general, las obligaciones del enganchador frente al empresario cesaban al momento de poner a disposición de este el contingente previsto de braceros. Desde ese momento, la responsabilidad gravitaba íntegramente en el operario, quien se comprometía ante el enganchador a permanecer en el centro de labores hasta saldar el monto del adelanto.

El Código regulaba el contrato de locación del servicio doméstico entre los artículos 1633.º y 1636.º De acuerdo con estas normas, en materia de tasa, pago y cuentas exactas de los jornales para los criados, merecía entera fe la declaración del patrón, mientras no se probase lo contrario. Los criados de cualquier clase podían ser despedidos en todo tiempo y sin causa, con solo abonarle el jornal pendiente. Si habían recibido los criados anticipaciones de vestido o dinero, se les obligaba a servir por un tiempo adicional. Claramente, el artículo 1636.º remitía a leyes especiales y reglamentos la regulación específica del trabajo doméstico. Justamente, el enganche desbordará los alcances del Código civil. La abrumadora legislación especial sobre la materia ofrece un interesante ejemplo de una de las más serias fisuras del Código. En 1903, era dictado un Reglamento de locación de servicios para la industria minera; en 1909, se prohibió la intervención de las autoridades en la contratación de los enganchados; más tarde se dictarían normas aisladas en las que se prohibía el enganche en regiones específicas. Sin embargo, la odiosa figura nunca sería taxativamente suprimida.

## EL REGISTRO DE PROPIEDAD INMUEBLE

Por ley del 2 de enero de 1888, se creó y estableció por primera vez en el país el Registro de la Propiedad Inmueble<sup>8</sup>. El considerando de la mencionada ley dispuso que la creación del Registro obedecía a la necesidad de "dar seguridades a los que

<sup>8</sup> Información tomada de DE LA LAMA, Miguel Antonio, *Código Civil. Anotado y concordado*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1905, 3ª edición, p. 565 y s.

contraten sobre las propiedades inmuebles". El Registro comenzaría a funcionar bajo la dirección e inspección del Poder Judicial. Para estos efectos se organizó un registro general central que comprendería a todos los derechos y gravámenes establecidos en las propiedades ubicadas en la República <sup>9</sup>. Dicho registro general se llevaría en la ciudad de Lima.

Para lograr inscribir los títulos estos deberían estar consignados en escritura pública, en ejecutoria judicial o documento auténtico expedido por una autoridad competente. De llegarse a inscribir actos o contratos considerados nulos por la ley la inscripción de los mismos en el registro no subsanaría la nulidad ya declarada <sup>10</sup>.

Por ley de fecha 25 de noviembre de 1892 se tomó la decisión de relevar a la Corte Suprema de la función de dirección e inspección de los Registros. Esta medida se adoptó debido a la imposibilidad de atender debidamente a esta tarea por lo recargado de las labores de la Corte. A estos efectos se creó una Junta que cumpliría las funciones originalmente encomendadas a la Corte. Esta norma marca el inicio del proceso de independencia institucional de los registros.

90

Debido a la paulatina implementación de los Registros de Propiedad Inmueble, y para favorecer el proceso de inscripciones, posteriormente se promulgó la ley del 10 de enero de 1899 que interpretaba los artículos 7 y 15. Esta disposición permitía inscribir los derechos con la sola presentación del último título de su adquisición y liberaba a los interesados de presentar los antecedentes documentarios de la propiedad de los antiguos dueños.

La ley del 20 de diciembre de 1895 estableció el procedimiento de nombramiento de registradores en las capitales de departamento que carecieran de abogados, pudiendo ejercer el cargo aquellas personas que cumplieran con los requisitos exigidos por la ley para ser escribano público.

## EL RÉGIMEN DE HIPOTECAS

El proceso decodificador continuaría en el campo de los derechos reales. Así, el 2 de enero de 1888 se dictaría la ley sobre hipotecas que hasta entonces se llevaban

- 9 En el mencionado registro se podían escribir, según prescribía el Artículo 3 de la referida ley, los siguientes actos: 1.- Contratos de enajenación y demás títulos traslativos de dominio, 2.- las enfiteusis, censos, servidumbres, hipotecas legales, judiciales y convencionales, anticresis y cualquier derecho real que en él grave, 3.- Las interdicciones judiciales, las medidas precautorias, los embargos, las demandas y toda providencia o resolución ejecutoriada que destruya o limite el derecho de libre disposición del propietario. 4.- Los derechos de usufructo, uso y habitación. 5.- Los contratos de arrendamiento en que se estipule el pago de mejoras y los de duración determinada, los de plazo indeterminado, cuando se haga adelanto de la merced conductiva por más de un año. 6.- Las promesas de los contratos referidos en los ítems anteriores.
- 10 El reglamento de esta ley aclara este precepto en su artículo 94 que establece: "La inscripción no da valor a los contratos que son nulos con arreglo a las leyes (entre los contratantes), solo en virtud de un título inscrito puede invalidarse, en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito. Los contratos o actos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho a ello una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero aunque después se anule el derecho del otorgante, en virtud del título anterior no inscrito, o de causa que no resulten claramente del mismo Registro".

en los precarios registros de los secretarios judiciales. Por ley de 2 de enero de 1889 se creyó necesario proporcionar a la industria nacional facilidades para la adquisición de capitales y otorgar a estos suficientes garantías. A estos efectos se autorizó el funcionamiento de Bancos Hipotecarios, para verificar préstamos a largo plazo sobre hipoteca de propiedad territorial, reembolsables paulatinamente, y para emitir cédulas hipotecarias. La ley del 29 de setiembre de 1891 reguló los procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias contraídas con los Bancos Hipotecarios. Posteriormente se establecieron las primeras secciones especiales para la contratación de préstamos hipotecarios en el “Banco del Callao”, que después se fusionó con el de “Londres, México y Sud América” con el nombre de “Banco del Perú y Londres”; en el “Banco Italiano”; en el “Banco Internacional del Perú”; en la “Caja de Ahorros” de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima; y se crearon la “Caja Hipotecaria”, hoy en liquidación, y el “Crédito Hipotecario del Perú”. Siguiendo esta política se estableció luego en el Perú una sucursal del “Crédit Foncier Péruvien”, sociedad constituida en París.

#### LA LEY DE ACCIDENTES DE TRABAJO

La ley promulgada por Augusto B. Leguía, en su primer gobierno, el 20 de enero de 1911, con el número 1378, consagraba en el Perú –y en América– la doctrina del riesgo en los accidentes de trabajo ocurridos en las actividades industriales. De manera que la responsabilidad económica por los infortunios (muerte o incapacidad física) que sufrían los obreros y empleados en el desempeño de sus prestaciones laborales, o como consecuencia de ellas, se imputaba al empresario, aun si no existiera culpa por parte de éste, o si ella no se llegase a demostrar. La doctrina del riesgo profesional, en cuanto presumía la existencia de peligros inevitables en el trabajo, desvinculaba así las nociones de “culpa” y “responsabilidad”, para integrar, en su reemplazo, los conceptos de “daño” y “riesgo objetivo” en la determinación de la carga indemnizatoria. Hasta entonces las demandas que presentaban los afectados o las viudas y otros deudos contra las empresas por accidentes de trabajo se consideraban dentro del ámbito de la responsabilidad cuasi-delictual. El aumento en el riesgo laboral ponía en entredicho el concepto civil de “negligencia”.

Los inventos que facilitan la actividad humana, abrevian el uso del tiempo, ahorran la fatiga y economizan los recursos, como el teléfono, el automóvil, el ferrocarril, el transporte aéreo y las máquinas industriales, afectarían la posición de las personas y de las cosas, y lo que es más, darían lugar a la producción de riesgos: el precio que debía pagarse por el progreso. El empleo de esos artefactos no tardaría en causar daños a los individuos y a sus propiedades y derechos. Hasta entonces la noción de culpa, que atribuía al comportamiento intencional o negligente del sujeto el origen o causa de un evento dañoso, se trasladaría a la idea de responsabilidad objetiva que la propia actividad o bien riesgoso producía. En ese momento se inicia el tránsito de la llamada “responsabilidad por culpa” a las diversas formas de la responsabilidad “objetiva”. En el Perú se consagra este último tipo de responsabilidad en la Ley 1378 del 20 de enero de

1911, sobre accidentes de trabajo. El artículo 1º de ese dispositivo prescribía: "El empresario es responsable por los accidentes que ocurran a sus obreros y empleados en el hecho del trabajo o con ocasión directa de él"<sup>11</sup>. Dicha norma estableció en realidad un régimen de responsabilidad objetiva absoluta, pues en el debate parlamentario se suprimió la segunda parte del artículo 1º, que decía: "Se exceptúan los accidentes derivados de fuerza mayor extraña al trabajo y los que la víctima haya provocado intencionalmente"<sup>12</sup>. Según su artífice, José Matías Manzanilla, "este artículo consagra la doctrina del riesgo profesional, porque establece la responsabilidad del empresario por todos los infortunios, inclusive los infortunios provenientes de causa desconocida, de caso fortuito, de fuerza mayor y de imprudencia de la misma víctima. El empresario no sólo debe de indemnizar el accidente de trabajo, aunque provenga de la culpa del obrero, sino que está bajo el imperio de lo dispuesto en la ley 2290, cuyo artículo 9 dice: 'El juez condenará precisamente en costas al empresario que niega la obligación de indemnizar, alegando la imprudencia de la víctima'"<sup>13</sup>.

## LA DESAMORTIZACIÓN DE LA PROPIEDAD

Por ley promulgada el 2º de enero de 1830, se estableció en el territorio de la república un sistema y un procedimiento gradual para la redención de los censos. El artículo 160 de la Constitución de 1828 establecía que no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios y que todas las propiedades son enajenables. De modo tal que el efecto de esta ley era la redención total, pero progresiva de los censos. El referido texto era claro al declarar que "todos los bienes de vinculación laical y de cualquier género tienen la condición de enajenables con la expresa disposición de no poder disponer de ellos a favor de *manos muertas*". La disposición general de esta ley alcanzaba y se extendía a las denominadas capellanías legas, salvo cuando alguno de los poseedores hubiera sido ordenado *in sacris* a título de ellas. En tal caso, establecía el artículo 6 de la ley, el capellán deberá probar que tiene otra renta para su alimentación y salvar, de este modo, las pensiones de la capellanía<sup>14</sup>.

En el caso de los bienes pertenecientes a la iglesia católica, monasterios y demás lugares piadosos, su enajenación se realizaría siguiendo el procedimiento de declaración de utilidad de los bienes ante el juez secular con la debida citación a los patronos, párrocos o prelados y licencia expresa del Gobierno.

La ley de 1830 debió haber originado en su aplicación problemas en el modo y forma de extinguir las vinculaciones laicales. Tal parece haber sido la motivación recogida en el considerando de la ley del 5 de septiembre de 1849, cuando expresaba que la mencionada ley ofrecía dudas y no contenía determinados supuestos que debían de ser esclarecidos a fin de evitar litigios ante la administración de justicia.

11 MANZANILLA, J.M., *Discursos parlamentarios. La responsabilidad por los accidentes de trabajo*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1939, 4ª edición, p. 291.

12 *Ib.*, nota 1.

13 *Ibid.*

14 Sobre este proceso, véase, RAMOS NÚÑEZ, C., *Historia del Derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, tomo 4, "Legislación, abogados y exégetas", Lima, Fondo Editorial PUCP, 2003, p. 168-258.

Se hacía pues evidente que la primera ley debía ser reglamentada, cuando no modificada para una aplicación adecuada a sus fines e intentar causar el menor impacto negativo a nivel social y económico. En este sentido estableció que: “son nulas las disposiciones de bienes vinculados otorgadas a favor de manos muertas contra lo dispuesto por el artículo 1 de la ley del 20 de diciembre de 1829; y como tales quedan de ningún valor ni efecto”.

Con fecha 15 de diciembre de 1864 se expidió otra ley que regulaba la materia en cuestión, la misma señalaba que el ordenamiento jurídico de la república propendía a extinguir toda serie de “vinculaciones opuestas al desarrollo de la riqueza nacional”, particularmente las imposiciones censíticas y capellanías las cuales impedían la libre enajenación de la propiedad. Se trataba, desde la perspectiva liberal de los legisladores, de eliminar las trabas al mercado inmobiliario. La norma lamentaba que las anteriores leyes y disposiciones no habían logrado cumplir el objetivo establecido. Para tal efecto se prescribió que eran redimibles los denominados censos consignativos, reservativos y capellanías, cualquiera fuera la aplicación de su renta.

Posteriormente, la ley del 17 de octubre de 1893, previendo que el sistema de redención de censos imponía al fisco un gravamen permanente por capitales que consumen a título de rentas, estableció la posibilidad que los censualistas tuvieran la libre administración de sus bienes y que pudieran contratar con los censatarios la redención de los gravámenes censíticos de libre disposición. En todo caso la norma reforzaba la tendencia a facilitar la libertad contractual en el tráfico inmobiliario por la vía de redención de censos.

Finalmente las resoluciones del 24 de diciembre de 1898 y 17 de marzo de 1902 regularon la inscripción y canje los certificados de redención de capitales de censos y capellanías que no fueran de libre disposición. Una ley sobre la redención específica de censos y capellanías de congregaciones religiosas, promulgada el 30 de setiembre de 1901 autorizaría, por su parte, la plena administración y el entero dominio de sus bienes a las comunidades religiosas. Llegaba así a su fin la institución colonial de las manos muertas, aunque luego surgirían instituciones análogas, como los bienes de las comunidades indígenas, de fundaciones y de beneficencia de carácter inembargable, inenajable e imprescriptible. La Ley 643 del 4 de noviembre de 1907 dispondría la venta forzada de bienes inmuebles de las corporaciones religiosas sujetos aún a algún vínculo. La consolidación definitiva de la enfiteusis se ordenaría por ley 1447 del 7 de noviembre de 1911. En tanto que su expropiación forzosa se normaría en las leyes del 12 de noviembre de 1900 y del 23 de octubre de 1903.

El contrato de arrendamiento entre personas capaces en el artículo 1551 del código civil no podía exceder de diez años y si se estipulaba un plazo mayor se reputaba por no hecho. El ministro de Justicia José Simeón Tejeda, que había participado en 1861 desde las páginas de *La Gaceta Judicial* en un debate en el que sostenía la necesidad de eliminar el plazo y convertirlo, expidió la ley del 13 de febrero de 1873 mediante la que se liberaba el plazo de 10 años y se le convertía en indefinido. Su

sueño teórico se transformó en realidad legislativa. Cancelaba una larga polémica con una ley de su autoría<sup>15</sup>.

Así mismo, a través de una ley del 19 de diciembre de 1892, cuarenta años después de la dación del código, debió regularse por primera vez la condición de las marcas de fábrica. Otro caso nítido de descodificación.

### EL FIN DE LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

La promulgación del Código de Procedimientos Civiles, en el año de 1912, que reemplazaba al viejo Código de Enjuiciamientos, repercutió también sobre el derecho civil en diversas formas. El nuevo código procesal variaba igualmente el régimen de la ausencia, el pago por consignación y la venta de objetivos pignorados, pero tal vez la reforma de mayor transcendencia en el campo del derecho sustantivo fue la derogatoria de la antigua institución de la *restitutio in integrum*, o restitución por entero, regulada tanto en el Código Civil como en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, que habilitaba a los menores cumplida su mayoría de edad, y transcurridos cuatro años desde entonces, a solicitar la rescisión de los actos de disposición practicados por sus guardadores en perjuicio de sus intereses. Si era declarada fundada por los tribunales, la restitución por entero dejaba incluso sin efecto las sentencias que se hubieran emitido.

94

En 1911, en la Universidad de San Agustín de Arequipa, un estudiante, José Raymundo Enríquez sustentaba una tesis de doctor titulada *El beneficio de la restitución por entero, debe desaparecer de nuestra legislación*<sup>16</sup>, que refleja bien el estado de ánimo para la supresión de la figura. Este autor considera que la institución ha devenido en anacrónica ante las transformaciones que se han operado en el país. Asegura incluso su preservación era inconstitucional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.º de la carta política de 1860. Funda también sus críticas en la práctica judicial. En estilo dramático señala: "un error en la legislación es para los pueblos más fatal que los resultados de una guerra". En opinión del autor, es preferible que se restrinja la capacidad para ser tutor "a que se cause a la sociedad mayores daños con la subsistencia del beneficio de la restitución *in integrum*"<sup>17</sup>. Expresa contento, así mismo, por la desaparición de la figura en varios códigos modernos, incluyendo al Imperio alemán.

Los masivos cuestionamientos que reflejan las tesis contra la restitución por entero darían lugar a que en 1912, el Código de Procedimientos Civiles eliminase a la figura, como un medio de revisión y nulidad de las resoluciones judiciales que hubiesen sido lesivas a los intereses patrimoniales de los pupilos sujetos a tutoría.

De La Lama en su *Código de Procedimientos Civiles* exhibe entusiasmo por la desaparición de la figura: "Se ha suprimido totalmente el título tercero de la sec-

15 Véase, RAMOS NÚÑEZ, C., "Discurso jurídico y conflicto social. A propósito del plazo en el arrendamiento: un debate del siglo XIX", *Revista del Magister en Derecho civil*, Lima, PUCP, vol. 1, 1997, p. 85-110.

16 ENRÍQUEZ, J.R., *El beneficio de la restitución por entero, debe desaparecer de nuestra legislación*, Arequipa, Tip. del Portal San Agustín, n.º 11, 1911, 24 p.

17 *Ibid.*, p. 19.



ción séptima que trata de la restitución por entero. El beneficio de restitución es odioso e inapetible en todas sus formas y no puede ser admitido en el orden procesal, materia de este Código y el comité no ha vacilado para derogarlo”<sup>18</sup>.

## LOS EXTRANJEROS

El Código –producto acabado del nacionalismo peruano– presentaba un marco cerrado de las relaciones jurídicas, limitándolas al rígido esquema del Estado nacional. Exhibía, pues, una pobreza extrema en lo que atañe al derecho internacional privado. Tanto así que fue preciso que se dictase una ley especial el 22 de mayo de 1861 que normase el tratamiento entre peruanos y extranjeros. Los signos del cambio encontrarían resonancia en el trabajo de Félix Cipriano C. Zegarra, titulado precisamente *La condición jurídica del extranjero en el Perú*<sup>19</sup>. En el libro se intentaba un balance de la ley positiva sobre el tema, además de diseñar “algunos principios de universal aceptación que tienden a esclarecer la posición de esos individuos respecto de las instituciones bajo cuya salvaguardia moran, y que suelen llenar en parte, sino en todo, los vacíos inevitables de todo código”<sup>20</sup>. La organización interna del manual de Zegarra comprendía diecisiete capítulos y un apéndice, en los que desfilaban los principios generales de la materia; una “reseña histórica” sobre la condición de los extranjeros; las clases de extranjeros; sus derechos políticos y civiles; el tratamiento legal en cuanto a propiedad, contratos, matrimonio, obligaciones; documentos; ejercicio profesional; condiciones de comercio; marina; delitos; religión; y, atribuciones diplomáticas y consulares. La necesidad de una legislación especial sobre extranjeros inspiró leyes como la del 22 de mayo de 1861. Ya en el siglo XX, se promulgarían las leyes 4145 y 4442, a la vez que el Estado acogía las normas diseñadas por el Congreso de Montevideo de 1889<sup>21</sup>. La deficiente regulación que dispensaba el Código de 1852 al derecho internacional privado llevaría a Alejandro Arenas, Decano del Colegio de Abogados de Lima hacia 1897, a exigir una inmediata reforma<sup>22</sup>. “En una época como la actual –se sorprendía el jefe del gremio– en que el comercio entre las Naciones tiene poderoso incremento, en que la emigración y la colonización aumentan cada día, y en que la facilidad misma de las comunicaciones, contribuye a que constantemente se presenten dificultades para resolver sobre la eficacia y formalidades de los actos civiles; sobre los derechos relativos a la familia, a la capacidad y al estado de las personas; y sobre la nacionalidad de ellas, es natural que los hombres de ciencia se preocupen del estudio del derecho

18 DE LA LAMA, M.A., *Código de Procedimientos Civiles, con nociones históricas, citas, exposición y crítica*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1912, p. 63.

19 CORONEL ZEGARRA, F.C., *La condición jurídica del extranjero en el Perú*, Santiago, Imprenta de La Libertad, 1872.

20 *Ib.*, p. ix.

21 Cfr. DE LA LAMA, M.A., “Ojeada sobre la legislación peruana del siglo XIX”, *El Derecho*, tomo VIII, año XI, n° 269, noviembre y diciembre de 1900.

22 ARENAS, A., “Memoria leída por el Decano cesante señor doctor don Alejandro Arenas, en la sesión de instalación del nuevo Consejo Directivo, el 28 de junio de 1897”, *El Derecho*, tomo VI, año VIII, julio de 1897, n°s 188 y 189, p. 505-509.

internacional privado, que establece las reglas que deben de servir de punto de partida para resolver tan importantes cuestiones”<sup>23</sup>.

## MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO

El proceso de secularización del derecho privado avanzaría inexorablemente desde 1852, merced a las insistentes críticas de los exponentes del pensamiento liberal decimonónico, pero también por un imperativo de adecuación a una sociedad que cambiaba sus valores y mentalidades. El régimen matrimonial sería sustancialmente alterado al permitirse, mediante las leyes del 23 de setiembre de 1897 y del 23 de noviembre de 1903, el matrimonio civil de los no católicos. La incorporación de los clérigos a la vida civil y comercial sería más bien obra de la jurisprudencia peruana, que eliminó la distinción entre votos perpetuos y simples<sup>24</sup>.

96

Paralelamente, se asistiría a una tendencia igualitaria a favor de la mujer y de los hijos ilegítimos y adulterinos. Esta orientación inspiraría la ley del 24 de octubre de 1890, en torno a la validez de las obligaciones contraídas por mujeres casadas, abriendo si no una puerta, cuando menos una ventana, para su incorporación a la actividad económica. La condición atroz de los hijos adulterinos sería levemente mejorada por la jurisprudencia nacional, a partir de una inteligente lectura del artículo 913 del Código Civil de 1852, al considerarse que aún después de la muerte del alimentante, la testamentaria estaba obligada a acudirle con una pensión alimenticia, derivada de la misma masa hereditaria, desde que se trata de una obligación transmisible<sup>25</sup>. La intensa campaña librada desde los artículos periodísticos y tesis universitarias para la incorporación del divorcio vincular encontraría finalmente eco en la legislación que regula en 1930 el divorcio por causal específica imputable a uno de los cónyuges, e incluso incorpora la figura del mutuo disenso en 1934.

## A MODO DE COLOFÓN. EL CÓDIGO: “UN ESTRECHO VESTIDO QUE SE DESGARRA”

La incidencia del Código de 1852 en el desarrollo económico del país no parece haber sido crucial. Sucede que ese documento fue discutido y promulgado antes de que el Perú acusara los efectos de la acumulación económica derivada del guano. No existían hacia 1852 bancos de emisión ni de descuentos, banca hipotecaria, sociedades de seguros, ni empresas industriales o financieras de trascendencia. Ya en 1871, José Antonio Barrenechea, comentando el atraso del cuerpo civil sustantivo, señalaba que el legislador sólo tuvo en cuenta la propiedad inmueble, pues no contemplaba la emergencia de bancos ni de seguros contra incendios, riesgos marítimos, inundaciones, epizootias, terremotos, ignorando una multitud de instituciones de crédito modernas<sup>26</sup>. Barrenechea agregaba lúcidamente: “Un cheque, es más fuerte que el Código. Los hechos han ido más lejos que la ley; y ya parece que

23 *Ibid.*, p. 506.

24 BORJA GARCÍA Y URRUTIA, H., *La obra de la jurisprudencia peruana y el Código Civil*, Lima, Empresa Tipográfica Unión, 1918, p. 35-38.

25 *Ibid.*, p. 64-65.

26 *Vid. José Antonio Barrenechea. Su vida y su obra (1829-1889)*, op. cit., p. 446.

ha llegado la época de que ésta llegue a alcanzarlos”<sup>27</sup>. Las críticas de Barrenechea se dirigían básicamente a la movilidad de los bienes en el mercado inmobiliario, aspecto que el Código regulaba de manera insuficiente. No bastaban, sin duda, las sucesivas normas que sobre desvinculación se habían dictado. Era preciso que la ley civil tuviese en cuenta la espiritualización de la propiedad, que facilitaría una mayor fluidez en las transacciones particulares. El jurista, entonces Decano del Colegio de Abogados de Lima, con gran realismo, advierte esa flagrante limitación:

*Aun en materia de inmuebles –dice– nuestro Código está muy lejos de los verdaderos principios. No hay propiedad segura mientras no se sepa quiénes son los propietarios y cuáles son los gravámenes impuestos a la propiedad [...]. Ni hay registro conservador de la propiedad ni hay ley hipotecaria. Vivimos en materia de propiedad, bajo la ley de la casualidad, dejando la aplicación a la mala fe [...]. Desde que se dictaron los Códigos Civiles, todos estamos asistiendo a una revolución social que se refiere a los hechos morales, políticos y económicos. La sociedad peruana sacude sus perezosos miembros y aspira a una nueva vida; y la legislación civil es un estrecho vestido que se desgarró*<sup>28</sup>.

Alejandro Arenas, otro letrado notable, extendía las críticas al código de comercio. En la misma Memoria del Decano del Colegio de Abogados del año de 1897, se sostenía que

*el código de Comercio corresponde a una época en que no eran conocidas entre nosotros las sociedades anónimas, ni los valores al portador, ni los Bancos de depósito y descuento, ni las operaciones que estos practican. En la actualidad, las Sociedades Anónimas existen y representan la inversión de algunos millones de soles y es indiscutible la necesidad de darles garantías y de fomentar su creación, por faltar entre nosotros los grandes capitales necesarios para crear industrias productivas, porque existen en nuestro suelo grandes riquezas que es conveniente explorar; y porque la reunión de pequeños capitales, por medio de las compañías anónimas, sería el medio de establecer aquellas industrias y de explotar estas riquezas*<sup>29</sup>.

En su Memoria correspondiente al año de 1874, nuevamente Barrenechea, como Decano de la Facultad de Jurisprudencia sanmarquina, observaba que el desgarrado vestido en el que se habían convertido los códigos, sufrían “varios remiendos; pero cuando ellos se multipliquen quedará rota la armonía y la unidad que son indispensables en todo trabajo legislativo”<sup>30</sup>. En aras de la modernidad, la descodificación estaba servida. No habían, sin embargo, muchas alternativas para evitar el estancamiento del derecho escrito: la jurisprudencia o la reforma legal asomaban como las dos únicas posibilidades. En el primer caso, el papel pretoriano del juez rejuvenecía la norma; en el segundo caso, cabían, a su vez, dos posibilidades: una reforma parcial y otra integral. Jueces o legisladores constituirían la disyuntiva del derecho codificado.

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*, p. 445.

29 ARENAS, A., “Memoria leída por el Decano cesante”, *op. cit.*

30 BARRENECHEA, J.A., “Memoria leída por el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos de Lima, al clausurar el año escolar de 1874”, publicada en *La Gaceta Judicial*, tomo II, n°144, martes 29 de diciembre de 1874, p. 607.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS, Alejandro, "Memoria leída por el Decano cesante señor doctor don Alejandro Arenas, en la sesión de instalación del nuevo Consejo Directivo, el 28 de junio de 1897", *El derecho*, tomo VI, año VIII, julio de 1897, n° 188 y 189, p. 505-509.
- BARRENECHEA, José Antonio, "Memoria en la clausura del año escolar de 1871", en *José Antonio Barrenechea, 1829-1889. Su vida y su obra*, Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1929.
- BORJA GARCÍA Y URRUTIA, Humberto, *La obra de la jurisprudencia peruana y el Código Civil*, Lima, Empresa Tipográfica Unión, 1918.
- DE LA LAMA, Miguel Antonio, "Ojeada sobre la legislación peruana del siglo XIX", *El derecho*, tomo VIII, año XI, n° 269, noviembre y diciembre de 1900.
- , *Código civil anotado. Apéndices*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1920, 5ª edición.
- FUENTES, Manuel Atanasio, *Aletazos del Murciélagos*, 3 tomos, París, 1866.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, París, PUF, 1996.
- MANZANILLA, José Matías, *Discursos parlamentarios. La responsabilidad por los accidentes de trabajo*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1939, 4ª edición.
- OLIVEIRA, Pedro M., "Nuestra legislación civil no está conforme con los principios económicos", *Anales Universitarios*, tomo XXXI, 1903, p. 31-56.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos A., "Discurso jurídico y conflicto social. A propósito del plazo en el arrendamiento: un debate del siglo XIX", *Revista del Magister en derecho civil*, Lima, PUCP, vol. 1, 1997, p. 85-110.
- , *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, t. 4, "Legislación, abogados y exégetas", Lima, Fondo Editorial PUCP, 2003.
- TRAZEGNIES, Fernando de, *En el país de las colinas de arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX desde la perspectiva del derecho*, 2 tomos, Lima, PUCP, 1994.
- ZEGARRA, Félix Cipriano C., *La condición jurídica del extranjero en el Perú*, Santiago, Imprenta de La Libertad, 1872.

## LA IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA EN LOS PROCESOS DE CODIFICACIÓN\*

Carlos Pizarro W.

*Profesor de la Universidad Diego Portales y de la Universidad de Chile*

Comenzar un comentario acerca de la evolución de la codificación desde el siglo XIX no resulta fácil; aún más complejo si debemos agregar dos trabajos cuya temática difiere de manera ostensible. Sin embargo, ambos textos muestran un proceso de descodificación común en Hispanoamérica y, en particular, en los países de los respectivos ponentes: Chile y Perú. De ahí que las siguientes breves reflexiones vayan a centrarse en las aristas de este movimiento oscilante, aunque permanente de la descodificación y la inquietud acerca de nuevos fenómenos de codificación que han tenido lugar en los países de la región. Antes, por cierto, y siendo el *Code* el festejado por su año bicentenario, alguna reflexión merece la principal obra del pensamiento jurídico francés. No debiendo, eso sí, deslizarse hacia el camino del elogio simple tan propio de estas conmemoraciones.

El *Code*, ese *inoublable coffret, citadelle, autel des lois, arca, arx, ara legum*<sup>1</sup> representa en el imaginario jurídico la memoria del aporte no sólo de los codificadores, sino también de los comentaristas durante el transcurso del siglo XIX, la mal llamada *école de l'exégèse*. Hasta fines de este siglo el Código reinó sin contrapeso, dedicándose los profesores de derecho a una verdadera tarea de taxonomía del articulado. El *Code* reflejaba "el acuerdo en los principios, los valores, un estilo y un idioma"<sup>2</sup>, lo cual permitió erigirlo en un objeto sacralizado. La enseñanza del derecho civil se concentraba en una aburrida letanía siguiendo el orden del articulado. Fue Flaubert en *L'Éducation Sentimentale* quien a través de su héroe refleja el aburrimiento al *ver trois cents jeunes gens, nu-tête, emplissaient un amphithéâtre où un vieillard en robe rouge dissertait*. Esta manera de enseñar el *Code* será paulatinamente abandonada. Sólo en las postrimerías del siglo XIX comenzará a decaer el prestigio del *Code*, al menos en Francia; los porñados hechos desencadenarán un movimiento en el profesorado francés que permitirá sembrar los fundamentos de aquello que sólo en las primeras décadas del siglo XX comenzará a denominarse *Doctrina*. A pesar del elogio de Ripert a propósito del centésimo quincuagésimo aniversario del *Code*, su texto ya comenzaba a dar signos de envejecimiento a la época del centena-

\* Ce texte a été traduit en français par l'auteur. La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

1 CARBONNIER, J., "Le Code civil", en *Les lieux de mémoire*, 1993, II, p. 293.

2 CORNU, G., "Codification contemporaine: valeurs et langage", en *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 357.

rio, según la opinión de Saleilles y Gény, ambos precursores de una nueva visión de las fuentes del derecho, ya sea a través del método científico o histórico, respectivamente. La *nouvelle école* se dejaba seducir por la observación de la realidad con la creciente influencia de la sociología y el derecho comparado. Según afirma Saleilles *à l'objectivité résultant du texte, base éminemment précieuse de certitude juridique, il faut désormais joindre l'objectivité résultant des réalités économiques et sociales*<sup>3</sup>. Aquí se encuentra la transición con influencia de la escuela alemana a una forma distinta de exponer el derecho privado, cuestión que dará lugar a *une manière française* de explicar el derecho que rompe con la sacralización del *Code*. Sin embargo, la nueva forma de explicar el derecho civil que priva al *Code* de su andamiaje en los cursos de derecho no será el impacto más relevante a la codificación, sino que los asaltos más significativos vendrán de la propia ley, ahora exteriores al Código.

El protagonismo que comienza a adquirir la opinión de los autores, iniciando el camino hacia la construcción de la doctrina entendida no sólo como reflejo de interpretaciones variadas acerca de la ley, sino que una verdadera colectividad erigida en fuente del derecho junto a la irrupción de la jurisprudencia en el escenario social, pondrá en el centro del debate jurídico el cuestionamiento al *Code*. El centenario del Código civil francés imbuido por las turbulencias sociales justificará una revisión crítica de las fuentes del derecho, no siendo pocas las voces que auspician una revisión del texto de Napoleón. Al apartarse de la realidad social, el Código se ha transformado en un *"obstáculo al progreso social"*. La reflexión de la incipiente doctrina a la época del centenario muestra un cambio relevante en la perspectiva de estudio y enseñanza del derecho civil. Comienza una voluntad explícita de adaptar el derecho a la realidad social. Una nueva óptica en el trabajo académico impulsado por profesores inquietos ante los profundos cambios en la sociedad y los procesos productivos. Basta recordar la célebre querrela acerca de la responsabilidad aplicable a los accidentes de trabajo que enfrentara a Sainclette y Grandmoulin o la genial propuesta de Saleilles sobre la responsabilidad por riesgo que no pocos cultores del análisis económico debieran celebrar.

La presencia omnicompreensiva de los códigos muta hacia microistemas fuera del Código a través de leyes particulares y de la jurisprudencia. Aunque el Código queda inmutable ante las primeras oleadas de legislación, el sistema jurídico evoluciona sin contar con su presencia a fin de resolver nuevos problemas o casos no abordados por el Código.

Sin duda corresponde a Natalino Irti el mérito de revelar este fenómeno de la descodificación<sup>4</sup>. En su espléndido trabajo, Irti muestra de qué manera al costado del Código se van formando una serie de microistemas jurídicos que pronto abul-

3 SALEILLES, R., "Méthode historique et codification", en *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche* (Roma 1903), extrait du vol. IX, 1904, p. 19 cit. por JESTAZ, Ph. y JAMIN, Ch., *La Doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 146.

4 IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

tarán los apéndices del mismo. Sin embargo, no existe una uniformidad en el proceso de descodificación. El propio texto del profesor peruano así lo muestra, ya que su alocución quisiera probar que la descodificación en el Perú comienza de manera bastante temprana. Al mismo tiempo en Chile, siendo el Código un objeto más de culto que en el Perú, país en el cual ya se procedió a dictar un Código civil en 1984 y se pretende elaborar otro en este tiempo, no se constata un cuestionamiento radical del Código ante la presencia de diversidad de leyes que inciden en materias normadas por el Código. Aunque se pretenda observar en la descodificación un fenómeno uniforme y constante, la realidad revelada por los porfiados hechos indica que las leyes al exterior del Código muestran una diversidad importante. Siendo que algunas nada más aclaran materias ya tratadas por el Código, otras se refieren a instituciones desconocidas a la época de la codificación; en fin existen las leyes que modifican de manera sustancial lo señalado por el Código. Como puede observarse la intensidad de la descodificación varía según la finalidad de la norma y su asiento normativo<sup>5</sup>. Por esto me parece criticable la propuesta del profesor Ramos en el sentido que pretende uniformizar la descodificación sea cual sea la finalidad y asiento de la ley exterior al Código. No todas las leyes especiales, extravagantes o novelas cumplen un mismo proceso de descodificación. Así por ejemplo, existen ciertas reglas específicas o puntuales que dicen relación con aspectos novedosos cuyo origen se encuentra en la evolución tecnológica. Piénsese en la firma electrónica. ¿En qué sentido la legislación sobre firma electrónica *descodifica* el derecho? ¿No parece ocurrir el mismo fenómeno en caso de regulación de la prenda sin desplazamiento o la ley que nada más “retoca” el Código incluyendo la institución de los bienes familiares?. Concluyo, entonces, que el fenómeno de la descodificación comprende una heterogeneidad de leyes que no siempre se orientan a cercenar el Código, sino que a veces lo enriquecen o lo complementan.

Con todo, no cabe duda que en los sistemas jurídicos contemporáneos se verifica una dispersión de la legislación civil. En Chile, al menos, el fenómeno es patente. Esta realidad ubicua genera en los espíritus la interrogante acerca de la necesidad de recodificación.

En América Latina según lo expuso el profesor Barrientos el fenómeno de la recodificación está lejos de ser homogéneo. Si bien no pocos países se han otorgado nuevos códigos durante el siglo XX, éstos textos legales aún no han mostrado la permanencia necesaria que cualifica la codificación. Tampoco ha sido llevado a cabo el proceso de codificación con bases doctrinales sólidas que permitan augurar una larga vida a dichos textos legales. En Perú ya se piensa en una nueva codificación. Quizá, a mi entender, este sea el defecto más relevante de los procesos de codificación iniciados en América Latina. Lejos de constituir un cuerpo sólido, los profesores representan una masa dispersa sin identidad, a lo cual debe sumarse la falta de

5 Véase GUZMÁN BRITO, A., “Codificación, descodificación y recodificación en el derecho civil chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XC, 1993.

método en el ejercicio de su *lex artis*. Este fenómeno es significativo en países como Chile en que a partir de la liberalización del mercado de universidades, las facultades de derecho se han transformado en centros de retórica pobre acerca de manuales anquilosados, siendo escasa la producción de artículos, manuales, monografías o tesis. La ausencia de una verdadera doctrina dificulta en gran medida la viabilidad de un proceso de codificación. Sólo un cuerpo docente productivo con identidad, método y atento a las circunstancias sociales puede originar las bases necesarias para un proceso de codificación que permita al nuevo Código perdurar en el tiempo. Este proceso parece incoarse en el viejo continente por la vía de la codificación europea. Los vientos se agitan en la doctrina francesa con llamados a la resistencia que tendremos ocasión de escuchar en este Congreso. A su turno la influencia de los derechos humanos no deja inalterable al derecho civil, elemento extraño a la codificación, abriéndose hoy la interrogante sobre el lugar que debe ocupar en el nuevo Código. Por nuestra parte, al menos en Chile, el trabajo aún resulta más modesto, la construcción de una *Doctrina* debe ser el primer paso hacia la recodificación. Esta pregunta ocupará, sin duda, a los profesores chilenos que tendremos la ocasión de festejar *bientôt* los 150 años del Código de Bello. *Rendez-vous en l'an 2005*.



## EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS DE LA CODIFICACIÓN CIVIL MEXICANA

Othón Pérez Fernández del Castillo

*Rector de la Universidad de Estudios de Posgrado en Derecho (México)*

### I. INTRODUCCIÓN

Es de aclarar que en los Estados Unidos Mexicanos las disposiciones civiles son de competencia legislativa estatal o local, razón por la cual existen en México treinta y dos códigos civiles que corresponden a las 31 entidades federativas y uno al Distrito Federal. No obstante, y aunque parezca incongruente con lo anterior, existe un Código Civil Federal aplicable en forma exclusiva y supletoria en asuntos de orden federal.

Bajo esta tesitura, nuestro comentario se limita a la evolución y análisis del Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal, que son exactamente iguales. La razón es que las circunstancias de la Ciudad de México, Distrito Federal, son específicas y singulares, ya que se trata de una de las ciudades más grandes del mundo, en cuyo valle habitan aproximadamente dieciocho millones de habitantes. Estas circunstancias generan la necesidad de resolver conflictos jurídicos que solo se presentan en las grandes megalópolis<sup>1</sup>, de tal suerte que un código para una ciudad tan conflictiva como la Ciudad de México requiere de un Código Civil distinto a los demás códigos civiles europeos.

El Código Civil de Napoleón, influyó en el primer Código Civil del Distrito Federal aprobado por el Congreso de la Unión el 8 de diciembre de 1870, el cual empezó a regir el 1º de marzo de 1871. También tuvo influencia en el Código Civil de 1884 promulgado por el Ejecutivo el 31 de marzo de ese mismo año y con vigencia a partir del día 1º de junio siguiente. Finalmente, influyó en el Código Civil de 1928 que entró en vigor hasta el 1º de octubre de 1932, fundamentalmente porque México pasó por el proceso histórico de la Revolución Mexicana que se inició el veinte de noviembre de 1910 y que tuvo un impacto importantísimo en la sociedad mexicana, al grado tal que como fruto de dicho movimiento social entró en vigor una nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el día 5 de febrero de 1917.

Esa es la razón por la cual nos encontramos con una exposición de motivos para el Código Civil de 1932 que establece que el Código Civil es un código privado-

1 Al final de mi intervención, el profesor Arnoldo Wald me hizo el comentario de que la descripción que di del Distrito Federal y su problemática jurídica era un espejo idéntico al de las megalópolis de su país.

social<sup>2</sup>. Esta socialización o solidarización de principio se reflejó en cierta medida y con ciertos límites en las tendencias que el Código sigue hasta nuestros días.

## II. TENDENCIAS EN MATERIA FAMILIAR

Nuestro Código Civil vigente ha tenido diversas modificaciones en materia familiar, las cuales han sido promovidas fundamentalmente por corrientes que buscan una mejor posición de la mujer y fortalecer la igualdad de derechos de género en diversos ámbitos.

Posiblemente la inclusión más importante es la relativa a la **violencia intrafamiliar**, la cual quedó expresamente definida en el Código Civil de la siguiente manera:

“Artículo 323 - Quáter.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones...”

104

“Artículo 323 - Quintus.- También se considera violencia familiar la conducta des-

- 2 “... Las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social, y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular.”

“La profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo económico de la preponderancia que ha adquirido el movimiento sindicalista, del crecimiento de las grandes urbes, de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos descubrimientos científicos realizados y de la tendencia cooperativa cada vez más acentuada, han producido una crisis en todas las disciplinas sociales, y el derecho, que es un fenómeno social no puede dejar de sufrir la influencia de esa crisis...”

“Nuestro actual Código Civil, producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad.”

“Para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuando favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad...”.

“Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra’.”

“Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades de una sociedad, y por eso se condena enérgicamente la adaptación de leyes e instituciones existentes en otros países. Esa opinión encierra un gran fondo de verdad, pero como toda idea unilateral y exclusivista, no expresa toda la verdad.”

“Para legislar no deben tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, por que hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarrearía gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar, porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir.”

crita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.”

No existían estos conceptos, y esta laguna ponía al juez en un vacío jurídico y a los sujetos de la familia en situación de inseguridad jurídica ante hechos que ni la sociedad, ni la autoridad podían ignorar.

1. Es de hacer notar que la violencia familiar no solo queda como un tema del derecho civil, sino que se considera como un delito para efectos penales.

2. La violencia familiar queda incluida como causal de divorcio, independientemente de las injurias, de la sevicia y de los malos tratos. Así queda incluida la violencia familiar dentro del catálogo de causales del divorcio.

Cabe destacar que en una ciudad tan complicada y tan conglomerada como la Ciudad de México, con una sociedad tan fragmentada, se da con mucha facilidad el abandono de hogar, de tal manera que puede pasar más de dos años sin que las parejas vuelvan a reencontrarse; esa es la razón por la cual se incluye una nueva causal para promover el divorcio. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea lo bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio es ahora una causal.

Se incluyen también disposiciones relativas a la protección de la mujer que se ha dedicado al hogar, en caso de divorcio, las cuales están contenidas en el artículo 282 del Código mencionado, entre las que se encuentran:

a) Los niños menores de 12 años se quedarán a cargo de la madre, según la fracción V, párrafo segundo de dicho artículo;

Tratándose de asuntos de violencia intrafamiliar, el Juez decretará:

b) Ordenará la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar, con apoyo en la fracción VIII, inciso a) del citado artículo;

c) Prohibirá al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajen los agraviados, con base en el inciso b) de la citada fracción y artículo;

d) Prohibirá que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que juzgue pertinente, con fundamento en el inciso c) de la misma fracción y artículo.

Otra de las inserciones significativas es aquella relativa a los derechos derivados de un divorcio, aún y cuando los cónyuges estén casados bajo el régimen de separación de bienes, los que procederán, en el caso de la mujer, si se ha dedicado exclusiva y preponderantemente al cuidado de los hijos y del hogar, siendo a saber:

a) El 50% del patrimonio del divorciante, según el artículo 289-bis. Esta medida es por considerar que el marido, gracias a que la mujer se quedó en la casa al cuidado de los niños, tuvo la oportunidad de desempeñar una actividad económica, por tanto no puede desentenderse de compartir el patrimonio de que se hizo con el trabajo de ambos, ya que el trabajo del hogar es también un trabajo.

b) Tratándose de divorcio necesario, la mujer puede exigir el pago de alimentos a su favor, si se dedicó al cuidado de los hijos y del hogar, no tiene bienes o está imposibilitada para trabajar, según se desprende del artículo 288 del Código Civil.

Estas reformas insertadas en el actual código vigente de 1928, pueden ilustrar los avances significativos del pensamiento civil mexicano, que cada vez busca medios distintos para satisfacer las necesidades de la población, así como facilitar el ejercicio de sus derechos. Hay entonces una evolución notoria que acompaña los cambios sociales, como sucedió también con el Código francés.

### III. TENDENCIAS EN MATERIA DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Seguramente a los civilistas europeos les debe causar extrañeza los cambios legislativos que nuestro Código Civil ha tenido esta materia, por ello se hace necesario resaltar las siguientes circunstancias:

106

En los países europeos en general, la explotación del campo y la empresa agropecuaria forman parte de una actividad y de una industria fundamental para sus respectivos países. La tecnología en esa materia y sobre todo la seguridad jurídica de la tierra, más el acceso a los créditos, hacen que la población campesina quede arraigada en los lugares de producción, de ahí que excepcionalmente el campesino emigre a la ciudad, y si lo hacen es para satisfacer la demanda de mano de obra industrial. En México como en muchos países latinoamericanos, al no haber tecnificado el campo, y aún antes de la globalización, la empresa campesina de ser pobre se convirtió en miserable; en consecuencia, los campesinos abandonaron el campo por improductivo o por poco rentable y se desplazaron a las ciudades, en donde no encontraron trabajo, pero establecieron asentamientos humanos irregulares, cinturones de miseria y propiciaron la clandestinidad inmobiliaria, como puede advertirse en cualquier ciudad capital de todos los países latinoamericanos. Así, esa migración multitudinaria demanda un número surrealista de viviendas.

El lector podrá advertir inmediatamente que esa invasión de masas humanas creó un déficit habitacional impactante, de ahí la necesidad de que el legislador modifique el Código Civil para crear un régimen tutelar en el arrendamiento, para evitar la especulación excesiva frente a la carencia de vivienda.

Se citan al efecto algunos de dichos preceptos:

“Artículo 2448. Las disposiciones de este capítulo son de *orden público e interés social*. Por tanto son irrenunciables y en consecuencia, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta”.

“Artículo 2448-C. La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación será de un año forzoso para arrendador y arrendatario, que será prorrogable, a voluntad del arrendatario, *hasta por dos años más siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas*”.

“Artículo 2448-D. Para los efectos de este capítulo la renta deberá estipularse en *moneda nacional*!”

La renta sólo podrá ser incrementada anualmente; en su caso el aumento no

*podrá exceder del 85 por ciento del incremento porcentual, fijado al salario mínimo general...*"

"Artículo 2448-I. Para los efectos de este capítulo el arrendatario, si está al corriente en el pago de la renta tendrá derecho a que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble".

"Artículo 2448-K. El propietario no puede rehusar como fiador a una persona que reúna los requisitos exigidos por la ley para que sea fiador.

Tratándose del arrendamiento de viviendas de interés social es potestativo para el arrendatario dar fianza o sustituir esa garantía con el depósito de un mes de renta".

De lo anterior se deduce que la exageración en la protección que ofrecen estas normas trajo como consecuencia la inhibición de inversionistas en materia de edificaciones destinadas a arrendamiento, lo que ha complicado el problema.

#### **IV. TENDENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS DERECHOS REALES EN EL TRÁFICO DE BIENES INMUEBLES**

Las reformas jurídicas en este tema fueron importantes para dar seguridad jurídica al tercer adquirente de buena fe dentro del sistema registral. De ahí que se hace especial reforma al Registro Público de la Propiedad, estableciendo el aviso preventivo con rango de prioridad en los términos del artículo 3016 del Código. Este es uno de los sistemas registrales inmobiliarios más novedosos del mundo.

Cuando vaya a transmitirse la propiedad de un inmueble, el notario solicita un certificado de libertad de gravámenes al registro público de la propiedad. Esta solicitud —y aquí radica lo novedoso— tiene efectos de un aviso preventivo. Si la escritura se firma efectivamente, para efectos de la protección del adquirente, que es un tercero de buena fe, la transmisión de la propiedad registralmente se retrotrae a la fecha de ese primer aviso. Así, si entre la fecha de la solicitud del certificado y la firma de la escritura hubiese sido registrado algún gravamen contra el anterior propietario, el nuevo propietario queda protegido. Desde luego que la vigencia de la protección de este aviso no es eterna, pues daría lugar a abusos por parte de propietarios deudores para proteger su patrimonio dolosamente. El aviso tiene una vigencia de sólo 30 días, término en el cual la escritura debe firmarse para que sus efectos sean retroactivos.

Es necesario señalar que la solicitud de inscripción se publica diariamente en el **Boletín Registral**, de tal manera que no pueden antedatar ninguna inscripción fuera de las que efectivamente se presenten, evitándose así la corrupción.

De este modo, la determinación de la prelación registral se orienta bajo el principio jurídico del derecho que dice: "el primero en tiempo es primero en derecho"; ajustado este aforismo al tema que nos ocupa implica que será beneficiario el que primero llega en fecha al Registro Público de la Propiedad.

## V. TENDENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En el Código Civil para el Distrito Federal se ubica indebidamente parte de los derechos de la personalidad, no en un Título específico en el Libro de Personas, sino en el Libro de las Obligaciones a propósito del daño moral, lo cual aún cuando no es suficiente, sí de alguna manera es una referencia importante<sup>3</sup>.

No obstante lo anterior, los periodistas y demás personas dedicadas a los medios masivos de comunicación, para evitar ser sujetos de demanda presionaron para medianizar la responsabilidad anterior, llamándola "Ley mordaza". El legislador mexicano cedió y liberó a los medios de comunicación masivos en los términos del artículo 1916-bis<sup>4</sup>.

## VI. OTRAS TENDENCIAS

Otras modificaciones significativas en el derecho civil, aunque no en el Código Civil para el Distrito Federal pero sí en el de algunos Estados de la República, se han regulado grandes temas en los cuales había un vacío normativo, como lo son:

A. DONACIÓN DE ÓRGANOS HUMANOS en vida y después de la muerte del donador. Esta nueva rama del derecho que obedece al desarrollo de la medicina y a las necesidades terapéuticas se encuentra regulada fuera del Código Civil en un cuerpo de leyes que en México es la Ley General de Salud.

3 "Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en su sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas."

"Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código." "La acción de reparación es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida."

"El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso."

"Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiera tenido la difusión original."

4 "Artículo 1916-Bis. No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6º. y 7º. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado la conducta."

B. LA BIOÉTICA RELACIONADA CON LA GESTACIÓN HUMANA, que puede implicar:

- a) La fecundación *in vitro* (inseminación artificial)
- b) La madre subrogada (arrendamiento de la matriz)
- c) La clonación humana.

Todos estos nuevos problemas han suscitado apasionadas discusiones en América Latina como en el mundo entero. En América Latina existe un componente social y político adicional que es la gran tradición católica de los pueblos y que de alguna manera se refleja en el pensamiento de la sociedad en relación con tan delicados temas. Metodológicamente estos tópicos presentan además la dificultad de su ubicación. Ubicar la materia para elegir el método y los principios de su regulación no es fácil. En materia de bioética, las fronteras entre el derecho civil, los derechos fundamentales del hombre, la ética médica, y la política coyuntural así como la sociología político-religiosa, no están marcadas, o bien, adolecen de una fluidez extrema. Para definir las tendencias futuras de nuestros Códigos, el jurista comparatista tendrá una gran tarea permanente. A esta labor comparatista, deberá sumarse la toma en cuenta del pensamiento de la sociedad y los principios de la tradición que la rigen, así como una doctrina cada vez más global de los derechos fundamentales del hombre.

Por otra parte, la materia se presta a esta desintegración de la codificación de la que tan brillantemente han hablado los profesores Carlos Ramos, Javier Barrientos y Carlos Pizarro.

C. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LA FIRMA ELECTRÓNICA. Tengo la impresión de asistir a una carrera. Una carrera permanente entre el jurista creador y la sociedad tecnológica. Una carrera que el jurista creador ha perdido, pero ha sabido perder. En ciertas épocas de la historia, el jurista se adelantaba a ciertos avances con su creatividad, e inventaba instituciones jurídicas de una amplitud tal, que aún después de varias décadas o siglos, seguían utilizándose. Hacia el final de los años ochentas existe una verdadera explosión en el desarrollo de las comunicaciones electrónicas. Una explosión que rebasó cualquier previsión legislativa. Hoy, en todos los países de América Latina debemos hacer un esfuerzo extraordinario de legislación para ponernos al día en esta materia. Y ello, más en la armonización de nuestros regímenes que hacia dentro de nuestras legislaciones nacionales, por la simple razón de que el comercio electrónico, es decir, la red de sitios comerciales, es mundial.

En lo concerniente a México, en este año vimos interesantes reformas en nuestra Ley Federal de Protección al Consumidor y ya hace algunos años, en nuestro Código Civil. Conjugar seguridad y dinamismo no es una tarea técnicamente fácil.

D. LA CREACIÓN DE NUEVAS MODALIDADES DE PROPIEDAD Y DERECHOS REALES. En México, el dinamismo de la afluencia turística de estación nos ha hecho replantearnos las formas de la propiedad en los Estados con más flujo turístico. La construcción masiva de conjuntos de departamentos turísticos y las necesidades de los

turistas han resultado en una multitud de instrumentos de propiedad sumamente creativos. El sistema de tiempo compartido o *time shearing* es un ejemplo. Una forma de copropiedad en que al elemento de división espacial del condominio, viene a sumarse un elemento de división temporal. ¿Cómo afrontar esta necesidad? ¿Se trata de un convenio de uso y aprovechamiento de la cosa común o de un nuevo derecho real de copropiedad? Seguimos trabajando permanentemente con las legislaturas estatales no solo para dar respuesta a estos planteamientos, sino para que estas respuestas sean lo más global y uniformes posibles. Las convenciones de prestadores de servicios turísticos de toda la cuenca del golfo de México, desde las Bahamas y la Florida, hasta la península de Yucatán, nos han requerido la creación de un régimen uniforme. Un ejemplo remarcable de globalización del derecho y de codificación homogénea en una materia particular.



### III

## POURQUOI FAUT-IL UN NOUVEAU CODE ? LES NOUVEAUX CODES LATINO-AMÉRICAINS AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE

*« L'uniformité est un genre de perfection qui saisit quelquefois les grands esprits et frappe infailliblement les petits »  
(Montesquieu, *Esprit des Lois*, livre XXIX, chap. XVIII)*

Président de séance  
*Alfredo De Jesús*

L'édition de ce chapitre a été assurée par *Sebastián Ríos*

## PRÉSENTATION

Alfredo de Jesús

*Secrétaire adjoint de l' Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains,  
moniteur à l' Université Catholique Andrés Bello (Caracas)*

**L**e modèle et la méthode de codification instaurés par le *Code civil des français* de 1804 sont sans doute à la base de la construction et de l'élaboration du droit civil dans les pays de l'Amérique Latine. En ce sens, de nombreux projets de code civil ont défilé dès la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle devant nos assemblées législatives, s'inspirant fortement des valeurs de la codification française. Les principes juridiques et sociologiques fondamentaux de cette codification reposent sur la protection de la famille, la propriété et la liberté contractuelle, principes empruntés de l'Ancien Régime et sur lesquels s'édifiait la société française de l'époque, ont été également incorporés dans nos codes nationaux.

112

Bien qu'utile et nécessaire cette ambition de vouloir régler toutes les relations civiles dans un seul texte s'est vue perturbée par de constantes fluctuations dans les relations entre les citoyens. Ces fluctuations sont dues à différents facteurs générés par l'évolution de la société dont les conquêtes juridiques pendant la révolution industrielle du XIX<sup>e</sup> siècle en Europe, ne constituent qu'un juste exemple. Il s'agissait et il s'agit toujours de pressions spontanées nées des nouvelles réalités sociales, culturelles et économiques qui ne peuvent pas échapper à la vigilance du législateur. Plusieurs de ces pressions et revendications juridiques, telles qu'observées en Europe et en France en particulier, ont donné lieu à d'importantes modifications au sein des législations civiles afin de s'adapter aux nouveaux temps.

En Amérique Latine, lors des dernières décennies, nos législations civiles ont aussi suivi cette évolution. Nonobstant, il ne faut pas oublier que notre ordre civil a subi des perturbations d'origine politique du fait de la lutte pour l'indépendance et de l'éternel aller-retour entre la démocratie et les régimes dictatoriaux, ce qui constitue pour la plupart de nos pays, une partie de notre histoire récente. Ces procédés ont abouti, dans la plupart des cas, à l'adoption de nouveaux codes. Ce renouvellement a aussi permis d'enrichir les droits de l'Amérique Latine d'autres sources comme celles provenant de la doctrine italienne et de son Code civil de 1865, de la doctrine allemande avec le BGB de 1896 et du Projet franco-italien des obligations et des contrats de 1927, sans se distancier pour autant de la tradition française.

Malgré tout, l'expérience de l'Amérique Latine en matière de codification s'est montré réticente à la réforme des législations civiles. Pendant des années, nous avons été victimes d'un processus de décodification poussé par des restrictions à l'autonomie de la volonté au profit de la partie faible, par l'intervention de l'Etat dans les activités économiques ainsi que par la massification de certaines activités économiques pour lesquelles une régulation spéciale s'est avérée nécessaire.

Néanmoins, l'intention initiale d'exhaustivité, essentielle à toute codification, ce désir véhément de tout inclure dans un même corps ne pouvait être étranger à la culture juridique latino-américaine. En conséquence, plusieurs projets de réforme se sont plongés dans cette difficile tâche de recodification.

Mais finalement, faut-il un nouveau code ? Nous avons l'honneur et l'immense plaisir d'accueillir parmi nous les éminents professeurs Atilio Aníbal ALTERINI et Arnoldo WALD, pour répondre à cette question et nous faire part de leurs expériences dans leurs pays d'origine respectifs, l'Argentine et le Brésil. Les prestigieux professeurs Noemia C.M. DE OLIVEIRA et Salvador ROMERO apporteront leurs commentaires, du point de vue des relations civiles et commerciales au Brésil et en Bolivie. A.D.J

### Sebastián Ríos

*Membre de l' Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains et chargé de l' édition des textes de ce chapitre, professeur assistant à l' Université du Chili*

**M**ême si l'on considère qu'il s'agit d'un grand – normalement herculéen – travail, de coordination, de synthèse et de perfectionnement du droit, la codification n'a engendré que des œuvres mortelles. Les codes, admettons-le, ne sont pas voués à l'éternité, et le *Code civil des Français*, même s'agissant d'un code bicentenaire, n'est pas l'exception, puisque après sa promulgation en 1804, sa première modification est presque aussitôt parue, avec la loi du 4 juillet 1806.

C'est ainsi que, parfois, on peut arriver à une situation beaucoup plus difficile que celle antérieure à la promulgation du code : les modifications aux codes ou la promulgation des lois spéciales – toutes les deux issues de la nécessité ou de l'empressement, voire de la réalité – peuvent rendre les codes précisément ce qu'ils ne voulaient pas être : une source de confusion, de désordre. Curieusement, c'est parfois l'attachement « au code » ce qui engendre cette situation.

Ainsi, on peut deviner un phénomène en trois phases : codification, décodification, recodification. Aux codes, ces œuvres mortelles en tant que humaines, atteintes par le processus inverse de celui qui leur a donné naissance, se succèdent de nouveaux codes. Cette affirmation n'est pas nouvelle : Andrés Bello, codificateur lui-même, était conscient de ce risque, au point d'écrire dès le début du message préliminaire de son code, le Code civil chilien, que « plusieurs des peuples modernes ont éprouvé la nécessité de codifier leurs lois. On peut dire que celle-ci est un besoin périodique des sociétés ».

Les communications de cette table ronde, d'un côté, rendent compte de la façon dont ce « besoin périodique » s'est exprimé dans quelques pays de l'Amérique Latine,

et d'autre côté, elles donnent une réponse à la question posée, quant à la justification des nouveaux codes. D'abord, la conférence du professeur Atilio ALTERINI, présente le projet du Nouveau Code civil de l'Argentine, en commençant par sa longue genèse ; puis, en se plongeant sur ses dispositions principales dans le domaine des contrats : l'incorporation des figures telles qu'une rescision par lésion plus étendue que d'ordinaire, la possibilité de révision du contrat à cause d'imprévision ou la frustration du but du contrat.

Ensuite, la conférence du professeur Arnaldo WALD aborde la promulgation en 2002 du Nouveau Code brésilien, en remarquant le fait d'avoir regroupé les anciens code civil et de commerce, mais surtout en faisant le point, de la même manière que son prédécesseur, sur le caractère éthique et solidariste du code, notamment quant à la protection de la personne et au domaine contractuel.

Mme. Noemia DE OLIVEIRA NOVAES complète la conférence de M. Wald, en nous donnant une vision critique de certains aspects du Nouveau Code civil brésilien. Cette vision permet de penser que ce code, à peine deux ans après sa promulgation, pourra être soumis à des modifications et, éventuellement, aussi à la promulgation de lois spéciales le privant d'une partie de son contenu... Pour recommencer, peut être (voire sans doute) le processus déjà décrit !

114

Par contre, les commentaires du professeur Salvador ROMERO-BALLIVIAN, expriment un point de vue plus sociologique et historique de la codification en Bolivie et illustrent les causes qui feraient de la codification une tâche beaucoup plus fréquente que ce qu'on croit normalement.

En guise de synthèse, il y a deux points de convergence dans ces communications : elles rendent compte d'un processus déjà déclenché, la nouvelle vague de codification dans l'Amérique Latine, et réaffirment, en même temps, que le code, non comme tel ou tel corps de règles quelconques, mais comme une idée d'ordre, de cohérence, d'intelligibilité, de facilité à l'accès de la loi, demeure.

S.R.

## LOS NUEVOS CÓDIGOS LATINOAMERICANOS EN EL SIGLO XXI

Atilio Anibal Alterini

*Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*

Cuando a principios del siglo XIX Napoleón Bonaparte dictó sus famosos cinco códigos saldó a favor de Thibaut su disputa con Savigny<sup>1</sup>. Hemos celebrado en estos días el bicentenario de su *Code Civil des Français*<sup>2</sup>.

Los códigos orientados por el iluminismo tuvieron el propósito de abarcar el universo del derecho, de no presentar lagunas, de regir para todos y de tener vigencia para siempre. En la euforia por la codificación el código de Prusia despojó a los tribunales de su función de interpretar las leyes en cuanto les impuso que, en caso de duda, se dirigieran a una comisión real para que ésta fijara el alcance de los textos legales; y en Francia llevó que, hasta 1828, se dotara al Consejo de Estado de facultades decisorias de índole judicial, y hasta 1837 rigiera el mecanismo de remisión al legislador cuando los tribunales desoían los criterios de la Corte de Casación<sup>3</sup>.

Esa euforia llegó a la Argentina. La ley que sancionó el código civil a comienzos de la primavera del año 1869 encomendó al Ministerio de Justicia recibir de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales federales y provinciales informes anuales respecto “de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica la aplicación del código, así como de los vacíos que encontraren en sus disposiciones para presentarlas oportunamente al Congreso”. Los primeros comentaristas siguieron a la letra el articulado del código.

La idea central era ésta: todo el derecho en la ley, nada fuera de la ley; todo el derecho civil en el código civil, nada fuera del código civil. Era el pensamiento del profesor Bugnet: “No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código Napoleón”<sup>4</sup>.

- 1 THIBAUT, A., “Sobre la necesidad de un derecho común para Alemania”; SAVIGNY, F.C., “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho”. Ver *La codificación civil en Alemania. Opiniones de Thibaut y Savigny*, prólogo de N. Gorostiza, Buenos Aires, 1940
- 2 El código civil francés tuvo una expansión enorme: fue impuesto en Bélgica (1804), en las provincias de Italia (1804), en Holanda (1811), e influyó en otros sistemas, como en los códigos civiles de Holanda (1838), Rumanía (1864), Italia (1865), Québec (1866), Luisiana (1870), Portugal (1867), Mónaco (1885), España (1889), Egipto (1950), así como en la mayoría de las naciones iberoamericanas (Bolivia, 1845; Perú, 1852; Chile, 1857; Uruguay, 1869; Argentina, 1871; México, 1871; Venezuela, 1873; Colombia, 1873; Guatemala, 1877; Honduras, 1880; El Salvador, 1880; Costa Rica, 1888), y de las colonias y mandatos franceses en África y Oriente Medio.
- 3 RIPERT, G - BOULANGER, J., *Tratado de Derecho Civil*, trad. D. García Daireaux con la supervisión de J. J. Llambías, Buenos Aires, 1963, tº I, nº 212, p. 176.
- 4 BONNECASE, J., *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Burdeos, 1933, tº I, p. 292.

Pero aparecieron nuevas realidades culturales, sociales y económicas. Aparecieron nuevos problemas que exigieron soluciones legales *ad hoc*. Aparecieron entonces leyes especiales que quitaron ciertas áreas del código, y estatutos particulares que regularon con criterios singulares las relaciones jurídicas atinentes al hombre situado en cierto rol. Sobre la temporalidad de las soluciones legales, en el derecho norteamericano se advierte que “en alrededor de una generación las decisiones usualmente sobrepasan aún las más visionarias disposiciones del *Restatement*, y entonces se requiere una revisión”<sup>5</sup>.

En ese sentido se ha dicho con razón que “el derecho, en el curso de la historia, en su movimiento y cambios sociales y económicos, no dejó de ser influido por ellos, ni se mantuvo al margen, ya sea en la época del desarrollo industrial, como en lo que ahora se denomina época posindustrial”<sup>6</sup>. En contraposición al jurista histórico, racionalista o dogmático, “el hombre de derecho actual se enfrenta con un mundo cambiante, primordialmente en lo social y económico. Lo que vale hoy no valdrá mañana. De forma que avistar la realidad impone en ocasiones la revisión seria y consciente de los conceptos, que no tienen vigencia por tales – o por ser retóricos – sino en la medida en que son idóneos para dar respuesta a exigencias comunitarias”<sup>7</sup>.

En ese panorama comenzó a difundirse la idea de obsolescencia de la regulación legal realizada mediante un código. Al deslizamiento de ciertos temas del tronco del código se agregaron otras circunstancias: tuvo auge la interpretación jurisprudencial progresiva que adecua de alguna manera los textos viejos a las realidades nuevas; un derecho civil constitucional empezó a ser operativo por sí mismo; un derecho supranacional comenzó a tener aplicación directa en los Estados partes de sistemas comunitarios<sup>8</sup>.

Irti llegó a proclamar que habría llegado “la edad de la decodificación”<sup>9</sup>. Pero un análisis objetivo del estado de situación da razón a de los Mozos<sup>10</sup> en cuanto considera que la suposición de que estaríamos en la era de la decodificación resulta afortunadamente superada. Los códigos civiles subsistirán porque contienen un sistema orgánico y formal de principios y de normas, y cumplen por lo tanto una fun-

5 HYLAND, R., “The American Restatements and the Uniform Commercial Code”, en Hartkamp, A. - Hesselink, M. - Hondius, E. - Joustra, C. - du Perron, E. (Editors), *Towards a European Civil Code*, The Hague/London/Boston, 1998, p. 55, ap. 2.

6 LAQUIS, M. A., “El Derecho frente a las nuevas tecnologías”, en FARIAT, G. *et al.*, *El Derecho frente a las nuevas tecnologías*, Buenos Aires, 1990, p. 543.

7 BUERES, A. J., *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986, p. 14.

8 DAVID, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, París, 1950; BORBA CASELLA, P., “Economic Integration and Legal Harmonization, with Special Reference to Brazil”, en *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Roma, vol. III, 1998-2/3, p. 287, nº 4.

9 IRTI, N., *La edad de la decodificación*, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, 1992, n. 8, p. 33.

10 DE LOS MOZOS, J. L., “La autonomía privada: notas para una lectura del título de los contratos del Código Civil”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, separata, texto y nota 20; RIVERA, J. C., “La recodificación. Un estudio de derecho comparado”, en [http://www.alterini.org/tonline/to\\_jcr2.htm](http://www.alterini.org/tonline/to_jcr2.htm).

ción insustituible. Muestran cómo es la sociedad en la que rigen y de alguna manera anticipan como será esa sociedad en el futuro. En la técnica jurídica aportan la centralidad, porque proveen los conceptos básicos a los que se remiten por implicancia las leyes especiales.

En todo el mundo, en países de culturas distintas y tributarios de varios sistemas jurídicos, desde 1942 – año en el que fue dictado el nuevo código civil de Italia – han sido sancionados no menos de cincuenta códigos civiles, entre ellos, en la década de los años '90, los de Québec, de Holanda y de muchos países que pertenecieron a la órbita socialista. Entre 1975 y 2002 en América del Sur fueron dictados los nuevos códigos civiles de Bolivia, Perú, Paraguay y Brasil. Está en curso el nuevo código civil de Puerto Rico.

Además son frecuentes los intentos de compatibilización de varios sistemas, mediante la unificación, que reemplaza las leyes nacionales por otras nuevas comunes a varios países, como las directivas de la Unión Europea a las que deben adecuar los Estados miembros su legislación interna; o mediante la armonización, que pone en sintonía la legislación aplicable en diversos países, como en el caso de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. También existe el denominado *Soft Law*, en cuya órbita los instrumentos no tienen carácter normativo pero constituyen un modelo ofrecido a los países o a los particulares. Es el caso de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 de UNCITRAL; el de códigos modelo como el *Uniform Commercial Code* que rige en el sistema jurídico federal de los Estados Unidos de América<sup>11</sup>; el de instrumentos redactados por organizaciones internacionales para regir contratos de particulares como los Principios sobre los Contratos Internacionales de UNIDROIT<sup>12</sup>; el de los *restatements* preparados en los Estados Unidos de América, que proveen criterios aplicables en algunas áreas del derecho<sup>13</sup>.

11 En Gran Bretaña la legislación fue reducida a forma estatutaria por la *British Sale of Goods Act* de 1893, y en los Estados Unidos de América la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws* preparó la *Uniform Sales Act* de 1906; FARNSWORTH, E. A., "Contracts", 2<sup>nd</sup> ed., Boston-Toronto-London, 1990, § 1.9, p. 29. En el sistema norteamericano el *Uniform Commercial Code* fue preparado por el *American Law Institute* y por la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*, apareció en 1960 y tuvo un efecto progresista; ROSETT, A., "Improving the Uniform Commercial Code", en *Centro di studi e ricerche di Diritto comparato e straniero* (Dir. M. J. Bonell), <http://www.cnr.it/CRDCS/frames-29.htm>.

12 Los Principios ya han servido como fuente de inspiración de varios cuerpos de leyes: códigos de Holanda (1992), de Québec (1992) y de la Federación Rusa (1994); proyectos de códigos de Lituania, Checoslovaquia y Túnez; tareas de revisión del *Uniform Commercial Code*, del derecho de obligaciones en Alemania y en Estonia, y del derecho de contratos en la República China y en los 15 países miembros de la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*; como veremos, también para el Proyecto de Código Civil argentino de 1998; BONELL, M. J., *An International Restatement of Contracts. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2<sup>a</sup> ed., New York, 1997, p. 235.

13 Vienen presentados como estatutos pero, como el Código de Justiniano, se basan en la síntesis – expresada con claridad y precisión – de decisiones judiciales y de opiniones autorales; HAZARD JR., G., "The American Law Institute: What is and what it does", en *Centro di studi e ricerche di Diritto comparato e straniero* (Dir. M. J. Bonell), <http://www.cnr.it/CRDCS/frames14.htm>.

Vale decir, en el mundo no sólo se sigue codificando, sino que se unifican o armonizan las normas procurando una *lingua franca* para las relaciones jurídicas enlazadas entre sujetos de distintas jurisdicciones, con beneficio de la seguridad jurídica y de la eficiencia. Esos intentos son apoyados por el profesor Landö en estos términos: "Si un observador de otro planeta viene a la Tierra para ver cómo se comportan los *homines judicantes* en diferentes partes del mundo, encontrará que hablan lenguajes diferentes, usan ropa diferente, observan reglas del juego diferentes, y son gobernados por leyes diferentes para decidir el mérito de sus disputas. Pero si viene a estudiar sus mentes, su conducta y sus decisiones reales, descubrirá notables similitudes"<sup>14</sup>.

La potencia jurídica de los códigos *in fieri* es tal que en Holanda, durante el proceso de reformas del Código Civil concretado en 1994, la Corte Suprema hizo una "interpretación anticipatoria" de los textos del viejo Código, sobre la base de los borradores de la reforma<sup>15</sup>.

En Europa han existido importantes intentos de unificación en materia de obligaciones y de contratos civiles y comerciales, que se agregan a la regulación común de aspectos parciales resultante de las Directivas de la Unión.

En 1966 la *Law Commission* británica encargó al profesor Harvey McGregor la preparación de un proyecto de Código de Contratos, tarea en la que también tuvo intervención la *Scottish Law Commission* y que concluyó en 1972 plasmándose en el *Contract Code*<sup>16</sup>. Ha dicho el profesor Jean Carbonnier que este Proyecto permite "regocijarse, porque por fin se ha realizado un Eurotúnel jurídico" vinculando al *jus commune* y el *Common Law*<sup>17</sup>.

A su vez, la Academia de Jusprivatistas Europeos, con sede en la Universidad de Pavia, elaboró el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, que fue redactado por un Grupo de Trabajo integrado por alrededor de setenta juristas de todos los países europeos y que coordina el profesor Giuseppe Gandolfi. La primera parte del Anteproyecto fue dada a conocer en 1995 y la segunda en 1997, y su doble esquema de base está dado, por una parte, por el *Contract Code* y, por la otra, por el Libro IV del Código Civil italiano de 1942.

En 1989 el Parlamento Europeo encargó la redacción de un Código Europeo de Derecho Común de Contratos a la *Commission on European Contract Law* presidida por el profesor de Copenhague Ole Landö e integrada por varios reconocidos juristas europeos. En 1994 el mismo Parlamento Europeo ratificó ese cometido, considerando que la armonización "es esencial para la conclusión del mercado interno". La

14 LANDÖ, O., "Homo judicans", en *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Roma, vol. III, 1998-2/3, p. 535, ap. IV.

15 HARTKAMP, A., "Principles of Contract Law", en HARTKAMP, A. - HESSELINK, M. - HONDIUS, E. - JOUSTRA, C. - DU PERRON, E. (Eds), *Towards a European Civil Code*, The Hague/London/Boston, 1998, p. 105, ap. 3, nota 13.

16 *Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano, 1994; *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, trad. J. M. de la Cuesta Sáenz y C. Vattier Fuenzalida, Barcelona, 1996.

17 En su intervención en el Coloquio de Pavia del 7 de octubre de 1995.



Comisión fue integrada por varios destacados juristas pertenecientes a todos los países de la Unión Europea y su trabajo se plasmó en los Principios del Derecho Europeo de Contratos, dados a conocer en 1998<sup>18</sup>.

En Argentina hace ochenta años que viene afirmándose el criterio de *recodificación* antes bien que el de *decodificación*, al propiciarse la revisión y la modernización del código civil. La idea de una reforma integral del código tuvo diversas manifestaciones a partir de entonces.

En 1926 el Poder Ejecutivo confió al profesor Juan Antonio Bibiloni la redacción de un Anteproyecto. Sobre esa base, una Comisión Reformadora elaboró un nuevo texto que constituyó el Proyecto de 1936. Este Proyecto fue analizado pormenorizadamente, y aunque –como afirmó uno de sus más importantes redactores, el profesor Héctor Lafaille– era en síntesis “el Código puesto al día, según nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia”, no recibió siquiera tratamiento legislativo.

En 1954 fue presentado otro Anteproyecto de reformas, cuyas tareas habían sido iniciadas por encargo del Poder Ejecutivo en 1950, y cuya redacción fue dirigida por el profesor Jorge J. Llambías. Tampoco recibió tratamiento legislativo.

En 1966 había en Argentina un gobierno *de facto*, y el Poder Ejecutivo creó otra comisión que preparó un Proyecto que fue sancionado y promulgado como ley en 1968. Con la modificación de un centenar de artículos del código civil le introdujo cambios conceptuales viscerales que lo pusieron a compás con esos tiempos.

Veinte años después, en 1986 la Cámara de Diputados encomendó la redacción de un Proyecto de código único civil y comercial a una Comisión Especial Honoraria que tuvo la honra de integrar. Definimos un criterio para la unificación y propusimos el remozamiento del sistema vigente, concluimos la tarea en abril de 1987, y la Cámara de Diputados sancionó nuestro proyecto en el mismo año. El Senado –tras cuatro años de análisis– lo sancionó como ley en 1991, sin introducirle modificación alguna. Pero esta ley fue vetada íntegramente por el Poder Ejecutivo y por lo tanto no tuvo vigencia.

Dicho proyecto de código único de 1987 significó, por una parte, instalar en el debate una serie de temas cuya discusión no era frecuente, y por otra, alinear a los juristas en la tendencia unificadora de los códigos civil y comercial. La incompreensión de algunos, o la animadversión de otros, fundaron buena parte de las críticas que le fueron dirigidas. Pero incumbe al jurista “asumir el desafío de llevar a cabo en nuestro medio la unificación legislativa del derecho privado y en un ámbito más dilatado la armonización de los ordenamientos legales de los países signatarios del Mercosur”<sup>19</sup>. Lo más trascendente fue el intento de modernización del envejecido derecho privado, con criterios que venían siendo impulsados desde mucho tiempo atrás por los encuentros de juristas<sup>20</sup>.

18 Commission of European Contract Law (Chairman: Professor Ole Landö), *Principles of European Contract Law*, The Hague/London/Boston, 2000.

19 GOLDENBERG, I. H. - TOBIAS, J. W. - DE LORENZO, M. F., *Parte general*, cit., p. 31.

20 Ver LÓPEZ CABANA, R. M., “El Proyecto de unificación legislativa civil y comercial (Su coordinación con recomendaciones de Congresos Jurídicos, y soluciones del Derecho Comparado)”,

En 1993 tuvieron estado legislativo dos proyectos de reformas al Código Civil con el mismo criterio de unificar la legislación civil y comercial de la Nación, que propusieron derogar el Código de Comercio e incorporar sus disposiciones al Código Civil. Uno de ellos fue elaborado por una comisión designada en 1992 por la Cámara de Diputados de la Nación, que le dio su sanción. Otro, por una comisión designada el mismo año por el Poder Ejecutivo. Ninguno se convirtió en ley.

En 1995 el Poder Ejecutivo designó otra Comisión –que también tuvo la honra de integrar– encargada de redactar un Proyecto de código civil unificado con el código de comercio. Los redactores concluimos la tarea en 1998 y presentamos un texto de 2.532 artículos que contiene la regulación de las materias civiles y comerciales que actualmente tratan los respectivos códigos. Como señalamos en la nota de elevación del proyecto al Poder Ejecutivo proveímos un catálogo de soluciones pero, naturalmente, no pretendimos haber cubierto el universo global de alternativas que ofrece la realidad móvil y multifacética, y recordamos el pensamiento de Jean Etienne Portalis en el Discurso Preliminar del código civil francés, quien decía que “Las leyes, una vez redactadas, permanecen siempre tal como fueron escritas, en tanto los hombres no reposan jamás; por el contrario, éstos viven en constante actividad y ese movimiento nunca detenido, cuyos efectos son modificados diversamente por las circunstancias, produce a cada instante algún hecho nuevo, alguna combinación original, algún resultado distinto. Infinidad de cosas deben quedar, por consiguiente, necesariamente libradas al gobierno de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio y la decisión de los jueces”.

Las ideas básicas del proyecto de 1998 son las de modernidad sin revoluciones, y de prudencia sin temores. En la nota de elevación al Poder Ejecutivo los redactores precisamos esto: “provenimos de distintas escuelas doctrinarias, y hemos desarrollado especialidades en áreas diversas, en las cuales tenemos a nuestro cargo cátedras universitarias”, por cuyo motivo “el trabajo que presentamos es el resultado de coincidencias a las que llegamos luego de fructíferos debates, en los cuales se depuso siempre el preconcepción personal en aras de soluciones que procuramos adecuar a los criterios de racionalidad y de justicia”. Agregamos que “las cuestiones a que se refiere este trabajo admiten, en muchos casos, más de un enfoque teórico y varias soluciones igualmente razonables de política jurídica” y que “en consecuencia, él no refleja necesariamente las opiniones a las que aisladamente cada uno de los integrantes de la Comisión hubiera podido arribar”.

El proyecto argentino de 1998 produjo inmediato interés en Europa. En abril de 1999 fue analizado en Italia en un Seminario realizado en la Università di Roma Tor Vergata, con el cual se abrió el Corso di Perfezionamiento e di Magister del año. Participaron los profesores italianos de la Università di Roma La Sapienza doctores Pietro Rescigno y C. Massimo Bianca; de la Università di Roma Tor Vergata doctores Sandro Schipani y Paolo Papanti Pelletier; de la Scuola Superiore Santa Anna di

Pisa doctor Francesco Donato Busnelli; y el profesor brasileño de la Universidad de São Paulo doctor Alvaro Villaça Azevedo. En abril de 2000 fui invitado por el profesor Christian Larroumet a dictar un curso referido al proyecto en la Universidad Paris II Panthéon Assas.

No es posible hacer aquí un análisis pormenorizado de las soluciones propuestas por el proyecto de 1998. Señalo, únicamente, un aspecto que es señaladamente importante en tiempos de globalización, por su secuela de economicismo: el proyecto se preocupa especialmente por introducir *standards* inequívocos tendientes a hacer respetar las exigencias de justicia contractual. A tal fin mantiene las figuras del error (artículo 316 y siguientes), del dolo-engaño (artículo 320 y siguientes), de la imprevisión (artículo 1060), de la reducibilidad de las cláusulas penales cuando “su monto resulta notablemente desproporcionado con relación al daño sufrido por el acreedor” (artículo 1645, inciso b). Pero, además, descalifica expresamente el fraude a la ley (artículo 8) y amplía las virtualidades del ejercicio abusivo de los derechos, agregando al texto actual que “el tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización” (artículo 396); expande considerablemente la órbita del vicio de lesión, captando también los casos en los cuales “la condición económica, social o cultural condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones”, así como “la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza” (artículo 327); introduce la noción de frustración del fin, que opera ante “la alteración substancial de las circunstancias que existían al tiempo de la celebración” del contrato (artículos 259 y 1059); determina que quien “obra de mala fe debe resarcir el daño causado” (artículo 325), y consagra claramente la virtualidad de los deberes secundarios de conducta en el contrato, en carácter de “consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad” (artículo 967, conc. artículo 1023); establece que si una de las partes actúa profesionalmente, “para la interpretación de buena fe se toma especialmente en cuenta la adecuación a las pautas razonables de actuación leal en la actividad a la que corresponde el contrato” (artículo 1026, inciso b); exige que haya una “relación de equivalencia de las contraprestaciones si el contrato es a título oneroso” (artículo 1023, inciso d).

De todo lo dicho resulta que Argentina se enrola firmemente en el criterio reificador que asume el envejecimiento de su código civil casi sesquicentenario.

El código civil constituye el núcleo conceptual del “*derecho común*, esto es, del derecho que interesa inmediatamente a la generalidad de los hombres, sin distinciones de actividades y profesiones”<sup>21</sup>. Por eso, el código argentino ha sido una

21 ORGAZ, A., “El futuro del Código Civil”, en *La Ley*, t.<sup>o</sup> 135, p. 1319, ap. 5; GOLDENBERG, I. H. - TOBIAS, J. W. - DE LORENZO, M. F., “Parte general”, en ALTERINI, A. A. - LÓPEZ CABANA, R. M. (Directores), *Reformas al Cód. Civil*, Buenos Aires, 1996, p. 30.

estructura fundamental de la organización de un país democrático, igualitario y moderno que fue elegido como destino por la inmigración europea que lo pobló a fines del siglo XIX y a comienzos del siglo XX.

Ese código civil fue moldeado sobre la base del código francés. Su autor, Dalmacio Vélez Sarsfield, lo evidenció en las notas que puso a su articulado, en las cuales permanentemente lo citó e hizo referencia a la doctrina de sus comentaristas, de los cuales Aubry y Rau fueron mencionados no menos de quinientas veces. Las ideas centrales del código argentino tienen origen en el derecho romano, y son las de *humanitas* y de *libertas*, esto es los derechos de la persona humana y el paradigma de libertad, además de las cuales, por exigencia de los tiempos, es menester reforzar la de *equitas*, como han hecho muchas leyes especiales y como proponen los proyectos de reforma integral.

La reforma integral se impone en beneficio de la seguridad jurídica y, por ende, de la justicia, porque las reformas parciales han sido efectuadas sin organicidad y muchas veces anárquicamente. Como dijimos en la Nota de elevación del Proyecto de 1998, al no haberse producido el necesario remozamiento del código civil la interpretación judicial ha procurado adecuar la difícil convivencia de la ley vieja con la realidad nueva pues ella compatibiliza los antiguos textos con dicha realidad: "Si las circunstancias cambian, la ley debe ser interpretada, no ya como lo deseaba su autor cincuenta o cien años atrás, sino como lo exigen las actuales circunstancias"<sup>22</sup>. Pero para invertir el estado anterior del derecho es necesario un texto nuevo, porque "a menudo es posible hacer decir a los textos otra cosa que lo que dicen, pero rara vez lo contrario"<sup>23</sup>; los tribunales no pueden suprimir palabras de la ley, y sólo tienen facultades para introducirle las que no trae "para aclarar su sentido"<sup>24</sup>, lo cual es bien limitado cuando resulta imperativo cambiar el sistema.

Para la "reconstrucción, después del derrumbe de las instituciones inadaptadas"<sup>25</sup> es necesario aferrarse a los principios, pues mientras el derecho no aporte soluciones puntuales para los problemas nuevos sólo están disponibles las reglas fundantes del sistema y "las categorías jurídicas fundamentales"<sup>26</sup>. Las cuestiones novedosas resultantes de los cambios de circunstancias pueden ser resueltas con el código y no fuera de él, lo cual evita "la superposición de ordenamientos, la especialización de la especialización y, en definitiva, la anarquía y la confusión"<sup>27</sup>.

22 BORDA, G. A., citado en la Nota de Elevación al Poder Ejecutivo del Proyecto de Código Civil de 1998.

23 FLOUR, J. - AUBERT, J. L., *Les obligations. L'acte juridique*, Paris, 1986, nº 118, p. 83.

24 LÓPEZ DE ZAVALA, F. J., citado en la Nota de Elevación al Poder Ejecutivo del Proyecto de Código Civil de 1998.

25 BERTRAND, E., *L'esprit nouveau des lois civiles*, Paris, 1984, p. 117.

26 GALGANO, F., "La cultura jurídica italiana di fronti ai problemi informatici (Considerazione di sintesi)", en ALPA, G. - ZENO-ZENCOVICH, V. (a cura di), *I contratti di informatica*, cit., p. 377.

27 DE LOS MOZOS, J. L., "La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos del Código Civil", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, ed. Civitas, separata, texto y nota 20.

Hay que proceder con suma prudencia ya que en los períodos clásicos “todo es nítido, pulcro y lógico”, pero la estética clásica es reformulada y “regularmente cae en una prolongada agonía romántica” en la cual se rechazan las reglas del período anterior, se experimenta, se improvisa, se niega la existencia de alguna regla, y todo es confuso, desarticulado, informe y caótico”<sup>28</sup>.

Es de esperar que Argentina – como sus vecinos latinoamericanos Bolivia, Perú, Paraguay y Brasil – tenga pronto un nuevo código civil, lo cual sucederá no bien el legislador asuma cabalmente su rol y atienda como corresponde a las exigencias de los cambios culturales, sociales y económicos propios de los nuevos tiempos. Y que ese nuevo código civil no resulte contaminado por las ideas economicistas que están en boga, y por lo tanto afirme el concepto de que el patrimonio no es “un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de la persona”<sup>29</sup>; que entienda que “la igualdad no es justicia, pero no hay justicia sin igualdad”<sup>30</sup>; que asuma que el verbo de la fraternidad de la proclama de 1789 es el verbo de la solidaridad del personalismo actual, porque – con palabras de Perlingieri<sup>31</sup> – “solidarismo significa personalismo”, y “al centro del solidarismo se pone la tutela de la persona”; que no admita que el derecho y sus valores propios sean colocados por debajo de lo económico, porque en ese caso lo jurídico resulta indebidamente degradado sea cual sea el sistema vigente en la economía, y que “la vinculación entre el derecho y la economía, tan estrecha como sea, no haga olvidar sus vínculos, más antiguos y más sólidos, con la moral y sobre todo con la justicia”<sup>32</sup>; que comprenda que la interpretación jurídica “está precisada a aplicar el modelo ético y de justicia” y “no debe limitarse a una mera captación de los hechos”; por lo cual es indispensable “una reflexión jurídica y axiológica de la economía”<sup>33</sup>; en fin, que el legislador argentino no pierda de vista la milenaria enseñanza del Digesto y tenga en cuenta que “todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres”<sup>34</sup>.

28 GILMORE, G., *The death of contract*, Ohio, 1995, p. 111.

29 FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “El histórico problema de la capacidad jurídica”, en *10 años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas*, Lima, 1995.

30 ELVINGER, A., “Rapport général”, en *Travaux de l'Association Henri Capitant. Les notions d'égalité et de discrimination en Droit Civil (Journées de Luxembourg)*, Paris, 1965, p. 63 y 85.

31 PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 78.

32 KHALIL, M. S., *Le dirigisme économique et les contrats. Étude de Droit Comparé: France-Egypte-U.R.S.S.*, Paris, 1967, p. 1.

33 IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1989; XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991; II Segundas Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico, Río Cuarto, Córdoba, 1992; I Jornadas del Fin del Mundo de Derecho Privado, Ushuaia, 1996.

34 *Digesto*, 1, 5, 2.



# LES NOUVEAUX CODES DE L'AMÉRIQUE LATINE : LE CODE BRÉSILIEN \*

Arnoldo Wald

*Professeur de l' Université de l' État de Rio de Janeiro*

**SOMMAIRE.** I. Introduction – II. La découverte du droit de l'Amérique latine – III. L'originalité du droit latino-américain – IV. L'évolution du droit privé brésilien – V. Le nouveau Code civil de 2002 – VI. La philosophie du nouveau Code – VII. Les principales innovations – VIII. Conclusions.

*Il faut signaler l'importance d'une vraie découverte de l'Amérique latine par les juristes européens au début du III<sup>e</sup> millénaire. Le Congrès qui vient d'être organisé par l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains en est la meilleure preuve.*

*Le droit de l'Amérique latine est original et a une contribution importante à donner, tant en vertu des influences diverses qu'il a subi, que des conditions sociales et économiques de la région. En particulier, le Code civil brésilien de 2002 présente un intérêt spécial étant efficace, éthique et inspiré par la sociabilité. Il correspond à une nouvelle phase de l'évolution de l'économie et de la société brésiliennes.*

## I. INTRODUCTION

1. Nous tenons d'abord à remercier l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains et, en particulier, son président, notre cher ami le professeur Christian Larroumet, pour cette magnifique initiative qu'il a prise en organisant un congrès international sur l'avenir de la codification en France et en Amérique Latine. Cette manifestation si féconde, utile et opportune, qui accompagne les importantes commémorations du bicentenaire du Code Napoléon, qui ont lieu en France et à l'étranger, a toutefois un caractère particulier qu'il nous faut signaler.

## II. LA DÉCOUVERTE DU DROIT DE L'AMÉRIQUE LATINE

2. Il s'agit de la redécouverte, ou même de la découverte tout simplement, du droit de l'Amérique Latine par les comparatistes et civilistes européens. Cinq cents ans après les navigateurs d'Espagne et du Portugal, cinq siècles après Christophe Colomb et Pedro Alvares Cabral, l'Europe et, en particulier, la France, découvre,

\* Este texto ha sido traducido al español por Sebastián Ríos, miembro de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, académico de la Universidad de Chile. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

grâce à ce congrès, l'existence d'un droit spécifique et original qui existe en Amérique Latine. Il est adéquat de parler de découverte puisque, sauf quelques rares et importantes visions individuelles, le droit de notre continent n'était pas l'objet d'études, ni même de connaissance, parmi la majorité des juristes du Vieux Monde. Pour la plupart d'entre eux, on pourrait imaginer qu'il y aurait en Amérique Latine un droit exotique, traduisant, en espagnol ou en portugais, le Code Napoléon dans sa version de 1804. Cette impression assez vague ne dépassait pas la croyance qu'avaient, avant les années 1500, les navigateurs ibériques, selon laquelle quelques terres encore inconnues devaient exister et pourraient être découvertes sur le chemin de la route des Indes.

3. Effectivement, écrivant en 1950, un texte dont l'actualité continue d'être frappante en 2004, René David reconnaissait que les comparatistes : « *la plupart du temps, ne paraissent à vrai dire, s'être posé aucune question, et avoir toujours rangé ou paru ranger, sans discussion, les droits de l'Amérique latine dans le système de droit continental; l'hésitation que l'on peut avoir est seulement, parfois, de savoir si les droits de l'Amérique latine sont entrés dans leur pensée, ou s'ils ne les ont pas purement et simplement ignorés de façon totale. Quel que soit le titre, d'apparence très générale, qu'ils ont donné à leurs travaux, divers comparatistes n'ont en effet voulu étudier, dans leurs "Introduction au droit comparé", que les différences entre droits de l'Europe continentale et common law; s'ils ont, à l'occasion, mentionné les droits ou certains droits de l'Amérique latine, il n'apparaît pas qu'ils aient envisagé dans son ensemble le problème de la classification de ces droits.*

« *Ce problème toutefois a été envisagé par certains auteurs, qui l'ont résolu en niant l'autonomie des droits de l'Amérique latine et en rangeant ces droits, sans réserve, dans la famille du droit continental. Telle est notamment de façon non équivoque, parmi les auteurs d'ouvrages récents, la position de Wigmore (A panorama of the world's legal system, 1932-1936), de Schnitzer (Vergleichende Rechtslehre, 1945), d'Arminjon, Nolde et Wolff (Traité de droit comparé, 1950-52). Moins nette, mais orientée dans le même sens, paraît avoir été l'opinion de Gutteridge (Le droit comparé, 1949-1953), de Sarfatti (Introduzione allo studio del diritto comparato, 1953); de Sauser-Mall (Fonction et méthode du droit comparé, 1913), de Ionesco (Introducere la dreptul civil comparat, 1925)<sup>1</sup>.* »

4. Il est donc très salutaire et particulièrement important pour les juristes de l'Amérique Latine que leur droit soit connu et discuté au sein d'une organisation spécifique, comme c'est le cas de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, qui, en deux ans, a su mobiliser, tant dans notre continent qu'en France, de nombreux juristes et obtenu l'appui d'institutions du plus haut niveau, comme c'est le cas du Sénat qui nous reçoit aujourd'hui. Dans le message du président Christian Poncelet, qui nous a été délivré par le sénateur Louis Duvernois, nous avons vu, pour la première fois, le Sénat français s'intéresser au droit de

1 DAVID, R., *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, Paris, Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine, Centre de Documentation Universitaire, 1982, p. 5-6 ; et *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Paris, Economica, 1982, p. 164-165.



l'Amérique Latine, en affirmant que : « Nos affinités, d'ailleurs, ne sont pas seulement historiques et intellectuelles, elles touchent des pans entiers de la vie sociale latino-américaine, qu'il s'agisse des institutions politiques, du secteur économique ou de la sphère juridique comme les orateurs qui vont me succéder vont, à n'en point douter, en souligner le caractère fondamental. »

5. Ce rapprochement entre les pays du Nouveau Monde et l'Europe, en général, et la France, en particulier, se justifie au moment où le Brésil vient d'approuver et de mettre en vigueur son Code civil de 2002 et l'Argentine a son projet de Code civil, dont nous a parlé le professeur Alterini. D'autre part, à l'occasion du bicentenaire du Code Napoléon, sa révision est discutée à Paris dans de nombreux travaux qui examinent également l'évolution législative dans les autres pays, parmi lesquels ceux de l'Amérique Latine<sup>2</sup>.

6. Cette discussion va même plus loin dans la mesure où une certaine concurrence internationale a fini par s'accroître entre le modèle romano-germanique et la *common law*, en ce qui concerne non seulement la langue des affaires, mais même une échelle de valeurs, qui n'est pas nécessairement la même dans les deux systèmes. Ils nous faut donc revoir nos législations et créer les instruments juridiques nécessaires pour garantir l'efficacité des solutions présentées par notre système dans un monde en changement continu, caractérisé par l'incertitude<sup>3</sup>, le manque de continuité<sup>4</sup>, la vitesse, la disparition des distances et les opérations réalisées en un temps éclair. Le droit doit donc être de plus en plus dynamique mais, en même temps, équilibré, assurant tant la sécurité juridique que l'adaptation constante des contrats aux nouvelles circonstances qui, souvent, étaient imprévisibles. À la société flexible il faut le droit flexible auquel faisait allusion le regretté doyen Carbonnier<sup>5</sup>. Un effort est donc en train d'être fait pour atteindre une plus grande efficacité sans un changement de l'échelle de valeur, en trouvant un juste milieu entre les impératifs économiques et moraux, tout en faisant prévaloir ces derniers.

7. Comme le disait jadis un écrivain, nous sommes passés, au XIX<sup>e</sup> siècle, de l'absolu au relatif, en abandonnant certains dogmes, et il nous faut maintenant dépasser la phase du relativisme sans perdre les valeurs éthiques. C'est la gageure du droit à contenu variable, du droit du développement<sup>6</sup> et du pluralisme juridique ou encore du droit en réseau<sup>7</sup> qui, d'une façon ou de l'autre, sont en phase de construction dans

2 *Le Code civil - Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, *passim* et *Le Code civil - Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Université Panthéon-Assas-Paris II, Dalloz, 2004, *passim* et en particulier p. 855 et s.

3 GALBRAITH, J.K., *The age of uncertainty*, Londres, British Broadcasting Corporation, 1997, *passim*.

4 DRUCKER, P.F., *The age of discontinuity*, New York, Harper & Row, 1968, *passim*.

5 CARBONNIER, J., *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1992, 2<sup>e</sup> édition, *passim*.

6 WALD, A., « Il diritto dell'economia e il diritto dello sviluppo in Brasile » in *Il diritto dei nuovi mondi*, Milano, CEDAM, 1994, p. 175.

7 OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 49.

la majorité des pays. Les pays liés à la tradition occidentale, ceux d'Europe et de l'Amérique Latine, ayant les mêmes valeurs et les mêmes préoccupations en ce qui concerne l'équité, doivent retrouver ensemble les nouvelles formules que la mondialisation nous oblige à adopter pour que nos idéaux et notre civilisation puissent survivre, en associant l'efficacité des solutions juridiques et le respect de l'éthique.

### III. L'ORIGINALITÉ DU DROIT LATINO-AMÉRICAIN

8. Il faut ajouter que les droits de l'Amérique Latine ont une contribution à donner au droit comparé, par leur originalité et du fait qu'ils sont, au fond, des droits mixtes, ayant souffert l'influence européenne, en droit privé, et celle du droit américain en droit public. Ce pluralisme de sources historiques peut donc être un élément fécond pour construire le droit d'aujourd'hui et de demain, attirant l'attention non seulement des comparatistes mais également des privatistes en général.

128

9. Cette affirmation se justifie par la réalisation, au Brésil, d'un rêve des juristes français, auquel nous voulons faire allusion en préambule de notre communication. Effectivement, dans son rapport de synthèse lors d'un récent colloque, au Centre René Demogue, réalisé à Lille, le professeur Philippe Jestaz a affirmé que : « Depuis quelques heures, nous nous prenons à rêver qu'un Garde des sceaux législateur, émule de MM. Jean Foyer et Badinter, fasse un jour procéder à une refonte générale des articles du code civil consacrés aux obligations. Et pour rester fidèles à l'esprit du colloque, nous aimerions alors que la nouvelle version laissât une place importante à la conception commutative du contrat, sans pour autant renier un certain nombre de principes, en l'absence desquels – nous en donnons acte à nos contradicteurs – il n'y aurait plus de contrat du tout. Ces principes devraient simplement être conciliés avec d'autres, nouvellement affirmés. L'exercice de rédaction serait difficile, mais notre ami Ghestin, pour ne citer que lui, aurait sûrement le talent d'élaborer un excellent projet.

« Je crains malheureusement qu'il ne faille renoncer à ce genre de rêverie, dont la réalisation supposerait en effet une volonté politique très forte et qui n'a guère de raison de s'affirmer en pareil domaine<sup>8</sup>. »

10. Ce rêve lié au solidarisme contractuel, auquel le professeur Jestaz a renoncé, s'est réalisé au Brésil, avec un Code qui veut faire prévaloir les valeurs éthiques et sociales sur la volonté des parties. Comme l'a indiqué le professeur Miguel Reale, le Code civil brésilien a voulu dépasser les thèses tant de l'école française de l'exégèse que des pandectistes allemands, qui voulaient résoudre les conflits sociaux en se basant sur les critères des catégories juridiques, et a décidé d'interpréter le Droit en considérant les valeurs sociales et éthiques<sup>9</sup>.

11. Cette contribution spécifique du droit brésilien nous a paru importante pour réaffirmer son originalité et indiquer le sens de l'évolution de notre droit et ouvrir ainsi le débat en ce qui concerne le Code civil de 2002.

8 JAMIN, C. et MAZEAUD, D., *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 247.

9 REALE, M., *Estudos preliminares do Código Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

12. La première question qui se pose, dans nos travaux, est pourquoi codifier ? Quelle est la raison pour laquelle le Brésil s'est décidé, dès la deuxième moitié du xx<sup>e</sup> siècle, à se doter d'un nouveau Code civil, qui a fini par entrer en vigueur le 11 février 2003, après une discussion et des débats parlementaires qui ont duré presque trente ans.

#### IV. L'ÉVOLUTION DU DROIT PRIVÉ BRÉSILIEN

13. Il faut rappeler que nous avons un Code commercial daté de 1850 et un Code civil élaboré en 1899, approuvé par le Congrès en 1916 et qui était entré en vigueur en 1917 (Code de 1916). Or, le Brésil du milieu et même de la fin du xix<sup>e</sup> siècle a très peu de chose en commun avec celui qui existe aujourd'hui. La population a décuplé, augmentant de 17 à 170 millions d'habitants. L'esclavage n'a été aboli qu'en 1888 et le système politique du Brésil était impérial jusqu'en 1889, la société brésilienne étant celle d'un pays rural avec une économie artisanale. Le premier bond dans le sens du développement industriel date de la période postérieure à la Seconde Guerre Mondiale, le Brésil ayant atteint, à un certain moment, la dixième place dans le *ranking* de l'économie mondiale, en même temps que plus de trois quarts de sa population devenaient urbaine. Les grandes métropoles urbaines, comme São Paulo et Rio de Janeiro, avec leur périphérie, atteignent actuellement presque quinze millions d'habitants.

14. D'autre part, après des années de dictature civile et militaire, le Brésil a pu consolider le régime démocratique et le respect à l'État de Droit. On peut donc comparer, en un certain sens, le Brésil à l'époque de l'élaboration de ses codes antérieurs, à la France sous Napoléon. L'écart législatif entre les deux périodes s'explique par l'évolution sociale, économique et politique des deux pays.

15. Le Code de 1916 était individualiste et relativement formaliste, représentant encore une phase dans laquelle la propriété souffrait peu de restrictions, l'autonomie de la volonté prévalait en matière contractuelle, la famille était monarchique sous l'autorité incontestée du *paterfamilias* et la femme mariée était considérée comme « relativement incapable ». Cette législation a été caractérisée comme faisant dominer le « privatisme domestique » dans une société qui venait de sortir de la féodalité et dont les traces étaient encore présentes dans les pouvoirs des grands propriétaires, qui avaient également, en fait, une autorité politique<sup>10</sup>, que l'on appelait les *coronéis* (colonels).

16. Il est donc évident que le Code de 1916 devint obsolète à partir du milieu du xx<sup>e</sup> siècle, en vertu d'une inflation législative semblable à celle que l'on a connue en France, qu'il s'agisse de 10 000 ou de 100 000 lois, ordonnances, décrets-lois ou décrets. La doctrine brésilienne a ainsi pu parler, dès 1950, d'une dualité des droits en vigueur : celui du Code civil et des traités des civilistes, que l'on enseignait dans les facultés, et celui des lois « extravagantes » appliqué par les juges et construit par la

10 WALD, A., « La réforme du droit brésilien », in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, 1962, n<sup>o</sup> 4, p. 716.

jurisprudence et la doctrine. Or il fallait uniformiser les règles, parfois contradictoires, qui étaient l'objet de ce foisonnement juridique, dont l'ambiguïté était contraire à la sécurité juridique qui est actuellement considérée comme une caractéristique du développement.

17. Nous avons eu, au Brésil, comme en France, une jurisprudence constructive, allant « au-delà du Code par le Code » et peut-être même, dans certains cas, malgré le Code. Qu'il s'agisse de la liberté en matière de contrats, de la responsabilité civile, du droit de propriété, de la répression des abus et détournements de pouvoirs, sous toutes les formes, un nouveau droit a été construit, un peu comme le droit prétorien qui a complété et corrigé à Rome le *Ius civile*.

130

18. Tant les autorités que les tribunaux et la doctrine ont commencé à proposer, dès 1940, un nouveau Code civil ou, du moins, un nouveau Code des obligations, dont un premier projet a été élaboré en 1941. Pour maintenir la cohérence du droit civil, il nous fallait donc construire une nouvelle « dogmatique juridique<sup>11</sup> », d'autant plus que les modifications du Code n'avaient pas toujours les meilleures qualités techniques et même linguistiques. Il est donc possible d'appliquer au droit brésilien la phrase du professeur Boulanger qui, à propos du Code Napoléon, a pu dire : « Au marbre primitif on a substitué en beaucoup d'endroits, le stuc, la brique, le plâtre quand ce n'était pas le torchis<sup>12</sup>. »

19. Au delà des modifications techniques, il y a eu, au Brésil, un changement de l'échelle de valeurs qui a inspiré non seulement la nouvelle législation extravagante mais aussi et surtout la Constitution de 1988, qui a attribué tant à la propriété qu'à l'entreprise « une fonction sociale<sup>13</sup> ». Certains principes de droit civil sont donc passés à avoir une valeur constitutionnelle et on a même pu parler de l'existence d'un droit constitutionnel civil<sup>14</sup>.

20. Ainsi, un nouveau système juridique de droit privé s'est imposé tant pour des raisons de sécurité juridique que d'adaptation au texte constitutionnel et aux nouvelles conditions de vie du pays. Le choix à faire n'était plus de maintenir le droit ancien ou de refaire les textes législatifs, mais il s'agissait de résoudre le dilemme entre l'élaboration d'un nouveau Code civil ou la révision de celui de 1916.

## V. LE NOUVEAU CODE CIVIL DE 2002

21. Quoique certains juristes brésiliens auraient préféré que l'on fasse une révision du Code, l'élaboration d'un nouveau texte a été décidée en vertu du nouvel esprit qu'il devrait avoir, tout en maintenant, dans la mesure du possible, la structure

11 DANTAS, S., « Nova dogmática jurídica », in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, n° 18, p. 241.

12 *L'opportunité d'une partie générale dans le futur Code civil français*, Association Henri Capitant, Travaux, Paris, Dalloz, 1946, p. 86.

13 Articles 5, XXIII ; 170, III et 173, par. 1<sup>o</sup>, I.

14 TEPEDINO, G., « Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002 », in *A parte Geral do Código Civil*, coordination de Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Renovar, 2<sup>e</sup> édition, p. XV.

et la terminologie antérieures. En effet, la révision pourrait donner l'impression de maintenir d'une façon artificielle un Code qu'on aurait vidé de sa substance, ressemblant un peu à ces vieilles maisons dont la façade a été préservée pour des motifs historiques, mais dont l'intérieur a été radicalement modifié.

22. La décision du législateur a donc été de maintenir, dans le nouveau Code, tout ce qui pouvait survivre et de modifier, d'ajouter ou supprimer tout ce qu'il lui paraissait nécessaire d'adapter aux changements soufferts par le pays. Il est ainsi possible de caractériser le Code de 2002 comme étant, en même temps, conservateur dans sa forme et son style et rénovateur en ce qui concerne les principes, qui sont le reflet des constructions de la jurisprudence et des directives constitutionnelles.

23. En ce qui concerne son contenu, le Code de 2002 a unifié les droits civil et commercial, suivant l'exemple du *Codice civile* italien, en excluant toutefois, le droit du travail et la réglementation des sociétés anonymes, qui sont l'objet d'une législation spéciale. En effet, le droit commercial n'étant plus celui de la classe des commerçants mais s'étant transformé, en grande partie, en droit des affaires applicable d'une façon objective à l'entreprise, la distinction traditionnelle avait perdu une partie de son importance et l'unification se justifiait d'autant plus que le Brésil n'a plus, depuis longtemps, des tribunaux de commerce.

24. Le Code a 2046 articles et se divise, comme celui de 1916, en deux parties, l'une générale et l'autre spéciale. La première a trois livres qui sont les mêmes que ceux adoptés par la législation antérieure : les personnes, les biens et les actes juridiques (*negócios jurídicos*)<sup>15</sup>. La seconde a cinq livres, les quatre qui existaient auparavant (Famille, Droits réels, Obligations et Successions) avec une modification dans l'ordre de leur présentation<sup>16</sup> et, en plus, celui de l'entreprise. Il s'inspire, dans sa forme, des Codes civils italien et portugais et en partie du BGB, tandis que, dans son esprit, il se rapproche d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence française, ayant des conceptions modernes et sociales en ce qui concerne la famille, la propriété, le contrat et la responsabilité civile.

25. L'existence d'une partie générale introduite jadis par le Projet brésilien de Teixeira De Freitas et, ensuite, par le Code civil allemand et adoptée par les deux Codes brésiliens (de 1916 et 2002) a été l'objet de longues et intéressantes discussions, en France, à l'occasion de la réunion du groupe français de l'Association Henri Capitant, dans sa séance du 8 décembre 1945, sous la présidence du professeur Niboyet et comptant avec la présence des plus importantes juristes de l'époque : les professeurs Boulanger, Rouast, Esmein, Solus, Henri Mazeaud, Ancel, René et Capitant, entre autres. La discussion avait comme objet « la question de

15 Tandis que le Code de 1916 intitulait ce livre, *Les actes juridiques*, le Code de 2002 a préféré la dénomination - Les faits et les négoce juridiques (la terminologie négoce ayant un sens différent au Brésil). Cf. *Le Code civil - Livre du bicentenaire*, déjà cité, p. 704.

16 L'ordre du code de 1916 était le suivant : Droit de la famille, Droit des choses, Droit des obligations et Droit des successions. Celui du Code de 2002 est le suivant : Obligations, Droit de l'entreprise, Droits réels, Famille et Successions.

savoir si le Code civil français en préparation devrait comporter une partie générale » comme le faisait les Codes allemand et brésilien<sup>17</sup>.

26. La question s'est d'ailleurs posée également au législateur brésilien qui a cité cette discussion réalisée presque un demi-siècle auparavant à Paris<sup>18</sup>. Lors des journées françaises, la doctrine s'est manifestée contrairement à l'inclusion d'une partie générale dans le Code civil, citant le chancelier de l'Hopital, pour lequel : « *La loi commande, elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre*<sup>19</sup> ».

27. À la conclusion des travaux, il y a eu un consensus pour dénoncer le côté didactique de la partie générale du BGB et même justifier les retranchements opérés dans le titre préliminaire du projet du Code civil français. L'idée générale était que le législateur n'est pas un professeur, même si un professeur de droit peut devenir législateur<sup>20</sup>.

28. Mais déjà dans son rapport, le professeur Boulanger signalait que : « *L'illusion dans laquelle ont vécu les juristes au siècle dernier est désormais complètement dissipée, la loi ne peut prétendre tout régler, tout prévoir*<sup>21</sup>. »

132

29. Telle est, en grande partie, la raison pour laquelle tant le BGB que le Code civil brésilien de 2002 ont senti la nécessité d'affirmer, dans une partie préliminaire, certains principes généraux applicables à toutes les parties du droit ou, au moins, à la majorité d'entre elles et, en même temps, de laisser au juge une certaine liberté d'appréciation tout en appliquant les directives fixées par le législateur. C'est le cas pour le respect de la dignité de la personne, de l'équilibre ou de la proportionnalité dans l'exercice des droits et de l'exigence d'une conduite caractérisée par la bonne foi objective.

30. Le monde ayant changé et le Code devant comprendre, au Brésil, tout le droit commercial, des concepts comme le « négoce juridique » (nouvelle dénomination de l'acte juridique) peuvent avoir leur utilité, comme le reconnaissait déjà Raymond Saleilles, dans son commentaire à l'article 116 du BGB, invoqué par le professeur Boulanger pour conclure que l'inclusion de cette rubrique, si elle « bouscule nos habitudes de pensée », pourrait constituer « un titre de plus, en une époque où le programme d'action est de faire du neuf<sup>22</sup> ».

31. En ce qui concerne l'aspect didactique de la partie générale, il faut reconnaître que le Code brésilien a été élaboré par des professeurs de droit, l'un d'eux, qui a coordonné les travaux, le professeur Miguel Reale, enseignant la philosophie du droit. La préoccupation de ces juristes a été d'élaborer un code qui puisse être compris, dans un pays de dimensions continentales, par une population qui n'a pas toujours le même niveau culturel et être appliqué par des juges dans des régions aux écono-

17 Association Henri Capitant, *Travaux*, *op. cit.*, p. 73.

18 MOREIRA ALVES, J.C., *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2<sup>e</sup> édition, 2003, p. 23 *in fine*, et note 15.

19 Association Henri Capitant, *op. cit.*, p. 77.

20 Association Henri Capitant, *op. et loc. cit.*

21 Association Henri Capitant, *op. cit.*, p. 79.

22 Association Henri Capitant, *op. cit.*, p. 84.

mies et aux sociétés les plus diverses, qui sont lointaines les unes des autres. Le caractère didactique et programmatique de la partie générale s'explique, donc, également quand la question est examinée sous un angle différent de celui qu'ont adopté les juristes français il y a un demi-siècle. D'autre part, encore récemment le professeur Claude Witz reconnaissait l'importance croissante de la partie générale dans les Codes civils<sup>23</sup>.

## VI. LA PHILOSOPHIE DU CODE CIVIL BRÉSILIEN

32. Le Code civil de 1916 était, un peu comme le Code Napoléon, un code caractérisé comme celui des biens, de la propriété, du contrat comme réflexe de l'autonomie de la volonté, de la responsabilité civile basée, dans la grande majorité des cas, sur la faute. Un siècle de jurisprudence et de lois spéciales a modifié radicalement ce panorama juridique, au Brésil comme dans tous les autres pays du monde. D'où une nouvelle vision du droit qui, en droit comparé, s'est inspiré, comme nous l'avons déjà indiqué, du BGB et de sa réforme de 2001, des Codes italien et portugais, de ceux des Pays-Bas et du Québec, ainsi que, dans notre pays, de la Constitution brésilienne de 1988 et du Code de la consommation.

33. Ainsi, le Code de 2002 reconnaît l'éclatement de certains concepts et instruments juridiques pour leur assigner une fonction sociale, qu'il s'agisse de la propriété, du contrat, de la responsabilité objective ou de la famille démocratique et égalitaire. Les exigences quant à la conduite des personnes deviennent plus sévères et strictes. Elles ne doivent pas seulement éviter d'agir de mauvaise foi, mais la loi leur impose une conduite de bonne foi objective, c'est à dire socialement valable et éthiquement justifiée. La bonne foi objective devient, à côté de la fonction sociale, l'un des principes clés de la nouvelle législation<sup>24</sup>. Les idées de solidarité, de coopération et de partenariat, ainsi que le respect des valeurs humaines<sup>25</sup> sont au cœur du nouveau texte, qui, en ce sens, s'inspire de Duguit, Demogue et Savatier<sup>26</sup>.

## VII. LES PRINCIPALES INNOVATIONS

34. En ce qui concerne la partie générale, les grandes modifications ou innovations sont les suivantes:

- a) un chapitre sur le droit de la personnalité, dont la protection est également assurée, dans la mesure du possible, aux personnes morales;
- b) la reconnaissance de la responsabilité pour dommage moral;

23 WITZ, C., « L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain », in *Le code Civil, Livre du bicentenaire*, déjà cité, p. 704.

24 REALE, M., *op. cit.*, p. 75.

25 REALE, M., « Em defesa dos valores humanísticos », article publié dans le journal *O Estado de São Paulo*, du 15 janvier 2004.

26 DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, Paris, Éditions La Mémoire du droit, 1999, 2<sup>e</sup> édition, p. 24 et s.; DEMOGUE, R., *Traité des obligations*, réimpression, Bad Feilnbach, Schmidt Periodicals GmbH, 1994, III, p. 331 et s.; et SAVATIER, R., *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1952, 2<sup>e</sup> édition, p. 19 et s.

c) une meilleure définition des personnes morales de droit public ;

d) une nouvelle terminologie en ce qui concerne les actes juridiques, remplacés par l'expression « *negócios jurídicos* », inspirée du droit italien et qui correspond également à la terminologie du droit allemand ;

e) l'âge de la majorité qui était de vingt et un ans est ramené à dix-huit ans.

35. Dans la partie spéciale, ce sont surtout le droit des obligations et celui de la famille qui ont subi des modifications profondes.

36. En droit des obligations, il y a un changement de la vision en ce qui concerne le contrat, conçu comme instrument ayant une fonction sociale, pouvant être annulé en vertu de la lésion et devenant sujet à révision en vertu de la théorie de l'imprévision. Dans le même esprit, la bonne foi est exigée, non seulement au moment de la célébration du contrat, mais pendant toute la période de son exécution, la jurisprudence et la doctrine brésilienne ayant donné à la bonne foi un sens objectif, inspiré par l'application constructive que le droit allemand a fait de l'article 242 du BGB et par la doctrine française<sup>27</sup>. Il s'agit donc de maintenir l'équilibre contractuel entre les parties, l'obligation de loyauté pouvant être interprétée d'une façon très large.

37. Peut-être sommes-nous arrivés assez près de la conception défendue récemment en France par le professeur Denis Mazeaud, lorsqu'il considérait le contrat comme instrument non seulement de liberté, mais aussi de loyauté, solidarité et de fraternité<sup>28</sup>, le professeur Philippe Jestaz préférant toutefois invoquer une conception commutative du contrat<sup>29</sup>. Il s'agit toutefois de concilier cette formule féconde avec la sécurité juridique et la possibilité de prévoir les droits et obligations des parties, ce qui n'est pas toujours facile. C'est une tâche que le juge devra exercer avec beaucoup de prudence.

38. Lors de la discussion de notre rapport, quelques questions ont été soulevées en ce qui concerne cette nouvelle vision du contrat. Il a été dit qu'il s'agirait d'une conception dépassée défendue jadis par René Demogue, mais qui n'aurait pas eu de succès depuis lors. Nous pensons qu'au contraire, il y eu, même en France, une évolution dans ce sens tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. René Savatier parlait déjà de l'éclatement du contrat<sup>30</sup> et toute une génération de juristes reconnaît les grandes modifications qu'il a souffert pendant le xx<sup>e</sup> siècle<sup>31</sup>. Il suffirait de rappeler l'affirmation des professeurs Malaurie et Aynès quand ils

27 WALD, A., Rapport brésilien in *La bonne foi*, publication des Journées louisianaises de l'Association Henri Capitant de 1963, Paris, Litec, 1964, p. 252-264.

28 MAZEAUD, D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle » in *L'Avenir du Droit Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF/Éditions du Jurisclasseur, 1999, p. 603.

29 JESTAZ, P., *op. et loc. cit.*

30 SAVATIER, R., *op. et loc. cit.*

31 Il suffit de citer les travaux sur l'évolution récente du contrat publiés dans l'ouvrage collectif que constituent les *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du xxi<sup>e</sup> siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001 ; MALINVAUD, P., *Le Droit des Obligations*, Paris, Litec, 2002, 8<sup>e</sup> édition, n<sup>o</sup> 72.



enseignement que : « *Le contrat est plus ou moins obligatoire, plus ou moins opposable, plus ou moins synallagmatique ou plus ou moins aléatoire et une nullité ou une résolution est plus ou moins étendue* »<sup>32</sup>.

39. D'autre part, nous reconnaissons qu'il est important de concilier la conception dynamique du contrat avec la sécurité juridique, qui est une des valeurs les plus importantes du monde moderne et de la démocratie. Cette conciliation peut être faite partant de la notion d'équilibre, c'est à dire de garantir dès le début et de maintenir pendant toute sa durée, l'équilibre économique et financier du contrat, en ayant également en considération l'intérêt social et, d'autre part, le *due process of law*, c'est à dire, la reconnaissance des droits de chacune des parties.

40. La jurisprudence des tribunaux français et brésiliens a d'ailleurs évolué en donnant également au contrat une interprétation constructive basée sur la bonne foi et l'intérêt social.

41. À ce sujet, il faut ajouter le caractère aléatoire de l'économie moderne et sa volatilité, qui existent partout, mais se font sentir davantage dans les pays en développement, qui en subissent les effets avec plus de densité. Nous avons ainsi connu au Brésil, dans les années 1980-1990, une très importante inflation de plus de 1 000 % (mille pour cent) par an et avons trouvé, à un certain moment, dans l'indexation un moyen de survivre, qui est peut-être condamnable, mais a été utile dans le passé et nous a permis, selon l'expression d'un des nos économistes, à « *n'ayant pu atteindre la vertu, du moins de neutraliser le vice* » (qui serait représenté par les effets pervers de l'inflation)<sup>33</sup>.

42. En ce qui concerne les obligations, il y a eu des perfectionnements techniques par rapport à la législation antérieure, dans le domaine de la rescision et de la résiliation des contrats, de la théorie de l'imprévision et de la cession de dette. Les contrats commerciaux qui étaient, en partie ou dans leur totalité, matière de lois spéciales ont été également l'objet de règles générales dans le Code, comme c'est le cas de la distribution, de la commission, du transport, du courtage et de l'assurance.

43. La responsabilité civile a été reconnue non seulement dans les cas de faute, mais aussi, étant basée, exceptionnellement, sur le risque, dans le cas d'activités qui, par leur nature ou objet, peuvent causer des dommages à des tiers, ainsi qu'en ce qui concerne l'entreprise responsable pour les actes de ses employés.

44. Le droit de l'entreprise a remplacé la notion traditionnelle d'acte de commerce par celle d'activité de l'entrepreneur, c'est à dire le titulaire de l'entreprise, et a préféré au « fond de commerce » l'expression « établissement commercial ». Dans cette partie du Code, le législateur fixe les principes généraux du droit des

p. 53-58 ; et l'excellent article de Catherine Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin 1997, n° 2, p. 357-385, parmi de nombreux autres livres et articles.

32 MALAURIE, P. et AYNÉS, L., *apud* Catherine Thibierge-Guelfucci, art. cité, p. 363, note 45.

33 CAMPOS, R., préface au livre, *A Correção Monetária*, de Chacel, J. Simonsen, M. et Wald A., Rio de Janeiro, Apec, 1976, p. 11.

sociétés (mais pas des sociétés anonymes), du système de comptabilité, de l'établissement, du registre de commerce etc.

45. S'il nous a paru important que le Code assure la protection des minorités et le fonctionnement démocratique des sociétés commerciales, nous pensons que les principes généraux devraient être inclus – comme ils l'ont été – dans un Code civil, mais que le régime spécifique de chaque type de société peut ne pas y figurer. Nous préférons, donc, qu'à côté d'un Code civil d'aspect plus général et doté d'une certaine pérennité, étant la constitution civile du citoyen, nous ayons un Code des sociétés, plus dynamique et pouvant être modifié plus facilement selon l'évolution de l'économie et de la société. Ce Code définirait le régime juridique de chaque type de société et donc les droits et les devoirs des associés.

46. En ce qui concerne les SARL, le code établit deux régimes, l'un plus simple, pour les sociétés qui ont moins de dix associés, et l'autre plus contraignant, en ce qui concerne les formalités et les assemblées, pour les entreprises ayant un plus grand nombre de membres. D'autre part, les dispositions générales concernant les sociétés ont eu comme but établir un régime plus démocratique que celui qui existait jadis, en assurant des droits et une protection efficace aux associés ou actionnaires minoritaires, l'entreprise étant également considérée comme devant exercer une fonction sociale.

47. Pour les droits réels, les innovations qui s'inspirent de la formule constitutionnelle et de la jurisprudence brésilienne sont la fonction sociale de la propriété et, en conséquence, des délais plus brefs pour la prescription acquisitive en ce qui concerne ceux qui occupent certains immeubles non productifs et les utilisent pour des fins agricoles ou comme lieu d'habitation, ces délais pouvant être réduits à cinq ans, dans certains cas. Dans des hypothèses analogues, le législateur admet même l'expropriation indirecte, découlant du fait de l'occupation des immeubles et se réalisant en vertu du paiement, au propriétaire, du prix fixé *a posteriori* par l'autorité judiciaire. On admet, ainsi, que la situation de fait puisse justifier l'expropriation, qui antérieurement n'était possible qu'en vertu de la loi ou d'un décret du Pouvoir exécutif. C'est une concession à la réforme agraire, que les auteurs du projet justifient en affirmant qu'à côté de la possession – occupation traditionnelle il faut reconnaître l'existence d'une possession – travail basée sur l'intérêt social.

48. En ce qui concerne le droit de la famille, le nouveau Code incorpore les solutions de la Constitution de 1988, des lois spéciales et de la jurisprudence pour reconnaître l'égalité des sexes et de tous les enfants (légitimes, naturels et adultérins), les uns par rapport aux autres et de tous dans leurs relations avec les parents, et la disparition de l'allusion au pouvoir paternel ou marital, remplacé par le pouvoir parental.

49. Les causes du divorce peuvent être interprétées par le juge d'une manière assez large, de façon que le système antérieur du divorce judiciaire ayant des causes qui avaient le caractère de *numerus clausus* disparaît. Le régime légal des biens de caractère supplétif est celui de la communauté partielle (*des acquis*) au lieu de la

communauté universelle du Code de 1916, les parties pouvant toutefois choisir un autre régime. Au contraire de ce qui arrivait auparavant, le régime des biens est également sujet à modification pour des raisons valables, selon l'appréciation souveraine du juge et dans le respect des droits des tiers.

50. Le Code établit également un régime pour le couple hétérosexuel qui n'est pas marié mais qui veut constituer une famille. Dans ce cas, sauf convention contraire, le régime de la communauté réduite aux acquêts s'applique. Les concubins peuvent également hériter l'un de l'autre, sans préjudice des autres héritiers.

51. Pour les successions, il y a peu de modifications, sauf l'inclusion du conjoint comme héritier nécessaire qui, héritant avec les enfants, reçoit la part attribuée à chacun d'eux ou au moins 25 % (vingt cinq pour cent) de la part non disponible, sans préjudice du droit de continuer à occuper la résidence du couple.

52. Les testaments ne peuvent plus établir, sauf juste motif, que les biens qui constituent la partie non disponible de l'héritage sont inaliénables, insaisissables ou intransmissibles.

## VIII. CONCLUSIONS

53. En conclusion, la nouvelle codification brésilienne nous paraît utile et importante pour le pays, dans la mesure où elle a :

- a) concilié le Code avec le droit actuel en vigueur, en modernisant la législation brésilienne;
- b) fixé certains principes généraux qui n'existaient pas antérieurement;
- c) donné au pays un Code civil systématique et rationnel, sans la superposition des lois d'esprit différent, qui existait antérieurement, puisqu'elles avaient été élaborées à des époques distinctes;
- d) évité certaines contradictions de la législation antérieure;
- e) unifié les contrats civils et commerciaux;
- f) reconnu des nouveaux droits qui s'expliquent en vertu de l'évolution sociale ou des nouvelles technologies;
- g) remplacé l'individualisme parfois excessif de la législation antérieure par un esprit social et une préoccupation éthique, tant dans le domaine du droit civil que dans celui du droit commercial, tout en considérant la personne humaine et sa dignité comme la question centrale du droit contemporain.

54. Le professeur Miguel Reale a affirmé que le nouveau Code se caractérise par des préoccupations éthiques et sociales et par son caractère opérationnel, qui en font un exemple pour les législations du troisième millénaire destinées à être en vigueur à une époque de grands changements, quand l'économie et les technologies évoluent en progressions géométriques<sup>34</sup>.

55. Il est donc possible de caractériser le nouveau Code brésilien comme ayant incorporé des valeurs qui auparavant, pour les civilistes, n'étaient pas explicitement

34 REALE, M., *op. cit.*, p. 21/30.

présentes sur le plan juridique. C'est le cas de certaines valeurs éthiques, comme la dignité humaine et la bonne foi objective, des valeurs sociales, comme l'attribution d'une fonction au contrat et à la propriété, dans l'intérêt, non seulement des parties, mais de toute la société, et même des notions économiques, comme l'équilibre, la proportionnalité et l'efficacité, que le droit a fini par consacrer.

56. Les législations de l'Amérique Latine ont été souvent critiquées du fait qu'elles avaient été élaborées, non pour les pays où elles devaient être appliquées, mais pour les sociétés européennes de l'époque, très différentes de celles qui existaient, en réalité, dans leur pays, ce qui rendrait leurs textes inadaptés et leur application difficile. Le Code brésilien a réagi contre cette critique, qui était bien fondée surtout au XIX<sup>e</sup> siècle. Le Brésil a voulu faire un Code destiné à la société brésilienne du XXI<sup>e</sup> siècle, prenant en considération tous les facteurs sociaux, économiques et politiques. Il faut donc faire l'éloge de cet aspect de la nouvelle législation issue d'un effort constructif et modernisateur du législateur.

138

57. Ainsi, la symbiose du réalisme et de l'idéalisme du législateur brésilien nous permet de conclure qu'il a suivi le conseil que René Savatier donnait au juriste, quand il lui disait qu'il devait avoir les pieds sur terre et regarder les étoiles<sup>35</sup>.

35 SAVATIER, R., *op. cit.*, p. 73. La citation exacte de Savatier, dont nous avons reproduit le sens est la suivante : « ... à la barre du navire, il faut que les juristes connaissent la mer et suivent fidèlement les étoiles ».

## UNA VISIÓN SINTÉTICA SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN BOLIVIANA

Salvador Romero Ballivián

*Profesor de la Universidad Católica Boliviana*

Se me ha pedido dos tareas muy difíciles de conciliar: por un lado, comentar dos disertaciones de muy alto nivel, expuestas por dos especialistas del derecho civil, Atilio Aníbal Alterini de Argentina y Arnoldo Wald de Brasil, y por otro lado, retratar brevemente la evolución del Código civil en Bolivia.

Las ponencias de Alterini y de Wald muestran primero cuán laborioso es el proceso de promulgación de un Código, un texto complejo y extenso por su pretensión de cubrir de la manera más completa posible los distintos campos que legisla. Resalta con claridad que una reforma del Código civil no necesita únicamente la conciencia clara de efectuar modificaciones sino una férrea voluntad política para llevar a buen puerto todo el proceso. Los varios proyectos de reforma que quedaron a medio camino atestiguan la dependencia de los cambios legales con respecto a la coyuntura y las prioridades políticas. Los dos autores subrayan la necesidad de contar con un Código que tenga la flexibilidad suficiente para adaptarse a situaciones nuevas e impensadas: en el contraste entre un Código que parece destinado a desafiar al tiempo, inmutable, y las aceleradas mutaciones económicas, sociales y culturales de las sociedades contemporáneas se encuentran los riesgos mayores para la codificación. Por último, es probable encontrar en la inspiración de la reformulación de los Códigos, el mismo deseo que animó a los primeros codificadores latinoamericanos: hacer una obra lo más completa posible y, como señalaba José M. Urcullu, uno de los autores de los primeros Códigos bolivianos, perfecta.

Ahora, intentaré detenerme en la experiencia boliviana y, a través de ella, continuar estableciendo puentes con los procesos descritos para Argentina y Brasil. En primer lugar, conviene destacar que el país fue el primero en América Latina en completar y concretar una codificación propia, llevando a buen puerto el deseo que tuvieron la mayoría de los primeros gobernantes de la Independencia: dotarse de una legislación propia y homogénea, dejando atrás las enrevesadas normas españolas de la Colonia. El trabajo se realizó durante la prolongada e innovadora presidencia del mariscal Andrés de Santa Cruz. En 1831, promulgó el Código Civil, individualista, racionalista y, en temas familiares, conservador: si su arquitectura general se basó en el Código francés, un tercio de sus artículos se fundaron en la legislación española y romana<sup>1</sup>. En su fecunda presidencia, también se puso en vigencia el

1 ABECIA, V., "La obra legislativa del Mariscal Santa Cruz", en DE SANTA CRUZ SHUKRAFFT, A. et al, *Vida y obra del Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana (tomo III)*, La Paz, H. Municipalidad de La Paz, 1992, p. 88 - 89.

Código penal en 1831 (de raíz española), el Código de Procedimientos en 1833 y los Códigos Mercantil, Mineral y Militar en 1834. Sus partidarios tenían conciencia de la magnitud de la obra que dejaba Santa Cruz y no olvidaban la figura de Napoleón, como señalaban dos de sus estrechos colaboradores: “Le caberá a V. E. haber dado a su Patria un Código como Napoleón y Justiniano” (Casimiro Olañeta, 1829)<sup>2</sup> y “Napoleón, tal vez más grande por su Código que por sus asombrosas campañas” (Mariano E. Calvo)<sup>3</sup>.

Como describió el propio Santa Cruz, el propósito fue establecer una “legislación sencilla, clara y racional”<sup>4</sup>, además de “producir un Código adoptado a la índole, modales y vicios de (los) habitantes (de Bolivia)”<sup>5</sup>. Su labor se adelantó en por lo menos un par de décadas a los primeros países que siguieron la obra de Santa Cruz como muestra los años en se adoptaron los Códigos Civiles en Perú 1852, Chile 1857, Argentina y Uruguay 1869, Venezuela y Colombia 1873, etc. Con Santa Cruz se fundó una tradición que permanece vivaz en Bolivia y que ha tenido su último fruto en el Código Electoral promulgado en 1999.

140

La mayor parte de estos Códigos decimonónicos han estado en vigencia hasta fines del siglo XX; algunos de ellos todavía resisten gracias a la desidiosa complicidad parlamentaria como ilustró con claridad el texto de Alterini para Argentina. A fines del siglo XX, Bolivia volvió a figurar en la vanguardia de las reformas. En los últimos años del gobierno de facto del general Hugo Banzer (1971 – 1978) se modernizó el Código Civil, que también lleva la huella de la codificación italiana<sup>6</sup>, lo que sucedió también en otros países latinoamericanos en la segunda mitad del siglo XX. El nuevo texto aseguró lo que en los hechos se venía produciendo: la igualdad del hombre y de la mujer para los trámites y derechos civiles. Asimismo, Banzer completó el trabajo codificador con la promulgación de 8 Códigos, unos reformados, otros nuevos: de Comercio, de Procedimiento Civil, Penal, de Procedimiento Penal, de Familia, del Menor, Aeronáutico y Militar. Este reordenamiento jurídico y “normalización” de una legislación dispersa constituyó uno de los motivos de mayor orgullo del gobierno de Banzer<sup>7</sup>.

En democracia, se aprobaron el Código Penal con su nuevo Código de Procedimiento Penal. La justificación de las reformas fue idéntica, lo que es dramático, a la que había expresado Santa Cruz en su momento: “Nadie deja de sentir y

2 Carta de Casimiro Olañeta de 1829, citada en DE SANTA CRUZ SHUHKRAFFT, A., “Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana” en DE SANTA CRUZ SHUHKRAFFT, A. et al, *op. cit.*, p. 34.

3 Carta de Mariano E. Calvo de 1831, citada en DE SANTA CRUZ SHUHKRAFFT, A., “Génesis...” en DE SANTA CRUZ SHUHKRAFFT, A. et al, *op. cit.*, p. 27.

4 Manifiesto de Andrés de Santa Cruz en 1840, citado en DE SANTA CRUZ SHUHKRAFFT, A., “Génesis...” en DE SANTA CRUZ SHUHKRAFFT, A. et al, *op. cit.*, p. 35.

5 Carta de Andrés de Santa Cruz de 1829, citado por DE SANTA CRUZ SHUHKRAFFT, A., “Génesis...” en DE SANTA CRUZ SHUHKRAFFT, A. et al, *op. cit.*, p. 34.

6 MORALES, C., *Código Civil concordado y anotado*, La Paz, Amigos del libro, 1977, p. XIII – XX.

7 Presidencia de la República, *Libro blanco de realizaciones del gobierno de las Fuerzas Armadas*, La Paz, Presidencia de la República, 1978, p. 10 – 14.

lamentarse las irregularidades y la duración de los procesos, clamando por un nuevo método que facilite los juicios y los haga claros y breves”<sup>8</sup>. Sin duda, el estudio de los Códigos no debiera hacerse al margen de cómo funciona el Poder Judicial en los distintos países, dicho de otra manera cómo los principios se aplican, se deforman, se limitan, se coartan en su aplicación cotidiana por parte de los distintos actores del sistema judicial.

Las innovaciones penales fueron la adopción de mecanismos anglosajones (procesos orales y jueces ciudadanos) y una protección más eficaz de los derechos humanos de los acusados. En cambio, ha quedado pendiente de análisis y estudio en el Parlamento el Código Civil<sup>9</sup> y el Nuevo Código de Procedimiento Civil que también incorporaría los juicios orales. La demora en la reforma del Código explica la promulgación de leyes específicas como la de Arbitraje y Conciliación –de inspiración anglosajona– o la de Abreviación procesal civil. Conviene subrayar que estas leyes introducen de hecho cambios a los Códigos que no están protegidos por ningún tipo de mecanismo legal: el trámite legislativo y la mayoría de votación son idénticos en el caso de un Código que de una Ley.

En una visión de conjunto se observa que las influencias sobre la legislación y la codificación boliviana han pasado de Europa, de Francia y España en particular, hacia Estados Unidos. Esa evolución no es ajena a la consolidación de la potencia norteamericana en el siglo XX, a la influencia de esta nación sobre las elites bolivianas y, más llanamente, a la intensa cooperación estadounidense en el campo de la Justicia en los últimos tres lustros.

Desde la promulgación del Código en 1830 hasta la fecha, la legislación civil boliviana ha tenido muchas veces un carácter de avanzada, muchas veces en el tiempo de ejecución y otras, tal vez no las menos, en el contenido. Como ejemplo de este carácter innovador cito la aprobación del divorcio, decidida por los liberales a principios del siglo XX, y que recién encuentra cabida en la legislación de algunos países vecinos.

Antes que una disertación jurídica sobre la legislación civil boliviana, es tal vez más pertinente preguntarse por qué Bolivia, una de las naciones más pobres de América, reputada por su inestabilidad política y mediocres indicadores educativos, consigue en repetidas oportunidades colocarse como un innovador jurídico en la región, capaz de traducir en su legislación principios y normas que a otros países les ha tomado décadas implantar.

Aquí presento tan solo un esbozo de hipótesis, una pista de investigación que puede contribuir a no olvidar que la evolución del derecho no es ajena a las tenden-

8 Decreto de 1830, citado en DE SANTA CRUZ SHUKRAFFT, A., “Génesis...” en DE SANTA CRUZ SHUKRAFFT, A. et al, *op. cit.*, p. 39.

9 Las principales reformas contempladas en el Código se aplicarían al régimen de propiedad horizontal, a la protección de la integridad moral del individuo, la regulación para la usucapión, la protección de la vida humana desde la concepción y la modificación del registro de Derechos Reales. Gobierno Constitucional Hugo Banzer 1997 – 2001 Memoria, La Paz, Hanns – Seidel Stiftung, Fundemos, 2001, p. 416.

cias mundiales –lo que evidenciaron con claridad los textos de Argentina y Brasil– sino a la estructura social, política y económica de un país.

Por razones que serían largas de explicar, desde el comienzo de la República, las elites bolivianas fueron débiles comparadas con los grupos dominantes de otros países de la región. Su fragilidad provocó que les faltase aquello que los conservadores exigen a menudo de las elites: el vigor suficiente como para gobernar sin dar la espalda al pasado, ser capaces de asegurar su dominio por largos periodos de tiempo, de construir instituciones sólidas, de cimentar tradiciones. En Bolivia, no lo consiguieron y estuvieron a la merced de continuos procesos de renovación en su composición, vivieron fuertes desplazamientos ideológicos en su seno e incluso el centro del poder ha tenido notables cambios. Sobre el primer punto, cambios presidenciales impulsados por golpes de Estado y una economía basada en la aleatoria e impredecible minería llevaron a la cúspide a “hombres nuevos”. En cuanto a las ideas, el conservadurismo dio paso al liberalismo y este al nacionalismo revolucionario: cada uno de estos conjuntos ideológicos abrió brechas en las elites tradicionales. Por último, la sede de gobierno se trasladó de Sucre a La Paz a principios del siglo XX y hoy Santa Cruz le disputa a La Paz el liderazgo nacional. En cada uno de estos procesos, ciertos grupos dominantes se opacan y otros ascienden y se refuerzan.

142

Ahora bien, ¿cómo se une esta fragilidad y renovación de las elites con los cambios jurídicos? El cambio en los grupos dominantes trae aparejado una mayor apertura a las nuevas ideas, a las corrientes de moda que desdeñan el pasado. Las nuevas elites no se sienten responsables de los textos e ideas de ayer: más bien, pueden legitimar su poder en nuevas concepciones, por ejemplo, apostar por reformas en la legislación que los diferencien de los antiguos grupos dominantes. Esta idea específica se encuentra reforzada cuando se constata que existe una cierta correlación entre las épocas de cambio social y político y los intentos de reformar los Códigos: los tiempos de estabilidad política irían de la mano con un interés disminuido por transformar de manera completa los Códigos. Por supuesto, esos momentos de cambio no pueden bordear situaciones anárquicas, las menos propicias para reformar Códigos. A título de ejemplo, en Bolivia, el trabajo de modificaciones a los Códigos se ha vuelto atónito desde que a principios del siglo XXI el Estado se encontró acosado por movimientos sociales y vio resquebrajada su institucionalidad.

Retomando el hilo de la principal hipótesis aquí señalada, la mejor resistencia de las elites en los otros países se acompañaría de una mayor resistencia al cambio, que incluiría, por supuesto, el ámbito legal. Existiría un apego a las normas ya existentes y una renuencia a cambiarlas: se trataría de una visión del mundo tendiente a la preservación de un orden tradicional, especialmente sensible en asuntos de costumbres morales reguladas por el Código Civil.

Esta pista de análisis puede ayudar a comprender el futuro de la codificación en Francia y en América Latina en un marco de interpretación que va más allá de las cuestiones de derecho al incluir variables políticas, sociológicas y culturales.



## LES NOUVEAUX CODES LATINO-AMÉRICAINS AU XXI<sup>E</sup> SIÈCLE

Noemia C.M. de Oliveira Novaes

*Avocate (Brésil)*

### I. INTRODUCTION

L'institution de « normes narratives » et non seulement de normes « qui obligent » est fondamentale pour permettre aux *opérateurs du droit* une interprétation systématique de la législation civile (l'« esprit » de la loi) et non seulement une lecture littérale et paralysée. Toutefois, dans certaines situations, ce type de norme peut apporter des difficultés pratiques pour ces utilisateurs (autres que les seuls avocats). Cela se vérifie, en particulier, lorsque de telles normes régulent des contrats commerciaux et civils.

Idéalement, une législation civile et commerciale codifiée doit se réguler par l'objectivité et la clarté, dans le but de permettre aux parties contractantes d'établir avec précision les limites et l'étendue de ses obligations et éviter ainsi un éventuel recours au judiciaire.

Cette clarté législative est davantage importante dans un pays où, malheureusement, la « machine judiciaire » est quelques fois très lente (certains procès peuvent s'étaler sur plus de six ans) et, pour cette raison, la législation elle-même a peu à peu accepté certains moyens alternatifs de résolution des controverses. Comme exemple parmi d'autres, nous pouvons citer l'Arbitrage et des Greffes de Conciliation du Travail.

Malgré le fait que le Nouveau Code civil brésilien (édité le 10 janvier 2002 et entré en vigueur le 11 janvier 2003) ait incorporé des principes importants – qui se trouvaient déjà acceptés par la doctrine et la jurisprudence brésiliennes – on peut vérifier dans certains articles de ce Code l'absence d'objectivité, la réglementation excessive de certaines situations et l'existence de beaucoup de normes ouvertes dans le secteur des contrats. En outre, on remarque que le code civil – dont le projet a été discuté au Congrès National pendant plus de vingt ans – est de fait dépassé sur certains sujets qui sont en constante évolution, comme c'est le cas, par exemple, pour les contrats commerciaux et civils.

Cet article prétend analyser de manière succincte quelques modifications apportées par le Nouveau Code civil brésilien relatives aux contrats commerciaux et civils, qui peuvent, éventuellement, entraîner des difficultés pour les entrepreneurs et commerçants brésiliens et qui mériteraient, éventuellement, une révision plus attentive de la part du législateur national.

## II. DISTRIBUTION ET AGENCE

Le Nouveau Code a mélangé deux figures juridiques, dont les différences étaient très délimitées par la doctrine et la jurisprudence.

Auparavant, l'agent ou représentant commercial agissait comme un simple intermédiaire d'affaires, tandis que le distributeur achetait et revendait effectivement des produits. Le rapport de représentation commerciale était réglementé par la loi n° 4.886/65.

Selon la législation précédente, le représentant recevait une commission sur le prix des ventes faites au bénéfice de l'entreprise et la vente se réalisait directement entre l'entreprise et le client.

D'autre part, le distributeur achetait le produit du fabricant pour ensuite le revendre à un tiers, et le distributeur était rémunéré par la différence entre le prix d'achat du produit et du prix de vente.

Le Nouveau Code civil a, de façon erronée, réuni dans un même chapitre (Chapitre XII) la distribution et l'agence/représentation commerciale, en les rapprochant. Actuellement la définition d'agence et de distribution est la suivante :

*« Art. 710. Par le contrat d'agence, une personne assume en caractère non éventuel et sans lien de dépendance l'obligation de promouvoir, pour le compte de tiers, moyennant rétribution, la réalisation de certaines affaires, en zone déterminée, la distribution étant caractérisée lorsque l'agent aura à sa disposition la chose qui doit être négociée. »*

La conséquence de cela est que s'est étendue au distributeur – qui, usuellement est en position économique autant ou parfois même plus avantageuse que le fournisseur (comme par exemple, les grands distributeurs de boissons) – une protection excessivement sécurisée, antérieurement concédée seulement aux représentants commerciaux qui, dans la législation nationale, sont traités de manière semblable aux employés.

En outre, l'utilisation de normes telles que : « le juge décidera à propos de la raisonnable du délai et de la valeur due », renvoyant la décision du conflit uniquement au judiciaire – alors que le Code civil devrait fournir les paramètres pour le jugement du cas – s'oppose au concept qui veut qu'une bonne législation doit être suffisante pour établir des paramètres, le recours au judiciaire étant une exception.

Ainsi, contrairement au principe général de l'égalité consacré par la Constitution fédérale brésilienne de traiter également les égaux et inégalement les inégaux, le Nouveau Code, dans la partie d'agence et distribution, a traité également les inégaux, ce qui peut préjudicier au bon fonctionnement de quelques rapports commerciaux dans le pays.

## III. SOCIÉTÉS LIMITÉES

On doit citer encore, l'excessive réglementation du secteur des sociétés limitées (SARL) apportée par le Nouveau Code. Ce qui motivait le choix de la constitution d'une société limitée par un entrepreneur, et non d'une société anonyme, était souvent l'absence de beaucoup de formalités lors de sa constitution et exercice, dont

les mécanismes étaient bien connus des petits et moyens entrepreneurs.

Cependant, ce facteur a été très affecté par le Nouveau Code. Actuellement, les sociétés limitées se sont rapprochées du concept de société anonyme, car il existe désormais une série d'exigences et d'obligations formelles qui ne les concernaient pas. Comme exemple, nous pouvons citer l'obligation de réunir une assemblée annuelle et l'obligation de publier des bilans (quoiqu'il existe des discussions sur cette obligation). En effet, il y a eu remplacement d'un assez petit nombre d'articles appartenant à une loi propre par d'autres, qui figurent de l'article 1052 à 1087.

L'effet pratique de tout cela est qu'il y a une augmentation de la charge de bureaucratie pour les micros, petits et moyens entrepreneurs, ce qui représente une augmentation des frais légaux et comptables et une plus grande insécurité quant à la responsabilité des partenaires et des administrateurs.

En outre, l'apparition de ces nombreux articles a créé un autre problème qui concerne le texte parfois douteux de certains d'entre eux. La mauvaise rédaction de quelques articles a suscité des polémiques. Par exemple, la compréhension d'une certaine obligation de l'application subsidiaire de la législation relative aux sociétés simples, même si le contrat démontre le choix du régime supplémentaire de la loi des sociétés anonymes, étant donné que la première se trouve dans le *caput* et l'autre se trouve dans le *paragraphe unique* du même article. On comprend toutefois que comme les deux parties de l'article en question disposent sur la même matière, les deux règles ne peuvent pas coexister dans une même société, mais la simple possibilité d'un détour d'interprétation démontre déjà un problème de rédaction.

#### IV. LA PRESTATION DE SERVICES

Un dernier exemple de contrat affecté par la nouvelle réglementation qui peut susciter des doutes est la prestation de services.

Dans le Code civil de 1916 existait le concept de location de main d'œuvre qui était applicable au contrat de travail. L'ancienne location de main d'œuvre comprenait plusieurs contrats différents, comme le contrat de travail, d'emploi domestique et d'emploi privé. Toutefois, depuis la promulgation de cet ancien code, en raison de l'apparition de la législation du travail, plusieurs activités antérieurement traitées par le Code civil de 1916 – comme la location de main-d'œuvre – ont été progressivement intégrées au secteur des activités réglées par la législation du travail en vigueur. Ainsi, le concept de location de main-d'œuvre a-t-il été laissé de côté au fil du temps.

Plutôt que d'établir un concept actuel pour la prestation de services – surtout parmi les entreprises –, le Nouveau Code civil est revenu au concept de location de main-d'œuvre de 1916. Cela crée bien évidemment une confusion, car beaucoup de contrats de prestation de services sont actuellement célébrés par des entreprises (ou même des micro-entreprises) – n'étant pas applicable une législation qui, lors de sa création, entendait protéger l'employé prestataire de services.

Comme exemple, nous pouvons citer l'obligation du contractant de services

d'indemniser le prestataire de service en cas de « renvoi » de ce dernier ou bien aussi l'article qui dispose que le contrat de prestation de services se termine avec la « mort » d'une des parties contractantes. L'utilisation des mots « renvoi » et « mort » montre l'utilisation de l'ancien concept de main-d'œuvre qui les regardait comme personne physique et *hypo-suffisante*, ce qui est inconcevable lorsque les parties contractantes sont deux entreprises.

Il y a ici, comme dans le cas d'agence et de distribution, une protection excessive du prestataire de services, assumant qu'il se trouve en position d'infériorité dans la relation contractuelle, ce qui, en pratique, ne se démontre pas.

## V. CONCLUSION

De tout ce que nous avons exposé ci-dessus, nous retiendrons ces trois points.

Dans la distribution ou agence, la nouvelle législation a traité ces concepts autrement que la doctrine et la jurisprudence ne l'avaient fait jusqu'ici. Concernant les sociétés limitées, le Code de 2002 a accru la réglementation en les rapprochant du système complexe des sociétés anonymes. Enfin, en ce qui concerne la prestation de services, le Code de 2002 a réincorporé l'ancien concept de main d'œuvre.

146

Ainsi, nous pensons qu'en prétendant réglementer des situations nouvelles, le Nouveau Code civil brésilien n'a pas su analyser la réalité telle qu'elle se présentait, d'où l'on peut conclure qu'une révision attentive est nécessaire.

Notre objectif a été tout simplement de relever quelques problèmes qui peuvent survenir dans le domaine des contrats à la lumière du Nouveau Code. Toutefois, nous ne considérons pas que les problèmes abordés soient arrêtés ; au contraire, nous devons attendre les décisions des tribunaux sur ces sujets pour saisir l'esprit pratique du Code civil brésilien de 2002.

## IV

### COMMENT CODIFIER ? CODIFICATION ET CONNAISSANCE DU DROIT

*« Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions » (Jean Marie Etienne Portalis)*

Président de séance  
*Francisco Victoria-Andreu*

## PRÉSENTATION

Francisco Victoria-Andreu

*Vice-président de l' Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains,  
professeur invité aux Universités de Nancy et du Havre*

148

La Genèse de la codification du droit, on peut l'apercevoir dès l'apparition du très complet ouvrage réalisé pendant le règne babylonien de Hammourabi (1792 AC), intitulé de nos jours « Code d'Hammourabi ».

Plus tard, apparut la compilation de l'empereur Justinien qui pendant le VI<sup>e</sup> siècle (*Corpus Iuris Civilis*) se concrétise d'une certaine façon, dans le travail de réorganisation des lois romaines mené par une équipe de juristes dirigée Tribonien.

L'esprit animateur et créatif de Justinien y ressort très clairement. Dans ce code, il a imprimé un effort notable d'unité et d'équilibre, en apportant de concert, l'accumulation législative et jurisprudentielle formée dans des atmosphères différentes et dans le cours des siècles.

De nos jours, le juriste et le législateur ont en Justinien un magnifique exemple à suivre, dont le seul but doit être la recherche de l'adaptabilité du droit dans la circonstance sociale du moment et en portant comme étendard la lutte pour l'intérêt commun.

Le droit français<sup>1</sup>, ainsi que le droit dans les pays latino-américains<sup>2</sup>, a été soumis à l'influence de différents courants de la pensée juridique tout au long du temps et de l'histoire, en se cristallisant actuellement dans un compendium de lois tout à la fois moderne et moderniste. De même, en mélangeant gracieusement tant la formulation traditionnelle d'antan que l'ère futuriste de l'Internet, la codification du droit continue sans cesse son évolution.

Le Code civil de Napoléon est, sans aucun doute, intellectuellement parlant, le chef d'œuvre juridique de l'époque. Celui-ci a été pendant le XIX<sup>e</sup> siècle, le modèle à suivre pour porter à bien le travail du codificateur dans les pays de l'Amérique latine.

D'un point de vue systématique – et également normatif –, le *Code civil des Français* a été la source d'inspiration du législateur latino-américain et un motif suffisant pour le relier au moment et au lieu où a été conçue la nouvelle codification civile des pays de cette région.

D'autre part, bien que pour beaucoup le *Code civil des Français* ait été la « seule » source inspiratrice de la codification latino-américaine, il est injuste d'oublier tout le passé historique latino-américain. L'histoire de cette région a été riche de traces tant politiques que

- 1 En France, entre 1500 et 1780 nous pouvons trouver à : Charles Du Moulin, Jean Domat, Robert Joseph Pothier; qui ont été d'une certaine manière les prédécesseurs de la codification française.
- 2 Andrés Bello pour l'Amérique du Sud et Justo Sierra pour le Mexique, furent les prédécesseurs intellectuels de la codification civile dans le contexte latino-américain.

sociales alors que les pays étaient, à ce moment là, plongés dans une période de consolidation politique, résultat de l'essor de la période de la post-indépendance.

De la même façon, ces pays ont eu « la tâche de remplacer leur textes de l'époque coloniale par les codes qui étaient proclamés comme condition indispensable pour acheminer la vie sociale de manière civilisée<sup>3</sup>.»

La société évolue et, par conséquent, le Droit est ajusté aux circonstances elles-mêmes de nature sociale. La Science Juridique est évolutive et changeante, les frontières ont été raccourcies en raison du spectre de la globalisation (ou mondialisation ?) L'ère de l'électronique et de l'informatique a donné la règle au législateur pour réfléchir et pour visualiser à nouveau l'adaptation du droit à de telles circonstances.

La nouvelle terminologie juridique (dans laquelle nous trouvons le nouveau langage de l'Internet) et la «légistique», accompagnent la codification actuellement, en offrant un meilleur accès aux textes juridiques et une lecture plus claire des deux.

L'accumulation de ces idées est perceptible dans les interventions magistrales que nous ont présentées le professeur Luiz Edson FACHIN sous le titre « Le juriste du futur et la connaissance du code civil » et le professeur Danièle BOURCIER sous le titre : « Codification et légistique à l'heure du numérique. Des nouveaux outils pour mieux gérer et connaître le droit ».

Les interventions de ces derniers ont été méticuleusement analysées et commentées par le docteur Moisés ROMERO BERISTAIN (directeur du Département de droit de l'Université des Amériques de Puebla- Mexique) qui a émis un point de vue basé sur sa longue expérience académique et professionnelle. D'autre part, le docteur Carlos MOLINA (professeur de l'Université de Medellín et de l'Université du Rosaire) a commenté brièvement mais brillamment ces deux rapports.

Comme vice-président de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, c'est un plaisir pour moi de vous présenter dans ces Actes, ces travaux présentés lors de la table ronde « Comment codifier ? Codification et connaissance du Droit » que j'ai eu l'honneur de présider pendant notre 1<sup>er</sup> Congrès international à Paris, en avril 2004.

3 GONZÁLEZ, M. del R., *Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1983.





# LE JURISTE DE DEMAIN ET LA CONNAISSANCE DU CODE CIVIL \*

Luiz Edson Fachin

*Professeur et directeur de la Faculté de droit de l' Université Fédérale du Parana*

**SOMMAIRE.** 1. Introduction; 2. La codification en tant que protagoniste : une image; 3. Enseignement juridique : une invitation à la réflexion sur les codes; 4. Contexte historique du droit, des codes et de la conception d'État; 5. Défi des transformations; 6. Connaissance du droit et connaissance des principes constitutionnels; 7. La réforme du nouveau Code civil brésilien; 8. Conclusion.

**RÉSUMÉ.** *Le texte analyse les rapports transitoires existant entre la connaissance et la codification, transpercés d'un idéal d'uniformisation, précision, prévision et nourris d'un désir de simplicité et clarté. Son point de repère est le contexte juridique contemporain et le nouveau Code civil brésilien. À partir d'une métaphore de Martin Santomé, l'analyse proposée passe des codes archaïques aux souffles hypothétiques de jeunesse émancipatrice du droit, ce qui rapproche les frontières entre le public et le privé. Ce faisant, il cherche à montrer les bases pour le dialogue entre le juriste de demain avec un droit civil renouvelé en soulevant la question de l'enseignement juridique et de la connaissance des codes.*

## 1. INTRODUCTION

**A**lberto Bueres a écrit que « le juriste d'aujourd'hui a une attitude différente de celui des siècles passés. Autrefois, le rationaliste ou le dogmatique se consacraient à la recherche des constructions parfaites. Leurs structures étaient donc prétendument immuables, permanentes. Et encore : les postulats étaient acceptés sans questionnement. L'homme de droit actuel fait face à un monde changeant, surtout dans les domaines social et économique. Ce qui est valable aujourd'hui le sera demain <sup>1</sup>. »

Cette proposition permet d'analyser les rapports transitoires existant entre la connaissance et la codification, transpercés d'un idéal d'uniformisation, de précision et nourris d'un désir de simplicité et de clarté. Bref, cette sorte d'utopie législative : accès simple au contenu de la loi, à la portée de tous, moins formelle pour que la norme codifiée soit connue, comprise et utilisée. Voilà un beau rêve, bercé maintenant par les perspectives encourageantes de l'informatique et du développement technologique.

\* Este texto ha sido traducido al español por el autor. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

1 BUERES ALBERTO, J., *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammourabi, 1986, p. 32.

Il faut donc se demander quelles seraient les limites et les possibilités de cette aspiration –quelles qu’elles soient, idéal d’uniformisation, précision, prévision et simplicité–, sans négliger non plus la vigueur du nouveau Code civil brésilien<sup>2</sup>. Voilà notre questionnement et nous tâcherons d’y trouver une réponse.

Pietro Perlingieri affirme, en ce qui concerne le rôle de la codification contemporaine et l’interprétation des diplômes législatifs, que « la question principale ne réside pas en la disposition topographique (codes, lois spéciales), mais en l’aspect unique des problèmes. Il faudra trouver une réponse à ces problèmes, en la cherchant dans le système comme un tout, sans être d’une part attaché à la prémisse préconçue du caractère résiduel du code et d’autre part, sans être inattentif aux lois qui sont chaque fois plus nombreuses et fragmentées<sup>3</sup>. »

Pour bien saisir cette conjecture, le chemin à emprunter n’est pas celui de la technique mais celui de l’art. Pour cela, je ferai usage d’une métaphore.

## 2. LA CODIFICATION EN TANT QUE PROTAGONISTE : UNE IMAGE

152

L’éclairage est sur Martín Santomé, personnage principal d’un roman<sup>4</sup>, *La Tregua*, écrit par Mario Benedetti<sup>5</sup>. L’incohérence apparente de cet homme se trouvait entre la routine quotidienne insoutenable, source de constatation de la désillusion, et l’impossibilité de convertir son sentiment conscient de vie frustrée en levier de transformation. Pour Martín Santomé, le seul instant de répit intervient quand une circonstance change le quotidien ennuyeux de sa vie résignée.

Focalisons-nous sur le juridique privé classique où la codification est la protagoniste d’une contradiction : la régularisation des rôles et la résistance au pouvoir constructif des événements marginaux au code. Dans la codification civile, jurisprudence ténue, doctrine pâle, législation sans connexion débouchent sur un répit contemporain, ce que l’on pourrait appeler de constitutionnalisation repersonnalisation, dépatrimonialisation. C’est la traversée des codes archaïques aux souffles hypothétiques de jeunesse émancipatrice du Droit qui rapproche les frontières entre le public et le privé.

Dans le théâtre de notre métaphore, le paradoxe apparaît lors du répit de Martín Santomé. C’est une période d’amour, qui est interrompue avec la mort de la femme aimée. Les scènes révèlent, pendant cette année qui précède sa retraite,

2 Le nouveau Code civil brésilien fut institué par la loi n°10.406 du 10 janvier 2002 et qui entra en vigueur un an après sa publication.

3 PERLINGIERI, P., *Perfis de direito civil*, Rio de Janeiro : Renovar, 2002, 2<sup>e</sup> éd., p. 6.

4 BENEDETTI, M., *La tregua*, Montevideo, Arca Editorial–Editorial Nueva Imagen, 1992. Comme a déjà été écrit, « le roman raconte une année de la vie de Martín Santomé. Au début du roman, le protagoniste a 49 ans, trois enfants, est veuf depuis 25 ans et tient à partir à la retraite. À la fin, il a 50 ans, c’est son dernier jour de travail et il traîne les aventures et mésaventures de son amour automnal par la jeune Laura Avellaneda qui naît, grandit et meurt pendant cette année-là ».

5 Mario Benedetti, après avoir publié son premier livre en 1945, *La Víspera indeleble*, écrit plusieurs romans, contes et surtout des poésies; journaliste, il fut critique littéraire. Il naquit le 14 septembre 1920 (BENEDETTI M., *Anthologie poétique*, sélection, traduction et présentation de Julio Luis Gehlen, Rio de Janeiro, Record, 1988).

l'homme du début de son poste et l'homme de la fin de cette sorte de mise en scène, c'est-à-dire la naissance, le développement et la mort d'un amour automnal, hors de saison, qui paraissait l'avoir fait renaître.

Cela n'a pas été qu'un répit, brève lumière qui est née et est passée par lui momentanément, qui touche et, fugace, tout de suite s'est éteinte. L'une de ces lumières, qui malgré son apparition éphémère, paraît et existe pour nous révéler l'obscurité profonde. Martín Santomé a voulu se laisser aller par le courant ou peut-être par le torrent.

Quel sera le répit pour le droit dont le passé est peut-être terminé et dont l'avenir peut pourtant se constituer ?

Pour Martín Santomé, après tout, le paradoxe entre le manque de temps pour se rendre compte de ce qui transforme vraiment sa vie et l'organisation de ses heures prétendument libres<sup>6</sup>, montre la différence entre deux perspectives et deux plans.

La première perspective oppose le savoir, en tant qu'une simple toile, à la seconde, celle du mouvement et du changement. Sur le premier plan, l'histoire est envisagée comme un musée qui peut être contemplé comme culture sans réflexion et superficielle ; le second plan, sans aucun doute, saisit temps et espace présents dans le contemporain ou, tout au moins, capables de focaliser sur la société et l'État.

C'est cette seconde idée dont nous allons traiter. Nous le ferons cependant sans analyser toute la vie inerte de Martín Santomé, apathique et sévère. Ce qui nous intéresse, c'est justement cet intervalle créatif qui n'accorde pas d'armistice mais se montre comme une forme de proposition transformatrice.

En approchant les éléments de la métaphore de notre sujet, il faut se demander sur quel plan l'idée de codification est-elle ? Dans notre contexte, nous pouvons nettement apercevoir le rôle que la pensée scientifique-juridique peut jouer, non comme un instrument de confinement, mais comme un instrument de libération et par conséquent, il contient quelque chose d'émancipateur. Il faut donc se demander comment le juriste de demain se préparera-t-il pour une nouvelle analyse du droit civil codifié ? Nous voulons maintenant souligner un des sens dans lequel s'unissent la connaissance, le droit et le Code civil : l'enseignement juridique en tant que moyen d'accès à la perception de la loi et la compréhension du système juridique en tant qu'archétype ouvert et renseigné par des principes.

La dimension classique de la pensée codificatrice peut être dégagée de la pensée de Andrés Bello, pour qui le code « pourra donc être utilisé par tous, pourra être consulté par tout citoyen lors de doutes et jouera le rôle de guide pour qu'il accomplisse ses tâches<sup>7</sup>. »

6 Ce sont des mots de Martín Santomé : « Dernier jour de travail... Fini le bureau. À partir de demain et jusqu'au jour de ma mort, le temps m'obéira. Après tant d'attente, je vivrai dans l'oisiveté. Qu'en ferai-je ? » (p. 180, *La Tregua*, déjà cité).

7 BELLO; A., *Codification del derecho civil*, in *Escritos Jurídicos políticos y universitarios*, Valparaíso, Edeva, 1979, p. 59.

Pour Pietro Perlingieri, par « code », en général, « on comprend le document (qui est une loi) contenant un ensemble de propositions prescriptives (dont on relève les normes) envisagées comme unités, selon une idée de cohérence et de système, destinées à constituer une discipline – qui tend à être complète – d'un secteur. L'expérience de la codification – dont les racines sont à la Révolution française et qui n'est pas une caractéristique typique de tout l'ordonnement étatique – a donné vie en Italie, par rapport à la discipline ici étudiée, au Code civil de 1865 et à celui (encore en vigueur) de 1942<sup>8</sup>. »

Pour Francisco Amaral, la cause première des codifications est « le besoin d'unification et uniformisation de la législation en vigueur d'une matière déterminée, non seulement en simplifiant le droit et permettant sa connaissance mais encore en lui accordant plus de certitude et de stabilité. Éventuellement, c'est un instrument de réforme de la société comme reflet de l'évolution sociale. Son fondement philosophique ou idéologique est le droit naturel, qui trouve dans les codes l'instrument de planification globale de la société par la réorganisation systématique et innovatrice de la matière juridique, et on affirme que les codes de droit naturel ont été des actes de transformations révolutionnaires<sup>9</sup>. »

Amaral affirme encore que « la codification présente des avantages, comme celui de simplifier le système juridique, ce qui permet non seulement la connaissance et l'application du droit, mais encore l'élaboration des principes généraux de l'ordre juridique qui seront la base de l'adaptation du droit à la complexité de vie réelle, ce qui explique le triomphe de la codification pendant ces trois derniers siècles. L'inconvénient est que la codification empêche le développement du droit, produit de la vie sociale et qui ne peut être circonscrit, limité, apprivoisé par des structures formelles et abstraites<sup>10</sup>. »

### 3. ENSEIGNEMENT JURIDIQUE : UNE INVITATION À LA RÉFLEXION SUR LES CODES

Notre point de départ correspond à l'idée suivante : la vie sociale ne doit pas être conforme aux connaissances juridiques, au contraire, celles-ci doivent s'y ajuster.

Ce défi ne confond pas l'étude et la recherche avec l'isolement intellectuel et va à la fois vers le droit et vers une des dimensions qui – que ce soit l'enseignement aussi bien que la recherche juridique – peuvent se rejoindre dans le discours et la pratique juridiques. Nous trouvons ici les bases pour le dialogue entre le juriste de demain et un droit civil renouvelé.

Le principe des idées sur la question du lien étroit de l'enseignement juridique avec la connaissance des codes est d'abord basé sur la reconnaissance du vrai rôle du droit et par l'insertion sociale et historique du juriste.

Cela signifie qu'il faut reconnaître que la conscience sociale et le changement

8 PERLINGIERI, P., *Perfis de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, 2<sup>e</sup> éd., p. 4.

9 AMARAL, F., *Direito civil: Introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, 5<sup>e</sup> éd., p. 123.

10 Id., *ibid.*, p. 123.

font partie de la formation juridique. Et encore, c'est un engagement avec l'appel au vrai but de l'enseignement juridique, un défi qui nous questionne.

Pietro Perlingieri, lorsqu'on lui a demandé quelle serait la technique législative la meilleure et la plus adéquate pour résoudre les problèmes de l'homme contemporain (principes, clauses générales, concepts juridiques indéterminés ou régularisation casuistique exhaustive), soutient pertinemment qu'une organisation doit d'abord être caractérisée par les principes généraux qu'elle énonce, par les valeurs qu'elle exprime, par l'adéquation des structures qu'elle offre à son action. Toutefois, il argumente que les techniques législatives doivent être choisies selon la matière et l'état de la jurisprudence et de la doctrine qui s'y rapporte. Dans ce sens, la discipline casuistique – formée par des *fattispecie* abstraites, méticuleuses et ponctuelles – peut quelquefois être utile, notamment dans une période de transition dans laquelle l'interprète n'a pas grande envie de changer<sup>11</sup>.

La simple reconnaissance de cette question délimite déjà, par elle-même, la géographie de l'enseignement du droit privé, qui demande dans la cartographie du savoir le « construit » et non l'induction au « donné ». Ainsi, on ne peut continuer avec une attitude d'indifférence ou de renonciation à une position avancée de l'innovation, ou même, à la révision et au triomphe des concepts qui contribuent directement à encourager le questionnement et à faire naître des inquiétudes qui stimulent l'étude et la recherche rattachées à l'époque et ses dilemmes.

Découvrir le nouveau droit civil dans cet horizon est une option cohérente qui laisse de côté les conceptions didactiques qui ont tout simplement pour but d'illustrer ; c'est un chemin de sacrifices qui ne coexiste ni avec l'inertie ni la répétition.

Pietro Perlingieri affirme encore que « l'étude du droit – et par conséquent celle du droit traditionnel dit "privé" – ne peut se passer de l'analyse de la société en ce qui concerne son histoire locale et universelle de manière à ce qu'elle permette l'individualisation du rôle et du sens du juridique dans l'unité et complexité du phénomène social. Le droit est une science sociale qui a chaque fois un besoin plus fort de plus grandes ouvertures, obligatoirement sensible à toute modification de la réalité, cette dernière comprise dans sa plus large acception<sup>12</sup>. »

Cela implique, surtout dans le droit privé, non seulement un apprentissage permanent mais aussi une méthodologie intégrale qui fasse de l'homme et de ce qu'il dit un seul être en mutation continue.

Saisir parfaitement les antagonismes que le sujet présente remonte aux origines qui constituent, en grande partie, l'histoire des cours juridiques et des juristes au Brésil puisque ceux-ci doivent toujours prêter attention au cours d'introduction du Professeur Docteur Alberto J. Bueres.

Le présent a les portes ouvertes au XXI<sup>e</sup> siècle. Le juriste de demain sera-t-il engagé à la nouvelle direction que le droit privé a prise ?

11 PERLINGIERI, P., « Diálogos com a doutrina », Revista trimestral de direito civil, v. 6, Rio de Janeiro, Padma, 2001, p. 297.

12 PERLINGIERI P., *Perfis de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2<sup>e</sup> éd., 2002, p. 2.

Après avoir présenté ces idées préliminaires, nous devons enfin ébaucher les deux horizons sur lesquels la méthodologie de cette perception distincte de l'enseignement et de la recherche juridique du droit en général, et du droit privé en particulier, se déploient en même temps qu'elle rend plus clair le sens du discours juridique didactique et la pratique qui en est séparée.

#### 4. CONTEXTE HISTORIQUE DU DROIT, DES CODES ET DE LA CONCEPTION D'ÉTAT

Il faut alors faire référence au débat du moment concernant la définition des titularisations de l'enseignement dans ce pays. Je parle de la question qui émerge du projet d'« État minimum » et de la diminution des espaces publics et normatifs. Cette privatisation de la fonction publique et son déplacement à l'espace privé demande également une analyse.

156

Le processus de privatisation de l'État qui est en cours suggère une réflexion sur la désinstitutionnalisation du modèle reconnu par le système juridique classique. Toute étude repérera, de l'archaïque au contemporain, les marques de l'idéologie néolibérale lors de la restructuration du dessin juridique de cette activité liée à l'enseignement et à la recherche. Il en résulte qu'il faut indiquer dans ce domaine des points qui nous aident à la compréhension critique de ce phénomène de rétraction étatique que l'on observe surtout en Amérique Latine, dans ce projet nommé « État minimum ».

Il ne s'agit pas de plaider en faveur du modèle de l'État social, mais de comprendre de manière critique les limites, les possibilités et les aspects opposés de la structure et les conséquences que le néolibéralisme propose à la société.

L'étude peut être circonscrite dans une période historique définie –entendez le temps actuel– marquée par le déplacement du public au privé et indiquer, dans une référence historique rétroactive, ses ancêtres, enracinés dans la théorie libérale. Elle reconnaît également l'avance faite, notamment pendant ce siècle, dans de différents pays capitalistes, d'État-Providence et au remplacement de la production étatique du Droit pour finalement, retourner à notre temps en différentes conceptions qui mettent en relief une époque peu réglementée et un manque de formalisation discutable.

Cette analyse ne s'occupe pas du projet de réforme de l'État, auquel doit être réservée une analyse plus profonde et plus large, même si l'on peut déduire le *leit-motiv* que pousse la recherche de voies économiques et politiques pour trouver une issue à l'impasse léguée par les régimes militaires autoritaires.

Il est certain que nous devons reconnaître d'une part, les limites évidentes d'une réflexion de ce genre et d'autre part, l'hypothétique crise contemporaine généralisée ainsi que les contradictions et la précarité des propositions pour réduire l'État au minimum possible face à l'évident besoin actuel de répondre à toute sorte de nécessité : de la santé et l'enseignement public à la misère et l'exclusion sociale et économique progressive des pays latino-américains.

Dans cette privatisation de l'État, un nouvel appareil du libéralisme se manifeste. C'est dans le courant du *xx<sup>e</sup>* siècle que le projet d'organisation de l'État – qui découlait de la réaction à la formulation libérale, fidèle à l'idée selon laquelle le seul devoir de l'État était celui d'empêcher que les individus nuisent les uns aux autres – démontre mieux le progrès vers un droit chaque fois plus « promotionnel », un État-Providence. La fin du *xx<sup>e</sup>* siècle assiste à une sorte de réexaltation de l'idéologie basée sur l'éthique individualiste et sur l'hypothétique liberté sociale, économique, politique et religieuse. D'une certaine manière, rentre en scène la « fuite » de l'État du droit public.

Encore une fois, le système juridique, lorsqu'il analyse le modèle qui gouverne les rapports économiques et sociaux, sert à signaler la marginalisation. L'attribution d'une position juridique dépend de l'entrée de la personne dans l'univers des titularisations que le système lui-même définit. On se rend donc compte que le système juridique peut avant tout être un système d'exclusion.

Cette exclusion se passe par rapport aux personnes ou aux situations dans lesquelles l'entrée dans le cadre de titularisations de droits et devoirs est niée. Cette négative découle de forces préconçues et stigmatisées des valeurs dominantes de chaque période et est basée sur un jugement déprécié, historiquement arriéré et équivoque.

Par conséquent, la présence de ces personnes dans le droit est obligatoirement l'histoire d'une absence. Ce que l'on nie n'est pas dénié discrètement. Une grande quantité de sujets sont intentionnellement mis à l'écart du système juridique et ils sont inclus dans le partage de ceux qui ne sont pas invités à la titularisation de droits et de devoirs.

Les codes peuvent en être des représentations directes. Comme la loi, ils peuvent être instrument de conservation. Cependant, une loi émancipatrice peut être instrument de transformation sociale.

## 5. DÉFI DES TRANSFORMATIONS

Le modèle civiliste hérité des valeurs en vigueur les dernières décennies est à l'ordre du jour des débats. Des crises et des transformations surgissent de nouveaux besoins fondés sur des idéaux tels quels la citoyenneté totale et font que les rôles traditionnellement destinés aux institutions fondamentales du droit civil changent : contrat (trajet juridique), projet parental et titularité (possession et appropriation).

Il est donc juste se demander si l'organisation juridique a déjà répondu d'une manière adéquate aux exigences que les événements sociaux nous imposent.

Des prémisses initiales fondent les ouvrages qui peuvent surgir de cette idée, parmi lesquelles celle de ne pas considérer le droit et le monde une simple évidence, réunissant ceux qui ne s'habitueront cependant pas au monde et qui ne voudront probablement pas que tout devienne une énorme « normalité », connue, « prête-à-porter ».

La relecture des statuts fondamentaux du droit privé est utile et nécessaire pour que l'on saisisse la crise et le triomphe du système classique qui a été projeté sur le contrat, la famille et le patrimoine. Il s'agit d'un débat encore ouvert, perméable et pluriel.

La complexité de ce phénomène présente, en ce moment, un champ d'expérimentation qui s'ouvre en fondements épistémologiques qui comprennent les nouvelles nécessités juridiques. À travers cette analyse surgit un nouveau chemin qui est aussi un défi.

Le point de départ peut être l'observation des événements qui indiquent la tendance actuelle de réorganisation sociale des modèles. De cette manière, cette étude doit prendre en compte la problématique juridique comme un problème social et comme prédisposition pour une analyse critique de ses effets sur la législation, sur la doctrine et sur la jurisprudence.

On pense à une révision critique profonde, déjà entamée mais encore inachevée, puisqu'il ne suffit pas de révéler la décadence qu'éprouveront les bases sur lesquelles seront édifiées les institutions juridiques. Il ne s'agit pas d'une crise de formulation puisque le défi d'un droit civil nouveau et renouvelé est bien au-delà de la seule reconnaissance du vieillissement du dogmatisme.

Entre la résistance à la transformation et les nécessités imposées par les événements, le rôle que les opérateurs du droit doivent jouer dans ce domaine pourra anticiper, d'une certaine manière, ce qui arrivera plus tard. Cette voie devra être soumise à l'épreuve : ce qui se passe dans le droit civil (la constitutionnalisation et la repersonnalisation, par exemple) est-il un renouvellement intérieur et profond ou tout simplement des retouches apportées à la structure du projet rationaliste qui a fondé les codifications privées ? Cette question nous invite à réfléchir si le pas en avant esquissé est un changement effectif ou seulement la dernière frontière d'un système qui se meurt mais qui n'est pas achevé.

Il y a un vide dans la doctrine civiliste qui part du manque de connaissance et va jusqu'à la résistance aux idées nouvelles et, quand des constructions méthodologiques subtiles s'approchent des activités d'étude, la technique pétrifiée des formules achevées revient au propos du thème perdu.

Refuser cette direction, sans répudier le savoir classique, et contribuer à son évolution équivaut à reconnaître que la conscience sociale et le changement font partie de la formation juridique.

En outre, cela représente un engagement avec ce que l'on considère comme le vrai objectif de l'enseignement et de la recherche juridique, un défi auquel il nous faut réfléchir.

Par conséquent, la dimension historique et culturelle représente une donnée fondamentale, notamment pour apprendre que le cadre imposé des piliers fondamentaux du privé précède, d'une certaine manière, la propre configuration contemporaine de l'État pendant ce siècle. Les changements survenus, surtout depuis les années 50, n'ont pas été suffisants pour composer un nouveau système de rapports.



En 1988, avec la nouvelle Constitution Fédérale, il y a eu une rupture théorique formelle du standard privé classique, ce qui a ouvert les portes à une réforme qui pourtant ne s'est pas accomplie.

Cette perspective fonde la conviction, presque toujours immuable, de l'importance chaque fois plus grande d'un véritable enseignement juridique, d'une formation éloignée d'un enseignement pétrifié par l'exégèse sévère du droit institué, dépendant toujours des événements sociaux, à la limite de la vie et des circonstances.

Voilà le défi qui ne confond pas l'étude et la recherche avec l'isolement intellectuel. Il faut penser mais détaché de la simple exégèse. Pour penser à un droit civil nouveau ou renouvelé, à partir de ses piliers fondamentaux, c'est-à-dire le contrat, le projet parental et les titularisations, l'espace est ici et ailleurs, le moment est maintenant, la synthèse du passé qui demeure et du futur qui est cependant à venir.

## 6. CONNAISSANCE DU DROIT ET CONNAISSANCE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

Connaître le droit correspond, en premier lieu, à connaître ses principes. Au Brésil, les principes majeurs sont manifestes dans la Constitution brésilienne de 1988. Celle-ci a énormément influencé le droit civil puisqu'elle manifeste la suprématie de la valeur de l'être humain par rapport au patrimoine.

La Constitution Fédérale de 1988 a érigé comme fondement de la République la dignité de l'être humain. Cette option l'a mis au centre des préoccupations de l'organisation juridique de sorte que tout le système – dont l'orientation et le fondement sont dans la Constitution – se dirige vers la protection de la personne. Les normes constitutionnelles (composées de principes et de règles), axées sur cette perspective, attribuent une unité systématique à l'ensemble de l'organisation juridique.

Il faut citer ici Stefano Rodotà. Lorsqu'on lui a demandé son avis sur le moment historique actuel au Brésil puisque les nouveaux codes entrent en vigueur et on parle de la Codification supranationale, il a affirmé : « Je sympathisais avec ces tentatives de codes comme celles faites, par exemple, en Europe parce que, face aux dispositions concernant la tendance supranationale d'établir des règles produites directement par le marché, ces règles – même s'il s'agit tout simplement, pour ainsi dire, de codes – sont élaborées par les intellectuels du droit. J'espère vraiment qu'il y a des documents de l'Union Européenne qui se réfèrent explicitement au besoin de codes communs et que ceux-ci puissent devenir des codes européens de sorte qu'ils ne seront plus seulement le produit d'une préoccupation publique. Et je dirai plus, derrière le mot *code*, il y a des aspects différents de ceux qui existaient à l'époque de Napoléon ou du Code de l'Empire germanique de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Je vois également, en ce qui concerne la technique, un changement très net parce qu'il y a des tentatives européennes d'offrir de larges espaces aux principes<sup>13</sup>. »

Il se passe donc, en ce qui concerne le droit dogmatique traditionnel, une inver-

13 RODOTÀ, S., « Diálogos com a doutrina », Revista trimestral de droit civil, v. 11, Rio de Janeiro, Padma, 2000, p. 302.

sion de la cible des préoccupations de l'organisation juridique, ce qui amène le droit à avoir pour but ultime la protection de l'être humain, devenant ainsi un instrument pour son plein développement.

L'inversion du *locus* de préoccupations doit également advenir dans le droit civil. Il s'agit de la conséquence nécessaire face à la suprématie de la Constitution dans l'organisation juridique. En raison de cela, tout le standard normatif infraconstitutionnel doit s'adapter au modèle axiologique constitutionnel.

La Constitution Fédérale de 1988 a imposé au droit civil l'abandon de la position patrimonialiste héritée du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment du Code napoléonien, se dirigeant vers une conception dans laquelle on privilégie le développement humain et la dignité de l'être humain considéré concrètement dans ses relations interpersonnelles et visant son émancipation.

Dans ce contexte, à la lumière du système constitutionnel, l'aspect patrimonial, qui était prédominant, passe au deuxième plan. La codification patrimoniale immobilière n'a plus la garantie constitutionnelle, qui marquait le Code civil en 1916.

160

Par conséquent, privilégier le patrimoine – contrairement à ce que l'on pourrait penser superficiellement de cette notion « d'attribut de la personnalité » – signifie écarter la valeur constitutionnelle de la dignité de l'être. Celle-ci a alors, à partir du texte de 1988, le statut de principe essentiel organisationnel dans le système juridique, et toute règle, positivée ou proposée, à laquelle ce principe se heurte, dans tout ou partie, est inconstitutionnelle.

Dans ce sens, l'évaluation de la constitutionnalité d'un texte légal, face à la repersonnalisation imposée à partir de 1988, doit prendre en compte la suprématie de la protection de la dignité humaine en ce qui concerne les rapports juridiques patrimoniaux. Il en découle qu'un texte légal – et il faut préciser s'il est positivé ou proposé – sera inconstitutionnel lorsqu'il privilégie un point de vue patrimonialiste au détriment d'une conception liée à la protection de l'être humain.

Le nouveau Code civil brésilien, dans sa propre structure, montre la préoccupation primordiale envers le patrimoine : le premier livre de la partie spéciale concerne le droit des obligations y traite surtout de la circulation des biens. Ensuite, le deuxième livre traite du droit de l'entreprise en tâchant de trouver ladite unification du droit privé. Le troisième livre détermine les droits réels. Il n'y a que le quatrième livre, relégué à la fin du Code, qui traite en partie des rapports sans contenu patrimonial, c'est-à-dire ceux du droit de la famille. La majeure partie des articles de ce livre traite tout de même de rapports principalement patrimoniaux.

La distribution des matières obéit donc à une rationalité patrimonialiste. Telle rationalité est en désaccord avec la table axiologique basée sur la dignité de l'être humain et l'affronte. La Constitution de 1988, dont la préoccupation était surtout patrimonialiste, impose au droit la concrétisation de la dignité de l'être humain. Cet ordre d'idée devient donc inadéquat au nouvel ordre juridique.

Nous ne pouvons pas nier l'insertion de quelques principes dans le nouveau code. Dans ce contexte et traitant du nouveau Code civil brésilien, Jorge Mosset

Iturraspe affirme que « l'insertion dans le Code civil de règles – la bonne foi, l'équité, l'interdiction à l'abus, le principe de la socialité – est, en soi-même, une activité franchement progressiste de défense des impuissants et faibles. » Toujours d'après Iturraspe, à cette insertion s'ajoutent des dispositions comme la lésion et les charges excessives ultérieures et met en relief la réception de la responsabilité objective qui comprend les produits incorporés au commerce, s'ils ont un défaut ou non, lorsqu'ils endommagent, c'est ce qu'il appelle le « risque de développement et croissance ». D'autre part, il ne lui échappe pas que si on juge la régression du droit de l'État conforme à la mondialisation, avec l'incorporation de la *lex mercatoria*, les règles opposées à cette position se montrent contraires à la libre économie de marché puisqu'elles permettent l'intervention de l'État – critiquée par les porte-parole de l'économisme parce qu'il s'agit d'une interférence culturelle. Pour ceux qui écrivent sur les règles déjà citées – la bonne foi, le fonction sociale, etc. –, elles n'appartiennent pas à une période donnée – celle des années 60 ou des années 70 – bien au contraire, elles sont « le meilleur du droit, les découvertes qui durent le plus longtemps<sup>14</sup> ».

Toutefois, Iturraspe affirme que les codes ne peuvent pas effacer les micro-systèmes, comme ceux dédiés au consommateur et à l'environnement. On ne doit pas non plus penser à des Codes « pour toujours » (définitifs, perpétuels) mais former une conscience de ses réformes, comme cela se passe également avec la Constitution au Brésil<sup>15</sup>.

Il y a au Brésil un conflit entre ces deux différentes visions : d'un côté, la défense primordiale de l'être humain et ses valeurs ; de l'autre, la tutelle excessive du patrimoine. Doctrine et jurisprudence fourniront, dans un avenir très proche, les lignes directrices pour faire face à ce paradoxe. Pendant cela, on pense déjà à la réforme du nouveau code.

## 7. LA RÉFORME DU NOUVEAU CODE CIVIL BRÉSILIEN

Il y a actuellement au Brésil un silence éloquent en ce qui concerne la réforme du droit civil. À la Chambre des députés, on annonce le débat qui se propose de discuter la première réforme après la promulgation du nouveau Code civil brésilien. Face à cette perspective, ce qui frappe c'est le triomphe apparent de l'indifférence qui paraît gagner du terrain.

Il peut paraître paradoxal de signaler cette faiblesse dans le domaine du droit qui se propose de gouverner juridiquement ce qui est à la base organisatrice de la société : les titres d'appropriation (notamment ceux de la propriété et possession), le projet parental (dénommé famille) et la circulation juridique (les contrats et les obligations). Bref, ce débat devrait radiographier les trois piliers qui exposent, dans une courte leçon d'anatomie juridique, l'architecture sociale et sa répercussion normative sur les biens d'usage, de consommation et de production.

14 ITURRASPE, J.M., « Diálogos com a doutrina », Revista trimestral de direito civil, v. 12, Rio de Janeiro, Padma, 2000, p. 301.

15 *Id.*, *ibid.*, p. 299.

Il est évident qu'il faut en appeler non seulement au débat indispensable sur le nouveau code civil mais aussi à l'ensemble des transformations nécessaires par lesquelles le droit civil brésilien est déjà passé et celles par lesquelles il devra passer prochainement.

Il ne s'agit donc pas de discuter un projet, mais de discuter la réforme. La réforme est un processus en cours d'élaboration tandis que la codification, en tant que proposition d'unité, est un événement.

Avant que l'on voie un code derrière un pays, il faut absolument que ce pays écoute le cri qui vient du singulier au collectif en ce qui concerne les temps nouveaux et les dilemmes anciens. C'est pour cela que la dimension proposée de réforme ne commence pas forcément par la codification et trace un programme de réflexion des bases et des fondements de l'organisation sociale.

Il est indispensable de saisir ce nouveau décor dans lequel la codification civile, avec son expérience de familles juridiques romanistes occidentales, s'insère à la fin du xx<sup>e</sup> siècle comme une sorte de famille royale sans trône, comme un roi sans couronne.

162

Enfin, il faut se demander pour quoi ou pour qui le système juridique est élaboré – que ce soit celui du droit privé classique qui s'est basé sur la codification, ou encore celui qui découle du courant actuel des microsystèmes.

On assiste à l'analyse de l'idée même de codification. Dans une société à identités multiples où on assiste à la fragmentation du corps à la limite entre le sujet et l'objet, la reconnaissance de la complexité s'ouvre à l'idée de la réforme comme un processus continu de construction et reconstruction. Le présent pluriel, exemplaire par le manque d'un modèle juridique unique pour les rapports familiaux, est cohérent avec le respect dû à la diversité et ne s'enferme pas dans une vision monolithique de l'unité.

Caio Mário da Silva Pereira affirme que « la célérité de la vie ne peut être arrêtée par les murailles d'un droit codifié. Les événements – qu'ils adviennent dans la simplicité du quotidien ou qu'ils soient marqués par une plus grande transcendance – exigent de nouveaux comportements législatifs. Par conséquent, un immeuble bâti pendant longtemps, comme l'est un Code, se trouve atteint par des exigences fréquentes et a besoin de suppléments législatifs<sup>16</sup>. »

Silvio Rodrigues soutenait qu'il était théoriquement opposé à la codification, mais favorable à la construction de codes thématiques : un code sur les contrats, un autre sur le droit de famille et encore un autre sur la personne juridique. Il affirme qu'« il ne s'agirait pas de microsystèmes proprement dits ». Il trouve qu'il y a erreur lorsqu'on considère que les peuples modernes ont fait des codes complets et cite comme exemple le récent code hollandais : d'abord, la partie concernant la famille a été votée en 1970, comme une loi isolée ; ultérieurement, les parties concernant le droit patrimonial ont été votées, etc. Pour lui, traiter chaque thème isolément per-

16 PEREIRA CAIO, M. da Silva, *Direito civil—Alguns aspectos de sua evolução*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 105.

met une discussion plus pertinente puisqu'elle mobilise le congrès, la presse et la société pour une matière donnée. Après ces discussions thématiques de différents projets, l'ensemble est analysé comme code<sup>17</sup>.

À la veille du troisième millénaire s'interroger sur la pertinence de ce débat avec le médiéval qui s'obstine à enfermer le Brésil dans le mépris de l'attention des questions vitales jusqu'à maintenant sans réponse et essayer d'y répondre : voilà le défi qui remet le droit dans la perspective de sa fonction émancipatrice, revendiquée par le contenu minimal des valeurs fondamentales de l'être humain et le soin apporté à ses besoins.

Quelques voix autorisées se sont opposées (et adéquatement) à l'opportunité de la codification; il est vrai que le projet a également été critiqué injustement lorsqu'il soutient la fonction sociale de la propriété et du contrat.

Pietro Barcellona dit que « la neutralité apparente des formes juridiques d'es-pèce codifiée, la capacité expansive "endogène" des normes juridiques qui en découle, l'interdépendance entre le jugement critique et d'autres critères (sociaux, éthiques, etc.) de valorisation des conduites ne sont pas l'expression formelle de la neutralité intrinsèque du droit. Au contraire, elles constituent l'expression – une expression historiquement déterminée – de son historicité intrinsèque, de son profil de phénomène historique<sup>18</sup>. »

Ainsi qu'Ulysse, qui après avoir erré pendant quelques années par des sentiers abrupts rencontre Ithaque, son île, nous espérons que l'avenir réserve, pour la nouvelle décennie juridique du droit civil brésilien, une place pour le rêve d'une société juste, fraternelle et égalitaire.

## 8. CONCLUSION

Conscient qu'il n'existe pas de purisme conceptuel, l'observateur contemporain se trouve – lorsque, aidé par un regard renouvelé du droit privé, il feuillette de nouveaux « albums de la famille juridique » – confronté à des tâches épistémologiques innovatrices et à quelques oppositions. Mais, prenez garde : à partir de cet élargissement des horizons, une liberté mal comprise oscille pour essayer d'équilibrer l'individu (consommateur) et le citoyen (sujet de la citoyenneté) dans la dimension de n'importe quelle consommation – une conduite fautive qui, dans le chant néolibéral, ressemble à une mélodie captivante.

Si, à la veille de la fin du siècle, l'expression néolibérale prétend esquisser les problèmes fondamentaux, on ne trouvera pas de réponses effectives à ce projet contestable qui mérite critiques et résistances, qui associent l'homme réel au sens de justice. On essaie d'exclure du « public » un large champ de droits qui n'ont pas été acquis par la grande majorité de la population.

Ce que l'État offre dans le processus de délégation à d'autres institutions et qui

17 RODRIGUES, S., « Diálogos com a doutrina », Revista trimestral de direito civil, v. 1, Rio de Janeiro, Padma, 2002, p. 311.

18 BARCELLONA, P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Jovene, 1993, p. 23.

réduit l'empreinte de la privatisation à des idées et intérêts déjà connus – notamment en Amérique Latine – est notoire, même si parfois presque imperceptible. Les conséquences de cette interférence minimale de l'État sont perceptibles et, parmi elles, on peut essayer de repérer quelques-unes des conséquences de ce projet qui s'achemine déjà dans le domaine des rapports.

Pour Stefano Rodotà, on perçoit nettement que les nouvelles tentatives codificatrices, notamment dans le droit communautaire européen, envisagent d'offrir de larges espaces aux principes, ce qui permet, selon lui : « une grande flexibilité, une adaptabilité à des situations qui sont très dynamiques du point de vue économique et aussi du point de vue des droits. Comme cette flexibilité ne doit pas seulement être comprise comme une croissance du pouvoir discret des juges, étant donné qu'il s'agit des clauses générales, il est évident que le dernier mot doit être celui du juge. J'y vois un lien très fort avec l'insertion dans la Constitution européenne à venir de ces droits fondamentaux. Dès ce moment, le juge pourra statuer soit avec la flexibilité qui lui est attribuée par ce nouveau type de code, soit en se référant obligatoirement aux principes qui constitueront la nouvelle charte de droits. Et je vois cela comme un modèle qui peut être également projeté dans une échelle globale puisque même le codificateur national – qu'on retrouvera d'avantage dans les domaines sur lesquels il y aura des règles supranationales, comme en Europe, ou dans des traités et conventions – devra jouer avec ce registre double et, par conséquent, j'y vois une sorte de retour au code. Cependant, ceci ne doit pas nous amener à penser que le code ait un contenu analytique ou une prétention constitutionnelle<sup>19</sup>. »

Voilà le défi et la mise en garde que le présent offre à nos yeux pour regarder l'avenir.

En raison de cela, revenons à la métaphore de Martín Santomé qui oppose le savoir à un simple décor contre l'idée du mouvement et du changement. Le droit et les codes ne peuvent pas être considérés comme des musées qui sont regardés comme culture superficielle ; ils doivent être capables, en tant qu'éléments de transformation, d'éclairer de leur lumière la société et l'État.

19 Rodotà, S., « Diálogos com a doutrina », Revista trimestral de direito civil, v. 11, Rio de Janeiro, Padua, 2000, p. 304.

# CODIFICATION ET LÉGISTIQUE À L'HEURE DU NUMÉRIQUE

DE NOUVEAUX OUTILS POUR MIEUX GÉRER ET CONNAÎTRE LE DROIT\*

Danièle Bourcier

Directrice de recherche au Centre de recherche en science administrative  
(CNRS-Université Paris II Panthéon-Assas)

*« La connaissance du droit ne dépendra pas seulement  
des juristes mais des dispositifs techniques permettant de la traiter. »*

*Un codificateur*

**RÉSUMÉ.** *La politique française de codification mise en place en 1989 à travers la Commission supérieure de codification (CSC) – codification dite à droit constant – avait essentiellement pour objectif de permettre une restructuration et une recomposition des textes juridiques dans un ensemble de codes, sans en modifier le fond. Cette codification était rendue nécessaire par les mises à jour successives, le principe de la codification par décrets, l'adaptation des plans antérieurs. Elle devait permettre à plus long terme d'améliorer le processus d'élaboration des textes – éventuellement d'en réduire le nombre – et de permettre une meilleure connaissance du droit pour les différents usagers : administration, élus et citoyens.*

*La modernisation voire l'informatisation du processus de codification avait été prévue à plusieurs reprises dans les différents rapports de la Commission supérieure de codification. Le programme de recherche CODEx qui s'est greffé sur la codification au ministère de l'Intérieur avait pour objectif d'analyser la méthodologie de construction d'un code (le Code général des collectivités locales). Ce sont quelques uns des résultats de cette recherche (1994-2000) qui sont exposés dans cette communication et mis à jour. Ils ont pour but de préciser ce qu'est un code et quel est le processus de codification, du point de vue de la légistique. La description de la méthodologie de la codification assistée par ordinateur nous conduira à apprécier les effets de la numérisation sur la rédaction et la communication du droit.*

## PRÉSENTATION

Quand on parle de codification, il est bon de définir d'abord ce que l'on vise. S'agit-il de réformer le fond du droit et d'intégrer la jurisprudence ? Ou bien de traiter le désordre des textes, pour rendre aux règles de droit leur vocation première, à savoir d'être compréhensibles et accessibles par leurs principaux usagers, les citoyens ? La perspective que j'adopterai relève de cette orientation résolument pratique et sera axée sur la méthode et le processus de codifica-

\* Este texto ha sido traducido al español por Pedro Saghy, miembro de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latino-américains. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

tion, et non sur le contenu des codes. Cela ne signifie en rien que la science du droit en soit exclue : bien au contraire, la légistique est là pour nous rappeler qu'il existe aussi en droit une théorie de la forme et une sémiotique du texte<sup>1</sup>.

La codification n'a plus les mêmes visées qu'en 1804. Le fond du droit continue d'être modifié, et la doctrine sait utilement en commenter les évolutions. Il existe des plateformes éditoriales pour cela. En revanche le citoyen éclairé, qui lisait assez facilement le code civil, est devenu bien incapable de s'orienter dans l'enchevêtrement des codes et des lois successifs et surtout de consulter (gratuitement ?) l'ensemble de la doctrine pour savoir quelle est la règle applicable, ou sur quel point la règle serait discutable. Le droit, même publié, est devenu ingérable, matériellement et intellectuellement. C'est à ce grand chantier public que s'est attaquée la Commission supérieure de codification (CSC désormais) en 1989. Certes, c'est bien la tradition codificatrice de 1789 qui a facilité cette prise de conscience mais une division du travail s'est imposée : les modifications sont de la compétence du législateur, mais les politiques de réforme de l'état, auxquelles se rattache la codification « à droit constant », appartiennent au gouvernement. La méthode n'échappe pas à la critique et de nombreux articles de doctrine en témoignent mais la confusion doit être dissipée<sup>2</sup>. Même si parfois la codification à droit constant peut modifier le fond du droit en outrepassant ses limites (et il faut alors en débattre, ou exercer des recours) ou au contraire, être trop prudente (et il faut alors faire appel au Parlement), modification et codification appartiennent à deux registres différents de l'organisation de la connaissance juridique.

Le droit est confus donc, et inflationniste car nous avons atteint en France à peu près 8 000 lois et 360 000 décrets en 2004<sup>3</sup>. Et la codification n'a pas vocation à réduire le nombre de lois, malgré ses promesses. Mais cette société de l'information, source de cette inflation, nous propose des remèdes. Les technologies sont devenues plus intelligentes et plus adaptées à nos besoins cognitifs. Déjà elles nous aident à nous repérer dans le maquis des textes par les liens hypertextuels mais surtout elles rétroagissent sur la production elle-même en améliorant la structure du texte : elles nous obligent à penser le droit autrement, c'est-à-dire comme un système d'information et un phénomène de communication. Elles aident le rédacteur des codes à concevoir autrement l'organisation des règles de façon à prévoir l'évolution du domaine, et faciliter une mise à jour plus rapide<sup>4</sup>.

- 1 GOULET, J., « La forme et la couleur, un essai sur le sens de la matière et de la forme en droit », in *L'écriture du droit face aux technologies de l'information*, D. BOURCIER & C. THOMASSET (éd), Paris, Diderot, 1996, p. 153-167.
- 2 13 articles publiés dans les principales revues juridiques françaises entre novembre 2000 et janvier 2001 sur le (nouveau) code de commerce (voir Rapport de la Commission supérieure de codification, 2000).
- 3 Après consultation auprès du Secrétariat général du Gouvernement, ces chiffres semblent les plus proches de la réalité.
- 4 Par exemple, le Code général des collectivités locales (2.205 articles législatifs) a connu, entre 1996 et 2004 : 634 modifications d'articles, 584 créations, 141 abrogations, 140 remplacements, 106 renumérotations.



Après avoir décrit comment l'idée de codification a finalement toujours maintenu cette opposition entre modification et réorganisation du droit, j'analyserai comment la question de la méthodologie a été au cœur de la codification de 1989 puis comment les technologies de l'information ont enrichi la légistique pour développer une nouvelle manière de codifier, d'écrire le droit et le faire évoluer. Ce qui n'empêchera pas de réfléchir aux effets parfois négatifs de la codification sur la lisibilité du texte législatif.

## 1. DES CODES AUX CODIFICATIONS : ÉMERGENCE D'UNE MÉTHODOLOGIE

Avant d'analyser le processus mis en place en 1989, une définition du code et une brève histoire de la codification s'imposent.

Un simple regard sur la bibliographie internationale de la codification montre que l'approche méthodologique de la codification – parce qu'elle ne peut se poser qu'au moment de la réalisation pratique d'un code sur le terrain – est absente des problématiques développées. Pourtant le processus de production d'un code fait émerger – par la *spécificité de sa méthode* – des *problématiques nouvelles propres à la matière et à la forme du domaine*. Je citerai par exemple la recherche de deux sociologues qui ont étudié l'évolution complexe du « périmètre du familial » en comparant les trois codifications de 1939, 1956 et 2000<sup>5</sup>. À quand l'histoire des débats qui ont entouré la succession des projets de codes de commerce, ou de ceux de l'environnement, depuis 1990 ?

### 1.1 QU'EST-CE QU'UN CODE ?

Un code est d'abord vu comme le produit d'une écriture *substantielle* : c'est un ensemble de règles de droit, collecté, structuré et promulgué par une autorité publique (à la différence des codes privés).

Mais l'écriture peut être définie d'un point de vue technique, et cela par trois éléments : la trace, l'outil, le support. Avec l'arrivée des technologies de l'information, la trace est devenue numérique, le support est « virtuel » (différents supports matériels possibles), l'outil est un logiciel.

Le code est donc aussi le produit d'une écriture *matérielle* :

- C'est un objet physique, concrétisé jadis par des tablettes de cire (*caudex* est une écorce d'arbre et c'est de là que vient le mot code) puis par un volume (*volumen*) facilement consultable. Un code est désormais aussi un *fichier sur support numérique* consultable à partir d'un écran par plusieurs types d'accès ;

- C'est ensuite, et quelle que soit l'époque concernée, l'inscription sur un *support unique*, d'un ensemble de *dispositions écrites, reliées* grâce à une structure. En tant que fichier, il est *accessible* par les différents points d'entrée de cette structure : plan, table des matières, mot, référence, numéro d'article etc., à la demande ;

5 CHAUVIÈRE, M. et BUSSAT, V., *Famille et codification*, Paris, La Documentation française, 2000. Précisons que le projet de Code de l'action sociale prévu par la loi d'habilitation de 1999, est devenu le Code de l'action sociale et des familles quand il a été voté au Parlement en 2002.

- Un code est « *un instrument de connaissance du droit*<sup>6</sup> » et de gestion du droit, car le regroupement de textes doit en faciliter la consultation et la modification;
- Un code est aussi un moyen de diffusion du droit : « L'achat de volumes de droit sera facile pour les riches et pour les pauvres qui pourraient se procurer une grande sagesse pour une somme modique » (Justinien, 533);
- Un code est enfin un *modèle de représentation* par un Etat d'un système juridique à un moment donné. En effet c'est le caractère *étatique* du droit qui définit la codification, et le code devient à son tour une image idéalisée du fonctionnement de l'État. Le Code prussien, construction prototypique du siècle des Lumières, est par exemple présenté « *comme un chef d'œuvre de l'esprit humain, un corps de droit parfait ayant une unité de plan et des règles si justes et si proportionnées qu'un état régi par ces lois ressemblerait à une horloge* ». De même la loi du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire ordonne la rédaction d'un code général de « lois simples et claires » et rejoint les idéaux du siècle des lumières : « *Après avoir découvert le système du monde physique, nous avons eu l'ambition de reconstruire le monde moral et politique.* » (Portalis)

#### 1.2 QU'EST-CE QUE CODIFIER?

La méthode de codification a suscité plus de discussions que la définition de code.

La complexité de l'opération consistant à rédiger (ré-écrire) un ensemble de dispositions, c'est-à-dire à spatialiser, dans un ou plusieurs livres, l'ordre juridique applicable à une époque donnée conduit à se poser la question des motivations réelles de ce projet.

L'histoire des codifications vient à notre secours. Cette histoire part traditionnellement du Code Hammourabi<sup>7</sup> écrit au XVIII<sup>e</sup> siècle avant notre ère, suivant un plan parfaitement *homogène* et traitant à la fois du droit pénal, du droit civil (droit de propriété, droit de la famille), du droit du travail, du droit de la responsabilité médicale pour *réconcilier* le droit de deux parties du royaume de Mésopotamie.

L'empereur Justinien fut l'un des premiers politiques à en systématiser le processus, *quelque* vingt siècles plus tard. En effet, le code qui garde son nom, avait refondu trois codes antérieurs (*codex*) et supprimé les répétitions et les contradictions, comme le signale G. Vico<sup>8</sup> dans son analyse philologique de l'histoire et du droit. Au IX<sup>e</sup> siècle, à l'instigation de Léon le Philosophe, furent rédigées les Basiliques, (re)compilation de tout le droit justinien. Ce fut la dernière étape glorieuse de ce droit. En effet jusqu'à la Renaissance, le droit va s'affaiblir en de grands travaux d'exégèse qui accumulèrent

6 VANDERLINDEN, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition*, Bruxelles, Facultés libres de Bruxelles, 1967.

7 Hammourabi appartenait à la 1<sup>re</sup> dynastie babylonienne. Dans l'épilogue, on peut lire les « principes généraux » suivants : « Pour que le fort n'opprime pas le faible, pour faire droit à l'orphelin et à la veuve, dans Babylone... mes précieuses paroles, j'ai inscrites sur une stèle et j'ai fixé devant, mon image de *roi du droit*... ».

8 Vico, G., *De constantia jurisprudentis*, traduit sous le titre « Origine de la poésie et du droit », Paris, Cafe Clima éditeur, 1983.

subtilités et traités diffus, sans recourir aux sources textuelles directes. Il faudra attendre G. Budé et J. Cujas pour que le *Corpus civilis* soit réécrit.

En général, on codifie pour réunir sous une forme complète et méthodique les règles écrites émanant d'un pouvoir central. Partant, on peut en profiter pour réécrire les textes anciens ou en créer de nouveaux : c'est là que se situe le véritable enjeu de la codification. *Qui va l'écrire? Comment? La codification ne peut s'imaginer que liée à une commande d'écriture et à une volonté politique forte.*

Pour cette dernière raison, l'histoire des codifications est plus discrète sur la rédaction des coutumes, projet de codification particulier : pourtant l'ordonnance de Montil-les-Tours (1453) a mis en route pendant plus de deux siècles un lent processus d'homogénéisation de la nation française *autour de son droit et de son roi*. Cependant le résultat attendu n'est pas aussi clair. Certes la plupart des coutumes vont être rédigées mais cet effort de visibilité, conjugué avec l'expansion de l'imprimerie, va seulement révéler la grande diversité des règles existantes... Il faudra encore deux siècles pour que le droit se stabilise entre les coutumes et la législation royale. Retenons que le projet d'écriture est lié à la pratique du droit (coutume ou jurisprudence) : on retrouve cet objectif dans la codification actuelle de façon implicite.

De même, la codification, si elle n'est pas une spécialité de la France, rencontre où nourrit son imaginaire collectif, souvent résumé sous les termes « *d'ordre et de clarté* »<sup>9</sup>, comme ses jardins, son architecture, ou son théâtre classique a-t-on dit. Le projet politique, constant depuis cinq siècles, a toujours été, avec des justifications diverses, l'occasion de constituer, ou de réaffirmer, « une unité nationale » et une *unité de pensée* fondée sur un droit écrit. On retrouve cette aspiration – de façon encore plus vivante à cause de la matière elle-même – dans le projet de Code général de collectivités territoriales (CGCT) qui visualise dans un plan transversal (et non plus hiérarchique) la volonté d'égaliser et de décroïsonner le statut des différentes entités territoriales, à partir du pouvoir central.

On dit généralement<sup>10</sup> que le terme de codifier a été utilisé, pour la première fois par J. Bentham dans une lettre au tsar de Russie Alexandre 1<sup>er</sup> pour désigner le projet de composer un corps complet de législation (un *pan-nomion*). Pour Bentham<sup>11</sup>, qui en systématisa la conception, le principe fondamental de la codification est celui de l'intégralité (*all-comprehensiveness*), auquel il ajoute la brièveté, la clarté et la maniabilité. Cette intégralité recouvre un *objectif formel*, car le code doit être *exclusif* dans un domaine du droit. On verra que la question des liaisons entre dispositions se pose encore à travers la doctrine controversée des codes pilotes et suiveurs.

9 BRAIBANT, G., « Préface », in Suel, M., *Essai sur la notion de codification à droit constant*, Paris, J.O., 1993.

10 Cf. VANDERLINDEN, Jacques, *op.cit.* : « Il (Bentham) est le créateur en langue anglaise des mots *codification, codifier, et codificateur* qui passeront ensuite dans les autres langues y compris le français... », p. 46.

11 Jeremy BENTHAM a laissé trois livres sur la codification : *Papers relatives to codification* (1817), *Codification proposal* (1822), *Justice and codification petitions* (1829).

La méthode de codification a intéressé les législateurs passionnés par la « *législation parfaite* » (le zéro-défaut). L'objectif peut être *idéologique* : il faut généraliser les principes, ne pas faire de discrimination, rédiger des règles claires, rendre le droit lisible et accessible.

Il est aussi *théorique* : la codification est fondée sur l'hypothèse (très forte) qu'on peut *inférer une logique d'ensemble* à partir d'une collection (hétéroclite) de lois, et cela au-delà des contingences politiques et historiques.

Il est enfin *logique* : il faut, pour appliquer le droit, un raisonnement *déductif* net et ce raisonnement ne peut se développer qu'à partir d'un seul axiome. Ce sera celui dégagé par le code.

En résumé, et d'un point de vue méthodologique, codifier le droit consiste depuis toujours :

- À *collecter et fixer* les règles applicables dans une matière juridique ;
- À *délimiter* cette matière et à la nommer ;
- À *sélectionner* des textes valides et à jour ;
- À *organiser* cet ensemble de façon cohérente et systématique à l'intérieur d'un

*plan*.

### 1. 3 LES DIFFÉRENTS TYPES DE CODIFICATION

La codification fait partie des grands projets de transformation de la *matérialité textuelle* du droit comme le sont aussi l'unification, la compilation, la systématisation, la consolidation, la transposition<sup>12</sup>, la traduction. L'idée de codification est cependant toujours reliée au projet de rationaliser le droit (positif) autour d'une structure visible (notion de transparence de la matière).

Quand on observe ces différentes orientations dans l'histoire du droit, on s'aperçoit que les codifications ont pris des formes très différentes. Dans l'ensemble des typologies recensées<sup>13</sup>, on distingue la codification extensive (quantitative) et intensive (qualitative). Dans la période contemporaine, il ne s'agit plus d'élaborer quelques grands codes mais de re-codifier de qui a été décodifié<sup>14</sup>, ou de « codifier » des matières précises comme l'environnement ou l'éducation.

La codification au sens large recouvre quatre types d'opérations sur le *matériau juridique* :

- La **compilation**, publique ou privée, qui consiste à *accumuler* les textes juridiques. L'ordre des textes est plutôt chronologique mais l'organisation est peu inté-

12 Voir les travaux en droit comparé ou sur le droit européen, notamment dans « Rapport, Normes et décision : nouvelles technologies et approche cognitive du droit » (D. BOURCIER *et alii*) in *La recomposition du champ juridique*, Rapport Rencontres de Strasbourg, 15-16 octobre 1993, ministère de la Recherche.

13 Voir le verbum « CODE » dans le *Dictionnaire de théorie juridique et de sociologie du droit*, (André-Jean ARNAUD *et alii*), Paris, LGD, 1993.

14 La décodification peut être *progressive* (ce fut celle du Code de commerce en France, où par exemple le droit des sociétés commerciales s'est développé à partir de textes non codifiés tandis que les textes sur la faillite ont été successivement codifiés puis décodifiés). Elle peut aussi s'agir d'une exclusion *systématique* (ex-codification).

grée. La finalité est l'exhaustivité et la maniabilité (par exemple la gestion des mises à jour dans un classeur). L'opération a peu d'intérêt pour l'informatique.

- Une consolidation qui consiste, à l'occasion d'une nouvelle loi, à y intégrer les lois antérieures. La finalité est une meilleure compréhension d'un domaine du droit. L'informatique peut aider à l'intégration des modifications textuelles.

- Une mise en ordre du droit existant, combinant une répartition rationnelle des matières entre codes et une structuration par code. La finalité est d'ordonner et de clarifier les différents domaines du droit. La simulation automatique de plan avec renumérotation peut être efficace.

- Une modification systématique du droit après une période révolutionnaire ou réformatrice. La révision en est la forme édulcorée<sup>15</sup>. Le but est d'organiser, de façon claire, la formulation de règles nouvelles, par rapport au droit ancien. L'informatique est peu opérationnelle dans ce processus : elle peut le devenir au moment de l'accès à l'information nouvelle.

Ainsi la consolidation se fait plutôt à partir d'un *texte*, la compilation à partir d'une *matière*, la réformation à partir d'un *ensemble de matières*, la mise en ordre à partir de *l'ensemble du droit*.

En réalité deux critères fondamentaux peuvent caractériser ces entreprises de codification : l'*étendue* de la couverture du droit repris et le *degré de modification* souhaité. Les deux critères ne sont pas inversement proportionnels mais, comme on ne peut à la fois tout reprendre et tout modifier, il y a toujours un *équilibre* entre ces deux opérations.

La portée de toute « ambition codificatrice » doit être revue par rapport à ces deux tendances. En effet, on peut dire que la codification de 1989 est ambitieuse en ce sens qu'elle entend *reprendre l'ensemble du droit*. Mais on lui reproche d'être trop en retrait car elle ne suppose aucune règle nouvelle ni même aucune opération de réécriture par rapport à un projet de communication (transparence, pédagogie etc.). Cette mise en ordre est considérée à tort comme une *pure compilation* c'est-à-dire comme la reprise *sans ordre apparent* d'un ensemble de textes. C'est une des nombreuses confusions qui parcourent les différents débats depuis le lancement du projet, dues essentiellement au fait qu'en France on ne distingue pas assez, dans la théorie de la légistique, la *modification* de la *codification* du droit.

#### 1.4 UNE LENTE SYSTÉMATISATION DE LA CODIFICATION

Le début du xx<sup>e</sup> siècle marque un tournant dans les projets de codification. La codification s'oriente vers le maintien du droit en vigueur : ainsi on parlera « *d'un travail matériel et pour ainsi dire de mosaïque* » pour le projet de Code du travail, par opposition à la conception d'un « anti-code civil » qui aurait nécessité une nouvelle réflexion – non souhaitée – sur la législation ouvrière. Parallèlement, de nombreux

15 Le Code pénal a été « révisé » : « Réviser c'est visiter à nouveau chaque partie d'un immeuble pour détecter celles qui appellent un remplacement et se rassurer quant à la solidité des autres. Quand on révisé la Constitution on ne l'abroge pas. » (Jacques ROBERT)

textes portant codification se développent, notamment dans le domaine fiscal : mais ces codifications sont incomplètes et limitées à un champ particulier du droit (Code du blé, Code du vin, Code de la famille, Code des jardins ouvriers...). On en arrive à une *déformation* de la notion même de codification : certains arrêtés « codifient » dix-huit articles dans le domaine des salaires du personnel des réseaux ferroviaires<sup>16</sup>...

Le Comité d'étude sur le coût et le rendement des services publics crée pour « réorganiser l'état » va être le premier organisme à proposer un comité de codification qui « ferait préparer » par chaque administration un code unique qu'elle tiendrait à jour. Une Commission de codification sera créée en 1948 pour mener à bien ces objectifs et définir une méthode. À côté d'un important travail de réflexion, dix-neuf codes complets verront le jour de 1960 à 1982. Le volumineux Code de la sécurité sociale sera, quant à lui, préparé avec beaucoup de soin de 1981 à 1985.

Les difficultés naîtront essentiellement des divergences entre les notions de codification et de modification du droit : la commission voulait aussi moderniser certaines règles de droit.

172

## 2. LA CODIFICATION DE 1989 : UNE AMBITION MÉTHODOLOGIQUE

À la fin du 2<sup>e</sup> millénaire, la connaissance du droit en vigueur est devenue une gageure, même pour l'administration...

La codification est présentée de ce fait comme une des voies possibles pour moderniser le droit et l'action administrative : c'est une décision de *management public*. On peut certes en critiquer les méthodes et même les résultats (des erreurs sont relevées lors de chaque relecture devant le Parlement). L'inflation des lois et règlements empêche une connaissance précise des textes en vigueur, y compris dans un ministère, comme l'a montré notre enquête CODEX. Inflation normative, multiplication des sources, décodification, accumulation des mises à jour : la connaissance juridique est devenue non seulement inaccessible mais ingérable. Le Rapport du Conseil d'État (1991) y voit là une raison supplémentaire d'insécurité juridique et de dégradation de la norme.

Moins la réduction de la complexité des règles, la codification vise à préserver leur cohérence et leur présentation. La volonté de continuer l'œuvre entreprise après la guerre par G. Ardant<sup>17</sup> est donc soulignée pour que les usagers du droit puissent retrouver, dans un seul recueil, l'ensemble d'une matière. Mais la codification n'est pas seulement un travail de reproduction du droit et le codificateur n'est pas seulement un copiste : on lui demande d'évaluer le droit avec ses imperfections, ses lacunes, ses contradictions, voire de proposer des solutions. Il lui est conseillé de suggérer des mesures de clarification des normes. Ces raisons sont nouvelles et

<sup>16</sup> Arrêté relatif au reclassement des emplois et à la revalorisation des salaires des agents des réseaux secondaires d'intérêt général et des réseaux d'intérêt local et à la codification des textes relatifs aux salaires de ces personnels

<sup>17</sup> ARDANT G., *Techniques de l'Etat*, Paris, PUF, 1953.

s'inscrivent dans un mouvement général visant à *mieux légiférer*. Ce projet est repris, au niveau européen par le Groupe chargé de la simplification au sein du Service juridique de la Commission<sup>18</sup>.

Le principe de la codification à droit constant de 1989 est un compromis entre une codification administrative et une politique d'évaluation et de modernisation du droit. La codification mise en place en 1989 poursuit les codifications entreprises dans l'histoire du système juridique français mais avec d'autres principes et d'autres méthodes, dues aussi à l'arrivée des technologies de l'information dans le monde du droit.

## 2.1 UN PRINCIPE RIGOREUSEMENT AFFIRMÉ : CELUI DE DROIT CONSTANT

Ce principe, qui paraît clair dans sa formulation et dans sa méthode, est beaucoup plus complexe au niveau de sa mise en œuvre.

Codifier à droit constant signifie qu'on rassemble le droit en vigueur sans *ajouter de règles nouvelles*. Mais ce n'est pas une codification à *droit existant* car plusieurs procédures de validation viennent compléter la tâche de codification :

- Validation constitutionnelle: la codification s'articule autour du partage entre les domaines respectifs de la loi et du règlement (reclassements et déclassements d'articles L et R vérifiés par rapport à la Constitution);

- Validation communautaire: la bonne transposition du droit communautaire dans le droit interne doit être vérifiée à cette occasion;

- Correction de modifications implicites « quand celles-ci sont certaines<sup>19</sup> », après consultation des organes compétents: les ministères, la Chancellerie, le Conseil d'État;

- Validation des dispositions particulières concernant les statuts spécifiques (droit alsacien mosellan) ou nécessitant des consultations ou des procédures (application à l'outremer).

La solution proposée a l'avantage de distinguer deux moments dans la codification :

- D'abord celui de l'amélioration de la présentation et le repérage des difficultés d'application du droit existant (propositions techniques).

- Ensuite, celui des suggestions de modification du droit (propositions juridiques).

## 2.2 UNE MÉTHODOLOGIE PRAGMATIQUE MAIS SYSTÉMATIQUE

C'est la CSC qui a pour mission de « fixer la méthodologie d'élaboration des codes en émettant des directives générales ». La dernière directive<sup>20</sup> a pris la forme d'une lettre au secrétariat général du Gouvernement relative à la mise à jour des

<sup>18</sup> Rapport 29/11/202, WG IX 13 qui incite à la relance de la codification européenne et à l'amélioration de la rédaction de la législation.

<sup>19</sup> SUEL, M., *Essai sur la codification à droit constant*, Éditions du Journal officiel, 1995, n° 4259, p. 3.

<sup>20</sup> Du 20 janvier 2003.

textes codifiés : la difficulté de prendre en compte pour modifier une loi, de la totalité de son « système de référence » est évoquée. En outre depuis le décret du 13 juin 2000, la CSC est consultée sur les projets de lois modifiant les codes existants. Ce changement de perspective implique une volonté politique plus claire d'inclure la codification dans l'ensemble du processus législatif et du système d'information.

La CSC rend des rapports annuels diffusés sur Internet où les questions de méthodologie sont largement expliquées et évoluent au fur et à mesure des problèmes rencontrés<sup>21</sup>. La diversité des conditions d'application des lois soit dans le temps (lois « suspendues » ?) soit dans l'espace (lois expérimentales) l'a incitée par exemple à proposer la pose de balises informatiques dans la base de données du Journal officiel, de façon à instituer des « alertes juridiques » automatiques. Un « Guide de bonnes pratiques codificatrices » est aussi à l'ordre du jour : certainement l'informatique devra y être convoquée.

Cette méthodologie consiste à fixer avec les administrations le minimum de standards de présentation pour les documents de travail et les projets de code. Mais, comme on le remarque dans les Rapports de la commission, cette mission recouvre aussi la définition de terminologies, de procédures et d'aides technologiques communes. Quelques principes méthodologiques généraux ont été définis dans une Note de la CSC du 1<sup>er</sup> février 1990 sur la présentation des codes et sur leur contenu. Nous en suivrons l'évolution.

174

a) La présentation se fait par livres, titres et chapitres : la commission insiste, sans donner d'indications plus précises, sur la nécessité, pour chacune de ces trois divisions, de porter « un titre aussi significatif que possible du contenu ». La numérotation peut se faire en continu (comme l'ont adopté le code de commerce ou le code pénal) ou en décimale (plus généralement)<sup>22</sup>. Les numérotations portent les lettres L (loi) ou R (règlement).

b) Sur le contenu des codes, la méthodologie est assez peu précise. Un code doit être « aussi complet que possible, sans comporter de renvois ». Seules les dispositions « véritablement normatives » doivent y figurer : cela signifie-t-il que les principes trop généraux ou les articles d'orientation ou pédagogiques doivent en être exclus ? Il est indiqué, sans autre détail, que l'informatique doit « aider le recensement des textes ».

c) Sur l'absence de renvois, la situation est plus délicate. Le découpage par matières ne rend pas étanches les domaines du droit. La commission a donc opté pour la méthode dite des codes pilotes et des codes suiveurs plutôt que sur les citations croisées. La terminologie de code pilote et de code suiveur (instaurant inévitablement une hiérarchie dans ce couplage) est d'ailleurs souvent remise en question

21 Le dernier est le 13<sup>ème</sup> rapport annuel (2002) sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/brp>.

22 « Les arguties attachées à la procédure orale et à l'éloquence judiciaire n'apprécient pas la numérotation décimale qui oblige à "de vilains ànonnements" et embrouille la mémoire » peut-on lire dans le Dalloz spécial sur le Code pénal.



mais aucune autre métaphore (moins maritime ?) n'a pu encore s'imposer. Le code pilote signifie que la disposition sera considérée comme appartenant en priorité et en tant que version originale à tel ensemble. Le code suiveur ne fera que « recopier » la disposition. Les solutions informatiques sont efficaces pour maîtriser ce problème en instaurant des hyperliens croisés voire virtuels. Dans la note de la CSC de 1990, la commission exclut le renvoi d'un code à l'autre « sans reproduction des articles concernés ». Le parti est pris d'épurer les textes de références croisées et en cascades.

Les notions de code pilote et de code suiveur ont été plus ou moins abandonnées au profit de celle plus restrictives d'articles ou de dispositions pilotes par rapport à des dispositions « suiveuses ». En effet le but n'est pas de privilégier de créer des codes *nobles* par rapport à d'autres qui le seraient moins mais d'établir des liens fonctionnels entre des éléments appartenant à un même réseau d'informations. Cette conception est plutôt liée à celle de *management de l'information juridique*. Là aussi, des solutions de légistique informatisées existent. Dans le 1<sup>er</sup> rapport, la reproduction était plutôt favorisée pour faciliter la lecture. Le 2<sup>e</sup> rapport émet quelques restrictions. Puis le 3<sup>e</sup> rapport renvoie à l'informatique le soin de trouver une solution.

La solution serait de gérer ces informations sur une banque de données. L'article suiveur pourrait intégrer une référence à l'article pilote ce qui permettrait à chaque mise à jour du « pilote » de modifier en ligne toutes les références suiveuses.

Enfin la plupart des indications méthodologiques données par la CSC sont reprises dans la Circulaire du 30 mars 1996 (J.O. du 5 juin 1996) relative à la codification des textes législatifs et réglementaires (accessible sur LEGIFRANCE).

### 2.3 LA LOI DE CODIFICATION : UN « ALGORITHME » DE PRODUCTION DE CODE

Avant 1989, le principal problème venait de la validité juridique de la codification administrative. De nombreux codes publiés par décret se terminaient par la formule : « *les dispositions du présent code se substituent à celle des textes repris et énumérés ci-après* ». En réalité, la substitution ne permettait pas l'abrogation des textes. L'énorme travail des codificateurs se résumait à présenter autrement le droit mais non à faire une œuvre valide juridiquement. Par ce principe de « substitution », le législateur pouvait continuer à modifier le texte d'origine et non le code.

Après 1989, la codification n'est plus seulement programmée, elle est intégrée au droit. La partie législative de chaque code sera approuvée par la Commission et soumise au Parlement après avis du Conseil d'État<sup>23</sup>. Elle a force de loi dès sa publication. Nous allons insister sur les particularités de la loi de codification par rapport à la loi de ratification.

Cette loi est un véritable *algorithme* c'est-à-dire une suite d'instructions ordonnée.

23 La loi du 16 décembre 1999 a habilité le gouvernement à adopter 9 codes (parties législatives) par ordonnances. Un an après, les neuf codes ont été publiés.

Elle est performative car elle *produit* directement un certain nombre d'effets dans l'ordre juridique. Le mot « ordre » est aussi pris dans le sens d'une chronologie des opérations à effectuer.

Cet algorithme législatif pourrait être formalisé dans un certain nombre « d'instructions » au sens informatique, à tel point que cette loi de codification deviendrait non seulement le *résultat de la préparation* d'un code mais l'*algorithme dynamique d'une auto-modification* <sup>24</sup> du corpus existant, ...après le vote du code.

1<sup>re</sup> étape : Annonce le code. Un article précise que le code est en annexe de la loi.

2<sup>e</sup> étape : Indique que le code remplace le texte abrogé. Cette disposition respecte le principe suivant lequel une loi promulgue d'abord un nouveau texte, puis abroge l'ancien.

3<sup>e</sup> étape : Instaure des liens entre code pilote et code suiveur. Les modifications des articles sont reprises de plein droit par les articles suiveurs sans que le législateur ait besoin d'en voter l'incorporation

4<sup>e</sup> étape : S'applique au TOM. (dans le Code de la Propriété intellectuelle)

5<sup>e</sup> étape : Abroge. En théorie, seuls les textes repris dans le code sont abrogés. Parfois, on peut trouver les références des textes dont l'abrogation a été proposée.

6<sup>e</sup> étape : Réécrit la loi pour que son contenu reste cohérent. Ainsi l'article 7 de la loi de codification du Code de la consommation corrige des visas dans les lois.

7<sup>e</sup> étape : Demande à ce que le Gouvernement dépose un rapport contenant les modifications législatives apportées au code pendant les deux années écoulées (Code de la consommation). L'objectif de la *mise à jour* du code est donc inscrit dans la loi : on remarquera cependant que dans le mois qui suivit la publication du tout nouveau code de la Consommation, une modification sous forme de loi a été publiée au Journal officiel sans avoir été intégrée dans le code...

Enfin, la suppression de mots ou d'alinéas peut faire l'objet d'un article supplémentaire à la loi de codification : c'est alors le Parlement qui fait œuvre de réécriture d'articles.

### 3. L'AIDE LÉGISLATIVE ET INFORMATIQUE À LA CODIFICATION

Nous entendons par *légistique* l'ensemble des méthodes et techniques utilisées dans l'élaboration et la rédaction des textes juridiques. Elle se combine à l'informatique, grâce à la numérisation complète des données textuelles et à la modélisation des tâches. L'informatique juridique, science du traitement de l'information en droit peut apporter ses procédures et sa logique pour améliorer les processus d'écriture du droit et notamment des codes. Notre laboratoire de recherche <sup>25</sup> a

24 Ou même « transubstantiation », suivant le beau terme métaphorique d'Élisabeth Catta (ancien chef de la mission de codification DGCL) que je remercie vivement, ainsi que Véronique Tauziac (chef de projet légistique à la DGCL) pour leur apport à cet article.

25 « Informatique Droit linguistique », qui fut installée au Conseil d'État comme équipe associée au CNRS (1973-1997) puis intégrée par la suite au CERSA.

entrepris depuis plusieurs années des recherches sur le texte juridique<sup>26</sup>, sur l'aide de l'informatique au droit<sup>27</sup>, à l'écriture du droit en particulier<sup>28</sup> et enfin sur l'accès à la connaissance par les outils de l'intelligence artificielle<sup>29</sup>.

La légistique regroupe à la fois ce que l'on appelait la méthode législative (étude du processus intellectuel d'élaboration des lois) et la technique législative (écriture des règles de droit). Elle est liée désormais à la diffusion du droit. Compte tenu de la nature particulière du texte juridique, la représentation des opérations cognitives sur le droit ne peut pas être réduite à une simple manipulation de données : la modélisation du processus de codification exige une approche *systémique et linguistique* du phénomène juridique.

### 3.1 LA PLACE DE L'INFORMATISATION DANS LA MÉTHODE DE CODIFICATION

D'un point de vue technique, la codification est une *recomposition de la matière textuelle* : Nous l'avons vu dans la première partie. En ce sens, l'utilisation de l'informatique a été très tôt envisagée dans les textes émis par la CSC.

Si l'on regarde attentivement les travaux de la CSC, l'informatique est citée à plusieurs reprises.

La CSC dans une *Note sur les méthodes de codification*<sup>30</sup> signale d'abord que pour regrouper les textes « *les outils informatiques doivent être utilisés* ». Puis dans le 2<sup>e</sup> rapport annuel (1991), elle poursuit sa réflexion sur les nouvelles possibilités d'utilisation ou de liaison avec le Centre national d'Informatique juridique (CNIJ). L'informatique est suggérée ensuite aux étapes suivantes, correspondant aux définitions, données précédemment, de la codification :

- La collecte et la sélection des textes ;
- Le traitement des textes saisis sur micro-informatique ;
- La mise à jour des documents codifiés.

C'est dans ce même rapport que sont évoquées les dispositions suiveuses et les dispositions pilotes. La CSC propose de réfléchir à un service « au sein de l'administration ou des juridictions » qui serait chargé du suivi du Code.

En 1992, le rapport évoque la constitution d'un Groupe de travail qui doit examiner :

- Les expériences informatiques menées sur le code de la communication, le code de la Monnaie, des Banques et marchés financiers, le code général des Collectivités territoriales ;
- La préparation des logiciels de codification ;
- La mise à jour des codes par voie informatique.

26 BOURCIER, D. et MACKAY, P., *Lire le droit Langue texte cognition*, Paris, LGDI, 1992.

27 THOMASSET, C. et alii (dir.), *Le droit saisi par l'ordinateur*, Cowansville, Éditions Blais, 1993.

28 BOURCIER, D. & THOMASSET, C. (dir.), *L'écriture du droit face aux technologies de l'information*, Paris, Romillat, 1996.

29 BOURCIER, D., HASSETT, P., ROQUILLY, C. (dir.) *Droit et Intelligence artificielle, une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, 2000.

30 Note du 19 février 1990.

Le rapport de 1993 parle des conjonctions de trois facteurs dont le facteur technique pour permettre un « décollage » de certains projets de code.

L'analyse de ces rapports montre le souci constant d'informatiser certaines procédures propres au travail de codification. L'objectif du code comme « *instrument juridique* », à actualiser en permanence pour que soient mises à jour les références qu'il comporte, est précis. Devant assurer la sécurité sur la règle de droit, il ne peut être négligé sans risque. Pire, en tant qu'instrument, il doit non seulement être à jour mais servir à la mise à jour.

Le travail de codification comprend un nombre important d'opérations répétitives et donc susceptibles de normalisation et d'automatisation. La mission de codification de la direction générale des collectivités locales ayant conçu, pour la réalisation du code général des collectivités territoriales, un logiciel de codification assistée par ordinateur (Magicode) fondé sur l'utilisation de logiciels bureautiques, la circulaire de 1996 précitée, parle « *d'une application ouverte et adaptable, pouvant s'enrichir de nouveaux développements selon les besoins des codificateurs et mise à leur disposition... L'utilisation des moyens informatiques doit permettre de concevoir, et ce dès le départ du projet de codification, le document de travail comme un support unique de travail et de communication entre les différents partenaires institutionnels. Il devient ainsi une matrice d'informations et un outil de gestion du projet de codification.* »

### 3.2 L'UTILISATION DE L'INFORMATIQUE DANS LE PROCESSUS DE CODIFICATION

L'informatique est ainsi désignée pour aider le processus de codification et on peut concevoir son apport à court terme :

- En facilitant le recensement et la collecte des textes, y compris sur support numérisé ;
- En permettant d'utiliser, sans conversion les données, les documents émanant des différents partenaires ;
- En créant un document de travail unique pour le codificateur susceptible d'être traité comme base de données ;
- En aidant la numérotation automatique, les renvois d'articles, la mise en place des index et des tables des matières et la création des tables de concordance et de références ;
- En préparant la loi de codification ;
- En mettant en forme, en vue de l'édition et de la maintenance, une base codifiée définitive.

Mais rien n'empêche de faire une prospective à moyen terme :

- En définissant des méthodes et logiciels d'ingénierie linguistique et légistique susceptibles de rechercher et d'identifier des informations complexes (définitions, groupes de mots formant concepts, référentiations), de traiter les disparités ou les contradictions terminologiques ou signalétiques et de simuler des modifications législatives ;
- En établissant des liaisons fonctionnelles entre la conception, l'écriture, la gestion et la maintenance du droit (base de données de codes en ligne, archivage des

documents de travail, gestion des codes pilotes et des articles suiveurs, dictionnaires terminologiques...).

En effet toute amélioration du processus d'accès à la connaissance passe par une réflexion sur la qualité de la connaissance elle-même. La codification peut être vue comme une première étape vers l'accès au droit. Une deuxième étape est l'utilisation de l'informatique pour rédiger les codes. La troisième étape est de concevoir de nouvelles méthodes informatiques pour améliorer le service à l'utilisateur-citoyen accédant à la connaissance du droit.

*La mission de codification*, créée au sein de la DGCL avait donc pour objectif à la fois d'élaborer le CGCT et d'informatiser la méthode.

Le projet de Code, qui devait traiter plus de 4 000 articles (L et R), posait des questions à la fois générales et spécifiques au codificateur. Des moyens logistiques importants lui ont été confiés pour améliorer la qualité et l'efficacité de son travail : les volumes de textes à manipuler, la complexité des flux d'informations à gérer et la nécessité d'une action coopérative l'ont conduit notamment à privilégier une approche informatique globale la « Gestion électronique de documents » (GED). Cette approche tend à supprimer le « document-papier » comme support essentiel de l'information en prenant en charge par des outils informatiques toute (ou presque toute) l'information à traiter.

Pendant, cette « rupture technologique » ne pouvait être soutenue qu'après que les opérations intellectuelles et procédurales de la codification, les acteurs et les besoins de traitement d'informations avaient été identifiées. La recherche-action CODEX devait l'aider à remplir cet objectif en tenant compte des particularités du domaine administratif et du texte juridique.

### 3.3 LA CONCEPTION D'UN SYSTÈME DE CODIFICATION INTELLIGENT ET INTÉGRÉ

Les technologies de l'information ont pour objet de collecter, saisir, classer, archiver, corriger, déplacer, stocker, interroger, simuler, imprimer, copier, transmettre... Le processus de codification fait intervenir toutes ces fonctions dans le processus. Comme il s'agit d'une codification à la fois méthodique et empirique, et que l'objectif consiste à « remanier » une matière textuelle existante, le programme était centré sur un procès de transformation ou de réutilisation de données. De nombreux produits informatiques ont été impliqués dans le processus de codification : les logiciels de traitement de texte avec correcteur juridiques intégrés, les logiciels de recherche documentaire, les logiciels de navigation (Hypertexte), les logiciels de communication (EDI), les logiciels de simulation (Conception Assistée par ordinateur), les logiciels d'archivage et les logiciels de PAO (Publication assistée par ordinateur). C'était aussi à ce même souci d'intégration de logiciels existants qu'avait conclu la première étude commandée par le ministère de l'Environnement sur le rôle de l'informatique dans le processus de codification<sup>31</sup>.

31 Rapport pour le ministère de l'Environnement « *L'informatique juridique au service de la codification du droit de l'environnement* » (Christophe SANSON), CNRS-idl, 1993.

Une réflexion approfondie sur l'aide informatique a permis de développer un premier document de travail informatisé utilisant le mode *plan* et le mode *tableau* de plusieurs logiciels existants. On ne saurait trop insister sur l'intérêt de la *gestion du plan* par un système informatique. En effet, le plan détaillé constitue la première phase de l'élaboration du code. Elle permet aussi de prévoir le plan correspondant en matière réglementaire et aussi de gérer les mises à jour qui peuvent intervenir durant la phase de codification. Le découpage par livres de certains codes nécessite de pouvoir modifier les différents blocs d'information. Le fait que le code n'est jamais « fini » et cela jusqu'à la publication au Journal officiel favorise une approche où les supports, les données et les structures sont indépendants, tout en pouvant être repérés dans l'architecture générale. De même, au niveau historique, grâce à l'utilisation de signes diacritiques ou de textes cachés, l'informatique peut stocker une mémoire soit « morte » soit « vive ». Morte, elle permettra d'expliquer ce qui a été fait et pourquoi. Vive, elle devient une base dynamique de connaissances permettant de relier différents niveaux ou de *raviver* des liens antérieurs (code pilote ou code suiveur). Le plan étant soumis à des révisions constantes, la possibilité de manier en direct à la fois la numérotation, le document et sa place dans la hiérarchie peut être une source importante de productivité et de confort. Une même version dupliquée peut servir à gérer l'évolution du projet de code entre les différents partenaires (ministères, conseil d'état, secrétariat général du gouvernement, CSC et Parlement).

La base de codification proprement dite est constituée alors comme fichier unique et peut être mise à jour en permanence et amendée par des éléments de jurisprudence et de doctrine (en texte caché grâce à des liens hypertextes invisibles).

La mission de codification, chargée de la réalisation du *Code général des collectivités territoriales* au ministère de l'Intérieur, a donc élaboré une méthode de codification et développé des moyens pour la mettre en oeuvre. Plus de 600 lois, concernant les collectivités locales, et votées sur deux siècles, ont été passées au crible afin de construire un texte de nature législative d'environ 2000 articles adopté par le Parlement. Encouragée par sa direction (DGCL), elle a conçu et développé un système d'information original combinant la maîtrise de la documentation informatisée et la mise en place d'un système partagé d'écriture de codes. Dans cette équipe pluridisciplinaire, juristes, informaticiens, adjoints administratifs, l'organisation du travail a été pensée en fonction des compétences et de la *mutualisation des savoirs* juridiques ou informatiques.

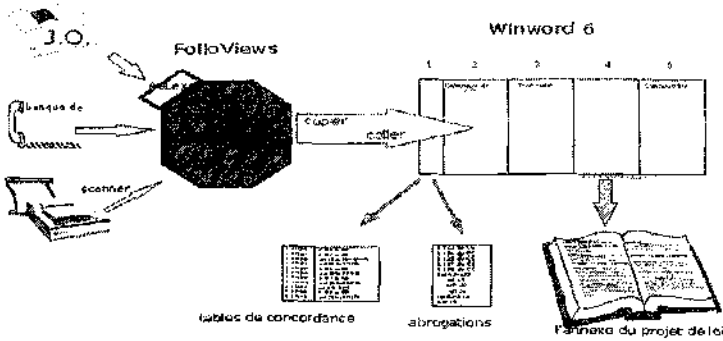
Dans ce contexte humain et organisationnel, l'informatique en réseau s'est intégrée sans difficultés<sup>32</sup>. La méthode de codification, identique pour l'élaboration de la partie législative comme la partie réglementaire, a été imaginée d'une

32 L'application *Magicode*, développée par la mission codification, fonctionne dans l'univers Windows et exploite les possibilités offertes par les progiciels suivants : le traitement de texte *Winword6* et le logiciel de gestion documentaire *FolioViews*.

33 Expression utilisée aussi dans le rapport du Groupe de travail européen WG IX 13 précité.

part, à partir de l'expérimentation, et d'autre part, avec un souci constant d'une « assurance qualité législative »<sup>33</sup>.

Le texte a été travaillé comme une matière première numérisée (la « matérialité textuelle » décrite ci-dessus), avec des contraintes de sécurité, de flexibilité, de circularité et de mémorisation de l'information. À partir d'une barre de menu adaptée, le codificateur peut basculer du document de travail vers le logiciel documentaire afin « d'aller chercher ses textes à codifier », les importer dans le documents de travail où les informations sont structurées et caractérisées suivant leur nature.



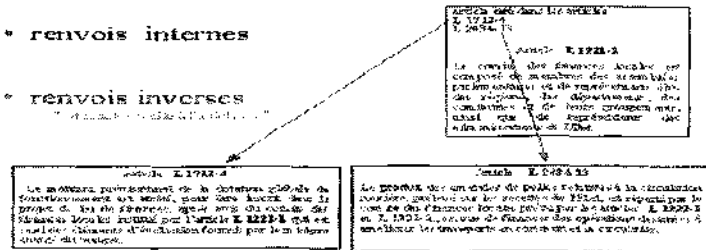
(extrait de la documentation Magicode)

Le code adopté et publié, la mission a maintenu une base de données juridiques issue des travaux de codification. Cette base sert à l'élaboration de nouveaux textes et permet aux services de pratiquer des simulations d'écriture.

La numérotation des articles, avec leurs liens, est une donnée aussi fluctuante qu'essentielle de la codification. Lorsqu'un article fait référence à un autre article, le renvoi de son numéro est mis à jour en permanence et il est donc possible de faire des simulations sur le code en vérifiant en permanence la cohérence de l'ensemble. Pour 2 000 articles numérotés, 1 800 références internes de renvois ont été traitées. Tous les documents sont reliés via les références par des liens.

Enfin, cette base permet d'élaborer tout ce que les rapports de méthode élaborés par la CSC avaient énumérés : la loi de codification, les tables de concordance, les index terminologiques, les autres codes, les autres lois, les commentaires, l'histoire et surtout, la partie réglementaire.

*le projet de code avec les liens hypertextes*



### 3.4 TERMINOLOGIE ET DROIT : L'HARMONISATION LINGUISTIQUE DES TEXTES CODIFIÉS

On a vu que le programme de codification, affirmé comme une priorité gouvernementale depuis 1987<sup>34</sup>, a connu des difficultés face aux résistances mais aussi, paradoxalement, à un certain désintérêt du Parlement<sup>35</sup>. En décembre 1999, la codification avait connu un tournant décisif par la loi d'habilitation à adopter les codes par ordonnances mais, ce même mois, une décision importante du Conseil Constitutionnel a consacré un nouvel objectif à valeur constitutionnelle « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>36</sup> » qui légitimise à lui seul le choix de la codification. Les relations qu'entretient la codification avec les questions de terminologie sont par là même affirmées, affichées et privilégiées au travers d'un principe de clarification du système juridique et de l'harmonisation de son langage. À la superposition de textes épars, d'origine et d'époque diverses, qui conduit à brouiller la lisibilité du droit, la codification oppose une réorganisation non seulement du système de normes mais aussi de la terminologie du droit : la codification opère ainsi une mise en ordre et une mise en cohérence du vocabulaire et des termes propres à une matière, comme elle le fait pour les règles.

Au regard d'une étude systématique<sup>37</sup> du projet de code de l'éducation (partie législative) qui réunit quelques vingt-cinq grandes lois adoptées entre 1850 et 1994, le travail d'un codificateur confronté à des écarts de vocabulaire et de terminologie importants a été analysé. Depuis plusieurs années, la qualité rédactionnelle des textes normatifs faisait l'objet d'un intérêt renouvelé des Pouvoirs publics. En effet, depuis 1974, une série de circulaires du Premier ministre<sup>38</sup> fixent les règles d'élaboration des textes normatifs faisant une place, bien qu'encore restreinte, aux questions de terminologie ; en outre, la création en 1985 d'une Commission ministérielle de terminologie de l'éducation devait contribuer notamment : « à la collecte et à l'harmonisation des données terminologiques ». Les institutions européennes, elles-mêmes, s'intéressent à la qualité rédactionnelle des textes<sup>39</sup> qu'elles rapprochent

34 Circulaire du Premier Ministre du 15 juin 1987 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, J.O. 1987, 17 juin, n° 6459 ; un premier programme avait été envisagé dès 1948, Décret 48-800 du 10 mai 1948, J.O. du 13 mai 1948, p. 1627.

35 « Le travail de codification est austère, voire ingrat. Il n'est guère attrayant, en effet, pour d'examiner des projets complexes qui, parce qu'ils sont élaborés à droit constant, ne s'inscrivent pas dans le cadre d'un programme politique... On peut donc comprendre, même s'il faut le regretter, que les projets de code soient les premiers textes sacrifiés face à l'encombrement de l'ordre du jour », VIDALIES, A., *Rapport au nom de la Commission des Lois*, Doc. Assemblée nationale, n° 1917, 23 novembre 1999.

36 Décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999, 99-421 DC et 99-422 DC.

37 Voir article de GILBERG, K., *Terminologie et code*, ayant donné lieu à une intervention au Colloque du CURAPP-CNRS, 2 avril 1998, Faculté de droit d'Amiens (non publié).

38 Voir la Circulaire du Premier ministre du 25 mai 1988, relative aux méthodes de travail du gouvernement, J.O.R.F. 1988, 27 mai ; deux circulaires relatives aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel ; la Circulaire du Premier ministre du 2 janvier 1993, remplacée par la Circulaire du 30 janvier 1997.

39 Commission *Better Law-Making 1996*, Commission report to the European Council, COM (97) 626 final, 26 novembre 1997. Voir aussi le Traité d'Amsterdam, article 39.



d'une entreprise de codification du droit communautaire et où le multilinguisme pose des difficultés terminologiques particulières.

La codification telle qu'elle est menée en France s'est donc intéressée aux questions de formulation et de terminologie propres aux textes juridiques. S'inscrivant dans les limites d'une codification à droit constant, la circulaire du 30 mai 1996<sup>40</sup> trace les principes présidant aux adaptations de langage : « *les mots, expressions et concepts désuets ou dépassés par une législation plus récente seront remplacés par les notions correspondant au droit en vigueur et à la langue actuelle* » ; elle incite à homogénéiser la terminologie des textes anciens avec les évolutions récentes de la langue du droit. De même la loi du 12 avril 2000 relie dans son article 3 « *l'amélioration de la cohérence rédactionnelle et l'harmonisation de l'état du Droit* ». Là aussi, l'informatique va avoir son rôle à jouer.

Comment retrouver et corriger automatiquement, dans une masse de textes, tous les termes comme « *magistrat municipal* » et les remplacer par « *maire* », ou encore effacer le terme sensible et désuet d'« *enseignement libre* » instauré par la loi Falloux de 1850 pour lui substituer l'expression plus neutre d'« *établissement d'enseignement privé* » de la loi du 31 décembre 1959 ? Pour effectuer cette opération, un traitement informatique simple a systématisé la recherche de mots dans l'infobase de MAGICODE et a procédé au remplacement automatique par le mot désiré. D'autres solutions sont étudiées notamment l'élaboration et l'utilisation d'index ou d'ontologies juridiques qui permettent, pour un domaine donné, d'enrichir l'interface par un réseau sémantique de termes et de leurs relations<sup>41</sup>.

### 3.5. LA CONNAISSANCE DU DROIT CODIFIÉ ET LES BANQUES DE DONNÉES JURIDIQUES

La codification est la première étape de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit. Mais elle peut se prolonger de plusieurs façons : par la création d'outils de rédaction, de maintenance et de diffusion du droit. Nous avons surtout décrit la station de travail du codificateur. Cependant le processus devient dynamique dès que la connaissance est numérisée : on peut créer des cybercodes pour le compte des administrations chargées de maintenir le droit et de la mettre à jour. On peut organiser des liens entre les codes, entre les lois et les codes, entre les lois et les règlements, entre les codes et la jurisprudence etc. Le droit devient un réseau de connaissances qui s'éclairent mutuellement.

La politique de codification converge avec les besoins de connaissance du droit, besoins auxquels répond l'accès désormais gratuit aux grandes banques de données publiques. Le citoyen français dispose déjà d'une panoplie de dispositifs lui permettant de mieux accéder au code et à ses outils annexes (tables de concordance, bientôt

40 Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, J.O. du 5 juin 1996, p. 8263-8269.

41 Voir travaux de l'Action Spécifique (AS) *Ontologies juridiques* menés dans le cadre du RTP *Droit et systèmes d'information* au CERSA-CNRS ([www.cersa.org](http://www.cersa.org)) notamment sur la notion de « *travailleur* » en droit européen (publication à venir).

index terminologiques, liens croisés de toute nature, etc.). La dernière loi sur la simplification du droit (loi 2003-591 2 juillet 2003) assimile d'ailleurs la codification et la simplification du droit et des procédures. L'article 4 traite sur le même plan les règles de fond et les règles concernant les moyens de diffusion précisant d'ailleurs qu'il convenait de profiter « des possibilités offertes par les technologies de l'information et de la communication ».

En 2004, quatorze codes ont été publiés (partie législative) et six parties réglementaires ce qui signifie que 64 % des lois ont été codifiées. Ces codes sont accessibles à partir de LEGIFRANCE<sup>42</sup> portail de diffusion du droit français et francophone en ligne, grâce à un libre accès sur internet. Soixante codes sont en ligne et parmi eux, les quatorze codes officiels (partie L) votés par le Parlement depuis 1989. Sont aussi interrogeables, grâce au traitement préalable par MAGICODE, les tables analytiques générales et les tables de correspondance de ces quatorze codes. Des hyperliens sont établis entre les parties L et R. Les lois nouvelles sont intégrées dans les codes au maximum huit jours après leur publication. Il existe maintenant une *continuité forte* entre l'étape de la fabrication, et l'étape de la diffusion, entre la mise à jour et la communication des codes.

#### 4. EN GUISE DE CONCLUSION : DE LA LOI DÉCHIRÉE AU CYBERCODE DYNAMIQUE

Nous avons vu que la numérisation accompagnée de divers dispositifs techniques permet de « travailler » le texte à codifier sur plusieurs supports mais aussi d'exploiter les divers produits annexes pour accéder au sens.

Le travail du codificateur s'est systématisé pour les tâches les plus répétitives. Mais l'informatique l'a libéré pour lui permettre d'élaborer des scénarios de plans de codes et de faire des projections de mise à jour. Les *études d'impacts juridiques*, nécessaires pour contenir l'inflation normative, peuvent être faites quasi-instantanément<sup>43</sup>. Enfin, la codification assistée par ordinateur permet de mettre à jour plus efficacement la terminologie, d'homogénéiser le vocabulaire et d'améliorer la consultation en ligne.

Parlons des effets négatifs. Nous avons précédemment évoqué l'histoire de l'écriture du droit. Les modifications de l'écrit induites par l'évolution des techniques avaient déjà été repérées par J. Goody<sup>44</sup>. La dématérialisation accélère cette évolution. En effet la codification – systématisée par l'informatique – modifie profondément l'écriture *narrative ou linéaire* des lois et pourrait devenir contreproductive pour l'intelligibilité du texte. Prenons un exemple, celui de l'article 97

42 Créé par le Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

43 La procédure des études d'impact est au centre du rapport de Bruno LASSERRE « *Pour une meilleure qualité de la législation* », Paris, La documentation française, 2004.

44 GOODY, J., *Entre l'oralité et l'écriture*, Ethnologies, Paris, PUF, 1994, pour qui l'écriture par exemple a conduit à la stabilité des grands empires, en spécialisant les rôles et en développant les bureaucraties, p.11.

de la Loi sur la Démocratie de proximité<sup>45</sup> modifiant le Code général des collectivités territoriales. Voyons comment doit se lire le texte législatif, mélangeant les règles de fond et les règles de forme :

I. Au premier alinéa du même article, après les mots : « communauté de communes », sont insérés les mots : « d'une communauté urbaine ».

II. À l'article L. 5211-13 du même code, après les mots : « par l'article L. 5211-49-1 », sont insérés les mots : « de la commission consultative prévue par l'article L. 1413-1 ».

III. À l'article L. 5211-14 du même code, la référence : « L. 2123-25 » est remplacée par la référence : « L. 2123-25-1 ».

Au moment de l'examen de la loi, qui a vocation à s'insérer dans le code, les dispositions sont devenues illisibles sans leur contexte et on peut se demander comment les membres du parlement peuvent exercer correctement l'examen des amendements à la loi. Actuellement le plus grand enjeu de la lisibilité du texte de loi, ou du code modifié par une loi serait « de visualiser le texte tel qu'il devrait se lire et se comprendre, après modifications, et donc de contrôler par anticipation la technique d'écriture utilisée, la justesse de ciblage des alinéas, et les effets d'une future consolidation. » (Rapport CSC, 2002) Urgente nécessité, dit le rapport de la CSC en 2004... Mais pour l'instant, les députés et les sénateurs continuent d'examiner une loi destinée à s'intégrer au code sans que le sens global ne soit restitué au moment du vote. La consolidation en ligne des textes et l'intégration des amendements va devenir la prochaine étape indispensable de la modernisation des procédures parlementaires (MAGILEX, suite de MAGICODE) pour recoudre, en ligne, la loi dans son code. La codification à l'heure du numérique transforme l'écriture de la loi, mais doit faciliter à brève échéance une vision globale, même virtuelle, du droit positif.

Évoquons d'autres effets, plus inattendus. On n'a pas fini d'explorer les potentialités de l'informatique qui, associée à la légistique et aux réseaux de communication, peut offrir à une volonté politique forte, les moyens (techniques) de développer, au moment de la production du droit, une démocratie plus participative pour concevoir un droit plus acceptable. On l'a constaté avec les forums électroniques, et les consultations pré-codificatrices ou post-codificatrices lancées sur le site Internet de la Mission de codification du ministère de l'Intérieur en 1999<sup>46</sup>. Les réflexions des citoyens et des fonctionnaires sur la loi nouvelle ont alimenté abondamment une base de *Frequent Asked Questions* (FAQ) qui est à son tour devenue le matériau pour une circulaire ministérielle...

La codification n'est pas un résultat mais enclenche un processus dynamique, parfois paradoxal, qui souligne les incohérences juridiques et suggère au législateur des modifications de fond. On reproche à la codification de produire de nouvelles erreurs. Mais sait-on que notre droit était déjà en mauvais état sans que nous n'y puissions rien, et que, désormais, la projection de règles nouvelles sur le corpus juridique

45 Loi n° 2002-276 du 27 février 2002.

46 Voir [www.dgcl.interieur.gouv.fr](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr) (Rubrique : Droit des collectivités, puis Suivi du code).

existant a permis de corriger des erreurs non moins capitales. En cela au moins, la codification, corrigée ou enrichie par de nouvelles méthodes, reste un instrument nécessaire pour assurer une meilleure qualité du droit, répondant au vœu de Max Weber, « *le droit doit rationaliser le droit* ».

## CODIFICACIÓN Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO \*

Moisés Romero Beristain

*Director del departamento de derecho de la Universidad de las Américas-Puebla (México)*

Ninguna investigación en el área jurídica se justifica, si no se inserta directa e indirectamente en la tarea de realizar, la justicia, la seguridad jurídica, la paz, el bien del ser humano y la armonía de la humanidad, para impulsar el desarrollo del derecho como ciencia y la búsqueda de la verdad, filosofía que encierra y a la que esta orientado el Congreso Internacional a que acertadamente se le ha llamado "El Futuro de la codificación en Francia y en América Latina"

Al abordar el tema de su conferencia, el doctor Luiz Edson Fachin, profesor de la Universidad Federal de Paraná (Brasil) expone con elegancia erudita que el Código Civil francés de 1804, que al devenir del tiempo se convirtió este cuerpo de Ley en fuente para el ordenamiento de su país y más aún al que se la calificado y considerado por la autoridad que representa su influencia directa en las Américas <sup>1</sup>.

Tal expresión se armoniza al expresarse que el contenido de un Código debe ser comprendido y entendido por todos, ya que el diseño de este debe tener un carácter universal pues expresa la verdadera naturaleza de sus instituciones que contiene el mismo y que, por lo tanto, el mismo debe ser comunicado a todos los pueblos <sup>2</sup>, es así como ejemplo de lo anterior es el Código Napoleón que en este acto académico se conmemora su segundo centenario y que con su nota esencial de universalización se mantiene plenamente su valor en los atribulados tiempos que transitamos.

Es así que al abordar y tratar por los conferenciantes el tema referente a la "codificación", sustantivo que significa en la actualidad una técnica legislativa, pero también el codificar es un arte difícil ya que encierra en sí, "la realización de una cierta armonía establecida por el sentido del presente, por la relación con el pasado, por la previsión del porvenir", afirmación que debe recoger toda codificación, la que en la actualidad representa el aspecto culminante de la cultura histórica-jurídica de la mayor parte de los países.

Del contenido de las figuras e instituciones del Código de Napoleón se advierte que al ser sancionado, en ese momento el derecho se positivizó, advirtiéndose con ello la presencia de la expresión de la voluntad popular y no así como la voluntad del soberano, actualizándose con esto lo expresado en el artículo 6° de la

\* Ce texte a été traduit en français par Maritza Formisano, membre de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains. La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

1 DE CABO, M. C., *Sobre el concepto de Ley*, Madrid, Editorial Trota, 2000, p. 29.

2 CSABA, V., "Utopias or rationality in the development of the idea of codification", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1978, nº1, p. 29-30.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano “La ley es la expresión de la voluntad general”<sup>3</sup>.

Con claridad y sencillez, Pío Caroni nombrado por el autor del artículo titulado *Raíces y prospectiva del proceso de codificación*<sup>4</sup>, Valentín Thury Cornejo, comenta que “una de las aspiraciones fundamentales del código, se concreta en la función unificadora. Por ello el Código se intenta imponer como el epicentro del ordenamiento jurídico, o bien a través de su perfección o bien a través de su prevalencia sobre el resto de las fuentes”. Expresión que significa una técnica, pero que en ella hace presencia relevante el principio de igualdad jurídica de todos ante la Ley, principio expresado en uno de los Cahiers de 1789 que literalmente dice: “Será redactado un Código Civil, simple, preciso y uniforme para todo el reino. Este Código será el de la naturaleza y de la razón, en cuanto excluye los usos locales y particulares y todas las instituciones arbitrarias”<sup>5</sup>.

188

La doctora Danièle Bourcier, Directora del Centro de Investigaciones de Ciencias Administrativas del CNRS y de la Universidad Paris II Panthéon-Assas, en el contenido de su exposición advierte la presencia de la ciencia y la tecnología en materia de derecho, ya que con todo acierto señala la incursión de la digitalización del derecho convertida en Código.

En efecto la historia nos otorga testimonio de la evolución que el hombre logra en esa línea infinita que conocemos como *tiempo*, en un principio por supervivencia, posteriormente por mejorar su estatus de vida y actualmente por desafiar todos y cada uno de los retos que nos presenta la vida.

De esta misma forma, el derecho evoluciona y aunque su naturaleza jurídica subsiste, la tendencia radica principalmente en perfeccionarse mediante técnicas encaminadas a una mejor redacción para su comprensión, ajustes y reformas para una vigencia eficaz, pero siendo que el derecho tiene la finalidad de ser aplicado a la sociedad y que ésta debe ser la más beneficiada, entonces la tendencia a perfeccionar el derecho debe encausarse también a buscar herramientas que permitan a cada uno de los ciudadanos tener acceso al conocimiento del derecho que lo rige.

Acertadamente Danièle Bourcier, ponente de tan distinguida conferencia y de la cual es un honor manifestar mis comentarios acerca de su obra, menciona que la codificación del derecho es la reestructuración y recomposición de los textos jurídicos para brindar un mejor conocimiento del derecho a la sociedad en conjunto y que atendiendo a la tecnología que presenta nuestra actualidad, la metodología idónea es la *codificación asistida por computadora*.

Efectivamente, de la metodología vanguardista propuesta por la expositora, se derivan beneficios directos a favor de los ciudadanos que tienen como tarea la modificación, sustitución y creación de leyes, así como de aquellos cuya función es

3 DE CABO, M.C., *Sobre el concepto de Ley*, Madrid, Editorial Trota, 2000, p. 29.

4 CARIONI, P., *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 23.

5 *Id.*, *Ibid.*, nota 8, p. 82.

la impartición de justicia y sobre todo aquellos en los que recae la norma.

La codificación asistida por computadora permitiría reagrupar los textos jurídicos para facilitar su reestructuración, consulta y aplicación. Sin embargo, lo más atractivo de esta propuesta, resulta ser la difusión del derecho al confeccionarse como un instrumento que permite el acceso a su conocimiento entre los diferentes niveles de clases sociales.

Al encontrarnos en un Estado de Derecho, es menester que la multicitada metodología para la codificación y conocimiento del derecho, responda a la funcionalidad del Estado, hipótesis que se surte al emerger dicha codificación como un sistema jurídico con el carácter de estático, pues refleja una imagen idealizada del funcionamiento del Estado al contribuir con el fin que tiene este, y el cual desemboca en la búsqueda del bienestar social.

Es así como observamos dentro de la esfera jurídica, que el codificar significa reunir de forma íntegra y metódica las reglas escritas que emanan de un poder central, ya sea con el fin de modificar, anexas o suprimir los textos legales bajo las características de orden, claridad y difusión.

Si el objetivo principal de la propuesta en comento es organizar en conjunto y de una forma clara, coherente y además cronológica los textos jurídicos (abrogados, derogados y vigentes), entonces esta codificación permitirá la evaluación y revisión del derecho para que en el caso de que lo amerite, se sugiera revolucionarlo o bien reformarlo, dando de esta forma cumplimiento al fin que tiene el Estado, a saber, el bien común, el cual se habrá obtenido gracias a una eficiente y adecuada codificación y difusión del conocimiento del derecho que se apoya en el trascendente desarrollo de una maravilla más de la vida y que se conoce, como tecnología.

Del contenido de los comentarios plasmados en este documento, procedo a concluir con la siguiente reflexión, si bien es cierto que todo en esta vida evoluciona para subsistir o bien sustituir, también es cierto que el derecho subsiste y sustituye, pero su evolución siempre debe ser bajo el rubro de conservar su naturaleza y obedeciendo a las necesidades y tendencias que la sociedad va requiriendo con el tiempo, debiendo aprovechar todos aquellos instrumentos tecnológicos para beneficio del núcleo del estado, la sociedad.

Me es particularmente grato el haber redactado unas líneas, en la especie de comentarios, referentes a las excelentes exposiciones del doctor Luiz Edson Fachin y la doctora Danièle Bourcier, pues de las mismas se advierte que el fin que persiguen, es el de proporcionar una basta idea sobre las documentadas y sólidas investigaciones realizadas mediante un agudo cotejo en el tiempo y en el espacio sobre "El Jurista del mañana y el conocimiento del derecho" y la "Codificación del derecho asistida por computadora", las cuales se espera sean de consulta obligada para los juristas que deseen conocer y comprender con mayor profundidad las apropiadas y vanguardistas propuestas que manifiestan los conferencistas.

Expreso mi reconocimiento y gratitud a todos y cada uno de los juristas y profesionales cuya intervención y participación invaluable, contribuyeron para que la

culminación del Congreso internacional: “El futuro de la codificación en Francia y en América Latina”, fuera bajo una atmósfera de éxito.

Es tiempo de concluir, no sin antes citar las sabias y elogiosas palabras que Jorge Mazzinghi expone en su obra titulada “*El Código de Napoleón*”, cuya exposición tuvo lugar en las Jornadas sobre la Codificación, realizadas en la Universidad Católica de Argentina, las que versan bajo el tenor siguiente: “El Código es un monumento digno de reverencia, que aún irradia su luz. Pero su existencia difiere de la que es propia de otras grandes obras: la pirámide de Keops, los esclavos de Miguel Ángel o la Tour Eiffel, están congelados en el momento de su creación y el tiempo nada puede añadirles; mientras que el Código sigue participando de la vida francesa, y sus normas –modo privilegiado de la expresión del derecho– continúan ofreciendo el material necesario para construir el orden social justo, que estaba en la ambición y en la esperanza de quienes contribuyeron a crearlo”.



## CODIFICATION ET CONNAISSANCE DU DROIT \*

Carlos Molina

Professeur à l'Université de Medellín;

Les deux interventions que nous venons d'entendre, qui au fond se rejoignent sur la façon de codifier les textes modernes, sont dans la forme des exposés très divers qui méritent d'être clairement distingués: le premier, celui de M. le professeur Luiz Edson Fachin de l'Université de Paraná, qui porte sur *Le juriste de demain et la connaissance du Code civil*, traite de l'avenir de la formation du juriste de demain. Cette intervention nous laisse une grande inquiétude sur la formation philosophique des actuels rédacteurs de codes. C'est une réflexion théorique très importante qui remet en évidence le rôle académique des universités du monde entier en matière de codification. Le deuxième exposé, celui de Mme Danièle Bourcier, directrice de recherche en sciences administratives du CNRS-Université Paris II, qui porte sur *La codification et la légistique à l'heure du numérique*, est par contre un exposé axé sur le passé d'une récente expérience codificatrice en France. D'un point de vue, plus pratique, cette intervention nous délivre un important enseignement sur la façon de codifier le droit d'aujourd'hui.

Nous allons procéder maintenant, pour chacune d'entre elles, à extraire, de manière générale, les quatre plus grandes idées qu'elles nous apportent:

### I. LE JURISTE DE DEMAIN ET LA CONNAISSANCE DU CODE CIVIL

D'une manière très explicite, le professeur Fachin, nous laisse entendre qu'à l'heure actuelle, il existerait une grande contradiction entre la manière de codifier des anciens rédacteurs de codes et la façon dont les modernes s'en prennent aux textes. Pour lui, la codification n'est qu'un reflet de la formation juridique du législateur. Ce qui explique, qu'un bon codificateur doit avoir, avant tout, une bonne formation juridique et une solide conception de l'État. D'où, la nécessaire relation entre la législation, la jurisprudence et la doctrine.

#### A. LA CONTRADICTION ENTRE LES CODIFICATIONS ANCIENNES ET MODERNES

D'après le professeur Fachin, les rédacteurs des codes d'aujourd'hui, n'ont pas la même attitude que les juristes des siècles passés. Les codes modernes n'auraient, selon l'auteur, ni la même force ni la même profondeur pour des codes récents, tel le Code Napoléonien, que des codes anciens tels les codes d'Hammourabi et encore

\* Este texto ha sido traducido al español por Lucía Grandin-Perea, miembro de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latino-américains. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

les XII Tables. Cela s'expliquerait facilement par le fait que les codificateurs d'autrefois visaient toujours la précision, la logique et l'Universalité : Précision par la rédaction courte et la constante recherche de la perfection ; Logique par la rédaction de postulats clairs et de longue durée ; et enfin Universalité par l'uniformité et la cohérence des constructions grammaticales. Par contre, les rédacteurs de codes modernes se caractériseraient, dans la rédaction de textes, par la simplicité, l'informalité et la temporalité : Simplicité dans la rédaction de longues phrases avec des mots imprécis ; Informalité dans les structures non complexes ; et enfin Temporalité des textes pour l'époque et pour les circonstances.

#### B. LA CODIFICATION EST UN REFLET DE LA FORMATION JURIDIQUE DU LÉGISLATEUR

Suivant les réflexions de l'auteur – s'il est vrai, comme nous avons appris les philosophes anciens, que légiférer est une activité réservée aux sages car les codes traitent normalement de la vie, du patrimoine et des relations juridiques des personnes –, on devrait trouver dans les textes juridiques codifiés : premièrement des principes généraux, qui guident l'ensemble des normes, deuxièmement des concepts juridiques indéterminés qui rendent en quelque sorte les textes immortels, et finalement une régulation des cas généraux pour permettre le traitement des tous les cas et circonstances. Or, il se trouve que de nos jours nous ne trouvons plus cette sagesse dans les textes et de ce point de vue, M. Fachin y appelle à l'apprentissage du droit civil et à une correcte formation du juriste du demain.

#### C. UN BON CODIFICATEUR DOIT AVOIR UNE BONNE FORMATION JURIDIQUE ET UNE SOLIDE CONCEPTION DE L'ÉTAT

Pour l'auteur, les systèmes juridiques ne sont que le reflet du modèle du gouvernement mis en place. C'est-à-dire, que les postulats juridiques que l'on trouve dans les codes ne seraient en définitive que l'expression des politiques d'État. Ce pourquoi, un mauvais système juridique expliquerait facilement une politique d'exclusion sociale, et au contraire un bon système juridique serait à l'origine d'une politique juste d'intégration sociale. D'où, l'incontournable contradiction de notre temps, surtout dans les pays en voie de développement, où les compétences de l'État se réduisent progressivement comme peau de chagrin, tandis que les besoins d'assistance sociale augmentent considérablement.

#### D. LA NÉCESSAIRE RELATION ENTRE LÉGISLATION, JURISPRUDENCE ET DOCTRINE

Si l'on en croit l'auteur, les temps ont changé. Après plus d'un siècle, comme l'a bien annoncé le renommé Carré de Malberg dans son incontournable *La loi expression de la volonté générale*, on assisterait à la constitutionnalisation du droit. Jean Rivero, l'avait montré dans son célèbre article sur *Les sources des droits administratifs*, dans lequel il mettait en évidence la constitutionnalisation de la fonction publique, du régime des collectivités territoriales et celui des droits et libertés individuels. Mais, il semblerait que les juristes et chercheurs de notre époque ne seraient pas assez conscients du phénomène. L'auteur se demande, avec raison, si

les élites intellectuelles d'aujourd'hui ont su adapter, dans la rédaction et dans la codification des textes, le changement profond qu'a entraîné la constitutionnalisation de la loi. Pour lui, la doctrine actuelle n'est pas assez critique, ne se manifeste pas et ne nourrit pas assez l'analyse jurisprudentielle. Ce qui en définitive laisse sans support le travail des législateurs, qui dans la plupart des pays sont les codificateurs des textes.

En conclusion, il serait évident que de nos jours, il existerait de la part de nos juristes et codificateurs un rejet général des idées nouvelles, un manque de rigueur conceptuelle et une absence de formation juridique adéquate.

## II. LA CODIFICATION ET LÉGISLATIVE À L'HEURE DU NUMÉRIQUE

Le deuxième exposé, n'est en définitive que l'explication de la politique française de codification mise en place en 1989 à travers la Commission Supérieure de Codification (CSC). Mais avant de nous expliquer cette expérience, l'auteur nous fait un nécessaire rappel d'exposition générale sur l'émergence d'une méthodologie de codification, sur les définitions de ce qu'est un code et de ce qu'est codifier, sur les différents types de codification et sur la lente systématisation de la codification en France. Néanmoins, l'intérêt principal de l'exposé se trouve dans l'expérience de codification française de 1989 dite à *droit constant* qui nous laisse d'après l'auteur quatre grandes idées :

### A. LA CODIFICATION FRANÇAISE MISE EN PLACE EN 1989 RECOMPOSE LES TEXTES JURIDIQUES SANS EN MODIFIER LE FOND

De manière générale, il apparaît logique qu'avant de modifier un code, il faut savoir exactement ce qu'en est un. Plusieurs définitions sont données, mais nous n'en retiendront que deux : une structurelle et une autre instrumentale. La première de type formelle, serait un ensemble des règles de droit, collecté et promulgué par une autorité étatique. La deuxième, de type matérielle, serait un modèle de représentation d'un système juridique à un moment donné par l'État. Mais, il semblerait que sur la définition et même sur les origines, il n'y aurait pas tellement de discussion. Le vrai problème apparaîtrait au moment de choisir la méthode. En effet, cela tient à la réécriture des normes et à l'expression des comportements étatiques. D'où l'obligation pour les faiseurs de codes d'avoir une bonne connaissance du système juridique qui doit appliquer obligatoirement une certaine vision politique de la société pour laquelle on codifie.

En France, le projet de codification générale sur les collectivités locales serait un bon exemple de comment codifier les nouvelles données territoriales : décentralisation et autonomie, sans perdre de vue l'idée d'unité territoriale qui a accompagné la France depuis cinq siècles. Le nouveau code applique une nouvelle conception de pouvoir de l'État, plus transversal et moins hiérarchique, pour essayer d'harmoniser les différents statuts locaux avec les besoins d'unité nationale.

## B. UNE BONNE CODIFICATION TIENT À SON ÉQUILIBRE ENTRE L'ÉTENDUE DE LA NORME REPRISSE ET LES DEGRÉS DE MODIFICATION SOUHAITÉS

La codification de 1989 en France serait plus une compilation de textes qu'une véritable codification. Il y aurait dans cette expérience une reprise de normes sans ordre apparent pour assembler un texte commun. Comme nous montre l'auteur, une codification ne serait pas seulement une simple compilation de textes, elle serait aussi une consolidation de l'intégration entre les nouvelles et les anciennes dispositions. Mais, elle serait encore une mise en ordre du droit existant ; c'est-à-dire, ordonner et classer les différents domaines du droit. Une codification serait enfin, la modification juridique systématique qui rend compte des changements légers ou profonds du droit.

En définitive, la codification de 1989 serait un projet ambitieux quant à la reprise de l'ensemble du droit, mais il resterait trop en deçà de la véritable codification. Cette expérience ne supposerait aucune règle nouvelle ni même aucune opération de réécriture. Mais on doit lui reconnaître néanmoins qu'elle fait un grand apport d'organisation face à la grave situation d'inflation législative existante. Cette inflation empêcherait la connaissance du droit en vigueur et le rendrait inaccessible et ingérable. Cette expérience poursuivrait aussi, avec d'autres principes et d'autres méthodes, les autres codifications entreprises dans l'histoire du système juridique français.

## C. DANS LE PROCESSUS DE CODIFICATION FRANÇAISE DE 1989 ON VOIT CLAIEMENT UN PRINCIPE ET UNE MÉTHODOLOGIE AFFIRMÉS

Le principe serait la codification à droit constant, c'est-à-dire, rassembler le droit sans ajouter des règles nouvelles. Ce serait moins complexe qu'une codification à droit existant où il faut tenir compte principalement des validations constitutionnelles, communautaires, ainsi que des validations des dispositions particulières (statuts spéciaux), mais encore des corrections de modifications implicites. Ce qui serait ingérable au moment de rassembler et de comprendre le texte tout entier.

Quant à la méthodologie, elle serait pragmatique mais systématique. C'est-à-dire : une présentation par livres, titres et chapitres ; pas de renvois aux normes ou à d'autres codes et une ensemble le plus exhaustif des normes. Ce qui rendrait le code moins complexe et plus complet.

Ce principe et cette méthodologie sont acceptés par la loi de codification, qui permet non seulement l'organisation mais aussi la cohérence du droit.

## D. LA LÉGISTIQUE ET L'INFORMATIQUE SONT DES ÉLÉMENTS NOUVEAUX PRÉSENTS DANS LA CODIFICATION FRANÇAISE

Les éléments nouveaux dont dispose la codification actuelle en France rendraient : un meilleur accès aux textes, une lecture plus aisée et une écriture beaucoup plus améliorée.

Comme semble bien le montrer l'auteur, la codification de 1989 relancerait la question de la libre circulation de l'information juridique. Ce qui contribuerait à l'amélioration de la demande constante d'un meilleur accès au droit. Ce principe général garanti, permettrait que le public soit plus et mieux informé sur ses droits, libertés et obligations. Ce principe serait devenu un objectif constitutionnel qui permettrait une meilleure accessibilité et une plus claire intelligibilité de la loi. L'assistance par ordinateur et la technique du *Magicode* rendrait possible l'élaboration d'un code à droit constant plus populaire, si l'on veut, plus moderne si l'on croit. Ce qui devrait permettre une connaissance plus facile et une meilleure communication du droit, ou peut-être une simple démocratisation du droit ?

En conclusion, cette manière de faire la codification du nouveau droit, organiserait – c'est bien possible – le processus de codification dans le futur, mais pourrait aussi automatiser de manière générale le droit, ce qui laisserait moins de place à la pérennité et à l'uniformité de normes voulues autrefois par les codificateurs. Ceci pourrait enfin, restreindre encore plus la part d'interprétation dévouée aux juges dans l'analyse des textes, et de ce point de vue la codification moderne s'éloignerait de plus en plus de la codification ancienne.

## PRESENTACIÓN DE UN PROYECTO DE LA ASSOCIATION ANDRÉS BELLO DES JURISTES FRANCO-LATINO-AMÉRICAINS

José del Carmen Ortega

*Ex secretario general de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*

Tengo el agrado de presentar ante ustedes el proyecto *Red Andrés Bello de facultades de derecho*, uno de los objetivos fundacionales de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains.

196

La *Red Andrés Bello de facultades de derecho* aspira a servir para que los profesores y estudiantes de las facultades de derecho participantes desarrollen la investigación y la reflexión jurídica con un espíritu universitario. Su desarrollo será gradual y progresivo, según las necesidades y perspectivas de las facultades que participen.

La *Red Andrés Bello de facultades de derecho* tendrá una estructura organizativa de geometría variable:

I. Un primer nivel de la red será la comunicación a través de Internet, estableciendo contactos y reenvío recíprocos (links) en los sitios virtuales de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains y de las facultades de derecho que participen de la red. Aspiramos a lograr este objetivo durante el primer año del proyecto, es decir, antes del segundo congreso internacional de la Asociación en marzo de 2005.

II. Un segundo nivel de la red de facultades será el desarrollo de los convenios inter universitarios que ya existen o que lleguen a celebrarse. La red podrá realizar encargos de las facultades de derecho para la evaluación y seguimiento de los convenios inter universitarios, en la medida en que las facultades de derecho lo requieran.

III. Un tercer nivel de la red será la promoción y coordinación de proyectos de investigación conjunta. Básicamente en torno a los temas de los coloquios y eventos académicos internacionales que organice la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains. Los siguientes son los temas inicialmente propuestos:

- La codificación en Francia y en América Latina
- Las constituciones y la integración
- La constitucionalización del derecho privado
- Interacciones entre las jurisdicciones internacionales y nacionales
- Derechos fundamentales y derechos subjetivos
- La regulación en América Latina
- La filosofía del derecho en Francia y América Latina
- Regímenes de descentralización
- Los grandes juristas latinoamericanos

Al término del congreso, fue suscrita en París una carta de intención por los directivos de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, el director del Instituto de Altos Estudios de América Latina, y los decanos y representantes de las facultades de derecho de la Universidad de Paraná (Brasil), Universidad de las Américas (Puebla), Universidad Estudios de Postgrado en Derecho (México), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile); Universidad de Buenos Aires y Universidad de Chile (Santiago). Posteriormente, han expresado su voluntad de adherir a la carta de intención las facultades de derecho de la Universidad de La Sabana, Universidad Javeriana y Universidad Antioquia (Colombia), Universidad Unisinos (Porto Alegre) y Universidad Diego Portales (Santiago de Chile).





## V

### COMMENT CODIFIER ? CODIFICATION ET INTÉGRATION RÉGIONALE

*« Qu'est-ce qu'un Code civil ? C'est un corps de lois destiné à diriger  
et à fixer les règles de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux  
les hommes qui appartiennent à la même communauté »*

*(Jean Marie Étienne Portalis)*

Président de séance

*Matías Pérez*

## PRÉSENTATION

Matías Pérez

*Secrétaire général de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains,  
professeur à l'Université Nationale Autonome du Mexique*

200

La séance que j'ai eu l'honneur de présider dans notre congrès m'a paru triplement réjouissante. La première raison tient à l'actualité et imminence du sujet. À deux cents ans de la promulgation du *Code Civil des Français*, les peuples sous son influence sont, par l'intégration régionale, face au paradoxe de la désintégration de la codification nationale qui ouvre les portes à une recodification régionale. Ceci bien entendu à des différents degrés et vitesses, selon qu'on parle de l'Europe ou de l'Amérique Latine. La deuxième raison est l'énorme extension du terrain technique à exploiter et tous les problèmes dérivés à résoudre. Le sujet dépasse donc largement les frontières du droit civil ; la composition multidisciplinaire de cette table est ainsi expliquée. Le troisième et dernier motif, conséquence de l'antérieur, a été la diversité et la richesse des points de vue dans lesquels nos intervenants se sont situés, pour ne pas dire confrontés. On remarque en effet une diversité verticale des points de vue ici exposés qui touchent à peu près tous les aspects de la problématique, et qui, en même temps, permettent, chacun avec sa propre optique, un débat horizontal dont les positions sont bien claires. Dans ce sens, M. Yves LEQUETTE a fait remarquer non sans regret, que la majorité a pris le chemin favorable au Code civil européen. Cependant, après avoir écouté l'avis de tous nos participants, on ne peut qu'arriver à une synthèse plus centrée, plus objective, plus prudente et mieux illustrée. On ne fait que constater que la synthèse d'une controverse aussi vive que celle-ci est le meilleur chemin pour arriver à la vérité en tant qu'objectivité. Tel a été l'impression finale que nous ont laissée les interventions de MM. Yves LEQUETTE, Miguel PASQUAU, Leonel PEREZNIETO, Fernando CARRILLO et le commentaire de M. Emmanuel JOLIVET.

Sans prétention de faire un rapport de synthèse, je présente ici le sujet de la codification et intégration régionale comme la source des problèmes les plus actuels autour de la question générale de la codification. Car du processus d'intégration régionale dépendra tout le futur de la Codification dans tout le monde juridique latin. Vice-versa, ce processus d'intégration – comme l'a bien remarqué M. JOLIVET – est dessiné au moins en partie, par les enjeux, tant politiques que techniques, de la codification. Ainsi, il ne sera pas de grande utilité de répondre à des questions sur l'avenir de la codification en France et en Amérique Latine, en dehors du contexte de l'intégration régionale.

Le caractère multidisciplinaire de la problématique est évident sur deux plans. Le premier tient à la formulation des questions, qui fait appel à plusieurs données de très divers ordres. Le donné sociologique à rechercher est dans quelle mesure la société européenne,

la société de l'Amérique du Sud ou celle de l'Amérique du Nord sont-elles homogènes<sup>1</sup> ? Car le Code civil est, comme il a été rappelé par les intervenants, la constitution de la vie civile des citoyens. La dynamique sociale de la vie privée et familiale et ses traditions par exemple au Portugal, est-elle comparable à celle des Pays-Bas ? La même question se pose entre le Mexique et les États-Unis. La réponse nous entraîne presque nécessairement à une autre série de questions, magistralement exposées par M. LEQUETTE. L'intégration régionale, telle qu'elle est voulue par les États dans les traités, passe-t-elle nécessairement par l'égalisation des lois régissant des aspects dont les différences sont – non seulement la richesse de la région –, mais aussi des traditions sociales plus fortes qu'une volonté d'unification centralisée à Bruxelles ? Non ! Non au moins en ce qui concerne ces aspects, comme le droit de la famille. Qu'en est-il cependant d'une volonté unanime et assez uniforme dans les principes de fond, tant en Europe comme en Amérique Latine, concernant les droits de l'Homme ? N'y a-t-il pas des aspects importants des droits de l'Homme dans la codification civile<sup>2</sup> ?

On remarque donc une nécessaire et soigneuse sélection de matières à intégrer dans un éventuel code régional basé d'abord sur les objectifs de l'intégration et deuxièmement sur des critères de respect à la diversité culturelle, traditionnelle et sociale. Pour ce qui est des matières comme les droits de l'Homme, la *codification intégratrice* n'est peut-être pas pour l'instant la meilleure méthode<sup>3</sup>. Il serait convenable un réaménagement de la législation interne par la voie des traités<sup>4</sup>. M. Miguet PASQUAU préfère, non un rejet d'emblée au Code européen, mais un chemin méthodique préalable qui passerait par le rapprochement des codes nationaux<sup>5</sup>. Le travail du comparatiste devient alors indispensable. La comparaison ne demeure plus une activité de simple curiosité<sup>6</sup>.

Qu'en est-il en revanche des matières qui crient la nécessité d'une harmonisation, sinon unification, compte tenu du dynamisme galopant des échanges commerciaux ? On se situe ici dans l'un des objectifs certains de l'intégration régionale : l'intégration des marchés. Le droit de la concurrence, propriété industrielle, investissements, banque et finances, le commerce en général – et ceci implique les contrats commerciaux aussi – et sans doute le droit de la consommation<sup>7</sup>, sont des matières qui ne peuvent pas continuer à résister à

1 Sur cette question dans une approche philosophique, v. PAPAUX, A., « L'Union européenne : entre société (Gesellschaft) et communauté (Gemeinschaft) entre Platon et Aristote », in RIE 2003-51, p. 247.

2 Pour une remarquable étude sur la question, v. DEBET, A., *L'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le Droit civil*, thèse, Paris II, 2001.

3 Pour l'instant par exemple, la Cour Européenne des Droits de l'Homme vient de décider, le 8 juillet 2004, non pas à l'unanimité (14 voix contre trois) que la question de déterminer le moment à partir duquel un fœtus est considéré comme une personne humaine, relève de l'appréciation des États membres. n° 53924/00, aff. VO c/ France. JCP 2004 n° 30 Act. 379.

4 V. TURPIN, F., « L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la constitution européenne » in RTD eur. 2003. 615.

5 Pour un exemple de cette méthode de rapprochement dans une matière particulière comme la prescription, v. ANCEL, P. et FAUVARQUE-COSSON, B. « Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive » in Revue des Contrats 2004/3 (juil. 2004) p. 801 et s.

6 LEGRAND, P., *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999, p. 12

7 Sur un panorama de la problématique technique de la question v. *Le droit communautaire de*

l'inéluctable course vers le marché global. Ainsi, M. Leonel PEREZNIETO, pour sa part, nous donne une leçon exemplifiée sur les énormes difficultés juridiques que la législation mexicaine oppose à l'intégration commerciale de l'Amérique du Nord. N'oublions pas que le Mexique est aujourd'hui le premier associé commercial des États-Unis.

M. Fernando CARRILLO nous propose, en faisant un complément synthétique, que la diversité dans le public et dans le privé ; dans le civil et le constitutionnel ne s'oppose pas à la reconnaissance des communs dénominateurs sociaux, traditionnels et historiques qui ont les régions comme l'Europe et l'Amérique Latine. En effet, lorsqu'on parle d'une « région » ce n'est pas exclusivement dans le sens géographique, mais aussi culturel et historique.

Enfin on ne peut pas oublier les exemples des États-Unis et du Mexique respectivement à l'intérieur de ses législations, lorsqu'on parle de cette sélection des matières *intégrables*. Dans ces deux cas, États fédéraux, chaque État fédéré a sa propre législation civile. Non seulement y est respectée la compétence législative des autorités locales, mais aussi les différences culturelles et traditionnelles de chacun d'entre eux. En tout ce qui est de l'intérêt des États dans leurs rapports entre eux, c'est-à-dire, le commerce, entre autres, il existe une législation fédérale. Aux États-Unis, du système de *common law*, il existe un Code unique et fédéral<sup>8</sup> ! Le *Uniform Commercial Code*<sup>9</sup>. C'est le même cas au Mexique, où tout ce qui dépasse les aspects culturels et les valeurs traditionnels des sociétés civiles, est fédéral. Trier les domaines *intégrables* pour une intégration humainement harmonique est – paraît-il – la devise à suivre.

*la consommation, Bilan et perspectives*, colloque à Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000, spéc. les interventions de Laure Marino p.177 et s. et Jean Pierre Pizzio p.187 et s. Travaux de la CEDECE, *La documentation Française*.

- 8 HAY, P., *Law of the United States*, Paris, Dalloz, 2002 p.113.- LEVASSEUR, A.A., *Le contrat en droit américain*, Paris, Dalloz, 1996 p. 11 et s.
- 9 Pour un bilan de ce corps légal, v. HERMAN, S., « L'expérience des États-Unis d'Amérique. Concurrence au pays des micro-brasseries : La gestion des transactions pluri-étatiques aux États-Unis » in : *Le droit privé européen*, Paris, Economica, p. 150 et s. spéc. p. 155. Dans cet ouvrage sur l'intégration du droit privé européen, il n'est pas question du droit de la famille ; il est d'emblée exclu du débat.

## CODIFICATION CIVILE ET INTÉGRATION EUROPÉENNE

Yves Lequette

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

1. **C**odification et intégration : il est difficile d'imaginer un thème qui, mieux que celui-ci, mette plus étroitement en correspondance l'événement qui nous réunit, le bicentenaire du Code civil, et l'actualité immédiate. On sait, en effet, que le *Code civil des Français* constitue l'aboutissement du processus d'intégration de la nation française. Animés d'un ardent désir d'unité nationale, les hommes de 1804 voulaient conforter l'unité politique par l'unité civile. Comme l'écrivait Portalis : « l'ordre civil vient cimenter l'ordre politique<sup>1</sup> ». Or, à en croire certains, on assisterait aujourd'hui, dans le cadre européen, aux premières étapes d'un processus analogue. L'élaboration d'un Code européen des contrats, voire celle d'un Code civil européen, seraient en marche et il faudrait voir dans ces instruments le noyau autour duquel serait appelé à s'agréger un futur peuple européen. On voudrait ici examiner ces premières tentatives de codification européenne à travers la grille de lecture que nous offre le précédent de la codification de 1804. Cette grille de lecture peut être résumée en une formule : les rédacteurs du Code civil poursuivaient une *fin précise* et ont utilisé pour l'atteindre des *moyens appropriés*. Qu'en est-il, sur ces deux points, de leurs successeurs ?

1. 2. Les fins tout d'abord. L'objectif poursuivi par les rédacteurs du Code civil était clair : conforter la nation en unifiant la législation civile. Les objectifs poursuivis par les codificateurs européens le sont beaucoup moins : aux visées économiques de la Commission, œuvrant pour l'élaboration d'un Code européen des obligations, répondent les visées plus mystérieuses du groupe de droit civil européen présidé par M. von Bar, œuvrant pour l'élaboration d'un Code civil européen.

A. 3. À marché unique, droit unique, tel est le nouveau credo de la Commission européenne. Mais un slogan ne remplace pas une démonstration. Or, à bien y réfléchir, l'affirmation que l'intégration économique passe par l'unification de la législation civile ne va pas de soi, surtout si on la confronte à la réalité nord-américaine. Celle-ci nous apprend, en effet, que le marché intérieur le plus dynamique et le plus performant du monde a pu se constituer et fonctionne fort bien sans unification du droit civil, ni même du droit des obligations<sup>2</sup>. Cette situation procède, semble-t-il, plus d'un choix délibéré et raisonné que du poids de la tradition. L'analyse économique du

1 PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi relatif à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre du Code civil des Français, présenté le 26 ventôse an XII*.

2 V. HEUZÉ, « À propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002.I.152.

droit a, en effet, conduit les responsables américains à la conclusion que, bien loin de constituer un handicap, la diversité du droit des obligations est un facteur de dynamisme et de perfectionnement des systèmes juridiques, dès lors qu'elle s'accompagne d'une concurrence entre les droits<sup>3</sup>. Notamment, cette diversité permettrait aux intéressés, en matière contractuelle, de choisir la loi la plus adaptée à leur opération, grâce à la loi d'autonomie. Et, plus généralement, si à l'usage une règle ou une institution apparaît plus performante, les systèmes qui ne la connaissent pas auront tendance à l'adopter. On reproduit chez soi, ce qui « marche » chez les autres.

4. Partageant très largement les analyses américaines et conscients du coût juridique, économique et humain très élevé de l'entreprise d'unification du droit des obligations, ainsi que des rigidités qui risquent d'en résulter, les milieux professionnels européens se sont montrés très réservés à l'égard des initiatives de la Commission. C'est ainsi que, récemment encore, l'UNICE (union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe)<sup>4</sup> comme la Fédération bancaire française<sup>5</sup> ont souligné qu'il n'était nul besoin d'une telle unification et qu'elles entendaient s'en remettre à la concurrence entre les droits. À l'évidence, cette position de la pratique est extrêmement gênante pour la Commission car elle est de nature à la priver de tout pouvoir. On sait, en effet, que les compétences d'attribution des autorités communautaires sont limitées et qu'elles ne peuvent prétendre traiter de la question du Code européen que dans la mesure où la réalisation de celui-ci serait une condition de l'achèvement du marché intérieur<sup>6</sup>. Aussi bien choisissant d'ignorer

204

- 3 HERMAN, S., « L'expérience des Etats-Unis d'Amérique (...): la gestion des transactions pluri-étatiques aux Etats-Unis », *Le droit privé européen*, 1998, p. 150 et s.
- 4 UNICE (Union of Industrial and Employer's Confederations of Europe) Lettre du 19 février 2004 adressée à M. Robert Madelin, Direction consommation et santé: « *Although the objective of increasing coherence of existing legislation is laudable and welcome, we currently see no need for adopting any rules in a European Contract Law initiative, a fortiori not for any additional mandatory rules in this area. We believe that the impetus for convergence of national contracts proceeds from the market itself* ».
- 5 Observations de la Fédération bancaire française en date du 13 mai 2003, au Plan d'action de la Commission européenne sur le droit européen des contrats: « Les actions à mener prioritairement doivent être concentrées sur l'existant, autrement dit sur l'acquis communautaire. La FBF ne peut souscrire au cadre commun de référence que la Commission propose de créer. Elle reste opposée à l'élaboration d'un droit commun des contrats, ainsi qu'à celle de règles spécifiques pour les contrats transfrontières car leur juxtaposition avec les règles qui régissent les contrats purement nationaux va venir compliquer les relations commerciales des professionnels. La FBF est d'avis que la création d'un code civil européen applicable sur tout le territoire de la Communauté n'est pas réalisable, même à long terme, du fait des traditions juridiques fondamentalement différentes entre les pays de common law et les pays civilistes ». Voir aussi *Les échos* 18 mars 2004.
- 6 Sur cette question, voir BANGEMANN, « Privatrechtsangleichung in der europäischen Union », *ZEuP* 1994, p. 377-378, qui constate que les traités européens ne contiennent pas une seule disposition qui autorise l'Union européenne à l'unification du droit privé, autorisation qui serait pourtant indispensable, au regard du principe des compétences spécifiques d'attribution, pour que l'Union européenne puisse procéder à une initiative en la matière; SCHWARTZ, J., « Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft », *ZEuP*

superbement les réactions réservées ou hostiles que son initiative a soulevées chez ceux qui étaient pourtant les mieux à même d'en apprécier l'utilité, la commission a décidé de persévérer<sup>7</sup>. Elle a, en effet, lancé un Plan d'action ayant pour objet l'élaboration d'un cadre commun de référence, qui devrait déboucher sur un code des obligations qui régirait les seuls rapports transfrontières, et dont l'application serait facultative<sup>8</sup>. En persistant dans la voie qu'elle s'était fixée, malgré l'opposition des milieux économiques, la Commission montre qu'elle poursuit sans doute d'autres desseins que l'intégration économique. Reste à savoir lesquels.

**B. 5.** Dès 1989, et à plusieurs reprises depuis, le Parlement européen a adopté des résolutions recommandant l'élaboration d'un Code commun de droit privé. C'est à la rédaction d'un tel code que se consacre le groupe de droit civil européen présidé par M. von Bar. Mais, si l'objet immédiat de ce groupe est parfaitement identifié, il n'en va pas de même de ses objectifs politiques plus lointains. Il s'agit, nous dit-on, de construire l'Europe, mais on se garde bien de nous dire laquelle. Or une codification est toujours dans la dépendance directe de la construction politique qu'on veut réaliser. D'où une question cruciale, à propos de laquelle les partisans d'un code civil européen observent le silence le plus épais: quelle intégration l'Europe poursuit-elle aujourd'hui? Veut-on pousser le processus d'intégration jusqu'à la disparition de l'identité des peuples ou entend-on respecter cette identité? Veut-on construire une Europe uniforme ou une Europe riche de ses diversités?

6. Selon la voie choisie, le modèle institutionnel est différent.

Si on choisit la voie d'une Europe uniforme, le modèle institutionnel est celui d'un État fédéral, c'est-à-dire d'un super-État qui domine de sa puissance les États subordonnés et aspire à gouverner l'ensemble de la société en s'aidant d'une décentralisation assez poussée. C'est, en d'autres termes, concevoir l'Europe sur le modèle d'une Allemagne fédérale étendue aux dimensions du continent. Le Code civil européen y a naturellement sa place. Le super-État a, en effet, une compétence illimitée et son intervention dans le domaine du droit civil présente le mérite d'entraîner la disparition des codes civils nationaux qui assuraient la cohésion des sociétés étatiques qui sont promises à la disparition.

Si on se prononce, au contraire, pour une Europe riche de ses différences, une Europe qui respecte l'identité des peuples qui la composent, la voie choisie est celle d'une fédération d'États, à ne pas confondre avec la notion d'État fédéral. Afin de

1994, p. 559 et 570 qui souligne que les traités européens n'ont pas pour objet l'harmonisation du droit privé en tant que tel et ne confèrent des compétences d'harmonisation à la Communauté qu'en vue de l'intégration des marchés; FAUVARQUE-COSSON, B., art. préc., *RTDciv.* 2002, p. 463, n°7 et 5.

7 Relevons au passage combien une telle démarche s'inscrit à la perfection dans la démonstration conduite par Bruno Oppetit dans sa belle chronique intitulée « l'eurocratie ou le mythe du législateur suprême » (D. 1990, p. 73, reproduit in *Droit et modernité*, 1998).

8 STAUDENMAYER, D., « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », *JCP* 2003.I.127; du même auteur, « Un instrument optionnel en droit des contrats ? », *RTDciv.* 2003, p. 629.

bien différencier ces deux notions, sans pour autant se lancer dans des développements de nature constitutionnelle qui excéderaient les limites d'une telle étude, on voudrait ici renvoyer aux travaux de M<sup>me</sup> Elizabeth Zoller, et plus particulièrement au cours qu'elle a professé à l'Académie internationale de droit de La Haye en 2002<sup>9</sup>. L'auteur y montre qu'il existe à mi-chemin des notions d'État fédéral et de confédération d'États, une notion de fédération d'États qui a été insuffisamment conceptualisée par la science juridique, car elle occupe une sorte de *no man's land*, situé aux frontières du droit constitutionnel et du droit international public. Les constitutionnalistes traitant de l'État fédéral et les internationalistes de la confédération d'États, la notion de fédération d'États est restée en friche. À essayer de synthétiser la notion de fédération d'États, il apparaît que le gouvernement de la Fédération est conçu non « pour gouverner l'ensemble de la société » mais « pour réguler la partie des relations intersociales qui intéresse l'union<sup>10</sup> ». Celle-ci se veut respectueuse de l'identité des États qui la composent, lesquels restent dépositaires de compétences importantes. Alors que dans l'État fédéral, la souveraineté appartient uniquement au super-État, dans la fédération d'États, la souveraineté est « une lorsqu'elle regarde vers l'extérieur » et « plurielle lorsqu'elle est tournée vers l'intérieur ». Les conséquences pour la législation civile sont extrêmement différentes. Alors que dans l'État fédéral, le super-État entend tout régenter, y compris la législation civile, dans la Fédération d'États, l'Union a des compétences limitées et se garde d'empiéter sur celles des États fédérés. Les pouvoirs de la Fédération portent essentiellement sur des objets externes comme la guerre, la paix, les négociations diplomatiques et le commerce avec l'étranger. Quant aux pouvoirs des États fédérés, ils concernent essentiellement le cours ordinaire des affaires et ont trait à la vie, à la liberté, aux propriétés des citoyens<sup>11</sup>. En d'autres termes, le droit civil reste de la compétence de chaque État fédéré.

Les États-Unis d'Amérique offrent l'exemple d'une fédération d'États, certes très intégrée, mais qui ne constitue pas un État fédéral. Selon la formule d'un arrêt rendu par la Cour suprême, elle est une « Union indestructible composée d'États indestructibles<sup>12</sup> ». Et il est significatif de constater que le droit civil y relève de la compétence des États fédérés. Mieux, si, à trois reprises au cours de leur histoire – après la guerre de Sécession, à l'occasion du New Deal et à l'époque de la bataille pour les droits civiques –, la Fédération a pris des initiatives pour tenter de faire glisser dans son giron la sphère de la vie civile, la Cour suprême s'y est à chaque fois opposée, car cela aurait privé les États membres d'une compétence essentielle, et donc remis en cause le caractère indestructible des États fédérés<sup>13</sup>. En faisant passer

9 ZOLLER, E., « Aspects Internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'Etat », *Rec. Cours La Haye*, 2002, t. 294, p. 49 et s.

10 ZOLLER, E., *ibid.*, p. 65.

11 ZOLLER, E., *ibid.*, p. 121

12 ZOLLER, E., *ibid.*, p. 67.

13 ZOLLER, E., *ibid.*, p. 130.



le droit commun privé de la compétence des États fédérés dans la sphère de compétence de la Fédération, c'est à l'essence même de celle-ci qu'on aurait attenté. *A fortiori* devrait-il en aller ainsi pour le modèle de fédération d'États que les hommes politiques français ne cessent d'invoquer, la Fédération d'États-Nations.

7. Au regard de ces modèles, quel est le choix de l'Europe ?

Il faut d'abord constater que les institutions communautaires, bien loin de pouvoir se saisir de n'importe quelle question, n'ont qu'une compétence d'attribution limitée, dans laquelle ne rentre manifestement pas l'élaboration d'un droit commun privé. Autrement dit, le schéma de compétence n'est pour l'instant en aucun cas, celui d'un État fédéral à l'allemande.

Il faut ensuite souligner que dans plusieurs instruments récents, l'Union européenne a pris l'engagement de respecter la diversité des peuples et l'identité des États qui la composent. C'est ainsi que la Charte des droits fondamentaux insiste, dans son article 22, sur le fait que l'Union respecte la diversité culturelle, linguistique. Mais surtout le Traité sur l'Union européenne énonce dans son article 6 § 3 que l'Union respecte l'identité nationale des États membres. L'affirmation est reprise dans l'article 5 du projet de Constitution européenne, laquelle a retenu au surplus pour devise « unie dans sa diversité ». Or qu'est-ce que respecter l'identité nationale des États et la diversité des peuples, sinon respecter leur charte de vie fondamentale, c'est-à-dire leur législation civile. La cause paraît donc entendue.

C'est là, au reste, une décision sage que confortent aussi bien les leçons du droit comparé que l'expérience de l'histoire. Comment imaginer d'unifier le droit civil de peuples qui appartiennent à des familles de droit très différentes et dont les traditions juridiques ont des racines parfois millénaires, alors que les États-Unis d'Amérique qui n'avaient pas à vaincre pareille pesanteur ont fort sagement choisi de maintenir la diversité de leur législation civile afin de respecter l'identité de chaque État fédéré ? Il serait pour le moins paradoxal que la Louisiane ou la Californie aient leur droit civil et que cette possibilité soit refusée à la Grande-Bretagne, à l'Allemagne, à l'Espagne, à l'Italie, à la France, alors que ces pays sont, d'une certaine façon, à l'origine des grands systèmes juridiques qui se partagent le monde.

Bien sûr, certains invoqueront l'expérience française de 1804, qui nous réunit aujourd'hui, pour en tirer argument et se prononcer pour une unification européenne de la législation civile. Ils feront valoir qu'à la veille de la Révolution, beaucoup et notamment Montesquieu doutaient qu'une codification fut opportune<sup>14</sup>. L'opération ayant pleinement réussi, n'y aurait-il pas là matière à relativiser le scepticisme que nourrissent certains à l'égard d'une codification européenne<sup>15</sup> ? Mais, apparemment séduisant, un tel rapprochement procède d'une vision un peu courte de l'histoire. Il ne faudrait pas oublier, en effet, que d'une situation à l'autre il existe

14 MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, Livre XXIX, chapitre XVIII.

15 TALLON, D., « Droit uniforme américain, code civil européen : quels rapports ? », *Mélanges von Mehren*.

une différence de profondeur historique considérable. Alors que le *Code civil des Français* couronne une unité nationale qui s'est forgée tout au long de dix siècles d'histoire, il s'agit d'élaborer une législation civile pour des peuples dont même les plus ardents défenseurs de l'idée européenne reconnaissent qu'ils ne constituent pas pour l'heure une nation et pour une entité dont on ignore les contours au point qu'il serait, sans doute, plus approprié au regard des perspectives qui se dessinent de parler d'un Code civil eurasiatique plutôt que d'un Code civil européen ! Comme on l'a justement souligné « la codification ne précède pas mais suit ou accompagne les dernières étapes de l'unification des populations dans une structure étatique : la nation doit précéder le Code et non l'inverse<sup>16</sup>. » En bref, prétendre élaborer un Code civil européen aujourd'hui, c'est vouloir faire une cause de ce qui jusqu'alors n'a jamais été qu'une conséquence !

208

8. Ainsi, inutile à l'intégration économique, l'unification de la législation civile est directement contraire à l'intégration politique à laquelle ceux qui ont en charge la construction de l'Europe affirment vouloir parvenir. Mais cela c'est le discours. En pratique, les institutions bruxelloises œuvrent, plus ou moins insidieusement, à l'élaboration d'un Code civil européen. On comprendra mieux cette démarche en analysant les moyens employés.

**II. 9. Les moyens utilisés :** On a pu dire que le Code civil est le produit d'une lente sédimentation – le minutieux travail de préparation réalisé sur plusieurs siècles – et d'une brutale cristallisation – la volonté politique de Napoléon. Qu'en est-il sur ces deux points de la codification européenne ?

**A. 10.** Le Code civil a été rédigé en cinq mois. Deux siècles plus tard, il reste la clef de voûte de notre ordre juridique. Ce prodigieux tour de force n'est pas un hasard. Il s'explique par le remarquable travail de préparation réalisé par des générations de juristes, qu'il s'agisse du travail de rationalisation effectué par la doctrine des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles<sup>17</sup> ou des multiples projets établis à la fin du XVIII<sup>e</sup> et au début du XIX<sup>e</sup> siècles dans lesquels les rédacteurs n'ont eu qu'à puiser<sup>18</sup>. Comme on a pu l'écrire, les pères du Code civil sont, non seulement Tronchet, Portalis, Maleville et Bigot de Préameneu, mais aussi Domat, Loysel, Daguesseau, Bourjon, Pothier, Cambacérès, Jacqueminot, pour ne citer que les plus notoires, auxquels il convient d'ajouter la longue cohorte des professeurs royaux de droit français qui de 1679, date de leur création, à la Révolution française, ont œuvré dans chaque université, génération après génération, à mettre en relief les principes du droit français à partir du droit de chaque province<sup>19</sup>.

16 CABRILLAC, R., « L'avenir du Code civil », JCP 2004.I.121.

17 ARNAUD, A.-J. *Les origines doctrinales du Code civil français*, 1969, préface M. Villey.

18 GAUDEMET, J., « Pothier et Jacqueminot, à propos des sources du Code civil de 1804 », *Mélanges A. Rieg*, p. 369 et s.

19 OLMIER-MARTIN, F., « Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français », *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 263; C. Chêne, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit*, Genève, 1982.

11. La diversité à surmonter au niveau européen étant encore plus grande, puisque le morcellement des droits positifs se double d'une diversité des cultures et des langues, on aurait pu penser que, à l'image de ce que fit en France le pouvoir royal, les institutions bruxelloises, dès lors qu'elles veulent favoriser un rapprochement voire une unification des législations civiles, encourageraient le foisonnement des études, des travaux, des réflexions destinées à permettre l'éclosion progressive d'une sorte de fonds commun, d'un terreau dans lequel pourraient ultérieurement puiser aussi bien les artisans d'une recodification nationale que ceux d'une éventuelle entreprise de rapprochement de la législation civile. Les dernières initiatives de la Commission montrent que tel n'est manifestement pas son dessein. Par son Plan d'action, elle a marqué son intention d'enclencher d'ores et déjà le processus de codification. Mieux, la Commission a indiqué que l'enveloppe de plusieurs millions d'euros affectée au plan d'action devrait bénéficier à *un seul réseau*. Autrement dit, au lieu de subventionner à égalité plusieurs groupes concurrents et de confronter les résultats de leurs travaux en empruntant à chacun ce qu'il a de meilleur, la Commission estime pouvoir identifier d'emblée celui qui élaborera le projet le plus satisfaisant. Curieuse conception de la concurrence ! Elle ne fait ainsi, au demeurant, que se conformer aux recommandations de MM. Ole Lando et Christian von Bar qui, dans leurs réponses jointes à la communication de la Commission, estimaient que seul le choix d'un groupe unique était de nature à garantir le succès de l'opération<sup>20</sup>. En d'autres termes et à dire les choses crûment, la manne européenne doit être placée entre de bonnes mains, (les leurs), et il ne convient pas que d'autres en bénéficient. Le processus de sélection s'est déroulé conformément à leur souhait. Dès la publication de l'appel d'offres, des rumeurs concordantes, persistantes et récurrentes ont circulé indiquant que le consortium présidé par M. von Bar était le mieux placé et avait toutes les chances de l'emporter. La lourdeur de la procédure et du dossier à construire faisant le reste, beaucoup de ceux qui avaient prévu de se présenter y ont renoncé et certains de ceux qui avaient présenté leur candidature l'ont retirée, en sorte qu'autant qu'on puisse en être informé, le processus manquant singulièrement de transparence, le réseau dirigé par M. von Bar serait aujourd'hui seul candidat et donc assuré de l'emporter. Sans gloire, mais non sans profit.

12. Se dessine ainsi un tout autre processus que celui qui a jadis conduit au *Code civil des Français*. À la lente maturation et au foisonnement des initiatives succède une codification à marche forcée qui obéit à la règle des trois unités. Ce n'est pas la règle des trois unités de la tragédie classique (action, temps, lieu), mais celle de la tragédie de l'unification européenne du droit: un seul chef, un seul organe, une seule langue. Un seul chef: Christian von Bar. Un seul organe: le réseau qu'il a mis en place. Une seule langue, l'anglais, en sorte que si ce projet aboutit, chacun des

20 *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, n°78.

peuples de l'Europe n'aura droit qu'à une traduction dans sa langue maternelle, la langue de l'hyper-puissance faisant seule foi. On s'oriente ainsi vers un droit civil européen coupé de ses racines historiques, un droit du plus petit commun dénominateur.

Qu'en est-il de la volonté politique ?

**B. La volonté politique.**

13. C'est devenu un lieu commun de souligner le rôle joué par Napoléon dans l'élaboration du Code civil. Sans lui, le *Code civil des Français* n'aurait probablement pas vu le jour. Certes, Napoléon « n'a pas fait le Code mais il l'a fait faire ». Il a été un « médiateur charismatique <sup>21</sup> ».

Qu'en est-il en matière européenne ?

Au premier abord, la volonté politique semble devoir y être plus modeste puisqu'elle s'incarne dans la personne de M. Staudenmayer, directeur adjoint du bureau santé et consommation, dont ce n'est pas lui faire injure que de constater que son charisme est probablement moindre que celui de Napoléon. Mais il faut ici éviter de s'arrêter aux apparences. En effet, dépourvues comme on l'a vu de compétence en matière civile, les autorités communautaires ne peuvent afficher une volonté politique claire. Cela ne les empêche pas de poursuivre avec détermination un objectif qui lui l'est parfaitement et dont on perçoit les linéaments dans la présentation que le Président Giscard d'Estaing a faite du projet de Constitution. Après avoir souligné que les auteurs du projet de Constitution ont entrepris d'organiser l'Europe à partir de sa diversité, celui-ci relève que les institutions bruxelloises sont portées à sous-estimer cette diversité et à chercher à procéder à une homogénéisation forcée : « elles imaginent pouvoir réduire cette diversité par le haut en imposant des normes et en exerçant des pressions sur les mécanismes identitaires <sup>22</sup> ». À la lumière de ce propos, on comprend mieux le très curieux processus qui a été décrit dans le développement précédent. En se proposant de rédiger un Code civil européen, M. von Bar répond pleinement au projet d'une Europe fusionnelle qui, à en croire M. Giscard d'Estaing, anime les institutions bruxelloises. Mais sa légitimité était jusqu'alors modeste puisque, s'étant auto-désigné, il ne tirait celle-ci que de lui-même. En le choisissant pour élaborer le cadre commun de référence, la Commission le purifie de l'espèce de vice originel qui entachait son action. À la question « qui t'a fait roi ? », M. von Bar pourra désormais répondre : « la Commission ». Cette onction communautaire bénéficie, en outre, aux groupes de travail qui se sont réunis sous son égide ces dernières années. Or ceux-ci ont, pour plusieurs d'entre eux, déjà élaboré des centaines d'articles, en sorte que le projet de Code civil européen est d'ores et déjà, en grande partie, établi. Sous couvert d'élaboration

21 CARBONNIER, J., « Le Code Napoléon comme phénomène sociologique », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1982, p. 327 et 333; du même auteur, « Le Code civil des Français dans la mémoire collective », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, 2004, p. 1045; « Le Code Napoléon doit être historiquement jugé comme action plutôt que comme écriture ».

22 GISCARD D'ESTAING, V., *La constitution pour l'Europe*, Albin Michel, 2003

d'un cadre commun de référence, ces projets vont pouvoir être débattus au sein d'une structure officiellement habilitée et financée par la Commission, bénéficiant ainsi d'un embryon de légitimité. C'est dire que les autorités communautaires ont trouvé le moyen de tourner très habilement leur absence de pouvoir et de mettre en place un organisme financé par le budget communautaire qui va œuvrer directement à l'élaboration d'un Code civil européen. Beaucoup, sans doute, applaudiront à cette manipulation. Elle ne laisse pas pourtant d'inquiéter. Elle montre, en effet, que les autorités communautaires n'hésitent pas à se comporter, envers les traités dont elles sont les gardiennes et par lesquels elles se sont engagées à respecter l'identité nationale des États, comme si ceux-ci étaient de simples « chiffons de papier », ce qui nous ramène aux périodes les plus sombres et les plus noires de l'histoire européenne, celles où l'on considérait que la fin justifie les moyens.

14. En conclusion, on rappellera que l'existence potentielle de ce groupe a suscité en France un vif débat: fallait-il ou non y participer? L'opinion majoritaire s'est prononcée, lors des assemblées générales de la Société de législation comparée et de l'association Henri Capitant, pour l'affirmative aux motifs qu'il n'est pas pire politique que celle de la chaise vide<sup>23</sup>. On voudrait faire valoir ici le point de vue opposé. La plupart des participants n'ont, semble-t-il, pas pris la véritable mesure du problème. L'enjeu n'est, en effet, nullement de savoir s'il est opportun de participer à des échanges qui nous permettraient de mieux nous connaître et de nous enrichir mutuellement. En ce cas, la réponse serait évidemment positive. L'enjeu est de savoir si nous acceptons de nous rendre complice de la violation que les institutions bruxelloises font des textes fondateurs de l'Union européenne et de la manipulation qu'elles orchestrent afin de promouvoir un Code civil d'ores et déjà établi, pour l'essentiel, par des juristes venus du froid, d'un Code civil entièrement subordonné aux valeurs du marché, d'un Code civil exclusivement rédigé dans la langue de l'hyper-puissance, c'est-à-dire d'un Code civil totalement étranger au génie européen, d'un Code civil qui nie la réalité des « peuples de l'Europe », réalité pourtant affirmée dès la première phrase du préambule de la charte européenne des droits fondamentaux. Ma réponse est non. À travers la question du Code civil, la question posée n'est pas, comme certains cherchent à le faire croire, êtes-vous pour ou contre l'Europe, mais *quelle Europe voulez-vous*? Voulez-vous une Europe qui respecte l'identité des peuples qui la composent ou une Europe qui piétine cette identité? Voulez-vous une Europe formée de peuples libres qui conservent la maîtrise de leur charte de vie fondamentale ou une Europe formée d'un peuple de consommateurs sans racine ni attache, qui constituent les simples rouages d'un Empire marchand? Voulez-vous l'Europe de Portalis, de Savigny, de Ihering, de Mancini, de Huber, de Lord Denning, du doyen Carbonnier et pourquoi pas d'Andrés Bello, car cette Europe-là aspire à l'universel, ou voulez-vous l'Europe de Christian von Bar et de sa

23 L'argument a emporté l'adhésion lors de l'assemblée générale de la Société de législation comparée tenue le 21 octobre 2003, puis lors de celle de l'Association Henri Capitant tenue en novembre 2003.

« garde prétorienne<sup>24</sup> », c'est-à-dire l'Europe du volapük juridique et du plus petit commun dénominateur ? À mon sens, face à l'entreprise de négation des peuples de l'Europe que conduisent aujourd'hui les institutions bruxelloises en violation des engagements qu'elles ont souscrits de la manière la plus solennelle, la réponse doit être recherchée *non dans la collaboration* avec les organes qui sont le produit de leur manipulation, *mais dans la résistance* à leur action.

15. Dans l'immédiat, il est probable que telle ne sera pas la voie suivie par la plupart. Si on laisse de côté, ceux qui rêvent de l'élaboration d'un nouveau *ius commune* ainsi que ceux qui, plus prosaïquement, attendent de leur appartenance à la « garde prétorienne » de M. von Bar une notoriété que leur œuvre n'eût sans doute pas suffi à leur assurer ou encore une retombée de la manne européenne, la plupart des juristes français sont tentés de se joindre à l'actuel mouvement favorable à la codification européenne, parce qu'ils craignent de rester sur le « bas coté de la route<sup>25</sup> », alors que soufflerait le vent de l'histoire qui conduirait nécessairement vers un Code civil européen. Comme on ne cesse de le lire ou de l'entendre, le mouvement serait « irréversible<sup>26</sup> », ce serait « le sens de l'histoire<sup>27</sup> », s'y opposer ce serait comme vouloir « se battre contre des moulins<sup>28</sup> ». À ceux-là, on rappellera que la détermination du sens de l'histoire ne va pas sans beaucoup d'aléas. Celui-ci a été abondamment évoqué au cours du siècle écoulé au service de causes qui paraissaient pour beaucoup relever de l'évidence et qui ont connu un dénouement très différent de celui qui était annoncé. Tout le monde a en mémoire que la quasi-totalité de l'intelligentsia française professa dans les années cinquante et soixante que le succès du communisme était inéluctable ; on connaît la suite ! Mais on voudrait ici évoquer un autre épisode moins connu<sup>29</sup> mais plus en rapport avec la construction européenne : nombre d'esprits distingués, de gauche comme de droite, militants de l'idée européenne dans l'entre-deux-guerres, se rallièrent au début des années quarante à l'Europe nouvelle de Hitler. Certes, ils auraient préféré une autre Europe, plus en accord avec leurs convictions démocratiques. Mais les succès allemands étant perçus comme inéluctables, il n'y avait qu'à s'incliner. Là encore, on connaît la suite. Dans un contexte, bien sûr très différent, la situation présente n'est pas sans présenter une certaine parenté avec celle dont il vient d'être fait état :

24 MARKESINIS, B., « Deux cents ans dans la vie d'un Code célèbre, réflexions historiques et comparatives à propos des projets européens », *RTDciv.* 2004, p. 45.

25 MARKESINIS, B., *ibid.*, p. 45.

26 TALLON, D., « Grandeur et décadence du Code civil français », in *Mélanges Marcel Fontaine*, 2003, p. 294.

27 FAUVARQUE-COSSON, B., « Faut-il un Code civil européen ? », *RTDciv.* 2002, p. 475.

28 ALPA, G., « Les nouvelles frontières du droit des contrats », *Mélanges Jacques Ghestin*, 2001, p. 1, sp. p. 6.

29 La « légende rose » de l'Europe s'est, en effet, ensuite employée à gommer ces épisodes peu glorieux et à faire croire que la construction européenne avait ses racines dans la pensée de la Résistance. La réalité est tout autre. Voir sur ce point l'ouvrage très documenté de BRUNETEAU, B., « *L'Europe nouvelle de Hitler* », une illusion des intellectuels de Vichy, 2003, éditions du Rocher, p. 332 ; voir aussi LAUGHLAND, J., *La liberté des nations*, 2001, p. 42.

nombre de militants de l'idée européenne préféreraient, aujourd'hui, une Europe qui n'ait pas pour principal horizon le marché et qui revête un caractère plus démocratique, une Europe dans laquelle les individus seraient perçus comme des « citoyens acteurs de leur devenir » et non comme des « consommateurs passifs prestataires de services<sup>30</sup> ». Mais, comme leurs prédécesseurs, ils font d'autant plus volontiers violence à leurs convictions qu'ils estiment que c'est le prix à payer pour que ce qu'il croit être l'idée d'Europe l'emporte. Il se pourrait qu'il y ait là un mauvais calcul. Comme on l'a justement rappelé, « pour que la démocratie existe (...), il faut (...) avant tout qu'il y ait un peuple, c'est-à-dire une communauté d'hommes et de femmes adhérant suffisamment aux mêmes valeurs et au même projet politique pour constituer une nation<sup>31</sup>. » Or, faut-il le rappeler, la charte européenne des droits fondamentaux reconnaît, dès la première phrase de son Préambule qu'il existe non un peuple européen mais des « Peuples de l'Europe ». En niant cette réalité, l'entreprise d'unification de la législation civile européenne sape les fondements mêmes de nos démocraties et il se pourrait que les peuples de l'Europe rejettent un jour une construction qui, tout en affirmant les respecter, poursuit en fait très activement leur dissolution. Aussi bien, plutôt que de se lancer dans l'entreprise totalitaire qui vise à forger un homme nouveau, les architectes de la construction européenne seraient, sans doute, bien inspirés de respecter les « peuples de l'Europe » et de prendre appui sur les démocraties que constituent chacune des nations qui composent l'Europe.

30 LEBRETON, G., « Critique de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », D. 2003, p. 2321.

31 LEBRETON, G., *ibid.*





# CÓDIGOS NACIONALES Y CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO: ¿UN VIAJE A NINGUNA PARTE? \*

Miguel Pasquau Liaño

*Professeur à la Faculté de droit de l' Université de Grenade (Espagne)*

**RESUMEN.** *El amplio e interesante debate sobre la posibilidad y la necesidad de un Código civil europeo en materia de obligaciones y contratos no parece poner de acuerdo a los juristas europeos. En esta exposición se destacan sin embargo algunos "puntos de acuerdo": la necesidad de superar la fragmentariedad y asistematicidad del derecho derivado de la UE por vía de Directivas de armonización; el protagonismo de un método comparatista bien entendido; y la conveniencia de postergar la tarea de elaboración de un Código europeo, sin necesidad de rechazarlo definitivamente. Como principal conclusión, se defiende que la mejor contribución que puede hacerse a un proceso de unificación jurídica regional en Europa es la actualización y revisión profunda de cada Código o sistema jurídico nacional, en un contexto de comunicación científica de las diversas tradiciones jurídicas coexistentes en Europa.*

## I. DERECHO PRIVADO EUROPEO

1. La expresión "Derecho privado europeo" está de moda. Existen monografías, revistas periódicas, grupos de estudio, proyectos de investigación, Jornadas científicas, cursos de doctorado, que utilizan esta expresión. Si en la página de búsqueda de Google se escribe "Derecho privado europeo", encontraremos a fecha 1 de marzo de 2004, 331 sitios en la web; si escribimos "Droit privé européen", aparecen 453; y si utilizamos la expresión inglesa, "European Private Law", encontraremos 4.610 páginas web en cuyo contenido aparezca esa expresión. La generalización de su uso es, desde luego, reflejo de un impulso científico francamente importante, que promete resultados ilusionantes. Los derechos nacionales pugnan por europeizarse, y el derecho europeo pugna por existir en el ámbito del derecho privado.

2. Pero es una expresión de significado confuso y ambiguo. No estamos, en absoluto, diciendo lo mismo cada vez que nos referimos al "derecho privado europeo". Coexisten bajo esa expresión objetivos no sólo distintos, sino opuestos; métodos de trabajo extremadamente diferentes; postulados ideológicos antagónicos; iniciativas científicas que no está claro que vayan a complementarse alguna vez. Designa unas veces un conjunto desorganizado de directivas comunitarias sectoriales que,

\* Ce texte a été traduit en français par Rafael Encinas de Munagorri, professeur à l'Université de Nantes. La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

aunque con finalidad básicamente económica (supresión de barreras jurídicas al mercado interior europeo), afectan puntualmente a materias de derecho privado reguladas en su generalidad por los Códigos nacionales, y otras veces designa a lo que casi se presenta como un inminente Código civil para toda Europa; también hace referencia a interesantes estudios de derecho comparado empeñados más en detectar procesos de convergencia jurídica que en la más clásica labor de hacer inventario de diferencias entre unos sistemas y otros; y a textos que, sin vocación de convertirse en ley vinculante, van surgiendo en ámbitos más bien académicos en los que se buscan criterios de solución de problemas típicos que, por su superioridad racional, acabarían ejerciendo una especie de *vis atractiva* unificadora de las diferentes tradiciones jurídicas.

Tanta diversidad de significados es, por una parte, un factor de desconcierto y una causa de escepticismo sobre “*lo que puede salir de ahí*”, pero por otra parte alimenta un pluralismo de iniciativas y de objetos de estudio que, con el tiempo, van conformando un *corpus* desorganizado, es cierto, pero lleno de magníficos materiales que quizás algún día sirvan para empeños más ordenados.

## II. CONSENSOS Y DISENSOS

3. Una atenta valoración de los debates y las reflexiones suscitadas por quienes han intentado profundizar en las aguas del derecho privado europeo pone de manifiesto, a mi juicio, la existencia de una radical controversia sobre los objetivos a perseguir y, al mismo, un general consenso sobre algunas premisas.

3.a. Las diferencias más radicales se concentran, en efecto, en el debate sobre la factibilidad, la oportunidad, la necesidad, y la misma posibilidad de un “Código” europeo sobre (determinadas) materias de derecho privado.

Con virulencia similar al clásico debate entre Thibaut y Savigny, algunos están convencidos de que ha llegado el momento de dar el “paso definitivo” hacia un Código europeo que, como punto de encuentro de las diferentes tradiciones jurídicas que han coexistido históricamente en Europa (fundamentalmente la anglosajona, la napoleónica y la germánica), recibiendo y armonizando las mejores soluciones suministradas por cada una de ellas, concluyera por fin un largo proceso de aproximación construido a impulsos de la cercanía obligada por la existencia de un mercado interior único. En apoyo del impulso “codificador” se esgrimen argumentos de eficacia económica, de racionalidad academicista, de optimismo europeísta, pero también de exigencias democráticas, pues se trataría no sólo de armonizar técnicamente sistemas jurídicos distintos, sino también de restituir su protagonismo al principio de legalidad, concebido como expresión de valores y opciones democráticamente decantados y adoptadas en forma de decisión de las mayorías.

Desde otras posiciones, la sola idea de un “Código” europeo se percibe más como una amenaza, un artificio academicista, un capricho de estudiosos, y un empeño contrario a la propia “naturaleza” de Europa. Ya sea por temor a que las identidades nacionales (con tan importantes manifestaciones en el derecho priva-

do) acaben aplastadas por un derecho uniforme hecho de los materiales gruesos suministrados por los más fuertes, o ya sea por desconfianza respecto de la propia noción de “Código” a estas alturas de la historia, o ya sea por radical desconfianza sobre la utilidad, la necesidad y la misma posibilidad de “refundir” tan ricas tradiciones jurídicas en un sólo texto con pretensiones de sistematicidad y universalidad, son muchos los juristas que expresamente se muestran a favor de iniciativas menos ambiciosas, de *abajo arriba*, construidas completamente al margen del *imperium* de las instituciones y el poder político, y con técnicas de *soft Law* como método para transitar por ese complejo mundo del “derecho privado europeo”

3.b) Pero este debate que hoy día no parece admitir acuerdos o transacciones, no puede esconder un progresivo consenso sobre al menos tres afirmaciones o premisas:

1ª) Una insatisfacción de los juristas sobre los resultados de la armonización jurídica en el ámbito del derecho de contratos producida por las Directivas comunitarias; en particular, debido a la fragmentariedad de esas iniciativas comunitarias y la pérdida de coherencia sistemática en los Derechos nacionales sobre la contratación;

2ª) El necesario protagonismo de los comparatistas y del método comparatista, bien para dibujar con precisión un “mapa” de diferencias (conocimiento de la realidad), o bien para localizar principios comunes que favorezcan procesos de convergencia

3ª) La idea de “Código europeo” no puede situarse en el inicio del proceso, sino, en todo caso, en el horizonte. Es pronto para acometer la redacción de un verdadero Código europeo, pero también es pronto para concluir que debe desterrarse del horizonte.

Desarrollaremos con algún detalle estas tres ideas.

### III. LA FRAGMENTARIEDAD Y ASISTEMATICIDAD DE LAS DIRECTIVAS DE ARMONIZACIÓN.

4. Las Directivas de armonización han constituido un instrumento técnico muy adecuado para la supresión o atenuación de determinadas diferencias jurídicas entre los países miembros de la UE que significaban obstáculos para la libre circulación de productos y servicios, y por lo tanto para la construcción y perfeccionamiento del mercado interior europeo. Se trata, como es bien conocido, de normas jurídicas que obligan a los Estados miembros a *adaptar* su ordenamiento jurídico interno de la manera que mejor entiendan, con el objetivo de que determinadas materias estén reguladas de manera semejante, procurando así de una parte evitar distorsiones en la competencia entre empresas europeas derivadas de mayores o menores costos según el derecho que les resulte aplicable, y de otra parte facilitar estrategias comerciales que no tengan que diversificarse, por razón de diferentes estándares de protección de los consumidores en cada país donde quisieran comercializar un producto o un servicio. Así, se ha intervenido en materias como la publicidad engañosa y

la publicidad comparativa, las técnicas de contratación al margen de los establecimientos mercantiles tradicionales (contratos fuera de los establecimientos, contratos a distancia, contratos electrónicos), los créditos de consumo, el control de las cláusulas no negociadas, la responsabilidad civil por daños causados por los productos defectuosos, los contratos de servicios turísticos (viajes combinados), la multipropiedad o aprovechamiento por turnos de apartamentos turísticos, la venta y garantías de los bienes (muebles) de consumo, las acciones colectivas de cesación de prácticas ilícitas en perjuicio de los intereses de los consumidores, etc., además de otras materias ajenas ya al estricto ámbito de la protección de los consumidores (que ha sido, desde luego, el más prolífico), como la morosidad en las operaciones comerciales, los seguros, la propiedad intelectual, la libre circulación de trabajadores, etc.

El peculiar *modo de ser* de la Directiva como fuente del derecho explica el éxito en su utilización dentro del marco de una comunidad política en construcción, como es Europa, y es contemplado como modelo a seguir en otros procesos de regionalización: teniendo en cuenta la diversidad de sistemas jurídicos existente en su seno, no podía ser apropiado otro tipo de normas de aplicación general y directa, como la ley, por cuanto su elaboración sería extraordinariamente más compleja al tropezar con las singularidades de cada país miembro. La Directiva se presenta como una norma deliberadamente "atécnica", pues simplemente obliga a alcanzar determinados objetivos, desentendiéndose del modo en que, conforme a su propia tradición, conceptos jurídicos y sistema normativo, cada Estado miembro los alcanzaba (sin perjuicio de un ulterior control por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre si el modo de transposición ha respetado o no los límites y objetivos de la Directiva).

Las Directivas, sobre todo las primeras, evitan términos cargados de significación técnico-jurídica (como "oferta de contrato", "nulidad", "desistimiento", etc.), con la finalidad de que cada Estado miembro, como se ha dicho, proceda a su *traducción jurídica*. Pero también, por la misma razón, se han elaborado al margen de la teoría general del contrato sobre la que, inevitablemente, habrían de acabar incidiendo: la preocupación de las directivas no ha sido, ni podía ser (pues no existe base competencial para ello atribuida a la UE) la regulación del contrato como categoría jurídica, ni siquiera la regulación integral de un tipo de contrato o de un problema jurídico determinado. Son, digámoslo claro, normas de carácter sectorial con finalidad fundamentalmente económica que sin una perspectiva sistemática global, se van añadiendo una a otra, generando un conjunto de reglas y exigencias que acaban afectando a la sistemática del derecho contractual, deteriorando su coherencia técnica y generando "islotos" de protección en favor de la categoría de consumidores que difícilmente engarzan con las categorías propias del derecho de contratos. Son, pues, una técnica completamente alejada, y yo diría que contrapuesta, a un movimiento codificador, en el que prevalece la preocupación por la universalidad y la generalidad, es decir, por generar reglas y principios para la regulación *integral* de un problema.

La sucesiva aprobación de Directivas ha desencadenado procesos de *transposición* de las mismas a los diferentes Estados miembros que deben calificarse como muy interesantes, si bien con demasiada frecuencia esa transposición ha sido poco exigente desde el punto de vista técnico, pues en atención a la rigidez de plazos para la transposición, los Estados miembros se han limitado en la mayoría de las ocasiones a dictar leyes o reglamentos, yuxtapuestos al resto del ordenamiento jurídico, y desde luego casi siempre fuera del Código civil, que reproducían con escasos retoques el contenido de las Directivas. De todas formas, es cierto que estos procesos de transposición han suscitado debates similares en los distintos países, han puesto en contacto a unos ordenamientos con otros, y han constituido en mi opinión la ocasión para un acercamiento no sólo legislativo, sino también doctrinal y científico, entre los distintos Estados miembros. Sobre todo con motivo de las Directivas más importantes (responsabilidad por productos, cláusulas abusivas, venta y garantías de los bienes de consumo, contratación a distancia, créditos de consumo) han obligado a los juristas de aquí y de allí a plantearse preguntas similares y a reflexionar en paralelo sobre figuras de gran calado y de enorme importancia para una teoría general del contrato, como es, por ejemplo, la ineficacia de cláusulas abusivas, el derecho de arrepentimiento, la obligación de conformidad con el contrato, la carga impuesta a una parte de informar *por escrito* a la otra de determinados extremos contractuales, la noción de producto defectuoso, o la conexión contractual (entre el contrato de consumo y el contrato de crédito para su financiación) etc. Como en sí mismas esas nociones afectan a los principios más clásicos del derecho común (*pacta sunt servanda*, libertad de forma, relatividad del contrato, responsabilidad contractual, etc.), los juristas de cada país han intentado, como es natural, conocer los debates que en los otros países se han producido con motivo de la transposición de las mismas directivas que en su país han debido transponerse, se han comparado resultados, y se ha generado un material científico de muy considerable valor.

5. El balance, pues, a mi juicio, es globalmente positivo, pero ello no impide que pueda hablarse de una general insatisfacción sobre el resultado, precisamente porque desde el punto de vista de cada ordenamiento jurídico interno, las normas de transposición de las sucesivas Directivas no se han integrado con facilidad en el sistema codificado, llegando a constituir con frecuencia "cuerpos extraños", aislados del contexto normativo. Digo "cuerpos extraños" no porque se trate de normas que vienen "de fuera", sino porque son *un tipo de norma* diferente de la norma estatal: atécnica, sectorial, elaborada desde preocupaciones básicamente económicas y mercantilistas, abstracción hecha de otros factores (culturales, valorativos, sociológicos) que no podrían ignorarse si se tratara de normas estatales. Por ello el *impacto* de las Directivas ha sido un impacto de desorganización, de desorden, de especialidades y excepciones, de singularidades desentendidas de su entorno normativo. Al menos para un *jurista continental*, siempre preocupado por la coherencia sistemática y por la vocación de generalidad de las normas, no es posible dejar de preocuparse por el engarce de cada novedad legislativa con el *derecho común*. Así, las figuras y

las reglas antes mencionadas (ineficacia o nulidad de cláusulas abusivas, obligación de conformidad con el contrato, razonable expectativa de seguridad en los productos o de utilidad de la cosa comprada, derecho de desvincularse del contrato sin justificación de causas, menciones informativas, etc.) suponen una continua llamada a una reflexión más global tendente a integrarlas en un marco general. Dicho de otro modo, suponen una llamada a la *recodificación*. De momento son pocos los casos en los que se ha hecho el esfuerzo de introducir estas nuevas figuras en los Códigos civiles, pero la importancia de la reciente reforma de 1 de enero de 2002 del BGB alemán, que, como se ha dicho con expresión feliz, ha “introducido al consumidor en el BGB”, nos ilustra sobre las repercusiones jurídicas del fenómeno de que estamos tratando. Y nos ilustra también sobre sus dificultades: efectivamente, la necesidad de no desviarse de las exigencias de cada Directiva mientras éstas, a su vez, no se modifiquen, suponen un límite complicadísimo y un factor de rigidez a la hora de acometer esa tarea de “recodificación”, pues mientras que cada Estado puede libremente regular cualquier otra materia de su derecho interno, por importante que sea, debe sin embargo respetar escrupulosamente lo que deriva de Directivas que, con frecuencia, regulan aspectos menos importantes.

Todo ello es, naturalmente, invocado como argumento para que los procesos de armonización y aproximación jurídica den un paso cualitativo y avancen hacia una aproximación en un sentido más profundo, en el sentido de contemplar necesariamente la diversidad no ya de “reglas” jurídicas (éstas son las que pueden resultar afectadas por las directivas), sino de “marcos”, “conceptos” y “principios” jurídicos de mayor generalidad.

#### IV. EL NECESARIO PROTAGONISMO DE UN VERDADERO DERECHO COMPARADO

6. Pero esa nueva tarea, mucho más exigente e ilusionante, es tarea que requiere una alta calificación y, en particular, convoca de manera necesaria a los expertos en derecho comparado. O, mejor aún, aunque empleando una expresión quizás demasiado teórica, exige que los juristas nacionales de nuestro tiempo se conviertan en *juristas europeos*. No se trata de asignar trabajo a los comparatistas y esperar el resultado de sus investigaciones, sino de incorporar el método comparatista a la rutina del investigador y estudioso del derecho privado. Hoy día el recurso al derecho comparado no es una extravagancia ni un ejercicio de erudición, sino el reconocimiento de una realidad: que cada derecho nacional está verdaderamente inmerso en un contexto transnacional al que aporta algunos materiales y del que recibe otros materiales, a través de un proceso que ha dejado de ser, por cantidad y por calidad, anecdótico y puntual. Evidentemente si se quiere estudiar a fondo cualquiera de las instituciones jurídicas vivas en la actualidad no bastará con conocer su proceso de formación histórica y los resultados de su aplicación en la jurisprudencia nacional, sino que será preciso tener noticia de cómo los mismos problemas que tratan de resolverse con esa institución se afrontan en otros países y, sobre todo, en

otras tradiciones jurídicas. Hoy día tener una cierta familiaridad con el derecho anglosajón, conocer el reciente Código holandés, estudiar la última gran reforma del BGB, estar al tanto de las principales líneas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es algo exigible a quien aspira a ser llamado jurista en estas tierras, igual que hace años el jurista no francés tenía que conocer el *Code Napoléon*, y el no italiano el *Codice italiano*.

7. Más que un acopio de datos sobre la regulación en cada país de una materia determinada, se trata, desde el punto de vista personal, de *entrar en contacto* con cualquiera de las redes que albergan iniciativas de lo que venimos denominando “Derecho privado europeo”. Se trata de trabajar con juristas austriacos, portugueses y holandeses, de conocer los debates de grupos de estudio en los que se mezclan juristas franceses con ingleses, alemanes, italianos y españoles, de comprender que lo que ocurre en el BGB o en la *Cour de Cassation* de París afecta indudablemente al derecho privado del país al que se pertenece. El desarrollo de los programas de intercambio de estudiantes es un factor que acabará fortaleciendo esa convicción de pertenencia a una comunidad *también* jurídica; también contribuirá a ello el apoyo desde las instituciones europeas a proyectos de investigación que obligan a los juristas nacionales a salir fuera y mezclarse.

8. Naturalmente, resulta del máximo interés que por personas cualificadas se vayan acumulando trabajos y estudios que hagan *visible* la importancia del contexto europeo. Bussani utiliza la expresión “mapa”: es verdad que sin un conocimiento preciso y organizado, casi *geográfico* de la realidad del derecho en cada país miembro, las construcciones que después se quieran elaborar serán intuitivas y correrán el riesgo de *no tocar los metales de la realidad*, es decir, de no ajustarse a los verdaderos resortes en los que cada novedad jurídica se juega su eficacia. Ese conocimiento de la realidad ha de ser el fruto de aportaciones muy diversas; pero, al igual que el Proyecto Genoma, la pluralidad de las aportaciones requiere para alcanzar verdadera utilidad un *sistema organizado de comunicación científica* que de momento estamos lejos de haber conseguido. Pero los progresos son evidentes.

8.a). De un lado habrá que profundizar en la identificación de las *verdaderas diferencias* y en el conocimiento de las *causas* de esas singularidades. Digo “verdaderas” diferencias porque, como es notorio, con frecuencia bajo la apariencia de normas o reglas contrapuestas, se esconde una aproximación clara, generalmente por vía jurisprudencial, que hace que problemas iguales se resuelvan de forma similar, a pesar de la diferencia de los textos de partida. De manera que para diseñar esos “mapas” jurídicos no bastará con el demasiado frecuente método del *test* encargado a “corresponsales” de cada país miembro que se eligen sin criterio. Será preciso buscar respuestas a preguntas bien formuladas, en las que se pida algo más que la información de cómo la ley regula una determinada cuestión: sí, por ejemplo, se está queriendo saber qué criterio de imputación de responsabilidad se maneja en determinado ámbito (por ejemplo, responsabilidad por daño ambiental) en cada país, no bastará con preguntar si se exige culpa (“*faute*”) o no, sino que será preciso

conocer qué se entiende por “culpa” en ese ámbito y en ese país, y qué preguntas suele hacerse el juez de ese país cuando, por ejemplo, se pide reclamación por daños cuyo origen verosíblemente es atribuible a una inmisión autorizada administrativamente.

En esta misma línea, es importante preguntarse sobre las causas de las singularidades nacionales en materia de derecho privado. No siempre son causas que tienen que ver con la idiosincrasia de cada país, con su historia, con sus costumbres, con su modo de organización familiar o social. Quizás esto sea más así en materia de derecho de sucesiones y de derecho matrimonial, pero gran cantidad de diferencias en el ámbito del derecho de contratos o el derecho de propiedad responde a circunstancias completamente contingentes, como por ejemplo que el redactor del Código tuviera o no una idea ocurrente, o que conociese las soluciones de los derechos extranjeros, etc. A mí no me cabe duda de que si el *Codice italiano* concede efectos jurídicos contractuales a la “excesiva onerosidad sobrevenida” y el Código español no, no es por algo que distinga a la sociedad italiana de la española, sino porque cuando se elaboró el *Codice* ese problema se había planteado ya, en toda Europa, con una virulencia desconocida en el momento en que se elaboró el Código español.

222

Naturalmente que existen *opciones* políticas debajo de las instituciones jurídicas que, aunque no respondan a razones profundamente históricas o sociológicas, forman parte del acervo de cada país y encuentran un fundamento del que no puede prescindirse, como si la tarea de codificación o de mejora del derecho fuese una cuestión exclusivamente técnica en la que se tratase sólo de encontrar la fórmula que más convenza a los expertos reunidos. Los sistemas de transmisión de la propiedad, la abstracción o el causalismo, los criterios de imputación de la responsabilidad, etc., dan lugar a “verdaderas” diferencias (quizás no tan exageradas como a primera vista parece) que tienen que ver con el trabajo de los juristas que precedieron a la redacción de los Códigos, pero también constituyen reglas básicas de organización social que no pueden minimizarse.

8.b) De otro lado, deberá también profundizarse en esa otra orientación, también comparatista, que más que identificar diferencias busca propiciar procesos de convergencia, resaltando las bases comunes o *principios* existentes en los diferentes sistemas jurídicos. En realidad no hay problema o institución jurídica en los que no pueda encontrarse una base común al margen de las diferencias concretas. En todos los sistemas cabe la anulación del contrato por vicios de la voluntad, la resolución del contrato por incumplimiento, en todos existe la regla de la relatividad del contrato (se llame como se llame y admita las excepciones que admita). Las iniciativas que, al modo de los *Restatement*, están elaborando *principios* o reglas que no choquen abiertamente con ninguna de las tradiciones jurídicas, permitiendo así su aceptación *natural*, son, probablemente, las que más éxito están teniendo, si bien es cierto que da la impresión de que en la medida que ese “mapa” de “verdaderas” diferencias no esté confeccionado, no hay garantía de los “principios” elaborados no



comporten olvido o aniquilamiento de algunas de las tradiciones jurídicas en favor de otras, y por lo tanto un factor de empobrecimiento.

## V. EL CÓDIGO: QUIZÁS SÍ, PERO TODAVÍA NO

9. Desde el punto de vista de un jurista continental es indiscutible que resulta preferible la existencia de un derecho codificado. De ahí que, en la medida en que existe un mercado interior único, una comunidad de intereses, una ciudadanía compartida, y un espacio jurídico común con cada vez más contenidos, la asistemática y fragmentariedad de esos contenidos jurídicos compartidos se percibe irremediablemente como una fase o etapa imperfecta que debe ser superada. Es difícil encontrar un jurista europeo que propugne que las cosas sigas como están: algunos nostálgicos quisieran una vuelta atrás, y otros miran hacia adelante (con perspectivas, ya se ha dicho, distintas), pero nadie quiere quedarse aquí. Las líneas de avance se dirigen, con más o menos vehemencia, con más o menos prisas y optimismo, hacia un derecho más claro, en el que las diferencias y las similitudes entre los derechos nacionales estén mejor definidas, en el que también esté mejor definido el ámbito en el que el derecho debe unificarse y el que debe permanecer al criterio de la soberanía de cada Estado, y en el que, en general, cada impulso político o institucional convertido en norma de derecho privado pueda engarzarse en un *sistema normativo* del que quepa predicar la coherencia, la existencia de principios, de niveles jerárquicos bien definidos, en el que se facilite la aplicación de técnicas de integración de lagunas y de selección de la norma aplicable. Es decir, una *codificación*.

Si se desdramatiza la idea de "codificación" y no se asocia inmediatamente a un texto cerrado y único, sino a la de, más allá de una compilación, una recomposición sistemática, la idea se presenta más amable y suscita menos resistencias. Si no se propugna un *Código europeo* (civil, o de contratos, o patrimonial), sino un *derecho privado codificado*, surge otra vez el consenso, porque entonces no estamos hablando del resultado final, sino de un proceso lento y largo, sin plazos, que ya encuentra un norte, aunque sea un norte formal. ¿Quién podría oponerse hoy a que, al menos en el ámbito de la contratación, se acometiera una lectura atenta de todo el material acumulado por las Directivas de armonización y las normas estatales de transposición, a efectos de identificar ya algunos principios comunes, de depurar algunas técnicas (como las que ya se han aludido, de tanta importancia como el derecho de desistimiento, la noción de consumidor, de información *escrita* obligatoria), de propugnar "enganches" con principios generales de la contratación? Y ¿qué inconveniente puede haber en lanzar al *ruedo jurídico* nuevas reglas jurídicas que aspiren a una visión más global de las instituciones jurídicas, para que por vía de remisión voluntaria o de arbitraje vayan experimentando su eficacia, al modo de los *Principios* elaborados por la Comisión Lando? Naturalmente podrá discutirse éste o aquél Principio, pero ese debate comienza ya a ser un elemento codificador, porque inevitablemente el jurista estará contrastando la regla propuesta con la que resultaría de la aplicación de su derecho nacional.

Todo ello hace que desde el punto de vista metodológico haya una general coincidencia en situar el proceso de codificación del derecho privado europeo en el horizonte: al estar allí, en el horizonte, desaparece la resistencia motivada por la desconfianza en una norma *impuesta*, artificialmente construida, resultante de un delicado equilibrio de fuerzas entre Estados y tradiciones desiguales. Pero al estar en el horizonte, hace que los cada vez más numerosos estudios comparatistas, tanto los que inventarían diferencias “verdaderas” como los que identifican una base común desde la que propiciar procesos de aproximación, adquieran un sentido de futuro, un valor prospectivo. “Ya” se está codificando, aunque de momento esté muy lejos el Código, incluso aunque no llegue nunca.

Naturalmente, este mínimo consenso no resuelve todos los problemas ni “pone en fila” ese complejo mundo al que denominamos derecho privado europeo. Sobre todo porque queda aún una cuestión de la máxima importancia: que no puede en la actualidad prescindirse del dato de que todavía los ejes del derecho privado están constituidos por los Códigos nacionales. De donde surge la pregunta con la que pretendo concluir esta reflexión, especialmente oportuna si, como en este Congreso, se trata de celebrar el bicentenario del *Code* francés: ¿qué hacemos, mientras tanto, con nuestros Códigos nacionales?

## VI. MIENTRAS TANTO, UNA REVISIÓN DE LOS CÓDIGOS NACIONALES.

10. Mientras tanto, la principal contribución que puede hacerse para la construcción y perfeccionamiento del derecho privado “europeo”, es cuidar los propios Códigos nacionales. Mirar para adentro. Recomponer la coherencia del sistema de derecho privado interno que, generalmente, y no sólo como consecuencia del impacto de las Directivas comunitarias, sino por ese largo proceso de *descodificación* que viene produciéndose en el derecho privado, está deteriorada.

El derecho privado europeo requiere la aportación de los mejores elementos de cada tradición jurídica nacional: para eso es importante que en cada país se haga el esfuerzo de poner al día su propio derecho privado. Algunos textos han quedado, evidentemente, anacrónicos. Hay problemas centrales que aún no han encontrado su lugar adecuado en el sistema jurídico. Hay una interesante actividad jurisprudencial que, en su necesaria labor de interpretar las normas según las exigencias de la realidad social cambiante, está generando reglas y criterios cada vez más alejados del sentido literal de tantas normas que siguen formalmente vigentes. Hay leyes especiales, sobre materias específicas, promulgadas fuera del Código, que responden a lógicas diferentes a la lógica establecida en los Códigos. En realidad, en no pocas cuestiones resulta complicado decir con claridad cuál es la solución actual en cada derecho nacional para cada problema: seguramente porque el “desorden” no habita sólo en el derecho privado comunitario, sino también en los derechos nacionales.

A mí no me cabe duda de que la principal aportación que ahora mismo deben hacer los juristas franceses al proceso de construcción del derecho privado europeo

es reformar y actualizar el Código bicentenario. De aquél Código nació una tradición fortísima que en la actualidad sigue dando frutos en muchas partes del mundo, y desde luego también en Europa. Aquél Código con el que se inauguraba el siglo XIX merece mucho más que esa actitud temerosa y defensiva que confunde el valor de la tradición con la quietud de un museo. Creo que es fundamental que cada país, y desde luego también Francia, ponga encima de la mesa su Código. El derecho privado europeo necesita contar con el *Code*. Pero un *Code* revisado, actualizado en un texto que exprese *todo lo que puede dar de sí* aquél impulso jurídico y político que hace doscientos años se plasmó en el *Code Napoléon*. Un texto en el que se incorpore lo que deba quedar del movimiento legislativo del siglo XX, así como, muy especialmente, en el que aparezcan los “grandes matices” elaborados por la Corte de Casación: a mi entender, si durante el siglo XIX la fortaleza del derecho francés fue el texto de su *Code*, en la actualidad su principal valor se halla en la jurisprudencia nacida de ese *Code*.

No sabemos cuándo llegará el momento de dar pasos adelante en procesos de codificación de ámbito regional. Pero ¿hay argumentos serios que se opongan a una seria labor de recomposición sistemática y actualización del derecho civil francés, español, portugués o italiano? Alemania ha reformado su BGB con la finalidad de *europizarlo*, es decir, introduciendo la legislación proveniente de las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores; también ha reformado técnicamente instituciones muy importantes del derecho de las obligaciones, como la prescripción, la resolución del contrato, la imposibilidad, etc. De ese modo, Alemania ha “presentado” a Europa un BGB con reglas y técnicas atractivas sobre las que necesariamente habrán de reflexionar los juristas europeos de otros países. Pero eso mismo tiene que hacerse por otros países. Sin la recodificación a nivel nacional, el derecho privado europeo seguirá teniendo una base inestable, porque a mi juicio el principal obstáculo para las relaciones jurídicas transfronterizas (que son las que de manera más inmediata reclaman un derecho privado europeo) no es la diversidad, sino la confusión, y la confusión es debida hoy día no sólo al hecho en sí de la coexistencia dentro de un único mercado de varios derechos nacionales, sino a la falta de claridad de cada uno de ellos, y a la desconfianza que en general suscitan ya textos normativos tan antiguos, cuyo sentido y vigencia depende más que de su tenor literal, de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales que sobre la base de los mismos se han realizado, y que desde luego resultan más difícilmente comparables.

12. Desde otro punto de vista, la tarea de recodificación en el ámbito de los derechos nacionales tiene la ventaja del respeto del principio de legalidad y de la incorporación de los valores, es decir, de la política (en el mejor de sus sentidos), más allá del mero mercantilismo o de una discutible eficiencia económica como único motor del derecho privado europeo. Hoy por hoy, y especialmente mientras no se cuente con una Constitución europea, una unificación del derecho privado europeo exigirá hacer abstracción de muchos factores culturales, sociológicos, históricos y políticos

sin los que el derecho se convierte en pura técnica y en instrumento económico. Supondría, pues, un reduccionismo, un empobrecimiento del derecho, y por ello los inconvenientes podrían superar con creces a las ventajas. De ahí que suscriba la metáfora expresada por el Prof. Sánchez Lorenzo (*Derecho privado europeo*, Granada, 2003, p. 290):

*“En sí misma, la adopción de un Código civil europeo supone un acto de violencia sobre la naturaleza del derecho privado europeo. Si el deseo es que este río llegue al mar, encauzarlo artificialmente es invitarlo al desbordamiento, anegando las variopintas cosechas que jalonan sus riberas. Nuestra obligación como juristas es dejar fluir los derechos nacionales. La evolución natural de los acontecimientos tal vez lo harán desembocar en el océano de la unificación, pero debemos procurar que sea un acontecimiento natural, ‘imperio rationis’, y no ‘ratione imperii’”.*

13. No puede ignorarse, de todas formas, que ese movimiento legislativo de revisión de los sistemas de derecho privado nacionales encuentran algunos obstáculos importantes:

226

a) de un lado está la resistencia de los sectores doctrinales más tradicionales, que consideran una amenaza cualquier intento de “tocar” el texto cuasi sagrado de los viejos Códigos, como si su subsistencia fuese la condición para evitar el caos jurídico.

b) de otro lado, está el límite temporal de la *legislatura*: cada cuatro años (más o menos) se disuelve el Parlamento por nuevas elecciones, y decaen todas las iniciativas legislativas pendientes, de modo que tendrían que reiniciarse (al menos formalmente) los trabajos con el nuevo Parlamento. También cambia la composición de los Gobiernos, que, naturalmente, en la medida en que sean expresión de una nueva mayoría política, pretenden imprimir su sesgo propio a cualquier iniciativa legislativa de la importancia de un Código civil.

Sin embargo, ambos obstáculos se relativizan si se tiene en cuenta que *no hay prisa*. La reforma de un Código civil ha de concebirse como un proyecto a largo plazo, una propuesta que requerirá la participación de profesores y profesionales del derecho para que vayan preparando los materiales de esa recodificación. El “momento legislativo” ha de situarse al final, y no al principio: cuando ya se haya producido un debate doctrinal suficiente, cuando se conozcan con precisión las diferentes opciones y posibilidades de reforma, entonces será cuando hayan de intervenir los técnicos (un equipo de redactores del proyecto) y cuando ha de intervenir la política (en el Parlamento) eligiendo entre las diferentes grandes opciones.

## VII. CONCLUSIÓN

1. El extenso movimiento de unificación y armonización del derecho privado europeo no puede utilizarse como excusa para no *mirar hacia adentro*, es decir, para no revisar, actualizar y resistematizar el derecho privado interno de cada Estado. La “recodificación” nacional es presupuesto y garantía para un derecho privado europeo construido sobre bases sólidas.

2. Pero esa “recodificación nacional” ha de hacerse en un *contexto de comunicación científica*, que hoy día tiene muchas más posibilidades que cuando se hizo la primera codificación. Los juristas de cada país deben *comparar*, es decir, deben conocer bien lo que sucede en otros países y contrastar la propia experiencia nacional con la foránea. Esto servirá para aclarar diferencias y para propiciar los procesos de convergencia jurídica de manera natural, sobre todo en lo que se refiere al aspecto puramente técnico de las instituciones jurídicas.

3. Al mismo tiempo, parece ya necesario acometer una revisión del acervo comunitario (*acquis communautaire*), hecho de Reglamentos, Directivas y resoluciones del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Existen ya materiales suficientes como para intentar una *mejora técnica* y una actualización de las figuras jurídicas que van surgiendo a impulsos del derecho derivado de la UE. Igualmente, aunque en paralelo, debe darse tiempo a las iniciativas de construcción de un derecho privado europeo del tipo de los Principios de la *Comisión Lando*, para conocer su evolución, los resultados que puede ofrecer (particularmente para la regulación de las relaciones jurídicas transfronterizas), y su interacción con los sistemas jurídicos de cada país.

4. Todo ello sin prisas. Cuando, en *El nombre de la rosa* (Umberto Eco) Adso preguntó a Guillermo de Baskerville qué es lo que le inquietaba de la “pureza”, éste contestó.

-“La prisa, Adso, la prisa”.



## CODIFICACIÓN E INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Fernando Carrillo Flórez

*Consejero principal del Banco Interamericano de Desarrollo*

### INTRODUCCIÓN

Si a un observador desprevenido se le contara la historia de una institución que tiene doscientos años de vida; que ha sido no sólo una especie de Carta Magna Civil de la sociedad francesa sino que ha ejercido un influjo muy decisivo sobre la vida de centenares de millones de personas en más de veinte estados en las Américas; y que muchos de sus principios se han mantenido en el tiempo pese a los embates de la historia; dicho observador podría concluir que Napoleón y los cuatro miembros de la Comisión gubernamental que comienzan a trabajar en el 1800 fueron de alguna manera precursores de la globalización. O cuando menos visionarios de una forma de modernidad.

Hoy todo ello resulta paradójico por la función que ejerció la tendencia codificadora europea dos siglos atrás. Tanto por la misión integradora y totalizadora del Código en el marco de la creación del ordenamiento jurídico del Estado-Nación, - éste último de manera reciente puesto en entredicho por la mundialización de las relaciones entre los sujetos de la vida económica; como por su pretensión de abarcar por la vía del positivismo todo el universo normativo; pero ante todo por la aspiración de convertir ese instrumento no en una simple compilación novedosa de normas, sino en un factor vertebral de reforma de la sociedad<sup>1</sup>.

En Francia y en América Latina se dice que un abogado sin código es como un juez sin toga o mejor un carpintero sin martillo. Porque el Código Civil como pieza maestra del derecho privado, como "catedral del derecho", construida con posterioridad a una revolución que prohibió el triunfo de la ley sobre la voluntad del monarca y la fundación del poder sobre el principio de legalidad, ha sido también la base de una concepción del Estado de derecho que, hoy vista desde la perspectiva de los pueblos que apuntan al desarrollo, es condición necesaria para consolidar la democracia y luchar contra la inequidad. Sin perjuicio del transcurrir vital de la norma constitucional que, en el último siglo, logra colocarse a la cabeza del orden jurídico como "norma de normas" al entregársele la potestad máxima de su supremacía.

Sin embargo, doscientos años después, es la propia globalización de este nuevo siglo la que ha puesto en aprietos con el mayor signo de interrogación a los esfuerzos

1 Ver los comentarios de J. PINZÓN SÁNCHEZ a propósito del Código de Comercio en Colombia en: PINZÓN S., J., "El Código de Comercio treinta años después de su expedición", *Revista Universitas* n° 104, diciembre de 2002, p. 439-444.

codificadores comandados por Portalis y Tronchet. Porque el lenguaje de hoy se refiere a la crisis de la codificación, a la idoneidad de su lógica como ordenadora de la vida en sociedad y a la forma como las realidades sociales, económicas y políticas se han ido adelante de los códigos para convertirlos en instrumentos rígidos, desactualizados y refractarios a los desafíos que imponen las sociedades modernas. Por tal razón, se buscan respuestas que permitan de nuevo volver a creer en fórmulas que, sin cobijarse en los anacronismos de realidades ajenas al mundo de hoy, sean capaces de superar las dificultades que parecen imbatibles en un horizonte de globalización. Esta problemática no es en manera alguna nueva: es el eterno predicamento de la ciencia jurídica.

El secreto de una fórmula que funcione vendrá de la mano de la posibilidad de superar falsos dilemas y superficiales dicotomías entre el derecho público y el derecho privado; el "*common law*" versus el derecho continental; la flexibilidad versus el formalismo en la interpretación de la norma; la casuística contra el método deductivo; la sabiduría de la generalidad contra el particularismo; la codificación versus la normatividad especial; o, peor aún, la Constitución contra el Código Civil. Y, en últimas, la facultad de propiciar la capacidad y la cultura legal para ponerle fin a la falaz competencia entre la eficacia de las fuentes del derecho. Sólo de esa manera podrá intentarse contestar si es posible lograr la uniformidad del derecho y la armonización de la legislación, como incluso ahora los economistas lo reclaman a los cuatro vientos; o si es posible ponerlos a tono con los tiempos modernos, como lo exige el hombre de la calle, en la perspectiva de ejercitar y hacer respetar sus derechos.

#### **CODIFICACIÓN, ESTADO DE DERECHO Y DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA**

El Estado de derecho, o en otras palabras un Estado sujeto al derecho, así como la existencia de un grado de seguridad jurídica mínimo y un sistema de justicia eficiente, son requisitos sustanciales para la consolidación del sistema democrático de gobierno y para el desarrollo económico. El principio capital de la legalidad y el valor esencial de la seguridad jurídica hoy se presentan como fórmula inescapable de desarrollo de la región latinoamericana. Doscientos años después se puede afirmar que las raíces de dicha fórmula datan precisamente de las bases que el Código Civil se encargó de comenzar a solidificar en la mayoría de los países de las Américas, antes incluso de que la tendencia unificadora del derecho que hoy cumple la Constitución se vislumbrara con la fuerza práctica que hoy posee.

Existe ya un consenso respecto de la necesidad del fortalecimiento del Estado de Derecho en América Latina, como espina dorsal de la consolidación democrática, la integración regional, el desarrollo del sector privado y la eficiencia económica en el campo de su agenda de desarrollo. Se trata de un punto de convergencia donde confluyen las construcciones tanto del derecho privado como del derecho público y su espacio propio ha sido la internacionalización de las relaciones sociales. Se ha replanteado así el debate del rol del Estado frente al desarrollo. No en los



frágiles términos de su tamaño sino en la compleja área de su capacidad institucional para responder a la problemática propia de las sociedades modernas. Grandes expectativas sobre su desempeño y resultados han sobrecargado de nuevas demandas la acción del sector público, sin escapar de allí la reforma legal y judicial para convertirse en una especie de epicentro de las esperanzas de la transformación institucional. Ese es el lenguaje de hoy en los escenarios internacionales con potencialidad para crear compromisos sub-regionales, regionales y globales. Y allí las fronteras entre el derecho público y el derecho privado desaparecen para abrir paso a las exigencias del desarrollo humano en el marco del Estado Social de Derecho.

La evolución de las cosas ha llevado por fortuna a superar el falso dualismo planteado por algunos entre Estado y Mercado, sector público versus sector privado, pues el desarrollo de mercados competitivos y eficientes plantean como condición necesaria, aunque no suficiente, la construcción progresiva de un marco institucional normativo y una sistemática jurídica que proclame y garantice la libertad contractual y de empresa en un entorno de competencia efectiva; defina con precisión y garantice los derechos de propiedad y otros derechos económicos y sociales; vigile el cumplimiento de los contratos; impida la intervención arbitraria del Estado en la vida económica, obstaculizando la competencia de mercado; garantice la autonomía básica del Estado impidiendo su captura por grupos de interés particular; racionalice los marcos regulatorios del sector privado a la garantía de bienes públicos inequívocos y al establecimiento de sistemas generales de incentivos; y asegure la equidad como principio de la "Constitución Económica". Esas son tareas que hoy no sólo competen al derecho público sino que arrancan necesariamente de la regulación de las relaciones entre particulares.

Al pretender dar un paso más adelante, respecto de los grandes desafíos presentes hoy en la realidad de América Latina, la gobernabilidad de nuestras sociedades también requiere condiciones de confianza, seguridad y previsibilidad que incluye, entre otras, la existencia de un marco legal apropiado para el desarrollo; la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, el derecho de propiedad y de otros derechos económicos y sociales; un ambiente propicio para el desarrollo del sector privado y la iniciativa particular, que respete la libertad contractual; una eficiente asignación de los recursos públicos; y responsabilidad del gobierno, rendición de cuentas, honestidad y transparencia en la administración del Estado en todos sus niveles. De nuevo, muchas de estas condiciones no se quedan necesariamente en la esfera del derecho público sino se remiten a la fortaleza o debilidad de las micro-relaciones que se manejan en el campo de acción del interés privado y particular.

## LOS NUEVOS PROTAGONISTAS

No sólo han cambiado las condiciones de espacio de las relaciones sociales. Por otra parte, están los nuevos escenarios y protagonistas en el ámbito de los nuevos roles que ha asumido la Sociedad Civil de cara a la acción del sector público, que

exigen, por ejemplo, una representación legítima adecuada en las instancias de producción de la norma jurídica, como es el Poder Legislativo; una mayor democratización de las estructuras del Poder Judicial, que propician mayor participación ciudadana para la vigilancia de la función legislativa y representativa ejercida por las legislaturas, jueces electos por la voluntad popular, juicios de jurados y protección permanente de veedurías ciudadanas y criticismo mediante la extensión de la publicidad de las decisiones judiciales. Además, el papel de los medios de comunicación, las asociaciones de abogados, las facultades de derecho y lo que se denomina la comunidad jurídica en particular se ha vuelto enorme a la hora de alertar a los poderes legislativos al legislar y judiciales al decidir respecto de la oportunidad, necesidad y conveniencia de la reforma y modernización de las instituciones legales y judiciales. Pero más que nada, ha quedado atrás el rol secundario y marginal del Poder Judicial como lo había concebido Montesquieu.

Respecto de este último punto, el papel de la sociedad civil en la consolidación de los esfuerzos de reforma legal y judicial constituye una alternativa única e irrenunciable que comienza a ser parte central de estos procesos. Sin amplios consensos nacionales y sin la apropiación del tema por los líderes políticos y empresariales, por los partidos políticos, por las organizaciones de la sociedad civil y por los medios de comunicación social, es difícil enfrentar una tarea tan compleja y esperar resultados favorables. La producción de la norma jurídica hoy es el resultado de procesos mucho más enmarañados desde el punto de vista de la deliberación y el debate que deben preceder la función legislativa. Al fin y al cabo, el ámbito democrático que genera políticas, instituciones y normas lo hace a través de instituciones políticas que ahora obedecen a una dinámica distinta.

## EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

Se ha dicho unas veces con preocupación y otras con resentimiento que las materias económicas han sido las causantes del mayor daño a la codificación por la especialidad de sus materias. Sin embargo, desde otro punto de vista, ese cruce de caminos ha generado una dinámica también nueva sobre los ordenamientos jurídicos que no puede subvalorarse. La relación entre la reforma legal y la economía ha sido objeto de muy reciente análisis, escasa investigación y también frecuente especulación. Existe amplio consenso entre economistas y juristas acerca de que el desarrollo económico y social de un país depende tanto o más de sus normas jurídicas, políticas e instituciones que incluso de sus recursos naturales. La realidad de las relaciones económicas y mercantiles a ser reguladas por el derecho han tendido desde el comienzo a su internacionalización y ese seguirá siendo su destino.

Una de las estructuras más importantes para la institucionalización de las políticas es la estructura legal pues los sistemas legales a su vez deben ser un reflejo de la realidad social de cada país para poder ejercer su autoridad efectiva y equitativamente. Es decir que las reglas que afectan tanto la vida económica entre los particulares como aquellas relevantes en materia social, no pueden estar divorciadas de los

hechos diarios de las sociedades que gobiernan. Para el caso latinoamericano, la desigualdad entra por la puerta de delante de la problemática social y se queda allí con actitud desafiante frente a las normas. Ese es el predicamento diario que las Constituciones, los Códigos y las leyes ordinarias enfrentan en el siglo XXI las sociedades en desarrollo.

En este marco debe decirse que, dadas las características y la velocidad de los cambios que se están produciendo, se ha vuelto imperativo responder con eficacia poniendo en marcha un conjunto de reformas que complementen los esfuerzos de las aproximaciones clásicas a estos procesos de cambio, algunas de ellas ya superadas por la fuerza de acontecimientos recientes. Las reformas sistémicas deben afrontar cuestiones aun más sutiles y complejas como el desarrollo de la capacidad institucional, la modernización del derecho, la reforma del sistema judicial, la protección y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la lucha contra la corrupción, la reforma de los sistemas de justicia penal, el acceso a la justicia y las formas de controlar la violencia y garantizar la seguridad y la convivencia ciudadana. Ninguna es tarea menor y guardan todas entre sí grados indiscutibles de interdependencia y complementariedad.

#### LA GLOBALIZACIÓN: EL RETO DE LA CODIFICACIÓN

Mucho se habla hoy de las nuevas vías del multilateralismo dentro de la globalización pero poco se ha dilucidado el impacto sobre los nuevos actores de los procesos sociales, en particular de aquellos relacionados con la producción de la norma jurídica. El manejo de las relaciones internacionales ha implicado la globalización de las relaciones entre los nuevos actores del proceso político más no aún de los procesos de generación de una normatividad jurídica que tarde o temprano se encuentra con los escenarios globales. Una legislación de un país o una decisión judicial local hoy puede involucrar a la comunidad internacional afectando por ejemplo los estándares mínimos consagrados para el desenvolvimiento de las relaciones entre los países. Así lo ha sido en el marco del desarrollo del derecho mercantil desde sus orígenes pero hasta ahora frente a los vendavales generados por la realidad del libre comercio comienza a reconocerse como un hecho cumplido e irreversible. Y el interrogante que abre tiene que ver con la publicitada autosuficiencia de la ley escrita y codificada para sistematizar principios, instituciones y reglas de juego en esta realidad tan cambiante y tan esquiva para ser estereotipada.

De esa manera, el monopolio tradicional en el manejo de las relaciones internacionales por parte del Poder Ejecutivo abre el paso ahora a nuevas instancias de diálogo, interacción, creación de consensos y decisión. Por ejemplo, la globalización de los poderes judiciales y de la jurisdicción lleva necesariamente hacia la ampliación del espacio judicial internacional. Para no hablar de las jurisdicciones internacionales en materia mercantil que se encuentran a la orden del día y han dinamizado sin duda la solución de controversias. Hoy se construye una comunidad global legal que trasciende las esferas del Estado tradicional, que relanza modos no estatales de

producir el derecho<sup>2</sup> y que compromete a los actores a buscar salidas nuevas a problemas cuyas soluciones comienzan en lo local pero, por trascender a lo supranacional, terminan siendo globales.

No es un producto del azar que de manera concomitante, la problemática social haya llevado a comenzar a hablar de un Derecho Social Global dentro del cual el cumplimiento de los denominados derechos de tercera generación crea compromisos internacionales para los Estados<sup>3</sup>. La función social de la propiedad y de la empresa, la búsqueda del interés general y la noción de bien común que va mucho más allá del orden público liberal que limitaba la autonomía de las partes en el contrato, enriquecen ahora desde la altura de la Carta constitucional las instituciones de un derecho privado que hoy vuela también con gran libertad fuera de los escenarios locales.

### LOS DESAFÍOS DEL DERECHO COMPARADO

234

Resulta indispensable realizar algunas reflexiones sobre el rol que ha jugado el derecho comparado en los nuevos escenarios de la mundialización y la interdependencia entre los Estados. Porque si hay algo que ha cambiado en la última década ha sido precisamente el espacio nuevo creado por la internacionalización del derecho y las relaciones económicas. Ello no ha implicado lamentablemente que, de manera paralela, se hayan realizado esfuerzos concomitantes en el campo del derecho comparado para asimilar estas nuevas realidades. Porque sin duda, el derecho comparado ha jugado un papel secundario en países como Francia y aún en Estados Unidos en los últimos años. Resulta insólito que apenas comience por ejemplo ha citarse la jurisprudencia extranjera como fuente de interpretación a la hora de tomar decisiones locales, con potencialidad de tener consecuencias globales cada día más. La autosuficiencia ni es buen camino ni buena consejera cuando se trata de comenzar a construir espacios legales y judiciales supranacionales.

Algunos afirman por ejemplo que, "*En efecto, en materia de derecho comparado, los Estados Unidos han sido por mucho tiempo un país ingenuo y aislado*"<sup>4</sup>. La mayoría de académicos que se dedicaban a este tema provenían de otros países, particularmente de Europa, como Kelsen, Kessler o Rabel. En el caso de Francia, "*una evolución exclusivamente hexagonal del derecho ha tendido a generar una gran disparidad de conceptos de base y, en general, un desajuste cultural creciente entre los juristas franceses y sus homólogos extranjeros*"<sup>5</sup>. El derecho comparado ha sido el pariente pobre de la ciencia jurídica francesa y ello no debería continuar siendo así.

Aquí resulta pertinente –para clarificarlo de una vez por todas– puntualizar

2 La expresión es de F. GALGANO en *La Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, Ed. Laia., 1980. citado por PINZÓN, *op.cit.*, p. 14.

3 Los denominados "Objetivos de desarrollo del milenio" –Millenium Development Goals– son un ejemplo de compromisos cuyo cumplimiento hoy monitorea Naciones Unidas.

4 ALLAN FARNSWORTH, E., "L'Américanisation du droit : mythes ou réalités", p. 23.

5 WIJFFELS, A., "Code civil : un bicentenaire fatigué ?", *Le Monde*, 16/03/04.

que el derecho y sobre todo la cultura jurídica no pueden ser mercancías susceptibles de exportación. Pero la fortaleza de sus principios, la eficacia de sus instituciones y la solidez de los valores que proyectan van a depender en últimas de la habilidad de acompañar los procesos de reforma legal y judicial y de la modernización y actualización del derecho privado y público que se han puesto en marcha dentro de nuestros países. De parte de los múltiples países que se encuentran poniendo en marcha estrategias reformistas, hay que buscar, por ejemplo, la manera de extrapolar eficazmente ese universo de principios, instituciones y valores, no sólo traduciendo los textos legales al inglés, sino a diferentes lenguas de otros países para que pueda producirse un efecto de retroalimentación entre unos y otros.

Pues se trata en últimas de una relación de doble vía, de explotación de sinergias que permita que fluyan las innovaciones institucionales tanto en un sentido como en otro. Hay experiencias, por ejemplo, en materia de decisiones tomadas por las nuevas jurisdicciones constitucionales de América Latina, en materia de protección de derechos y de aplicación de la Constitución a las relaciones entre particulares, que pueden abrir también caminos a la estrategia reformista en Europa. Bien se ha dicho que el derecho francés, para participar plenamente en el actual desarrollo de la tradición jurídica europea, deberá recalcar un doble esfuerzo: la difusión eficaz y constante de sus realizaciones en Europa y, más allá, asimilar las experiencias extranjeras.

#### LA ANGLOSAJONIZACIÓN DEL DERECHO

Por simplista que suene, para muchos existe una tendencia clara que se ha apoderado de los espacios creados por la internacionalización del derecho. Farnsworth ratifica la gran influencia del derecho americano en el proceso de globalización. Para explicar esa influencia, establece las siguientes razones, distintas de la ventaja del idioma. Ellas son, entre otras: la ventaja de ser el sistema jurídico de una potencia económica; la participación activa en el proceso de globalización; la vasta disposición de expertos que representan a los Estados Unidos frente a organizaciones internacionales como UNIDROIT; el que se trate de una legislación reciente regulando nuevos fenómenos de manera concreta; la familiaridad de gran cantidad de juristas extranjeros con el derecho americano, por haber realizado estudios en ese país. Pero la que más llama la atención es que se trata de un derecho largamente codificado (e.g. Uniform Commercial Code) sin someterse a la esclavitud exagerada del texto escrito. Esta última se pone de relieve con acentuado énfasis.

Como ya se ha dicho, desde la enseñanza universitaria, y de manera más intensa aún, dentro del marco de la investigación, el foro y las publicaciones jurídicas, la mirada del jurista debe orientarse constantemente hacia lo que pasa en los otros países. Será la única forma de abrir las compuertas a expresiones jurídicas diferentes que en el mediano plazo y por un camino u otro, van a terminar tocando las realidades locales. Allí resulta más que trascendente el intercambio de experiencias en materia de legislación y codificación que podrá algún día llevar a la ilusión de la uniformidad. La puesta en duda de la sabiduría del legislador y del texto escrito

como única fuente de derecho ha llevado sin embargo a aceptar que más allá del derecho consuetudinario y jurisprudencial existe un espacio para el esfuerzo codificador dentro de la tradición anglosajona. A contrario sensu, dentro de la tradición del derecho continental, hay quienes continúan aferrados obsesivamente a la rigidez de Códigos que ya naufragan en las aguas indómitas de la globalización.

## LOS VERICUETOS DE LA INTEGRACIÓN COMERCIAL

Para nadie es un secreto la tarea gigantesca que representa para un país por una parte la armonización y por otra la integración a sus sistemas jurídicos de nuevas materias y realidades que vienen de la mano de los esfuerzos de la integración económica y comercial. Con ánimo premonitorio un jurista de la talla de Gabino Pinzón lo advertía a comienzos de los años setenta cuando señalaba que era deseable una armonización regional en materia contractual y de obligaciones en el ámbito de espacios subregionales como era en ese momento el Acuerdo de Cartagena.

236

Pero pocos se han indagado respecto de la adecuada secuencia que debería ser parte de la gobernanza de esos procesos. Pues así como los esfuerzos de integración política han sido muy pobres en las tentativas de integración en América Latina, se podría aseverar que la integración jurídica y la armonización normativa es lamentablemente un subproducto de las realidades económicas. Y es lamentable porque nuestros sistemas jurídicos han sido y seguirán siendo afectados abruptamente por los embates de la integración regional y subregional, salvo que exista una voluntad clara de prepararse en el marco de la legislación interna para asimilar de la mejor manera posible realidades que no, por tozudas, dejan de ser susceptibles de afrontarse, en primer término, con herramientas jurídicas locales y preparación adecuada con miras a la armonización.

Basta mirar el entorno de la producción de la norma para sacar conclusiones. El uso de facultades excepcionales por el Poder Ejecutivo en estas materias, así como la pobreza de los debates parlamentarios en materia de adopción de la normatividad requerida para marchar adelante en los procesos de integración, son evidencia de la precipitación que impide el debate abierto y reflexivo sobre las implicaciones legales de las reformas económicas, en términos de su consistencia, oportunidad y aún constitucionalidad. Tanto el debate político como el debate jurídico alrededor de los Tratados de libre comercio –bilaterales y multilaterales– son instancias irrenunciables ojalá previas a la adopción de dichos instrumentos internacionales.

La integración de nuevos conceptos y realidades interdisciplinarias sobretudo en el campo del derecho mercantil y del derecho del comercio internacional no sólo ha removido las bases de una sistematización jurídica de otro origen sino que ha remolcado a la fuerza –valga la redundancia– principios, valores y nociones que no serían necesariamente incompatibles si fueran adaptados y adoptados de manera conveniente. Pero no lo han sido, porque por regla general no han existido verdaderos proyectos nacionales de modernización normativa que permitan anticiparse a dichas realidades antes de ser arrasados o ignorados por ellas.

Suena de Perogrullo, pero sin duda, una de las condiciones para la integración económica es la integración jurídica y la armonización normativa. Es hora de invertir el orden de prioridades comenzando primero con la reforma y armonización de las normas para después darle una cabida adecuada a los fenómenos del mundo globalizado.

## EL ROL POLÍTICO Y SOCIAL DEL CÓDIGO CIVIL

La intervención cada vez mas generalizada del Estado ha convencido progresivamente a la mayoría que desde ahora las reglas que gobiernan nuestra vida vienen mas del dominio publico que del privado. Hoy se afianza la tendencia de olvidar cuanto, a los ojos mismos del régimen de Napoleón y sus sucesores, el Código civil tenia por vocación un rol político<sup>6</sup>. Portalis ya había sintetizado claramente las relaciones de reciprocidad entre el orden civil y el orden político. Y no basta examinar el devenir histórico de Francia para darse cuenta que existía la necesidad política de generar un cuerpo jurídico de esa naturaleza para afinar allí los rasgos de nacionalidad de un pueblo cuyo orgullo iba a girar alrededor de esa conquista soberana. En ese sentido no sería exagerado afirmar que se trata de un instrumento de derecho privado con vocación y potencialidad de derecho público.

En esta última afirmación radica precisamente una de las razones de la perdurabilidad de esa "catedral del derecho". Por ello, tampoco debe sobredimensionarse en la actualidad la teoría del desplazamiento del Código Civil a manos de la Constitución porque simplifica entonces demasiado el fondo del asunto. Que la Constitución sea fuente primordial del ordenamiento jurídico no lleva necesariamente al aniquilamiento del derecho privado como instancia reguladora trascendental de las relaciones entre particulares. Se trata de dos roles diferentes que sin duda hoy se hallan iluminados por la teoría del Estado Social de derecho propio del constitucionalismo moderno. Pero ello no puede llevar a consideraciones displicentes a la hora de medir el impacto social del derecho privado, a la intrascendencia de su accionar o a la falta de interés de legislar en materia civil o mercantil, frente a problemas sociales y políticos que pueden incluso tener su origen en disposiciones en apariencia sólo de la esfera de las relaciones entre particulares.

En el fondo, como lo ha sostenido Alejandro Venegas Franco en el trabajo<sup>7</sup> presentado en su posesión como miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la aparente dicotomía entre el derecho público o constitucional y el privado es más aparente y mediática que real, porque esa dicotomía lo que hace es romper la unidad hermética del ordenamiento legal que es uno y que propende y procura la justicia. Y a renglón seguido demuestra cómo principios y valores como la igualdad, la protección de los débiles y el abuso del derecho tienen connotaciones claras desde la época en que la Constitución era el Código Civil por la preponderancia

6 WIFFELS, A., *art. cit.*

7 VENEGAS FRANCO, A., *Constitución Política de 1991 y derecho de seguros-Ideas Básicas*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, sin publicar, 2004.

del derecho de propiedad. Luego vendría todo el proceso evolutivo de la constitucionalización del derecho que ha apuntalado y enriquecido esos principios en el ámbito de los cometidos sociales del Estado y de la persecución del bien común como finalidad de la actividad de la institucionalidad pública.

Otro asunto bien distinto tiene que ver con las circunstancias generadoras del derecho como producto social. Porque ni hace dos siglos, ni mucho menos ahora, se puede prescindir del contexto político en el cual se produce la norma jurídica. La política importa mucho para iniciar un esfuerzo de esta naturaleza. Ignorar o pretender ocultar esa dimensión política de la legislación puede llevar peligrosamente bien a su intrascendencia, a su inejecutabilidad o bien a su irresponsabilidad a la hora de la rendición de cuentas frente a la ciudadanía. De allí que cualquier antídoto para superar la "fatiga" que hoy puede aquejar a la codificación bicentenaria, debería acudir a escuchar de cerca los reclamos que las realidades contemporáneas le hacen a la normatividad jurídica en el contexto de un Estado que debe crear las condiciones necesarias para que el sector privado y el mercado sean también artífices del crecimiento económico pero sobretodo del desarrollo social.

238

La valoración de lo político en el ámbito de la integración latinoamericana, por ejemplo, genera nuevas responsabilidades para los ordenamientos jurídicos supranacionales. Independientemente de la bondad o pertinencia de codificaciones supranacionales. Pues la evolución operada en los diversos procesos de integración ha puesto de relieve tanto la necesidad de incorporar como uno de sus objetivos principales el logro de la equidad social, como la insuficiencia de los mecanismos disponibles para su consecución. Ha surgido una agenda social dentro de los compromisos integracionistas que incluye tanto algunos avances experimentados como gigantescos retos pendientes<sup>8</sup>. Y allí una legislación supranacional inspirada en esos principios va a ser prioritaria porque la "cuestión social" continuará apareciendo cada vez con mayor fuerza en esos ámbitos. Pero cualquier esfuerzo de integración deberá partir de la centralidad que tiene un sistema nacional de derechos de los ciudadanos que sea aplicable, ejecutable y justiciable.

Una consideración de esta naturaleza tiene otra consecuencia importante. La urgencia de iniciar el trayecto de reforma por el camino del respeto de las tradiciones jurídicas nacionales. E incluso lo que la escuela institucionalista denomina las instituciones informales. Muchos procesos de reforma y actualización del Código Civil por ejemplo ya se han dado a nivel nacional y por ello es indispensable acudir a intercambiar experiencias de origen local en ese campo. Hay un gran acervo de jurisprudencia y doctrina en cada uno de nuestros países que puede señalar con claridad la forma de poner a tono el Código Civil con la modernidad supranacional. Adicionalmente, las lecciones aprendidas en los procesos de debate acerca de los Códigos Tipo – como se ha dado en materia penal – deberán ser guías que no pueden ignorarse.

8 BELEN OLMOS, M., *Nuevas perspectivas de la integración latinoamericana*, Roma, 2004.



## VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CODIFICACIÓN

De cara a los procesos de integración económica y comercial deberán valorarse en una doble columna los pros y los contras del esfuerzo codificador. Hay algo innegable: la función técnica de la codificación, de valor permanente, que consiste en asegurar el acceso al conocimiento del derecho, al reunir las reglas en un conjunto completo, coherente y divulgado<sup>9</sup> asegura una competencia leal en los mercados<sup>10</sup>. La codificación también es pues clave para asegurar una mejor accesibilidad e inteligibilidad de nuestro derecho<sup>11</sup>. Simple y llanamente, la codificación vuelve el derecho más simple, accesible y de mejor calidad. Y refuerza, como ya se ha dicho, los cimientos democráticos de una sociedad cuya piedra filosofal es el principio de legalidad.

De otra parte, se ha imputado el declive de la codificación a la alteración de la norma jurídica, cada vez más particular y menos general y abstracta. *“En fin, hay veces que deploramos la rigidez inducida por la codificación: su carácter dogmático acusa el carácter paralizado de un derecho contenido en un código, en contraste con un derecho resultante de otras fuentes de derecho, mas plásticas y móviles”*<sup>12</sup>. La particularidad de las normas económicas, por ejemplo, lleva por lo menos a la conclusión de partir de la casuística, para mas adelante y como punto de llegada, arribar eventualmente a la idea de una codificación supranacional. Ello evitaría al menos el síndrome de “colcha de retazos” que caracteriza muchas normas en el campo del derecho económico.

Vista desde otra óptica y *“fundada sobre una constatación largamente errónea, mal pensada y realizada, la codificación (à droit constant) vuelve más incierto aún el establecimiento de la ley aplicable. En definitiva, su aporte principal se resuelve en términos de practicidad (y no de accesibilidad): simplemente intenta facilitar la consulta de disposiciones legislativas y reglamentarias.... La empresa de la codificación no toma en cuenta las posibilidades abiertas por la informática, en particular el empleo de técnicas tales como los códigos pilotos...”*<sup>13</sup>. De esto último sobre todo debe inferirse la utilización de un sinnúmero de herramientas al servicio del acceso al derecho y a la justicia en el campo de la informatización. Pero ello no va a reemplazar la necesidad de fijar marcos generales, reglas y principios de aplicación universal que abordan integralmente los problemas.

### ¿EXISTE UNA NUEVA MANERA DE CODIFICAR?

La primera pregunta que surge tiene que ver con la forma como se elaboran hoy en día las leyes y por ende los códigos. Se trata en primer lugar de una función primigenia e indelegable en cabeza del Poder Legislativo, cuyo cumplimiento en la práctica –por la fuerza de la ola democratizadora– apenas comienza a respetarse.

9 OPPETIT, B., *Essai sur la Codification*, p. 35.

10 KESSEDIAN, C., “La mondialisation du droit : défi pour la codification”, *Le Code civil*, p. 924.

11 SCHWARTZ, R., “Eloge de la codification”, *Revue Droit Administratif*.

12 OPPETIT, B., *op. cit.*, p. 35.

13 MOYSAN, H., “La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation”, *Revue Droit Administratif*, avril 2002.

En segundo lugar, la respuesta al dilema de codificar versus descodificar no se va a encontrar únicamente en la técnica bicentenaria difícilmente reproducible y aconsejable en épocas de la era de la información. Tampoco puede ignorarse, como ya se ha dicho, la dimensión política indiscutible que hoy atraviesa, de punta a punta, la construcción de las instituciones jurídicas.

Los tiempos modernos llevan pues a recortar potestades unilaterales del poder ejecutivo, propias de la herencia caudillista que tanto legado discutible ha dejado en materia legislativa. Porque además, *“la nueva codificación deberá proceder del legislador, pero éste deberá ser particularmente vigilante en el proceso que llevará a cabo para acompañar la codificación. Deberá en efecto, mas que nunca, rodearse de representantes de diversos grupos de interés y de la sociedad civil, cuyas opiniones tendrán que ser reunidas y ampliamente discutidas antes de proponer la norma codificada”*<sup>14</sup>. Las épocas de facultades extraordinarias, decretos de urgencia y medidas provisionales en estas materias, están finalmente llegando a su fin.

240

Una estrategia eficaz de reforma legislativa abarca actividades destinadas a mejorar el proceso de preparación, presentación, sanción y aplicación de las leyes. Por tanto, comprende la asistencia para la reforma o formulación de leyes, la asistencia técnica a los poderes legislativos para mejorar su capacidad de formulación de leyes y la capacitación de los funcionarios de la administración de justicia en la aplicación de los nuevos instrumentos normativos.

En el ámbito internacional, cualquier esfuerzo de codificación o recodificación debe estar basado en la realidad de la interdependencia de las naciones y de sus ordenamientos jurídicos, como fase previa a cualquier intento de búsqueda de uniformidad. Se trata de reconceptualizar una modernidad jurídica que precedida por la reflexión no se convierta en una simple reacción a los postulados del mercantilismo posmoderno.

Hoy se sugieren varias estrategias para codificar. Desde la conformación de una comisión de juristas especialistas en derecho público y privado, para que observen, comparen, analicen y sistematicen las reglas internacionales a las que cada país ha dado su acuerdo, y procedan a la preparación de una obra sistematizada. Sin embargo, la esencia de cualquier esfuerzo codificador será la definición de determinados principios comunes, fundadores, sobre los cuales el sistema jurídico de toda sociedad democrática abierta, tolerante y respetuosa del Estado Social de Derecho, debería apoyarse. Son estos principios, ojalá universales, los que deben tenerse en cuenta al elaborar reglas más detalladas que pueden contener particularismos locales o regionales.

En último término, se trata de la aplicación concreta de normas que interesen más que todo al juez, a las autoridades de control y, en general, a todas las autoridades encargadas de aplicar la norma. Contrariamente a los principios, la elaboración de estas líneas directrices de “buenas prácticas” podría comenzar por el nivel local, después regional y finalmente global. De allí la importancia de adoptar una adecuada secuencia que

14 KESSEDIAN, C., “La Mondialisation du droit : défi pour la codification”, Le Code Civil.

determine el punto de partida y el alcance de cualquier estrategia de codificación.

## EL ROL DEL SISTEMA LEGAL Y DE JUSTICIA

No puede concluirse un análisis de la realidad de América Latina sin resaltar de nuevo que no es posible avanzar en un crecimiento sustentable y equitativo sin progresar en la seguridad jurídica y en la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. El desarrollo de la inversión y la asunción de riesgos, que son la base para el desarrollo de la economía, son incompatibles con la incertidumbre o la lentitud que se observa en la región latinoamericana en la protección de derechos y obligaciones. Por otra parte, una parte importante de la población, especialmente los sectores pobres y excluidos, carecen de seguridad jurídica en cuanto a sus activos y se ven limitados, por tanto, en su acceso al crédito y a los sistemas formales de trabajo y producción.

Otras manifestaciones paralelas de la debilidad del Estado de Derecho son la impunidad en cuanto a la corrupción y los elevados índices de inseguridad ciudadana. Y las actuaciones en este campo por ende deben dirigirse a desarrollar un sistema de justicia independiente, eficaz, confiable, ágil y accesible, sin discriminaciones de género, raza y otra índole. Allí de nuevo empatan los objetivos últimos de las relaciones entre particulares con la trascendencia social que está llamada a tener la ciencia jurídica, llámese derecho público o derecho privado. Y al margen de lo que establezcan los códigos va a ser la labor de los jueces al aplicar el derecho, la fase más trascendente desde el punto de vista social.

## REFLEXIONES FINALES

La globalidad ha tocado las puertas de las instituciones jurídicas y hay que prepararse para abrirlas. Es hora de recuperar los espacios perdidos para el esfuerzo –jamás tan lejano de la utopía– de la integración, armonización y convergencia de los sistemas jurídicos. Es hora de afrontar el debate del futuro de la codificación en la certeza de la imposibilidad de frenar procesos supranacionales que derribarán las puertas de nuestros sistemas jurídicos mas temprano que tarde, si no se ofrece alguna alternativa imaginativa. Y es tiempo de hacerlo dejando a un lado la fragmentación del derecho que tanto daño ha hecho en los últimos siglos.

No es el momento de reincidir de nuevo en la supuesta impermeabilidad del derecho privado frente al derecho público en aras de salvar su autonomía científica. Es hora de rechazar por ineficaz la supuesta imposibilidad de convivencia entre lo público y lo privado porque lo social se ha encargado de finiquitar ese bizantinismo.

No es una quimera creer –como lo sostenía enfáticamente hace poco tiempo en París el Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Stephen Breyer–, que todavía se podía soñar, para los países en desarrollo, una transferencia adecuada de los conocimientos de un sistema jurídico independiente, protector de las libertades individuales y de un Gobierno democrático que pueda beber al mismo tiempo de los principios de la Constitución de Filadelfia de 1787, de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y del Código Civil de Napoleón de 1804. Piezas maestras que

representan siglos de culturas jurídicas que en un mundo globalizado ameritan una apuesta por la búsqueda de su complementariedad. Pues si las Constituciones –como muchos creen– han ido desplazando el Código Civil, ello se debe probablemente al supuesto poco dinamismo que han exhibido recientemente las estructuras del derecho privado frente a los embates de las realidades sociales donde la inequidad parece que se instaló para quedarse. Pero en últimas, la Constitución por el contrario, precedida de la vocación integradora que la caracteriza, podrá contribuir a abrir las compuertas del derecho privado a la hora de su interpretación.

Ojalá que los nuevos vientos de una Europa que ahora se abre paso hacia el Este no se conviertan en un impedimento o en un distractor de la prioridad que debe continuar teniendo la cultura jurídica francesa en América Latina. La perdurabilidad de los principios y los valores dependerá de la posibilidad de renunciar a mirar peyorativamente las realidades recientes, como un simple asalto del derecho público, o como una invasión comandada por el “*common law*” inspirada en una especie de imperialismo normativo. Esto último sucederá efectivamente si no se produce a tiempo una reflexión crítica pero constructiva, como la que se hizo a lo largo de las jornadas de este Congreso Internacional sobre el futuro de la Codificación. Pero estamos todavía a tiempo para contenerlo.

Un escritor del siglo pasado, Gumersindo de Azcárate decía, no sin razón, que era preferible que hubiera malas leyes y jueces buenos, que no leyes buenas y jueces malos. Esto no se puede perder de vista pues en nuestro continente –pese a todo– ha corrido mejor suerte la primera parte de esa ecuación: las normas. Por ello, en el marco del proceso de reformismo de América Latina debe destacarse cada vez más que un Poder de la naturaleza del Judicial tiene que convertirse en el eje más trascendente del constitucionalismo democrático del próximo milenio para rescatar de paso la importancia de los intentos de integración que lleven a que los esfuerzos de modernización del derecho privado lleguen también a puerto seguro.

Frente a fenómenos como la globalización y la internacionalización de la economía, las normas jurídicas y el sistema de justicia deben mostrar su capacidad para asimilar y afrontar esas nuevas realidades, partiendo de la riqueza que supone la diversidad de tradiciones jurídicas coexistentes. El hacer perdurar los valores del Código Civil y del Estado Social de Derecho consignado ya en muchas Cartas Constitucionales de América Latina, son pues tareas inmensas que van a marcar el lugar que ocuparán en la historia quienes se acercan hoy a nuevas realidades de la ciencia jurídica que hace dos siglos no podían ser siquiera imaginadas.

Sin embargo, tampoco son sólo las normas. Son los hechos que se muestran esquivos frente a prejuicios que han prohiado visiones cortas, erradas y aislacionistas de sistemas jurídicos que, hoy más que nunca, están llamando a la armonización, la integración y la complementariedad y no a la divergencia, la fragmentación y la competencia.

# LA CODIFICACIÓN EN MÉXICO Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE A TRAVÉS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Leonel Pereznieto Castro

*Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México*

**SUMARIO:** I. Introducción; II La Codificación en México; III. El TLCAN y sus implicaciones en el derecho mexicano; IV. Efectos en la sistematización del derecho tradicional por las nuevas materias; V. El futuro de la codificación en México ; VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que la codificación “Se funda en el credo del Iluminismo y de la razón, según los cuales es posible infundir un orden racional a la vida a condición de que los principios legales se reestructuren de acuerdo con un plan de grandes alcances”<sup>1</sup> y este orden racional de largo plazo se fue decantando a través de los siglos y constituye hoy en día una tradición jurídica en México. El primer código data de 1854 que fue el de Comercio, al que siguió el Civil de 1870. En esta época se desarrollaron otras codificaciones tomando siempre como modelo a la codificación francesa; sin embargo, esa tradición codificadora tuvo sus primeros orígenes en la vida colonial, lo que hizo florecer en México a lo largo de más de tres siglos, una exagerada dependencia del texto escrito que, en diversas épocas, limitó las posibilidades de un desarrollo judicial sano en la amplia interpretación de la ley y de la impartición de justicia que, con frecuencia, la ha ahogado en vericuetos formalistas.

Por otro lado, y quizá ese ha sido uno de los efectos positivos de la codificación, la perdurabilidad de las leyes privadas sirvió en distintas épocas de la agitada vida de México durante el siglo XIX y principios del XX, a darle cierta estabilidad a las relaciones familiares, al derecho de propiedad y a las prácticas contractuales.

En la segunda mitad del siglo XX, al margen de los grandes códigos aparecieron una serie de leyes de diversa naturaleza que, por sus características, se alejaron de la sistemática tradicional, como fue el caso del derecho fiscal, del derecho económico, del derecho bancario y del financiero, entre otros. En una etapa posterior, con la adhesión de México al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el país se comprometió a integrar la regulación de nuevas materias en su sistema jurídico con objeto de modernizarlo a fin de ponerlo al día con las necesidades del comercio internacional; sin embargo, estas nuevas materias contienen una sistemática diferente a la tradicional, que ya empieza a acusar los primeros problemas de

1 ZWEIFERT, K. y KOTZ, H., *Introducción al derecho comparado*, México, Ed. Oxford University Press, 2002, p. 94

adaptación y de comprensión por parte de los juristas mexicanos educados en una tradición excesivamente formal y en muchos casos, anquilosada <sup>2</sup>.

Asimismo y en virtud del TLCAN, México se involucró en un amplio e importante proceso de integración a su sistema jurídico de nuevas materias vía tratados y otros instrumentos internacionales. En fecha reciente, ha empezado a plantearse su participación en un proceso de codificación a nivel regional. En el presente trabajo me propongo dar cuenta brevemente de cada uno de los temas enunciados con objeto de resaltar la influencia que ha habido en el derecho mexicano con motivo de los acuerdos regionales.

## II. LA CODIFICACIÓN EN MÉXICO

Durante más de tres siglos fueron aplicadas en México las leyes medioevales españolas, que en su mayoría habían sido elaboradas en la forma de cuerpos legislativos más o menos homogéneos. La vigencia en las Indias del derecho castellano tuvo un alcance mayor en la esfera del derecho privado y existió un orden de prelación de los diferentes cuerpos legislativos aplicables mediante la Nueva y la Novísima recopilaciones emitidas a partir de 1680<sup>3</sup>.

Aunque en la época independiente se siguieron aplicando las leyes españolas, en el ámbito del derecho privado surgió la necesidad de reglamentar las relaciones jurídicas privadas que habían desbordado el ámbito del derecho medieval español. Así, el primer código fue el Código de Comercio de 1854 (Código Lares)<sup>4</sup>. Después, el Código Civil de 1870, que se elaboró a partir del proyecto de Código Civil redactado por García Goyena en 1851 y con influencias de los códigos civiles de Francia, Austria, Portugal, Holanda y Cerdeña<sup>5</sup>. Al Código Civil de 1870 siguieron otros códigos: el Código Penal de 1871, el de procedimientos civiles, de 1872, el segundo Código Civil de 1884, el Código de Comercio de 1887 y finalmente el Código Civil de 1932, entre los más importantes.

244

- 2 Cabe señalar que hasta 1986 México permaneció cerrado a las corrientes de comercio internacional, su sistema jurídico producto de los gobiernos posrevolucionarios estuvo prácticamente aislado de los desarrollos jurídicos que se llevaron a cabo en otros países.
- 3 OTS y CAPDEQUI, J. *Historia del Derecho Español en América y el Derecho Indiano*, Madrid, Ed. Aguilar, 1968, p. 43 y 44.
- 4 Elaborado por Teodosio Lares, inspirado en los códigos francés y español, sobre el particular, consultar: PÉREZ DE LOS REYES, M.A., *Historia del derecho Mexicano*, México, Ed. Oxford University Press, 2002, t. 3, p. 104.
- 5 Sobre este tema consultar entre otros: AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, "Síntesis de derecho civil" en *Panorama del derecho mexicano*, México, UNAM, 1965, t. II, p. 12; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1968, 6ª ed., t. I, p. 20; MACEDO, Pablo. "El Código de 1870. Su importancia en el derecho mexicano", en *Jurídica*, n° 3, México, Universidad Iberoamericana, julio, 1971, p. 248; ESCOBEDO, Manuel, G., "Algunas modificaciones introducidas al derecho civil de 1870", en *Jurídica*, n°3, México, Universidad Iberoamericana, julio, 1971, p. 270 y s. Asimismo, el jurista brasileño Haroldo Valladao sostiene que a influencia en este Código fue derivada principalmente del proyecto García Goyena y de los códigos austriaco, portugués y chileno. *Estudios de direito internacional privado*, Río de Janeiro, Ed. Libreria José Olimpo, 1942, p. 14.

Esta obra de codificación tuvo una amplia repercusión al interior del país, al elaborar cada estado de la Unión sus propias codificaciones lo que propició una cultura jurídica en base a la exégesis del derecho, siguiendo de cerca de la doctrina francesa y en alguna medida a su jurisprudencia, pero siempre con un espíritu exageradamente territorialista y con un carácter francamente formalista lo que provocó en gran parte del siglo XX, una jurisprudencia mexicana mediocre<sup>6</sup> y una doctrina que en gran medida, se limitó a la reproducción de ideas y propuestas francesas y en poca medida, italianas sin derivar de éstas una verdadera doctrina mexicana.

Como ya lo mencionamos, por las necesidades económicas y del desarrollo de México, a mediados del siglo pasado, se empezó a dar un cambio significativo en el derecho público que era en el que menos influencia había tenido la codificación. Los cambios más sensibles, aparecieron en el derecho fiscal que integró materias ya existentes: derecho constitucional, derecho mercantil, derecho administrativo y derecho penal, entre otras, juntamente con conceptos económicos. En el Código Fiscal de 1967 y sus constantes modificaciones se vio la necesidad de adaptar a la norma fiscal a las condiciones cambiantes de la economía mexicana. Lo mismo sucedió con las facultades que asumió en este sentido la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para emitir dos y hasta tres veces por año, disposiciones que hoy conocemos como "miscelánea fiscal" y que han provocado, dadas sus propias características y necesidades<sup>7</sup>, una forma casuista de desarrollar la normatividad, alejada del método de la codificación tradicional. El casuismo fiscal, un extremo de la codificación, ha provocado problemas severos de sistematización del derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado en los últimos años la inconstitucionalidad de una serie de normas en este sector.

Una tendencia parecida apareció con las leyes bancarias y financieras sobre todo por las facultades con que fueron dotados el Banco de México y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los que, a través de circulares regulan el sector. Otro tipo de normatividad de la que se derivó una aplicación casuista fue con la normatividad emitida a partir de la intervención del Estado en la economía, principalmente con las leyes en materia de monopolios de 1934, la de atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia económica de 1950, la de industrias de transformación de 1941, entre otras. Pero en todas ellas, a pesar de tratarse de leyes interdisciplinarias, se mantuvieron referencias constantes a muchos de los conceptos tradicionales del derecho mexicano. Hoy en día, esta última legislación ha sido ya derogada. Sin embargo, el mayor cambio se produjo a partir de 1994 con la adhesión de México al TLCAN, como lo veremos a continuación.

6 PEREZNIETO CASTRO, L., "La tradition territorialiste en Droit International Privé dans les pays d'Amerique Latine", *Académie de La Haye de Droit International, Recueil des Cours*, 1985, t. II., p. 25 y s.

7 A este respecto ver: MARGAIN MANATOU, E., *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1993, 11ª ed., p. 27 y s.

### III. EL TLCAN Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO MEXICANO

Con la ratificación del TLCAN, México asumió entre otros compromisos el de integrar a su derecho la regulación de una amplia serie de materias que anteriormente no existían o cuyos temas se habían regulado pero en una forma incipiente, o bien, de acuerdo a las necesidades del Estado a cargo de quien estaban dichos sectores, como fue el caso de la competencia económica, la energía, el financiero, las telecomunicaciones, el medio ambiente, entre los más importantes. El común denominador de estas nuevas materias es su origen en el derecho estadounidense que, por su naturaleza, plantea problemas de sistematización.

Al mismo tiempo, México ha requerido modernizar su legislación mediante la adhesión a tratados internacionales sobre materias comerciales modernas, lo mismo con la incorporación a su sistema jurídico de Leyes Modelo y de Guías Legislativas en los campos del arbitraje comercial internacional, el comercio electrónico, la suspensión de pagos, las garantías mobiliarias entre muchos otros, con miras a uniformizar su derecho con la normatividad existente en la realidad internacional. Normatividad con la que también se integran conceptos y principios no previstos en el sistema codificado mexicano, abriendo así una nueva ruta en la que por el momento, ya hay y se prevén, los primeros problemas.

246

### IV. EFECTOS EN LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO TRADICIONAL POR LA INTEGRACIÓN DE LAS NUEVAS MATERIAS

Para ilustrar los efectos de las nuevas materias en la sistematización tradicional del derecho en México, veamos tres ejemplos en los que su aplicación se analiza con criterios tradicionales.

#### 1. COMPETENCIA ECONÓMICA.

El 25 de noviembre de 2003 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en una decisión de Pleno, que dio a conocer el 8 de marzo de 2004 (Amparo en revisión 2589/96), declaró la inconstitucionalidad del Art. 10, fracción VII de la Ley Federal de Competencia (LFCE) La importancia de este pronunciamiento consiste en lo siguiente:

El Art. 10 de la LFCE establece en su primer párrafo: "Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:"

Y, a continuación, la Ley menciona en sus diferentes párrafos las conductas anti-competitivas sancionables como prácticas monopólicas relativas. El primer párrafo antes citado remite a tres artículos de la propia Ley que, como lo advierte el precepto, son elementos que habrán de analizarse para la procedencia de este tipo de prácticas; esos artículos son: el 11 que establece que el agente económico sujeto a



investigación tenga Poder Sustancial dentro del Mercado Relevante y que, las conductas que lleve a cabo, correspondan precisamente al Mercado Relevante de que se trate. El Art. 12 establece por su parte los parámetros para determinar al Mercado Relevante y, finalmente el Art. 13, se refiere a los elementos que deben ser considerados por la Comisión Federal de Competencia (CFC) para determinar el Poder Sustancial del agente económico en cuestión, en el Mercado Relevante.

Por su parte, la fracción VII del Art. 10 es una disposición de orden general que pretende englobar a todas las demás conductas anticompetitivas no contempladas en las seis primeras fracciones del Art. 10, en los términos siguientes: "VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios."

Como puede apreciarse, la disposición otorga a la CFC, facultades generales para la definición de las conductas anticompetitivas, no previstas en la Ley, así como para su análisis y en su caso, para su sanción. La SCJN se pronunció en contra de esta disposición, por las razones siguientes:

Esa norma tan general, "no señala con precisión el marco a través del cual la autoridad administrativa puede ejercer la facultad que le fue otorgada para imponer sanciones a quienes incurran en una práctica monopólica relativa pues... ( ) se concreta a señalar criterios genéricos... ( ) lo cierto es que no especifica la conducta infractora que provoca la sanción administrativa, de manera tal que se deja a la autoridad encargada de la aplicación de la Ley, la facultad de determinar la infracción a la Ley que se da al caso concreto. Esa indeterminación produce inseguridad jurídica y viola el principio de legalidad previsto por el Art. 16 constitucional, ya que al no estar establecida en la Ley la conducta infractora que da lugar a las sanciones, el gobernado ignora los motivos por los que se hará acreedor a dicha sanción y, a la vez, permite a la autoridad respectiva, al carecer de la orientación necesaria para imponer la sanción aplicable, el ejercicio absolutamente discrecional de sus facultades."

El control de legalidad que llevó a cabo la SCJN en este caso, impide que la autoridad administrativa exceda las facultades que estrictamente le han sido otorgadas, sobre todo si entre esas facultades, como es el caso, no está prevista la definición de la conducta que debe investigar y, en su caso, sancionar.

Debido a que la SCJN ha declarado inconstitucional la fracción VII del Art. 10, esta declaratoria puede tener un "efecto de cascada" con respecto al Reglamento de la Ley ya que en éste, el Art. 7° reglamenta a la fracción VII ahora declarada inconstitucional y la disposición reglamentaria define cinco tipos de conductas que constituyen prácticas monopólicas relativas. La pregunta que queda en el aire es: ¿esta disposición y consecuentemente, las conductas definidas en ella, correrán la misma suerte de la fracción que reglamentan?

Independientemente de lo anterior, el tema sigue siendo novedoso para los tribunales mexicanos al grado que la propia SCJN a pesar de estar convencida de que en la fracción VII del Art. 10 hay una violación del principio de legalidad, reconoce

que no es fácil determinar previamente todas las conductas que se puedan presentar en materia de competencia económica, y así nos dice en la misma decisión:

“La tarea interpretativa desarrollada en esta materia – y con relación al Art. 28 constitucional, específicamente – revela que el concepto constitucional de monopolio, desde su elaboración original, no debía entenderse de manera estricta, a modo de designar únicamente el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, sino que debía designarse con él a las prácticas, acuerdos y procedimientos descritos por el propio Constituyente ... cuando prohibía cualquier acto que en general evitara la libre concurrencia...” (el subrayado es nuestro) Las leyes reglamentarias de la Constitución precisamente tienen el cometido de desarrollar, precisar y detallar a las normas constitucionales pero en materias que tienen su origen en un sistema jurídico como el del *Common Law*, el acotamiento de sus conceptos y de sus funciones *ex profeso*, como nos dice la SCJN, no siempre es fácil.

248

Esta decisión de la SCJN por otra parte, pone en evidencia el problema de la sistemática jurídica a que ya hemos aludido, ante la aplicación de normas cuyo origen es el *Common Law*, como es el caso específico de la competencia económica, ya que en aquél sistema jurídico los criterios de legalidad y de constitucionalidad son distintos a los del derecho mexicano.

En esta resolución la SCJN utilizó el criterio tradicional de control de legalidad conforme al cual un órgano administrativo, que en el caso que nos ocupa fue la CFC, no debe tener facultades para sancionar conductas que no estén expresamente tipificadas en la ley siendo que en materias como la de competencia económica, esto no siempre es posible. Es de esperarse que este conflicto normativo acabará por resolverse a favor de la modernidad pero llevará muchos años sobre todo porque la noción tradicional de la legalidad no sólo está enraizada en la cultura jurídica mexicana sino que obedece a la necesidad de evitar el abuso de las autoridades.

La cuestión que más interesa para esta exposición puede formularse en los siguientes términos:

Entre las nuevas materias que se han incorporado en la última década al derecho mexicano, el derecho de la competencia es un ejemplo de un tema interdisciplinario, anclado en una antigua y amplia tradición jurídica (en Canadá y en los Estados Unidos, desde el siglo XIX) pero dependiente también, en gran medida, de la economía, lo que hace que tenga una evolución constante. Conductas que en un momento fueron objeto de análisis por el derecho de la competencia, por representar un presunto daño a los mercados, como puede ser el caso de la depredación de precios, hoy en día ya son poco aceptadas por considerarse estrategias ineficientes<sup>8</sup>: no existe un empresario lo suficientemente insensato en un mercado dinámico que esté dispuesto a tener una pérdida constante en su empresa en el afán de ganar un mercado. Se trata de prácticas que ya no reclaman la misma importancia, al menos cuando esas conductas se presentan en el ámbito interno. De la misma manera, otras conductas apa-

8 BORK, R. H., *The antitrust paradox, a policy at war with itself*, Ed. The Free Press, 1978, p. 433.

recen hacia futuro como conductas potencialmente dañinas de los mercados sin que antes necesariamente hayan estado previstas, como es el caso de los subsidios cruzados o la discriminación de precios, pero que deben ser analizadas y en su caso, sancionadas<sup>9</sup>. Se trata del avance de la técnica en la producción de bienes y servicios, del empleo de nuevos métodos en la administración de negocios, del manejo de la distribución de bienes, de la evolución de la economía, etc. que se tienen en cuenta en un momento dado porque eventualmente pueden afectar a los mercados, cuando antes, esa preocupación no existía y por supuesto, el legislador no la había tipificado en la ley como una conducta que debiese ser analizada y, en su caso, sancionada.

En estas condiciones es importante reenfocar el tema de la legalidad en aquellas disciplinas como la de la competencia económica, en donde este concepto debe centrarse en las normas que permiten a la autoridad administrativa determinar la existencia de nuevas conductas que puedan afectar los mercados y una vez que se hayan llevado a cabo los análisis, las mediciones e investigaciones correspondientes conforme a los parámetros previamente establecidos por las normas, la autoridad administrativa podrá determinar la conducta y declarar que es sancionable y si se desea llevar más allá el control de la legalidad, que a través del juicio de amparo (que protege garantías individuales en México), los tribunales verifiquen si la determinación de conductas elaborada por la CFC fue correctamente hecha y, en su caso, la corrijan pero que no se plantee en estas materias el control de la legalidad como una supresión *ex profeso* de facultades en áreas específicas del conocimiento jurídico como las antes mencionadas, cuando para el avance del derecho en México y para la integración de este derecho y del país al comercio internacional, se necesita lo contrario.

## 2. ÁMBITO BANCARIO Y FINANCIERO

Veamos un segundo ejemplo. Se trata en este caso del tema de las garantías mobiliarias a partir del Artículo 9 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos (el UCC) y que hoy se discute en Francia bajo el nombre de las *Suretes Mobilières* para fortalecer a las garantías de ese tipo que ya existían en este país desde hace varios años<sup>10</sup>.

En el 2000<sup>11</sup> se expidieron diversas reformas a diferentes leyes en México para introducir la figura de las garantías mobiliarias, sin embargo, la falta de comprensión del problema por los funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como de los legisladores, arrojó una pésima reforma que no fue aplicada por los operadores financieros mexicanos, sino que además, inhibió a una garantía que antes operaban con buen éxito, el Fideicomiso de Garantía, que fue suprimida por la reforma<sup>12</sup>.

9 Sobre este tema consultar: PEREZNIETO, L. y GUERRERO, S. R., *Derecho de la competencia económica*, México, Ed. Oxford University Press, 2002, p. 223-225.

10 Sobre el particular, ver: RIFFARD, J F, *Le Security Interest ou L'approche fonctionnelle et unitaire des suretes mobilières*, Paris, LGDJ, 1997.

11 Diario Oficial de la Federación de 23 de mayo de 2000.

12 Sobre este tema, consultar: PEREZNIETO, L., "El Nuevo Proyecto de decreto sobre garantías mobiliarias a la luz del sistema de garantías mobiliarias internacionales", en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 13, abril 2003, p. 59 y s.

Lo anterior dio como resultado que se debiese elaborar una nueva reforma dos años después y derogar la anterior<sup>13</sup>. Esta nueva versión de las garantías mobiliarias no fue del todo afortunada pero rectificó errores graves que se habían cometido en la anterior, lo que mostró, una vez más que tanto los funcionarios públicos que la reelaboraron como los legisladores, no acabaron de comprender a fondo los conceptos que estaban manejando especialmente, el hecho de que esta garantía, a diferencia de la tradicional, es una garantía con elementos más personales que reales y que se otorga sobre inventarios sujetos a reposición, subsistiendo la garantía en los bienes de reemplazo, lo que muestra la dificultad de analizar este tipo de conceptos con una óptica tradicional, pero quizá el punto que nos interesa más para esta exposición es el siguiente.

La reforma se hizo a leyes comerciales: Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Código de Comercio, Ley de Instituciones de Crédito, etc., pero en ella no se reformó al Código de Comercio en lo relativo al concepto de la garantía en general adicionándola con el nuevo concepto de garantía mobiliaria ni tampoco se adicionó al Código Civil Federal, que es la ley supletoria aplicable más importante en materia de garantías en México. Al no hacerse una reforma completa, del nuevo concepto de garantía, no se logró en la segunda reforma, un concepto unitario en este tipo de garantías.

Atribuyo lo anterior a una falta de comprensión de una nueva problemática normativa que aún no se alcanza a entender en su totalidad en México, debido principalmente a que los juristas mexicanos, formados en una metodología codificatoria tradicional les es muy difícil entender nuevos conceptos fundamentados en sistemáticas jurídicas distintas.

### 3. ENERGÍA

Paso a un tercer ejemplo. En México, por disposición constitucional (Arts. 27 y 28) existe el monopolio para el Estado para la exploración, refinación y venta del petróleo y sus derivados. En el caso del gas natural, el gobierno abrió la distribución de este producto a los particulares en 1995; sin embargo, debió de sortear una serie de problemas, entre los cuales se encuentra nuestro ejemplo como una forma de regulación *sui generis* propia de un sector de esta naturaleza pero que en todo caso, se trata de una regulación distinta del resto de la regulación tradicional en México.

“Las ventas de primera mano” de los energéticos; es decir, las ventas que realiza PEMEX directamente sólo las puede llevar a cabo esta empresa por mandato constitucional; sin embargo, en el caso del gas natural que los particulares distribuyen a través de redes de tubería, PEMEX en la mayoría de los casos les entrega el gas para que éstos lo lleven al usuario final que son los consumidores y a éstos le cobren el precio del energético. En realidad, los distribuidores particulares sólo son transportistas del gas natural a través de sus propias redes de tubería pero al mismo tiempo, ayudan a PEMEX a realizar “la venta de primera mano”. Esta operación de por sí compleja se establece en un contrato y no en una Ley.

13 Diario Oficial de la Federación.

En los primeros contratos que celebró PEMEX con los distribuidores particulares de gas natural se estableció un concepto fundamental que se denomina: “principio de “la flexibilidad del servicio” que permite a los distribuidores y consumidores de gas natural ajustar los flujos y consumos de gas, dentro del marco de “ventas de primera mano”.

El gobierno mexicano a través de su ente regulador la Comisión Reguladora de Energía (CRE) intentó codificar a través de resoluciones los derechos y las obligaciones de los agentes económicos que operan en el ramo. Estas resoluciones son modificadas por la CRE periódicamente y con ellas las reglas y derechos a que están sujetos los agentes económicos y operadores en el mercado. Se trata de una forma casuista de regulación de conductas distinta en su naturaleza a la regulación tradicional. Sin embargo, el punto más importante, para los términos de esta exposición es el siguiente.

Durante los años 1998 a 2001 (que luego se extendió dos años más) la volatilidad de los precios internacionales del petróleo provocó que el gobierno mexicano a través de la CRE emitiera una nueva resolución mediante la cual estableció una nueva forma de contratación (convenio 4x3) en la que, de un día para el otro, se modificó la fórmula para determinar los precios del gas natural y además, se eliminó el principio de “Flexibilidad en el Servicio” que había regido años atrás. Esto demuestra cómo el gobierno mexicano a través de sus agencias (PEMEX y CRE) puede modificar arbitrariamente la regulación de una actividad como ésta conforme a las condiciones cambiantes del mercado. Este tipo de flexibilidad normativa –que en el caso que se ejemplifica ha resultado un exceso– es sin embargo, una demostración más de cómo en estas nuevas materias, su análisis a partir de los criterios tradicionales de legalidad es muy difícil, sino que imposible. De ahí que se requiera desarrollar por la jurisprudencia nuevos criterios que atiendan a nuevas realidades.

## V. EL FUTURO DE LA CODIFICACIÓN EN MÉXICO

Para finalizar con mi exposición, permítanme una rápida mención a otro tema vinculado. Se trata de los intentos en búsqueda de una codificación a nivel regional.

Aunque todavía incipientes los avances en este tema, éstos se han llevado a cabo bajo el impulso del *American Law Institute* (ALI). Como muchos de ustedes saben, el ALI, es el impulsor de la codificación en los Estados Unidos de América mediante los llamados *Restatements of Law* en diversas materias, incluyendo el Código Comercial Uniforme al que antes aludí. Estas reuniones se han organizado desde hace dos años y se está trabajando a través de diversos grupos de juristas procedentes de los tres países miembros del NAFTA. Se tiene por objetivo elaborar dos grandes proyectos de codificación: un Código de procedimientos civiles en aquellas materias que son de interés para los derechos de los países de la región, como es el caso de la jurisdicción, ayuda judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y dos, un Código Uniforme en materia de obligaciones y contratos tomando como base los principios de UNIDROIT en la materia, incluyendo además, reglas sobre daños y perjuicios.

Ciertamente que trabajos de esta naturaleza son dilatados en el tiempo y tendrán que enfrentar muchos retos pero lo destacable es que existe conciencia de que en un proceso de integración económica como el que se pretende a través del TLCAN, requiere entre otras cosas de un intercambio de experiencias y de un derecho uniforme que agilice el comercio internacional, no obstante que se trate de sistemas jurídicos de naturaleza diferentes. Quizá una de las vertientes del derecho codificado en México hacia el futuro se encuentre precisamente del lado del derecho uniforme regional.

## V. CONCLUSIONES

En una exposición de este tipo es importante sacar algunas conclusiones y al mismo tiempo, decir unas palabras de prospección sobre lo que pudiera acontecer de estos procesos que, para todo comparatista, resultan apasionantes.

Es previsible que México conserve por muchos años más su cultura en materia de codificación, pero esta requiere de cambios importantes, sobretudo en el sentido de que los tribunales mexicanos rompan con moldes excesivamente formalistas y que su interpretación exegética ceda a favor de una mejor impartición de justicia.

En la medida que esto pueda lograrse, se atenderá además a las necesidades del comercio internacional que derivan de la participación activa de México en los procesos de integración, máxime que la modernidad jurídica hoy en día se encuentra representada por los conceptos y sistematización que se derivan de sistemas jurídicos funcionales en el comercio internacional.

Es probable que los esfuerzos de derecho uniforme se reflejen en cambios sustantivos en la codificación tradicional mexicana y esta avance en el desarrollo de conceptos que la modernidad requiere. Ojalá que el ejercicio hacia un derecho uniforme en materia de obligaciones en la zona de Norteamérica no se detenga por posiciones nacionalistas como ha sucedido en otros bloques económicos.

# CODIFICATION ET INTÉGRATION RÉGIONALE \*

Emmanuel Jolivet

*Conseiller général de la Cour internationale d'arbitrage  
de la Chambre de commerce internationale*

« Codification et intégration régionale »<sup>1</sup>. L'énoncé de ce titre suscite des interrogations. Parmi celles-ci, une question tient d'abord au postulat de ce titre : l'intégration régionale entretiendrait nécessairement une relation avec la codification. Quels éléments permettent de vérifier cette affirmation ? Une seconde question tiendrait à la portée de l'intégration. Quels sont les domaines et l'effet de cette dernière ? Si la richesse du thème proposé ne saurait se limiter à rechercher une réponse à ces deux questions, l'examen du sujet semble toutefois pouvoir être organisé autour de deux axes. La codification serait un facteur d'intégration régionale. Il y aurait une véritable intégration par la codification (I). Mais cette dernière serait à son tour une composante d'un ensemble normatif plus vaste que les seules règles codifiées. La codification serait reçue dans un ordre juridique qui la dépasse. Il s'agit alors d'envisager l'intégration de la codification (II).

## I. L'INTÉGRATION PAR LA CODIFICATION

Toute œuvre codificatrice tend à rassembler en un document unique des éléments divers tantôt préexistants, tantôt novateurs.

Cette analyse générale du travail de tout codificateur conduit à formuler une remarque liminaire. Toute codification suppose-t-elle nécessairement l'élaboration d'un code comme tend à le faire accroire cette définition simplificatrice ? Certains règlements d'organismes professionnels traduisent une activité codificatrice. Par exemple, les règlements d'arbitrage des litiges commerciaux d'un grand nombre d'institutions proposant des services de résolution des différends contiennent des dispositions relatives aux mesures conservatoires ou à l'interprétation des sentences arbitrales<sup>2</sup>. Il s'agit de l'intégration formelle dans un règlement de pratiques répandues au sein de tribunaux arbitraux<sup>3</sup>. Si la codification est appréhendée sous l'angle de la technique juridique mise en œuvre et non pas exclusivement sous l'angle de l'examen du résultat de celle-ci, à savoir le texte codifié, trop rapidement réduit au seul code, il est indéniable que le rayonnement du *Code civil des Français* ne se limite

\* Este texto ha sido traducido al español por José del Carmen Ortega, ex secretario general de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latino-américains. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

- 1 Les opinions exprimées n'engagent que l'auteur. La CCI ne saurait être tenue responsable d'éventuelles inexactitudes ou opinions figurant dans cet article.
- 2 Voir notamment les articles 23 et 29 du règlement d'arbitrage de la CCI, publication CCI n° 808, juin 2003, également consultable sur le site Internet de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI : [www.iccarbitration.org](http://www.iccarbitration.org).
- 3 LEW, J.D.M., « Analyse des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la*

pas à son influence sur la codification d'origine publique. La vitalité de la codification moderne se traduit d'abord, selon une approche quantitative, par le foisonnement des codifications d'origine privée.

Il ne s'agit pas ici d'évaluer l'importance respective des éléments préexistants ou novateurs et leurs rôles quant à la nature de la codification, mais davantage d'insister sur la mixité des composantes de toute œuvre codifiée.

Codifier des éléments préexistants que ce soit des règles ou des pratiques suppose d'effectuer un double travail.

C'est en premier lieu un travail d'identification de ces éléments relevant de « l'archéologie juridique », c'est-à-dire de mise à jour de la sédimentation des règles juridiques, d'en cerner le champ d'application et de les analyser. Le caractère fastidieux de l'entreprise est encore accru en matière de codification internationale.

C'est en second lieu une tâche de sélection revenant à choisir les éléments qui seront retenus. Ce choix obéit à des considérations politiques, économiques, et culturelles. En matière de codification étatique, il serait possible de voir en ce travail un véritable choix de civilisation<sup>4</sup>.

Cette identification et cette sélection peuvent être effectuées dans divers ordres juridiques, une approche comparative pouvant être le préalable à une codification publique ou privée, nationale ou internationale. Les INCOTERMS<sup>5</sup>, ébauches de conditions générales, voire conditions générales destinées à régir les contrats de ventes internationales, et les règles et usances uniformes en matière de crédit documentaire<sup>6</sup> s'inscrivent parfaitement dans cette démarche de codification d'origine privée.

La motivation immédiate, la plus aisément décelable, de toute codification est de faire d'un instrument normatif un facteur d'unification du droit *lato sensu*. L'analyse s'applique tant aux codes d'origine étatique qu'à ceux d'origine privée. Il en est notamment ainsi des textes codifiés en matière de pratiques douanières<sup>7</sup>.

La simple existence d'un instrument codifié notamment dans les premiers temps de son élaboration, mais surtout son utilisation, sont essentielles pour faire produire son effet unificateur à la codification<sup>8</sup>.

CCI, vol. 11, n° 1, 1<sup>er</sup> semestre 2000, p. 24 à 31 ; Ali Yesilirmak, « Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale de la CCI », *op. cit.*, p. 32 à 38 ainsi que les extraits de sentences arbitrales reproduits, *op. cit.*, p. 39 à 119.

4 L'influence du *Code civil des Français* illustre à merveille le propos. La célébration de ce code lors de ce congrès témoigne sans aucun doute de l'universalité des valeurs qu'il véhicule. Voir, CABANIS, A., « Le code hors la France », in *La codification*, sous la dir. de BEIGNIER, B., Paris, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p. 49 à 52.

5 Voir JOLIVET, E., *Les Incoterms, Étude d'une norme du commerce international*, Paris, coll. Bibl. de droit de l'entreprise, tome 62, Litec, 1993, p. 45 et s.

6 Voir par exemple le rapport de la Commission de la lettre de change, du chèque et des crédits documentaires de la CCI, *L'Économie internationale*, n°3, juillet 1929, p. 549 à 551.

7 En ce sens, voir *ICC Customs Guidelines*, Publication CCI n° 687, 2003 ; *Code de pratiques loyales, L'Économie internationale*, vol. XI, n°1, février 1939, p. 23-24.

8 Dans les premières décennies d'existence des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, la CCI informait très régulièrement les milieux d'affaires de l'adoption grandissante de ces règles. En 1951, elle mentionnait ainsi qu'elles étaient appliquées en



À ce titre, il convient de distinguer l'utilisation directe de l'instrument codifié, revenant à suivre les préceptes ou les règles énoncés, de l'utilisation indirecte de l'instrument, celui-ci étant pris comme une source d'inspiration pour d'autres textes normatifs, eux-mêmes éventuellement codifiés. Une manifestation répandue de ce dernier aspect se rencontre dans le recours aux divers codes privés élaborés par la CCI en matière de vente, publicité et marketing<sup>9</sup>, ainsi qu'aux INCOTERMS<sup>10</sup>. Certaines codifications d'origine publique s'inscrivent également dans cette optique<sup>11</sup>.

Si le code intègre, en compilant ou reformulant des règles préexistantes et en leur adjoignant parfois des éléments novateurs, il s'inscrit également dans une perspective juridique plus vaste tendant à la création d'une norme juridique nouvelle qui devra dès lors trouver sa place dans l'ordonnement juridique. Se pose alors la question de l'intégration de la codification.

## II. L'INTÉGRATION DE LA CODIFICATION

Le produit de la codification, le code ou la règle codifiée, est une composante d'un corpus normatif national ou international, ce dernier englobant également les normes régionales, voire *anationales*.

Il est possible de s'interroger sur la corrélation entre l'intégration du code au sein de la hiérarchie des normes et le degré d'autonomie reconnue à la volonté des utilisateurs.

Dès lors que les normes codifiées ne sont pas impératives et que leur respect ne peut pas être imposé économiquement, par exemple par une partie en position dominante exigeant le respect d'un code de conduite professionnel, le respect des normes édictées et le rayonnement du code dépendent étroitement du consentement des personnes à se soumettre volontairement à ces normes. Ce phénomène peut être observé

Amérique latine par des banques du Brésil, Costa-Rica, Cuba, Salvador et Uruguay, in *L'Économie internationale*, vol. XVII, n°3, mars 1951, p. 5. En 1952, les banques boliviennes adoptaient ces règles, *L'Économie internationale*, vol. XVIII, n°6, juin-juillet 1952, p. 15. En matière de publicité, la CCI précisait en 1957 que l'Association Mexicaine de Publicité avait adopté le Code de pratiques loyales en matière de publicité, « Publicité internationale », *L'Économie internationale*, vol. XXIII, n° 5, juin 1957, p. 11.

9 Code international ICC sur le parrainage, doc. n°240/475 rev. 3 final, 17 septembre 2003 ; Compilation des règles d'ICC relatives au marketing et aux enfants et adolescents, doc. n°240-46/261 rev. 4, 9 avril 2003 ; Code international ICC de pratiques loyales en matière de promotion des ventes, doc. n°240-46/237 rev. 3, mai 2002 ; Compendium of Rules for Users of the Telephone in Sales, Marketing and Research, juin 2001 ; Code international ICC de marketing direct, juin 2001 ; ICC International Code of Environmental Advertising, juin 2001 ; Code international ICC de vente directe, doc. n°240/406 rev., 17 juin 1999 ; Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet, doc. n°240/394 rev. 4, avril 1998 ; Code international ICC de pratiques loyales en matière de publicité, doc. n°240/381 rev., avril 1997 ; Code International ICC/ESOMAR de pratiques loyales en matière d'études de marché et d'opinion, juin 1995. Tous ces textes sont accessibles sur le site Internet de la CCI à l'adresse [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org).

10 Voir, JOLIVET, E., *op. cit.*, p. 418 à 423.

11 Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ont ainsi servi de source d'inspiration aux Principes du droit européen du contrat de la Commission du droit européen du contrat présidée par Ole Lando.

dans le recours aux Principes UNIDROIT dans les contrats commerciaux et les arbitrages internationaux<sup>12</sup>.

Ce consentement tient d'une part à l'adhésion à la finalité poursuivie par le code, c'est-à-dire son but politique, et d'autre par à l'acceptation de la technique de codification employée et notamment à la consultation des futurs utilisateurs, la compétence des rédacteurs, la langue, la structure de l'ouvrage.

La sanction judiciaire de la règle codifiée est également un facteur déterminant de l'intégration de la norme dans un ordre juridique donné. La connaissance de la règle codifiée par le juge étatique ou privé est essentielle et concourt à conférer à la règle son caractère de norme de droit positif.

L'intégration du produit de la codification dans un système normatif et la simplification de ce dernier que l'on pourrait en attendre soulèvent la question de l'appauvrissement du droit par la codification. Les notions de diversité juridique et de codification sont-elles antinomiques ?

256

Au plan national, la réponse dépend de la valeur normative de la norme codifiée au sein de la hiérarchie des normes et de la force obligatoire de cette norme. Ensuite, même si le code unifie le droit, l'aura d'un code et son retentissement peuvent être de nature à susciter les débats doctrinaux et favoriser les applications jurisprudentielles. Ce congrès nous aura donné l'occasion de souligner l'influence du *Code civil des Français* à cet égard.

Au plan international, y compris régional, l'intégration d'un nouveau code se heurte souvent à la diversité des textes, voire des codes, existants dans la matière ou des matières voisines et à la concurrence entre instruments normatifs. Il peut alors se produire un certain désordre juridique provenant de l'existence de normes incompatibles et se traduisant parfois par un « conflits de codes<sup>13</sup> ».

L'utilisation d'un code ou de tout texte codifié sera tributaire de relations de pouvoir, de l'avantage économique procuré par l'adoption de ce dernier et tout renvoi qui y est opéré<sup>14</sup>, et le cas échéant de la sanction par le juge ou la profession<sup>15</sup> du non-respect des dispositions codifiées.

Le code civil fut le modèle de nombreux autres codes. Au rang de ceux-ci les codes d'origine privée ne doivent pas être négligés. La codification d'origine privée semble être le champ d'application de prédilection, à l'heure actuelle, du mouvement de codification s'inscrivant dans la mouvance du *Code civil des Français*.

12 Voir sur ce point, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Réflexions sur leur utilisation dans l'arbitrage international », Supplément spécial du *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, publication CCI n°642, 2002.

13 Qu'en est-il à cet égard des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen du contrat ? En matière de crédit documentaire, l'introduction des règles et usances uniformes a provoqué le même type de problème, voir « Crédits documentaires, les États-Unis adoptent les règles de la CCI », in *L'Économie internationale*, vol. XI, n°2, avril 1939, p. 39.

14 L'utilisation généralisée des Incoterms et des règles et usances uniformes en matière de crédit documentaire s'explique certainement de la sorte.

15 Sur le rôle de la pression morale qu'une profession peut exercer sur des acteurs économiques de cette profession qui ne respecteraient pas un code d'application volontaire voir « La loyauté en publicité, Le code de la CCI », *L'Économie internationale*, vol. XI, n°2, avril 1939, p. 34.

## PRESENTATION D'UN PROJET DE L' ASSOCIATION ANDRÉS BELLO DES JURISTES FRANCO-LATINO-AMÉRICAINS

Oswaldo Pérez

*Trésorier de l' Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*

### **Du nomadisme juridique du Code civil à l'intégration par la Constitution**

De tout temps, l'évolution de la culture juridique a été marquée par une tension entre deux tendances apparemment contradictoires : le nomadisme et l'intégration.

Preuve du plus grand nomadisme juridique, le Code civil français (le plus célèbre des codes, comme disait Andrés Bello) a été adopté sur tout un continent et malgré – ou grâce – à son grand âge, continue à susciter les discussions les plus éclairées. C'est ainsi, que nous nous rassemblons aujourd'hui pour confronter nos expériences, pour échanger nos points de vue sur la « Codification », en dépit des systèmes juridiques différents.

Dans ce dessein, les éminents conférenciers qui m'ont précédé à cette table ronde ont répondu à la question de savoir « comment codifier ? » en mettant l'accent sur la nécessité d'une méthode juridique comparée. Au-delà des conséquences qui peuvent emporter les différences entre les pays, il est certain que nous pouvons nous enrichir de ces différences : *Comparer pour comprendre et comprendre pour comparer*. En effet, la méthode comparative explicitée au sein de ce colloque révèle des analogies et permet de dégager des ressemblances, mêmes relatives, dans les expériences de « recodification » dans chacun de nos pays.

Or, la culture juridique se nourrit aussi d'un mouvement d'intégration : rassembler ce qui est épars pour créer des regroupements liés à l'espace ou à des particularités (comme la langue...). La structure supra étatique qui en résulte, englobe et dépasse le cadre national, de même qu'il le nourrit en retour

Le processus d'intégration se présente aujourd'hui comme une réaction à l'égard du « Choc du futur<sup>1</sup> », à la mobilité du monde contemporain, à la mise à mort de la géographie due à l'accélération des rapports avec les lieux et les choses.

Dans un monde de plus en plus polycentrique, les institutions du Droit public évoluent vers une plus grande interdépendance. C'est ainsi que la libéralisation croissante des échanges a amené les observateurs à proposer la notion d'« économie globale régionalisée<sup>2</sup> » ; mais surtout elle a apporté des décisions intergouvernementales pour constituer des blocs régionaux qui dépassent le simple cadre commercial.

On pourrait multiplier les exemples, mais pour rester dans le cadre de nos rencontres franco-latinoaméricaines force est de citer la mise en l'œuvre de l'Union européenne qui

1 TOFFLER, A., *Choc du futur*, Paris, Denoël, 1971.

2 CASTELLS, M., *la société en réseaux*, Paris, T I Fayard, 2001, p. 146.

demeure l'exemple le plus probant et si pour l'heure on ne peut pas proprement parler d'une région des Amériques, des initiatives prometteuses ont été soulignées, comme l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA), la Communauté Andine (qui regroupe la Colombie, le Venezuela, le Pérou la Bolivie et l'Equateur) et le Mercosur (qui ressemble le Brésil, l'Argentine, l'Uruguay et le Paraguay, auxquelles se sont reliés par secteurs la Bolivie et le Chili).

Face à ce nouveau paradigme d'intégration, le Droit public est interpellé.

L'Union européenne envisage de se donner une Constitution pour fixer, au-delà des principes relatifs à la structure et aux fonctions des Pouvoirs publics, les règles fondamentales de la vie publique au sein de la Communauté. Qu'en est-il en Amérique Latine ?

Dans un contexte de globalisation et de régionalisation, il est opportun de se demander, en amont, comment fonctionnent les mécanismes de négociation qui font aboutir une intégration ? En aval, comment les Constitutions protégeront-elles les droits fondamentaux ? Comment définiront-elles les droits et devoirs qui comportent la participation des individus à la vie en communauté ? Quels sens donner aux principes fondamentaux de démocratie, primauté du droit, solidarité et subsidiarité ? Quel sera le rôle des institutions, comme les Parlements et les organes juridictionnels ?

L'Association Andrés Bello des juristes franco-latino américains vous invite d'ores et déjà à participer aux prochaines rencontres de juristes franco-latinoaméricains, autour du sujet « Constitution et intégration », qui auront pour objet de répondre à ces questions.

À l'année prochaine !

## VI

### COMMENT CODIFIER ? LA MÉTHODE

*« ...Refondre cette masse confuse d'éléments divers, incohérents et contradictoires, en leur donnant consistance et harmonie, et en les mettant en relation avec les formes vivantes de l'ordre social » (Andrés Bello, Message pour le Code civil chilien).*

Président de séance

*Mauricio Tapia*

## PRÉSENTATION

### Mauricio Tapia

*Vice-président de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, coordinateur académique du congrès et de cet ouvrage, professeur à l'Université du Chili*

260

En sa 200<sup>e</sup> année, le cher *Code civil des Français* a reçu de la Banque mondiale un étrange cadeau. Dans un long rapport intitulé *Doing business in 2004*, cette Banque nous explique que les pays de tradition juridique française – par opposition à la *common law* – souffrent d'une réglementation étouffante, qui serait un handicap pour les pays en voie de développement et une source de formalisme néfaste pour les entrepreneurs. L'ambition sous-entendue, apparemment, c'est la recherche d'un modèle universel inspiré du droit anglo-saxon<sup>1</sup>.

Bien évidemment, on ne peut que s'étonner face aux conclusions de cette étude, dont la méthodologie et les propos ont déjà fait l'objet de fortes critiques<sup>2</sup>. Nul ne peut méconnaître la souplesse et les avantages de la *common law* – et notamment ceux qui ont pratiqué le droit dans le domaine des affaires. Mais insister sur ce modèle réputé « supérieur » c'est faire peu de cas de nos diversités culturelles ; d'autant plus qu'une uniformisation imposée semble être de plus en plus inutile, alors que les deux systèmes conduisent progressivement à des solutions analogues.

C'est ainsi que, moins pessimistes que la Banque mondiale, nous discutons sur l'avenir de la codification, car nous croyons, comme l'a observé M. BUSNELLI lors du congrès, que nous ne pouvons pas nous passer d'un code<sup>3</sup>. Dès lors, il s'agit de repérer les moyens de moderniser et de perfectionner la codification, d'explorer ses anciennes et ses nouvelles méthodes.

En effet, on ne peut guère se passer de la codification, mais il faut bien reconnaître qu'elle souffre de graves problèmes. On stigmatise volontiers la dénommée *inflation législative*<sup>4</sup> – « on fait trop de droit », se plaignait le doyen Jean Carbonnier<sup>5</sup> – qui viderait les codes de leurs dispositions (le phénomène de décodification que nous avons eu l'occasion

1 V. le commentaire d'Édouard DE LAMAZE, « Bon anniversaire, cher Code civil », *Gazette du Palais*, 28-29 mai 2004, p. 2.

2 V. par exemple, la position du Conseil national des Barreaux (communiqué de presse, <http://www.cnb.avocat.fr/journalistes/banquemondiale.php>).

3 V. son intervention, ci-dessous.

4 L'expression appartient à René SAVATIER (« L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Dalloz*, 1977, chr. p. 43), mais elle a été développée par Jean CARBONNIER (v. notamment *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, 2<sup>e</sup> éd. et *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGD, 2001, 10<sup>e</sup> éd).

5 V. notamment, ce qui semble être l'une des dernières entrevues du doyen CARBONNIER : « Entretiens avec le doyen Jean Carbonnier », in *Le Bien commun*, Radio France, le 7 décembre 2002.

d'aborder<sup>6</sup>) et qui ferait naître des dispositions très spécifiques et des réglementations sectorielles souvent trop techniques. Le diagnostic est fort inquiétant, puisque cette inflation rendrait utopiques les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité qui ont justifié techniquement la codification au XIX<sup>e</sup> siècle – et qui ont d'ailleurs été érigés en exigence constitutionnelle<sup>7</sup>.

Les remèdes envisageables sont nombreux, mais les conférenciers se sont concentrés sur deux d'entre eux.

La première voie, c'est conserver l'essence des codes, dont les règles les plus fondamentales – les principes et les catégories de *droit commun* – sont toujours une source riche pour interpréter et combler les lacunes des lois sectorielles (M. BUSNELLI nous donne l'exemple de l'article 1382 du Code civil français). Cette méthode demanderait notamment, d'une part, la mise en valeur de la jurisprudence qui au fil du temps a contribué à la formation de ce *droit commun*<sup>8</sup> et, d'autre part, de retirer ou d'empêcher l'insertion dans le code de dispositions spécifiques et de réglementations sectorielles (M. Chabas nous parle des articles 1386-1 et suivants sur la responsabilité du fait des produits défectueux, qu'« il fallait mettre ailleurs »)<sup>9</sup>. Ces dernières dispositions ne feraient pas *stricto sensu* partie du *droit commun*, bien qu'elles puissent être complétées et interprétées à la lumière de celui-ci.

Plusieurs raisons de fond viennent à l'appui de cette démarche dans la mesure où il s'agit d'un *droit commun* dont les racines se trouvent dans le droit romain, et qui a subi de fortes épreuves<sup>10</sup>. Après tout, ce Code civil vieux de 200 ans a assimilé – assisté bien sûr par la jurisprudence – des bouleversements issus de la découverte de la machine à vapeur, du moteur à explosion, de la navigation aérienne, de l'énergie nucléaire, du développement des télécommunications, de la floraison des marchés financiers, de la libéralisation des échanges internationaux, de la naissance de la médecine moderne, de l'apparition de l'Internet, sans parler des trois guerres civiles, deux conflits mondiaux et dix constitutions politiques<sup>11</sup>.

Toutefois, on peut reprocher à cette méthode de codification de ne pas répondre complètement aux problèmes d'accessibilité et d'intelligibilité des lois annexes ou sectorielles, souvent difficiles à identifier et à décrypter, même pour les experts.

La seconde voie, c'est de transformer le *droit foisonnant* issu de l'inflation normative en

6 V. la deuxième table ronde de ce congrès « Evolution de la codification depuis le XIX<sup>e</sup> siècle », *supra*.

7 V. à ce sujet les interventions de la troisième table ronde « Codification et connaissance du droit » (*supra*) et l'intervention de M. Hinestrosa (ci-dessous).

8 M. HINESTROSA nous donne l'exemple de la jurisprudence en matière de responsabilité du fait des choses en France et M. BARROS celui du contrôle des clauses abusives en Allemagne (interventions, ci-dessous).

9 Un autre exemple : l'ordonnance n°2002-1476 du 19 décembre 2002 qui ajoute dix-neuf articles au Code civil afin d'adapter le droit civil à Mayotte. V. CABRILLAC, R. et SEUBE, J.-B., « Pitié pour le Code civil ! (à propos de l'ordonnance n°2002-1476 du 19 décembre 2002) », *Dalloz* 2003, chr. p. 1058.

10 V. sur les origines des codes, les interventions de la première table ronde « Origine des codes », *supra*.

11 V. à cet égard TERRÉ, F. et OUTIN-ADAM, A., « L'année d'un bicentenaire », *Dalloz* 2004, p. 12.

droit codifié, en rassemblant et en classant « dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes<sup>12</sup> ». C'est la dénommée *codification à droit constant* ; « codifier sans modifier » nous dit M. BRAIBANT<sup>13</sup>. Cette méthode exige, d'une part la mise en place d'un organe chargé de la compilation des lois en vigueur (souvent, une autorité administrative) et, d'autre part, l'intervention du Parlement tenu d'en assurer la validité. Cette démarche a l'avantage de contribuer à la connaissance de la loi et donc de redonner un sens à la formule *nul n'est censé ignorer la loi* – ce qui explique le soutien qu'elle a reçu du Gouvernement français pendant ces dernières décennies<sup>14</sup>. En même temps, ces compilations permettent de découvrir les anomalies, les contradictions, les maladresses et les imperfections auxquelles il convient de remédier<sup>15</sup>.

Mais cette codification à droit constant a été aussi fortement critiquée. D'abord, parce qu'elle rejette hors de son domaine tout effort de réflexion sur les fins de la codification, sacrifiant la simplicité et la rationalité des codes à l'accumulation des nombreuses lois en vigueur<sup>16</sup>. Derrière cette critique se cache, il faut bien le reconnaître, le regret de la disparition d'un repère, à savoir la valeur symbolique du code qui s'envole avec ces adjonctions (Jean Carbonnier parlait, dans ses admirables études consacrées au Code, de « masse de granit », « monument du droit », « temps arrêté »<sup>17</sup>). Ensuite, cette codification ne constituerait pas un reflet fidèle du droit en vigueur, puisqu'elle laisserait en dehors de son champ notamment les apports jurisprudentiels<sup>18</sup>. Finalement, la codification à droit constant, observe M. MOLFESSIS, dépasserait souvent les limites de la compilation pour transformer le droit en vigueur et, en plus, la maladresse dans le travail de rassemblement donnerait lieu à des textes confus qui ne favoriseraient guère la compréhension du droit<sup>19</sup>.

Comme l'a souligné M. BARROS<sup>20</sup>, ces méthodes mettent en cause implicitement la notion même de codification. « Qu'est-ce en effet que la codification, si ce n'est l'esprit de méthode appliqué à la législation<sup>21</sup> ? » Soit nous considérons que le code constitue un regroupement de textes à des fins de commodités pratiques et de diffusion, soit nous estimons que seul mérite de porter ce nom un texte structuré rationnellement sur la base de principes et de catégories générales, qui consolide souvent les apports jurisprudentiels.

Quoi qu'il en soit, on pourrait se demander si ces méthodes de codification ne peuvent

12 Art. 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

13 V. son intervention, ci-dessous.

14 V. à cet égard, l'allocation de M. Jacques CHIRAC, Président de la République, dans le colloque organisé à la Sorbonne pour le bicentenaire du Code civil.

15 V. BRAIBANT, G., *Codification*, in *Encyclopædia Universalis*, Paris, Encyclopædia Universalis, 1993.

16 V. par exemple, OPPETIT, B., *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998, p. 20.

17 V. « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, t. II, 2, Paris, Gallimard, 1986, p. 293. V. aussi sur le sujet : CABRILLAC, R., « Le symbolisme des codes », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Paris, Dalloz-PUF-JCP, 1999, p. 211.

18 V. OPPETIT, B., *op.cit.*, p. 20.

19 V. son intervention, ci-dessous.

20 V. son intervention, ci-dessous.

21 La conclusion appartient au fils de Portalis : PORTALIS, F., in *Essai sur l'utilité de la codification*, Paris, 1844, p. IV.



pas cohabiter au sein d'un même système juridique. Il faudrait alors conserver le *droit commun* contenu dans les codes civils – auquel on devrait ajouter les contributions de la jurisprudence – et compiler en codes thématiques les régulations sectorielles relatives à des activités économiques déterminées ou à certaines professions. Bien entendu, ces codes thématiques devraient être complétés et interprétés à la lumière du *droit commun*.

En réalité, l'examen approfondi des méthodes de codification est plus complexe que la teneur de ces modestes propos et, donc, sans plus tarder, présentons les interventions des participants de cette table ronde, qui se penchent de façon remarquable sur ces questions.

M. Francesco Donato BUSNELLI examine en détail les arguments économiques, politiques, idéologiques et systématiques, qui ont été couramment employés pour soutenir la thèse de la décadence des modèles traditionnels des codes civils, dont le Code Napoléon est le principal représentant. M. Busnelli défend l'idée du rôle central retrouvé par le Code civil dont il convient de conserver la généralité, tout en rationalisant les lois de secteur, lesquelles doivent intégrer un système de droit privé fondé sur l'interaction avec le code.

M. Guy BRAIBANT nous explique les principales modalités de la *codification à droit constant*, pratique relancée en 1989 avec la création d'une nouvelle Commission supérieure de codification qui poursuit toujours les mêmes objectifs : rationalisation du droit, plus grande accessibilité, sécurité juridique, lutte contre l'inflation normative. Il évoque l'évolution de cette méthode et ses difficultés, notamment les modalités de réalisation d'un code, son volume et sa structure. M. Braibant souligne la volonté du Gouvernement de maintenir cette politique qui selon lui est à la fois une caractéristique du système juridique français et un élément de son rayonnement à l'étranger.

M. Fernando HINESTROSA revient sur la pérennité des codes, sur les maux liés à la prolifération du phénomène de décodification, ainsi que sur le refus de consolider dans les textes les apports jurisprudentiels. Dans le même temps, il nous met en garde contre la mainmise de l'administration sur la codification, qui a été sans doute motivée par la nécessité de mettre en œuvre l'exigence constitutionnelle d'accès à la règle de droit. M. Hinestrosa conclut que la *codification à droit constant* requiert le concours des organes de l'État compétents et des personnes les plus avisées.

M. Nicolas MOLFESSIS souligne combien la *codification à droit constant* a évolué en une quinzaine d'années, réduisant l'intervention du Parlement et devenant un véritable instrument de modification du droit en vigueur. Il évoque ensuite les résultats de cette méthode de codification, qui ne manquent pas d'aspects négatifs : erreurs nombreuses et importantes qui exigent une réaction des sources du droit. M. Molfessis se demande si les nouveaux codes facilitent véritablement l'accès au droit dans la mesure où ils n'intègrent pas les contributions de la jurisprudence et les nombreuses règles provenant des règlements ou des dispositions communautaires. Finalement, il s'interroge sur le point de savoir si ces textes constituent une réelle thérapie contre l'inflation législative et si les compilations privées ne seraient pas suffisantes pour remplir leur fonction.

M. Enrique BARROS nous rappelle qu'au sens formel un code est un ensemble de normes de généralité variée, relatives à diverses matières (ce serait le concept utilisé par la *codification à droit constant*). Bien que très utile, cette *codification à droit constant* ne

serait pas, selon lui, une véritable codification au sens matériel, puisqu'elle ne répond pas à une certaine logique interne, articulée autour de principes normatifs et de catégories conceptuelles générales. Ainsi, M. Barros loue la capacité d'adaptation que cette logique donne au droit civil et accentue la nécessité de conserver la généralité des codes, qui serait mise en péril par une sorte d'« administrativización ».

Enfin, M. François CHABAS regrette le sort de ce Code bicentenaire, qui a été rabaissé (lorsque certaines normes ont été érigées en exigence constitutionnelle, hommage éphémère comme les constitutions) ; abîmé (par des adjonctions médiocres qui en rompent l'harmonie) et pollué (à cause de nouvelles dispositions douteuses). Pourtant, selon M. Chabas, le Code civil n'est pas mort et le respect dont les jeunes générations l'entourent en est un témoignage éloquent.

## COMMENT CODIFIER ? LA MÉTHODE \*

Francesco Donato Busnelli

*Professeur à la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant' Anna, Pisa*

RÉSUMÉ. *Après avoir pris en examen les arguments – de nature économique, politique, idéologique et systématique – portés pour soutenir la thèse du déclin du code civil, l'auteur cherche à démontrer le persistant (et renouvelé) rôle central du code, et l'exigence méthodologique de fonder un système moderne de droit privé sur un rapport d'interaction entre le code et les lois de secteur, dont il faut procéder à la rationalisation.*

1. **J**amais, comme il s'est passé pendant ces dernières années, l'idée traditionnelle de code civil n'a été soumise dans nos systèmes juridiques à des attaques aussi véhémentes et répandues : un véritable « assaut à la citadelle » (selon l'expression employée par W. Prosser à propos de la *Privacy of contracts*), dont on prévoit à court terme la capitulation.

Les attaques ont été portées en partant, du moins en Italie, de différents points d'observation, de nature économique, politique, idéologique, systématique. Mais l'objectif est toujours le même : identifier la crise du code civil, souligner sa perte de « centralité » dans le droit privé de nos jours.

(a) En regardant aux rapports entre le droit privé et le développement de l'économie, Stefano Rodotà a observé que « le code civil paraît de plus en plus éloigné du cœur du procès économique » : les règles (apparemment) générales formulées par le code – voici sa conclusion – sont reléguées « au niveau de la micro-économie, des petits trafiques, de l'activité domestique ».

(b) Si l'on considère, d'autre part, les valeurs fondamentales consacrées par le nouveau droit constitutionnel (il suffit de penser, en Europe, aux Constitutions italienne et espagnole), on s'aperçoit immédiatement que les choix politiques des législateurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont été radicalement bouleversés. On a poussé cette critique jusqu'au point de dire que le vrai droit civil est désormais constitué par « la légalité constitutionnelle, qui est antithétique par rapport au système du code » – Pietro Perlingieri, à vrai dire, pensait surtout au code civil « fasciste » de 1942.

(c) Du point de vue idéologique, le déclin du code civil a été identifié avec le déclin de ses catégories juridiques, qui étaient caractérisées – selon l'avis de Francesco Galgano – par l'objectif de « réaliser un droit égal pour tous les citoyens, sans distinction

\* Este texto ha sido traducido al español por Mauricio Tapia, vicepresidente de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, coordinador académico del congreso y de esta obra, profesor de la Universidad de Chile. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

de classe » : le contrat, une catégorie générale qui aurait perdu « sa traditionnelle aptitude à composer les intérêts conflictuels », en serait un exemple probant.

(d) Mais l'attaque la plus radicale est fondée sur des arguments de nature systématique. « L'unité du système, qui était assurée par le code civil, paraît compromise à cause de l'irruption frénétique de lois spéciales qui envahissent le territoire du code civil » : à cette pathologie Natalino Irti propose comme remède un « particularisme législatif, composé par la consolidation de micro-systèmes de règles, dotées de logiques autonomes ». C'est donc la fin – voici sa conclusion – du mono-système, fondé sur le code civil.

2. Sans aucun doute, la *citadelle* est mise à dure épreuve par tous ces assauts concentriques, qui signalent dans leur ensemble une profonde *crise d'identité* des modèles traditionnels de code civil.

266

Tout d'abord, c'est la dimension, pour ainsi dire, de l'omnipotence du code qui s'est perdue. L'identité entre droit civil et code civil, proclamée par les premiers commentateurs du *Code Napoléon*, est restée une généreuse utopie de l'École de l'Exégèse. Mais aussi l'idée « du système conceptuel fermé » (le *geschlossenes System* imaginé par G. F. Puchta) qui avait inspiré la création d'un code (le BGB allemand), que C. Crome allait définir comme *die reine Frucht der Wissenschaft*, n'est pas en condition de résister à la révolution méthodologique introduite par la *Interessenjurisprudenz*. Le système du droit privé contemporain doit s'ouvrir à l'évolution de la réalité sociale; et les lois, toujours plus nombreuses et importantes, qui réfléchissent les aspects les plus saillants de cette évolution, ne peuvent plus être interprétées comme une simple annexe du système.

Un deuxième caractère des codifications pionnières a peu à peu disparu. Il s'agit de leur valeur constitutionnelle, dont il reste trace dans le code civil espagnol et dans les codes latino-américains qui s'ouvrent avec la mention des *principios generales del derecho*. Désormais, ces principes ne peuvent plus être tirés du code; et donc on ne peut plus parler d'une *priorité* du code civil dans la hiérarchie des sources du droit. Avec l'avènement des Chartes constitutionnelles cette *priorité* revient uniquement aux principes dictés par la Constitution : principes auxquels toutes les dispositions du code doivent être subordonnées.

Enfin, les modèles de code dont on vient de parler ne sont pas en condition de faire face aux grands problèmes de la *société industrielle*. Quelques exemples peuvent suffire.

La conception traditionnelle des actes illicites, inspirée à l'ancienne règle « pas de responsabilité sans faute », ne réussit pas à répondre pleinement aux exigences d'une société où les activités dangereuses se multiplient et les dommages qui réclament une indemnisation abstraction faite de la faute deviennent de plus en plus nombreux.

L'ancien dicton *qui dit contractuel dit juste*, qui exprimait une idéologie libérale et égalitaire, ne s'accorde pas avec la moderne pratique des contrats standard, où le contractant *fort* (normalement, l'entrepreneur) prédispose un règlement

contractuel et l'impose, tel qu'il est, au contractant *faible* (normalement, le consommateur), dont la liberté se réduit à l'insatisfaisante alternative de *prendre ou laisser*.

La propriété n'est plus « le droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent », dont parlait Portalis dans son fameux *Discours préliminaire*. On est passé d'un modèle unique de propriété à une pluralité de propriétés et chacune d'elles a son statut et ses limites.

3. Mais, alors, est-ce qu'on est en présence d'une simple *crise d'identité* des modèles traditionnels de code civil, ou bien va-t-on vers le déclin inexorable de l'idée même de code ?

Pour tenter de répondre à cette question, il nous faut reprendre en considération les différents arguments qui ont été fournis à l'appui de la thèse de la perte de centralité du code civil dans les systèmes actuels de droit privé.

(a) L'argument de politique économique fait mouche lorsqu'il dénonce l'insuffisance des normes des codes traditionnels applicables aux rapports économiques caractérisant la société de la globalisation. Mais on ne peut pas dire que les normes sur les obligations et les contrats en général sont limitées aux affaires de la *micro-économie* et, de toute façon, il y a toujours la possibilité de *moderniser* ces normes sans sortir du code.

La grande réforme qui vient de modifier radicalement le Livre II du BGB *zur Modernisierung des Schuldgesetz* en est un exemple éloquent : on a voulu « utiliser la force d'agrégation du BGB – comme on peut le lire dans le Rapport présenté au Gouvernement Fédéral – pour garantir et renforcer l'unité du droit des obligations ».

Quant aux systèmes qui ont unifié code civil et code de commerce on peut citer la toute récente réforme italienne du droit des sociétés qui a modifié le Livre V du *Codice civile* en remplaçant la vieille notion de société – qui était *fille de l'Autorité* – avec une nouvelle notion (*fille de la Liberté*) qui « met en valeur – comme on peut le lire dans la loi introduisant la réforme – l'autonomie contractuelle » tout en rapprochant ainsi de plus en plus le droit sociétaire des principes du droit des obligations et du contrat.

(b) Dire que le droit civil d'aujourd'hui s'identifie avec la légalité constitutionnelle c'est dire quelque chose d'exact du point de vue des principes. Mais les principes établis par les Constitutions sont appelés à illuminer et à orienter le système, et non pas à fonder eux mêmes un système, d'autant moins un contre-système. En un mot, ces principes ont imposé, et continuent à imposer, une révision, une intégration et une réinterprétation du code civil, et non pas un abandon.

D'ailleurs, dans les systèmes – qui sont désormais les plus nombreux – dotés d'une Cour Constitutionnelle, c'est à elle que revient la fonction d'un contrôle de légitimité, et donc la tâche de contribuer par là au renouvellement de l'image du code civil : une tâche que la Cour Constitutionnelle peut exercer non seulement par ses jugements d'illégitimité de l'une ou de l'autre des normes du code, mais aussi par ses arrêts ayant un caractère interprétatif.

(c) La critique idéologique aux grandes catégories unitaires du code civil doit être exercée avec prudence, à fin d'éviter qu'elle se transforme en un *boomerang*.

On doit sans doute tenir compte, par exemple, de la tendance croissante à tempérer l'idéologie intransigeante de la liberté contractuelle et de l'égalité (formelle) des contractants par l'introduction de moyens de protection renforcée en faveur de certaines catégories de contractants *faibles* (les travailleurs, les consommateurs, les personnes handicapées). Mais la poussée des nouvelles formes de sauvegarde spéciale ne doit pas arriver au point de méconnaître une valeur générale à la règle de la liberté contractuelle que les codes *pionniers* avaient considérée, et qui reste, une conquête de démocratie.

Un autre exemple concerne la faute. S'il est vrai que « le déclin de la responsabilité individuelle » – dénoncé en France par Geneviève Viney (et, encore avant, par son maître, André Tunc) – a entraîné comme conséquence « l'abandon de la faute comme référence exclusive » de « la responsabilité civile à l'aube du *xxi*<sup>e</sup> siècle » (tel est le *bilan prospectif* dressé par le *Rapport introductif* de Philippe Brun au Colloque savoyard de 2002), on ne doit pas pour autant parler de la faute comme d'une « épave à jeter à la mer », selon la pierre de touche polémique lancée par William Prosser. Il y a encore la possibilité de redécouvrir une « verdure de la faute » (telle est l'image séduisante proposée par Philippe Le Tourneau) : non plus comme référence exclusive, mais comme règle générale destinée à s'appliquer chaque fois qu'un préjudice vient d'un fait, ou d'une activité, qui ne trouve pas sa prévision spécifique dans une norme spéciale liée à un différent critère d'imputation de la responsabilité. Il s'agit d'une règle « à mesure d'homme » qui reste nécessaire pour sauvegarder, dans le domaine toujours plus « inhumain » des *torts*, l'« humanisation de la responsabilité » sur laquelle insistait René Savatier.

4. L'aptitude, que l'on vient de constater, des catégories et des règles générales caractérisant un code civil à faire face à l'évolution constante des idées et des événements économiques, politiques et idéologiques tout en conservant un caractère de généralité devrait encourager le juriste contemporain à chercher, sur le plan systématique, une méthode de codification qui puisse défendre la centralité du code civil à l'intérieur d'un système non plus *monolithique*, mais qui reste unitaire malgré l'hétérogénéité thématique des lois spéciales en vigueur, toujours plus dispersées quoique susceptibles de rationalisation avec les nouvelles techniques de consolidation. Le signal d'alarme lancé en Italie par Natalino Irti dès 1979 à l'occasion du congrès de Rome sur « le déclin du code civil » (« le code civil et les lois spéciales ressemblent à des corps errants, dissous sans aucun rapport entre eux ») n'est pas tout à fait justifié. Les codes civils, heureusement, se font encore : il suffit de penser, en Europe, au « Nouveau code civil néerlandais » (dont Kotz et Zweigert, dans leur *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, soulignent le « style propre qui repose sur le *ius commune* du continent européen ») et, en Amérique latine, au *Novo Código civil* brésilien, dont Miguel Reale (qui a été le *Supervisor da Comissão elaboradora e revisora do Anteproyeto*) souligne l'augmentation des *clausulas gerais* – entre autres, *probidade, boa-fé ou correção* –, qui favorise la possibilité de confier aux juges une plus grande *participação decisória*.

Bien entendu, entre le code civil et les lois spéciales il ne peut plus y avoir un rapport institutionnel de spécification. La spécialité des lois en vigueur ne consiste plus nécessairement en un leur caractère *spécifiant*; on la cueille plutôt en raison de leur dimension liée à un secteur particulier.

La pluralité des lois de secteur ne se traduit pas, cependant, en une pluralité de micro-systèmes. Si, en partant de celles-ci, on se rapporte aux règles générales du code civil on découvre plutôt une complexité intérieure au système : un système articulé qui donne lieu à un rapport continu d'interaction réciproque.

La crédibilité de cette hypothèse méthodologique doit être vérifiée tout au long d'un double itinéraire de comparaison.

5. Le chemin de la comparaison *diachronique* (ou, plus exactement, de la comparaison entre les différents systèmes dans le temps et dans l'espace) nous montre des exemples fondamentaux de systèmes complexes, où le caractère unitaire repose sur leur capacité d'exprimer, malgré la pluralité des sources, des catégories et des principes de *droit commun*.

Les historiens du droit romain nous parlent d'un système complexe, caractérisé par « une pluralité et une juxtaposition de règles et d'ensembles d'expérience » mais, en même temps, par « une tension vers l'unification » qui s'exprime magistralement dans les *Institutiones* de Gaius et de Justinien. Un romaniste bien connu par les juristes latino-américains, Sandro Schipani, nous montre la synthèse efficace d'un système capable d'offrir des catégories et des règles « proposées comme clef de lecture générale ».

Les historiens du *Common law* nous parlent d'un système complexe, où aux cotés de la tradition d'une *Judge Made Law* se place un réseau de lois de secteur, qui a donné lieu, dans les plus récentes *ages of American Law*, au phénomène que Grant Gilmore a appelé *the orgy of statute making*. Mais Guido Calabresi nous montre la synthèse d'un *Common Law for the Age of Statutes*, capable de lire les différents *Statutes* dans un esprit unitaire *restoring to Courts their common law function*.

Dans chaque système complexe, donc, la force centrifuge des sources destinées à absorber les différents aspects d'une réalité toujours renouvelée s'équilibre avec la capacité d'agrégation des sources offrant à l'interprète des catégories et des règles de *droit commun*.

Quant au système du droit romain, une capacité d'agrégation est reconnaissable dans les *Institutiones*, en raison de leur aptitude à *conglutinare* en *genera* une réalité *dissoluta et divulsa*.

Quant au système de *Common law*, la capacité d'agrégation réside dans le droit construit par les juges; « *the statutes* – tel est le commentaire de W. Geldart dans ses « *Elements of English Law* » – are the “*addenda*” and the “*errata*” of the book of common law ».

Dans nos systèmes, une capacité d'agrégation peut être attribuée au code civil. Ses catégories et ses règles offrent à l'interprète une structure de *droit commun* qui rayonne dans tous les secteurs du droit privé et même au-delà du territoire traditionnel du droit privé, dont les frontières avec le droit public sont devenues toujours

plus instables. À cet égard on a même parlé d'un retour au code civil pour signaler la tendance à redécouvrir les grandes catégories du code civil pour qualifier certains rapports économiques complexes où le droit privé et le droit public se mêlent indissolublement.

On aperçoit donc pour le code civil une nouvelle façon d'être central. Ce n'est plus « l'âme universelle de la législation » que Portalis fondait sur la propriété. Ce n'est plus l'expression d'une *Begriffsjurisprudenz* résultant d'une *Allgemeiner Teil* fondée sur des concepts abstraits (*Rechtsgeschäft, Tatbestand, Fähigkeit*) qu'on a de la peine à traduire en français.

C'est une façon d'être central qui permet au code civil de compenser ce qu'il perd en *universalité* et en *autosuffisance* par une nouvelle force de rayonnement et une nouvelle flexibilité de ses normes, parmi lesquelles jouent un rôle de plus en plus important les *clauses générales* offertes au pouvoir discrétionnaire d'un juge qui n'est plus la « bouche de la loi ».

270

Alors que les codes traditionnels aspiraient à régler tout le droit privé mais excluait de leur dessin *individualiste* tout le droit public, et plus généralement tout le droit des collectivités, le code civil d'aujourd'hui doit renoncer à ces anciennes ambitions, mais en compensation il peut fixer, avec ses normes plus significatives, des catégories et des règles qui permettent de surmonter l'opposition traditionnelle, mais désormais in-naturelle, des *duae positiones*.

Alors que les codes traditionnels se flattaient de défier l'éternité avec la rationalité de leur architecture modelée sur une image abstraite d'individu, le code civil d'aujourd'hui doit s'efforcer de récupérer une dimension compatible avec le dynamisme du processus historique. La confrontation avec les principes dictés par les Constitutions, l'influence de lois de secteur et de leur consolidations, la force de pénétration du *droit vivant* venant de l'interprétation des juges, sont tous des facteurs qui donnent lieu à un processus de *auto-transformation* du code, qui permet à ses catégories et à ses règles de s'adapter à une société qui ne cesse d'évoluer.

L'expérience de nos jours nous montre, d'une façon surprenante, que les systèmes de *Civil law* et les systèmes de *common law* ont tendance à se rapprocher. Code civil et *Judge made law*, quoique si différents quant à leur origine historique et à leur structure, peuvent être approchés du point de vue fonctionnel. Les deux expriment des catégories et des règles générales à des systèmes qui, avec le processus croissant de *statutorification* (l'expression est de Guido Calabresi), risquent de devenir toujours plus chaotiques. En ce sens, de même qu'en droit anglais on dit que « the statutes assume the existence of the common law », ainsi on peut dire que dans les systèmes de *Civil law* les lois de secteur – même celles qui sont dotées d'un caractère organique – postulent nécessairement les catégories et les principes du code civil.

6. Le chemin de la comparaison synchronique (ou, plus simplement, de la comparaison à l'intérieur d'un même système) permet de d'éclairer un autre aspect de la persistante centralité du code civil : c'est à dire, la différence de structure qu'on peut remarquer entre les normes du code et les normes qui reviennent dans les lois de secteur.



Les normes du code visent à réaliser des formules caractérisées par un maximum de généralité et d'abstraction : « toute personne » peut contracter; « tout fait quelconque de l'homme », qui cause à autrui un dommage (arts. 1123 et 1382 Code Napoléon). Les lois de secteur, au contraire, établissent d'habitude les destinataires des normes en raison de leur appartenance à des catégories ou des statuts spécifiques (les malades: loi n° 2002-303; les consommateurs: loi n° 1989-421; etc.), tandis que les faits, les situations ou les activités réglées ont normalement une physionomie concrète et des dimensions circonscrites (la copropriété des immeubles bâtis: loi n° 1985-1470; l'assistance médicale à la procréation: loi n° 1994-654; etc.).

Les normes du code sont destinées à rester en vigueur sans limites de temps et sont applicables dans tout le territoire national. Au contraire, les lois de secteur sont parfois limitées dans le temps (loi n° 1986-12 relative à l'évolution de certains loyers); quant au territoire, il suffit de penser aux lois régionales. Et on pourrait ajouter les lois expérimentales, comme la première loi (n° 1975-17) en matière d'avortement.

Les normes du code sont autant que possible synthétiques et flexibles (*flexible droit*, disait le regretté maître Carbonnier), et peuvent même prendre la physionomie de *clauses générales* (la bonne foi en est une formule exemplaire): il s'agit alors de véritables *poumons* qui permettent au code – et au système tout entier – de respirer, c'est-à-dire de s'adapter à la réalité concrète qu'il faut régler. Les lois de secteur introduisent d'habitude des normes rigides et analytiques, et donc fatalement destinées à être intégrées, grâce à un renvoi formel ou implicite, par les normes du code.

Finalement, donc, les normes du code – en tant que normes générales, abstraites, adoptées sans limites de durée, flexibles – donnent lieu à la seule *lex generalis* des systèmes de *Civil law*.

*Lex generalis* signifie, tout d'abord, un ensemble organique et autosuffisant de règles qui permet de régler tous les faits, les situations ou les activités prévues par le code en raison de leur importance et qui ne sont pas spécifiquement réglées par une loi de secteur.

*Lex generalis* signifie, encore, possibilité d'appliquer directement les catégories et les principes généraux du code pour en déduire des règles non écrites à l'égard de tous les faits, les situations et les activités qui ne sont pas – ou ne sont pas encore – réglées ni par le code ni par une loi de secteur.

*Lex generalis* signifie, enfin, la possibilité de régler les aspects non spécifiques concernant des faits, des situations ou des activités dont une loi de secteur règle les aspects spécifiques.

7. Le code civil est donc encore en condition de jouir d'une persistante centralité dans les systèmes de *Civil law*: il offre un ensemble organique et cohérent de catégories et de règles de *droit commun*; il se propose comme la seule véritable *lex generalis*.

Sous chacun de ces deux aspects, il se présente comme une synthèse mise à jour d'une culture juridique, de notre culture qui – ne l'oublions pas – a pour base fondamentale le droit romain. En ce sens, on peut répéter, avec Portalis, que « les codes

des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ».

Mais de même que les lois de secteur ne pourraient pas fonctionner d'une façon satisfaisante sans la présence centrale du code civil, ainsi le code, dans le droit privé d'aujourd'hui, n'est pas en condition de survivre sans l'élan vital qui vient des lois de secteur. Celles-ci, tout en introduisant dans le système des règles qui visent à offrir une protection aux intérêts nouveaux soulevés par la société ou à prévoir de nouvelles formes de protection à des intérêts non suffisamment protégés, nécessitent d'être récupérées à la rationalité du système grâce à une coordination avec les catégories et les règles du code civil. Et le code, à son tour, comparé avec les innovations législatives de secteur, peut se renouveler sur le plan de l'interprétation sans perdre avec ça sa physionomie et sa structure essentielle.

Le système n'est plus monolithique ; il est devenu complexe. Il n'est plus statique ; il est devenu dynamique grâce au flux qui en partant des zones centrales et traditionnelles du droit privé se dirige vers les nouvelles frontières gagnées par les lois de secteur, et celles-ci poussent irrésistiblement pour revenir vers celles-là.

272

La physiologie du système se base, finalement, sur un mouvement circulaire des sources du droit qui donne lieu à un rapport d'interaction entre le code civil et les lois de secteur.

8. Le cadre méthodologique que nous venons de proposer favorise quelques réponses et pose quelques problèmes à l'égard des questions posées par cette table ronde.

Une réponse nette s'impose au sujet des « lois annexes » : une méthode de codification qui veuille conjuguer sauvegarde de la tradition culturelle et l'aptitude à faire face aux mutations de la société contemporaine ne peut pas admettre qu'elles « vident progressivement de contenu, voir de sens, les codes ».

Bien entendu, il faut passer de la *prolifération* passive à la rationalisation active. Les lois annexes doivent se transformer en lois de secteur ; et la législation de chaque secteur doit être rassemblée et classée, de façon à favoriser l'interaction avec le code civil. En ce sens la technique des *codes thématiques*, introduite en France par la loi n° 2000-321, ou celle des *Testi Unici* en Italie (dont le plus récent concerne le traitement des données personnelles) sont hautement souhaitables. Mais ce ne sont pas *stricto sensu* des codes, et surtout ils ne prennent pas la place du code civil, qui ne peut pas être en même temps unique et pluriel.

Le grand problème est représenté par le vieillissement des codes *pionniers*, et plus particulièrement du code dont nous célébrons le bicentenaire, et qui a été le modèle de code par excellence.

C'est apparemment un problème insoluble : il faut codifier, parce qu'on ne peut pas se passer d'un code ; mais on ne sait pas bien comment codifier.

Les tentatives les plus récentes ne sont pas passionnantes. Le nouveau code québécois est trop long (3 168 articles) pour être un code moderne : il est minutieusement analytique mais, comme le dit Rodolfo Sacco, « il ne part pas à la recherche de principes dotés d'une étendue illimitée ». Le nouveau code brésilien est trop

« savant » : il ne se détache pas assez des concepts de l'*Allgemeiner Teil* du BGB, et il est trop « timide » (ainsi s'exprime Joao Baptista Villela) à propos de la protection des droits fondamentaux de la personne. Le nouveau code néerlandais est trop « éclectique » : il « n'appartient plus tout à fait à la famille civiliste française », « l'approche systémique le rapproche plutôt au groupe germanique », mais « l'influence de la *common law* est manifeste » : voilà la conclusion de Arthur S. Hartkamp.

Mais qui oserait penser mieux faire ? Christian von Bar avec son projet de code civil européen ? On peut avancer quelques doutes.

Il faudrait pouvoir compter sur des nouveaux Domat et Pothier. Mais ce n'est qu'un rêve ; et le juriste ne peut pas se permettre de rêver. Il devrait plutôt chercher de suivre la leçon de Portalis, qui est toujours actuelle : « l'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes ».



## COMMENT CODIFIER ? LA MÉTHODE \*

Guy Braibant

*Vice-président de la Commission supérieure de codification*

**RÉSUMÉ.** *Les objectifs de la codification sont toujours les mêmes : rationalisation du droit, plus grande accessibilité, sécurité juridique, remède aux inconvénients de l' inflation normative. La politique de codification a été relancée en 1989, avec la création d' une nouvelle « Commission supérieure de codification ». On évoque les principales modalités que cette codification a revêtues et les difficultés qu' elle a dû résoudre et également l' évolution de la codification depuis cette époque. Quelques problèmes de méthode sont évoqués, notamment la programmation des codes, leurs périmètres, leurs plans.*

*Le bicentenaire du Code civil a donné l' occasion au Président de la République d' affirmer à nouveau le maintien de cette politique, qui est à la fois une caractéristique du système juridique français et un élément de son rayonnement à l' étranger.*

La France connaît, comme la plupart des autres pays, une formidable inflation législative et réglementaire qui a été dénoncée plusieurs fois au cours de ces dernières années par le Parlement, le Conseil d'État et la doctrine. Les inconvénients qui en résultent sont bien connus : instabilité des textes qui se succèdent à un rythme de plus en plus rapide et sont parfois modifiés dans l'année même de leur promulgation ; difficulté de connaître et de comprendre les textes applicables, notamment en raison du phénomène des abrogations implicites ; incohérences dans le système juridique.

Cette situation est contraire à la démocratie parce qu' elle ne permet pas aux citoyens de connaître leurs devoirs et leurs droits. Elle prive de tout son sens la formule traditionnelle selon laquelle nul n' est censé ignorer la loi. Elle est de ce point de vue particulièrement grave en matière pénale. De leur côté les fonctionnaires, les magistrats, les avocats ne se retrouvent pas dans cette confusion de textes. Souvent de nouvelles normes sont créées simplement parce que les anciennes sont ignorées. Lorsque des procès s' étalent sur plusieurs années, ils sont, parfois, soumis à des législations différentes. Cette situation est aggravée, dans un pays comme la France, par le double développement des normes internationales, en particulier en raison de la construction européenne, et locales, dans le cadre de la politique de décentralisation, auxquelles s' ajoutent les nouvelles normes des « autorités administratives indépendantes ».

\* Este texto ha sido traducido al español por José Miguel Valdivia, director de la comunicación de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, académico de la Universidad de Chile. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

Le rapport du Conseil d'État de 1991, qui s'intitulait précisément « de la sécurité juridique », contenait une critique vigoureuse de cette situation et appelait les pouvoirs publics à y mettre fin. Malheureusement aucune autorité ne peut empêcher le Parlement de légiférer ni le Gouvernement de réglementer, dès lors qu'ils agissent dans le cadre de la Constitution et de la légalité. C'est pourquoi il est apparu nécessaire d'essayer au moins de mettre de l'ordre dans le fatras des textes, en procédant à leur codification.

Il s'agit là d'une tradition française qui trouve ses origines dans les codes de Justinien. L'œuvre de codification a été entreprise en France dès le *xvi<sup>e</sup>* siècle, sous le Roi Henri III. Elle a été reprise d'une façon éclatante sous la Révolution et l'Empire pour aboutir alors aux cinq grands codes napoléoniens : civil, pénal, de commerce, de procédure civile et d'instruction criminelle. Il s'agissait alors de codes novateurs qui réformaient le contenu du droit en même temps qu'ils le mettaient dans un ordre logique. Plus récemment la France a entrepris une politique de codification dans un sens plus étroit et plus exact de ce terme : regrouper dans des codes thématiques les lois et règlements en vigueur sans les modifier ou du moins en ne leur apportant que des modifications mineures et formelles. C'est ce que nous appelons la codification « à droit constant ». Cette politique a été lancée en 1948 sur la base d'un rapport du « comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics ». Il a été alors créé une première Commission supérieure de codification qui a accompli entre 1950 et 1980 une œuvre importante comportant une quarantaine de codes. Ces codes étaient eux-mêmes divisés en une partie législative regroupant les lois applicables dans la matière et une partie réglementaire comprenant les décrets du Gouvernement. Les deux parties étaient alors adoptées par décrets de sorte qu'il n'était pas possible d'abroger les lois antérieures et que les parties législatives étaient juridiquement fragiles. Toutefois, dès cette époque, certains de ces codes, environ la moitié, avaient été ratifiés par le Parlement.

Après une période de ralentissement, la politique de codification a été fortement relancée en 1989, précisément pour répondre à l'aggravation de l'inflation normative. Une nouvelle Commission supérieure de codification mieux composée, dotée de moyens plus importants et présidée par le Premier Ministre lui-même, a été constituée.

Après une expérience de quinze années, il peut sembler utile de rappeler les motifs du développement de la codification, d'en préciser les modalités et d'évoquer sa réforme récente.

Depuis que je suis vice-président de la Commission supérieure de codification, la plupart des Premiers ministres que j'ai connus, qu'ils soient de gauche ou de droite, ont soutenu la codification, de même que les Présidents de la République. Il s'agit donc d'une volonté politique forte et consensuelle qu'il faut analyser.

La raison initiale et principale est que la codification a été considérée par les responsables politiques comme une réponse à ce mal qui envahit tous les pays et la France en particulier : l'inflation normative. On a parlé de « prolifération des textes »,

« d'instabilité des règles », « de droit foisonnant », « de droit opaque ». Tous ces qualificatifs désagréables expriment ce qui a été la cause fondamentale, profonde, même si ce n'est pas toujours exprimé, de cette relance de la codification : mettre de l'ordre dans ce chaos, au niveau français et, il faut espérer un jour, au niveau européen. Ce n'est pas par hasard que la relance de la codification, en 1989, est contemporaine du rapport annuel du Conseil d'État de 1991, dont la partie générale était consacrée à la « sécurité juridique ».

Derrière cette raison générale et fondamentale, on peut discerner trois objectifs spécifiques :

(1) D'abord, la réforme administrative, comme en 1948 : un rapport administratif consacré à « l'État en France » proposa de « codifier l'ensemble des textes français d'ici l'an 2000 ». C'était un vaste programme, difficile à réaliser ; mais, dans un rapport qui n'avait pas pour objet essentiel des questions juridiques, il est intéressant de constater que la codification figurait en bonne place parmi les conclusions. Cette idée a été reprise ensuite dans un séminaire gouvernemental sur la réforme de l'État et elle est devenue ainsi un objectif officiel.

(2) Ensuite la mise en ordre des textes et du droit. C'est la rationalisation de la présentation du droit.

(3) Enfin, celui qui a été mis le plus en valeur par les Premiers ministres qui se sont succédés, est l'accès au droit, la possibilité de redonner un sens à la formule traditionnelle : « nul n'est censé ignorer la loi », ce qui est totalement impossible maintenant qu'il existe des milliers de lois et des dizaines de milliers de règlements, sans compter les textes locaux, européens et internationaux. C'est un élément de la démocratie.

Il s'agit d'offrir aux citoyens, aux entreprises, aux fonctionnaires eux-mêmes, la possibilité d'accéder au droit facilement, car il est plus commode de consulter un code que de se retrouver dans deux cents textes. Il y a là un élément de ce que l'on appelle l'État de droit. Il est évident que l'accès au droit par l'informatique est très largement facilité par le regroupement, dans un certain nombre de codes, de l'ensemble de nos textes.

Prenons un exemple : le code général des collectivités territoriales comporte, près de deux mille articles. J'avais lancé un slogan : « mille textes en un code » ; je n'étais pas loin de la vérité. On comprend facilement le progrès qui en résulte, notamment pour les élus, et au delà pour tous les citoyens. De même, le code de la propriété intellectuelle rassemble tout ce qui concerne la propriété littéraire et la propriété industrielle, jusque là également dispersé entre de nombreux textes. Nous avons élaboré un code de l'éducation ; tous ceux qui ont quelque chose à voir avec l'éducation, enseignants, usagers, écoliers, lycéens, étudiants savent à quel point les textes sur l'éducation sont multiples et enchevêtrés ; leur rassemblement en un seul code constitue là aussi un progrès considérable. Personnellement, je ne me résous pas au développement d'un droit trop compliqué pour être connu et compris. Le Code civil est lui-même le meilleur exemple d'un texte clair et accessible.

Malgré ses avantages évidents, la codification s'est heurtée à certaines objections. Certains éprouvent le sentiment d'une perte d'histoire : les juristes français sont habitués à l'édit de François 1<sup>er</sup> sur ceci, à la loi de 1884 sur cela et c'est une partie de notre culture historique ; on regrette qu'elle disparaisse, qu'elle soit absorbée dans les codes qui abrogent et font table rase. C'est un peu dommage parfois ; mais, en tout cas, l'argument de certains professeurs ou praticiens selon lequel pour comprendre un texte il faut le resituer dans le contexte historique du moment où il a été adopté, trouve une réponse dans les tables de concordance dont les codes sont accompagnés ; ces tables permettent en effet de trouver tout de suite l'origine d'un article dans une loi de 1810 ou de 1884.

Il y a peut être aussi une perte de poésie. Certains textes sont célèbres ou pittoresques ; une loi nous a arrêté quelque temps et nous a fait rêver : elle concernait les « terres vaines et vagues » de Bretagne ; mais c'est un texte du XIX<sup>e</sup> siècle qui n'avait jamais été appliqué ; on a versé une larme et on l'a fait disparaître ; de toute façon on ne l'a connue que le temps de la codification, car elle était totalement ignorée.

Plus grave serait l'argument tiré d'une perte de souplesse ; on dit que la codification rigidifie, gèle, l'évolution du droit ; une fois que les textes sont intégrés dans les codes, ils ne bougeraient plus. Si vraiment la codification introduisait une certaine stabilité dans le droit, ce ne serait pas une catastrophe, car actuellement on souffre plutôt de son instabilité, qu'avait dénoncée en son temps le rapport du Conseil d'État.

Mais, à l'inverse, il est certain qu'un secteur du droit est beaucoup plus facile à réformer dès lors qu'il est codifié, parce que l'on y voit clair, parce que l'on a tous les textes dans un seul code et qu'on peut ainsi mieux repérer ceux qu'il faut modifier, pourquoi et comment ? Il est beaucoup plus facile de vérifier la pertinence de ces modifications, de bien les cibler en ayant un code sous les yeux au lieu de vingt-cinq textes qu'il faut organiser et comparer. Ce n'est pas seulement une question de commodité matérielle, mais de clarté juridique. La codification facilite la réforme au lieu de l'entraver.

Les difficultés les plus sérieuses ne concernent pas le principe même de la codification mais ses modalités, qui ont évolué depuis cinq ans.

La codification française est fondée sur deux principes :

- Le « droit constant » qui focalise la plupart des critiques ;
- L'adoption des parties législatives par le Parlement.

Au sens strict, le « droit constant » veut dire codifier sans modifier. Tous les Premiers ministres qui se sont occupés de la codification depuis quinze ans ont soutenu ce principe du droit constant. Pourquoi ?

Dans la période de 1948 à 1988, c'était inévitable puisque la plupart des codes prenaient la forme de décrets ; ceux-ci ne pouvaient pas modifier des lois en tout état de cause. Depuis, c'est de la ratification par le Parlement que découle la même exigence ; celui-ci peut accepter plus facilement un code conforme au droit existant qu'un code réformateur dont le vote pourrait prendre plusieurs années si même il intervenait un jour.



C'est seulement après la publication du code que l'on peut passer à la réforme, en particulier à la simplification du droit, c'est une deuxième étape. Les deux étapes sont d'ailleurs liées. En effet, lorsque la Commission supérieure de codification a achevé un code, celui-ci est transmis au Premier ministre qui est le président de la Commission, en lui indiquant les réformes que la fabrication de ce code nous a suggérées. En codifiant on découvre un certain nombre d'anomalies, de maladresses, d'imperfections auxquelles il convient de remédier, tout de suite si elles sont mineures, plus tard si elles sont importantes et méritent une étude plus approfondie.

Le principe du droit constant doit être appliqué d'une façon intelligente et ne dispense pas de réfléchir. D'abord, il faut mettre à jour le langage ; c'est le plus facile ; si l'on remplace « Procureur royal » par « Procureur de la République », ce n'est évidemment pas une modification véritable du droit. Il peut y avoir aussi des expressions archaïques que parfois on a envie de garder parce qu'elles sont pittoresques mais que souvent on a envie de changer parce qu'elles sont incompréhensibles.

Il faut ensuite, et c'est déjà beaucoup plus délicat, adapter au droit constitutionnel actuel des textes qui sont parfois très anciens, qui remontent au XIX<sup>e</sup> siècle sinon avant. Puisque les codes sont présentés à la ratification du Parlement, il ne faut pas lui demander de voter des textes qui seraient contraires à la Constitution de 1958 ou à son interprétation par le Conseil constitutionnel. On peut en donner des exemples.

Dans le code de la consommation, a été insérée une loi de 1905 sur la répression des fraudes ; cette loi n'est guère conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les pouvoirs d'investigation des autorités administratives. Le Conseil d'État en a discuté longuement ; il a admis cette exception aux principes au nom des nécessités de la répression des fraudes ; nous sommes dans une matière qui intéresse l'hygiène et la santé publique, et il faut que les fonctionnaires compétents aient des pouvoirs importants. D'une façon générale, de grandes lois anciennes et fondamentales, qui ne sont pas bien insérées dans les principes fondamentaux de la République au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne doivent pas être altérées pour ce seul motif.

À l'inverse, une loi fondatrice de 1882 sur l'enseignement primaire avait indiqué dans la liste des matières enseignées : « pour les garçons des exercices militaires, pour les filles des travaux d'aiguilles ». Il est clair que ces formules, qui n'avaient jamais été abrogées expressément n'étaient plus conformes au principe constitutionnel de l'égalité des sexes. Pour éviter toute ambiguïté, nous avons proposé de constater cette abrogation, en employant une formule ancienne et commode : « sont et demeurent abrogés ». Cette formule permet à la fois d'exclure définitivement la disposition contraire à la Constitution, sans préciser à quelle date elle a cessé de s'appliquer. La codification révèle qu'on trouve dans notre droit de nombreuses dispositions que l'on a oublié d'abroger ou de modifier et qui sont encore souvent appliquées dans la pratique bien qu'elles aient perdu leur fondement constitutionnel.

Les textes codifiés doivent être également adaptés au droit européen. De nombreuses lois réservent des professions ou des activités aux français : ce n'est pas toujours

conforme au traité de Rome ; nous sommes obligés dans ces cas de préciser « français ou ressortissants d'un autre État de l'Union européenne » ; c'est encore du droit constant mais revu et corrigé par le traité de Rome. Il faut toutefois s'assurer que les dispositions européennes sont applicables en France soit par l'effet direct d'un règlement, soit par transposition d'une directive dans le droit français.

Nous avons aussi à détecter les abrogations et notamment les abrogations implicites parce que nous ne pouvons pas mettre dans un code des dispositions contradictoires.

Le droit constant n'est pas facile à appliquer dans toutes ces hypothèses. Ce n'est pas un travail mécanique de colle et de ciseaux ou d'informatique ; il demande une réflexion qui n'est pas toujours simple.

Même à droit constant, la codification n'est pas neutre. Par exemple, le simple fait de mettre un texte dans le code de la consommation plutôt que dans le code de commerce a une signification, sachant que toutes les dispositions du code de commerce intéressent les consommateurs et réciproquement ; le code de la consommation est plutôt un code de protection des consommateurs et le code de commerce est plutôt un code de protection des commerçants.

Le deuxième principe de la codification, mis en place à partir de 1989 était celui de la ratification parlementaire pour la partie législative des codes. Ce fût un grand progrès mais, en même temps, une grande difficulté.

Un progrès, car cela permettait d'abroger les lois antérieures et d'associer le Parlement à l'œuvre de codification. Un progrès aussi parce que le Parlement améliorerait les codes sur un plan purement technique, comme d'ailleurs avant lui le Conseil d'État. Mais le Parlement avait parfois la tentation de sortir du droit constant, et là on doit savoir jusqu'où on peut aller.

En outre, son intervention peut soulever des difficultés. Ce fut le cas pour le code de commerce, dont la Commission des lois de l'Assemblée nationale n'a pas admis, pendant plusieurs années, l'existence même ; il en résulte des retards très gênants, parce que, pendant ce temps, le droit change et qu'il faut remettre à jour le projet de code en question.

Le pilotage de cette activité est assuré par la Commission supérieure de codification qui existait depuis 1948 et qui a été rénovée en 1989.

La Commission joue un rôle essentiel : d'abord dans l'élaboration du programme de codification, pour lequel elle fait des propositions au Gouvernement ; ensuite dans la mise au point des plans des codes et de leurs textes ; enfin dans le suivi de leur élaboration, au Conseil d'État et au Parlement.

Pour le reste, le processus est long, lent et important par la mobilisation de forces qu'il représente. En amont de la Commission, les services du Premier ministre qui décident de faire un code, parfois d'ailleurs à l'initiative d'un ministre ; ensuite, les services du ministère qui préparent le code avec le concours d'un rapporteur particulier de la Commission qui est généralement un magistrat administratif, judiciaire ou financier. Ce n'est pas la Commission elle-même qui prépare les codes ; mais elle

vérifie s'ils sont conformes aux principes et aux méthodes qu'elle a élaborés, s'ils sont juridiquement corrects, elle veille enfin à leur cohérence interne et externe.

Il faut souligner que tout au long de cette chaîne de fabrication des codes, l'informatique joue un rôle important. La codification peut être assistée par ordinateur. Le ministère qui est allé le plus loin dans ce domaine et qui a mis au point des logiciels intéressants, est le ministère de l'Intérieur, pour le code des collectivités territoriales. L'informatique ne suffit pas à tout ; mais c'est un moyen de contrôle et un moyen de gestion du code pendant toute sa fabrication ; un code donne lieu à des états successifs ; il y a l'avant projet de l'administration, le projet qui sort de la Commission, le projet qui va au Conseil d'État et ceux qu'adoptent les assemblées parlementaires. Il y a une bonne vingtaine de projets et à chaque fois il faut tout reprendre. Il faut notamment tout renuméroter ; si on modifie la numérotation de quelques articles, tous les autres articles qui y renvoient, devront l'être aussi ; l'informatique rend ainsi de très grands services. Elle aide à élaborer les codes, comme elle facilite ensuite leur mise à jour et leur utilisation.

Au premier rang de nos problèmes, figure l'établissement d'un programme général. Il est vrai que nous avons commencé à faire des codes dont nous pensions qu'ils étaient incontestablement utiles et nécessaires, mais maintenant, on ne peut pas aller à l'aveuglette, on ne peut pas continuer à faire du coup par coup ou du code par code. Il faut que ces codes s'insèrent dans un programme général.

Quels codes fait-on par priorité ? La Commission propose un programme mais ce n'est évidemment pas elle qui peut l'adopter. Certaines décisions, comme celle de créer un code de la consommation, ont un caractère politique.

Le deuxième grand problème est celui du « périmètre » du code : que va-t-on mettre dans un code de commerce ? Dans un code monétaire et financier ? Dans un code de l'environnement ou dans un code du patrimoine ? On voit tout de suite que ces problèmes de périmètre sont des problèmes intellectuels très riches et aussi des enjeux de pouvoirs. Si je prends l'exemple du code de commerce et du code monétaire et financier, où place-t-on les valeurs mobilières ? Certains répondront, notamment du côté du ministère de la Justice, évidemment dans le code de commerce ; les valeurs mobilières, les actions, les obligations sont des éléments de la propriété des sociétés, de leur patrimoine et de leur financement ; mais le ministère des Finances a tendance à considérer que ce sont des produits financiers ordinaires. C'est un enjeu de pouvoirs entre les deux ministères et c'est en même temps un enjeu intellectuel, lié à l'évolution qui s'est produite depuis une trentaine d'années ; les actions et les obligations ne sont plus ce qu'elles étaient et il s'agit de savoir si elles ont déjà franchi le seuil de passage d'éléments de la vie des sociétés à un simple produit financier au sens banal du terme. De même, entre l'environnement et le patrimoine, nous avons eu le problème des sites naturels : éléments de l'environnement ou éléments du patrimoine ?

Un troisième problème est celui du plan. Sa mise au point est une opération difficile. Un bon exemple est donné par le code du patrimoine qui vient d'être publié.

Deux thèses se sont affrontées au sein du ministère compétent : celle d'un plan simple, vertical, dans lequel se succéderaient les bibliothèques, les archives, les musées et les autres grandes rubriques du patrimoine, et celle d'un plan plus intelligent, plus subtil, horizontal, qui distinguerait l'acquisition du patrimoine, son statut, sa gestion. Le ministre s'en est remis à la Commission supérieure de codification, qui a opté pour le plan le plus simple et le plus compréhensible : nous avons préféré un plan « intelligible » à un plan « intelligent » pour répondre à l'un des objectifs principaux de la codification : faciliter l'accès au droit pour l'ensemble des citoyens.

Avant 1989, la codification se faisait par décret, avec parfois des ratifications parlementaires. Mais 10 ans plus tard, il était établi que la loi n'était plus un support efficace en raison de l'encombrement du Parlement. C'est pourquoi après la relance de la codification en 1989, celle-ci a fait l'objet d'une importante réforme en 1999. Tous les principes dégagés par la Commission supérieure de codification ont été maintenus sauf un seul : celui de l'adoption des codes par le Parlement.

282

La cause de cette évolution est bien connue : malgré le soutien affiché du Gouvernement à la politique de codification, le Parlement n'était plus en mesure d'adopter les codes dans un délai raisonnable en raison de l'encombrement de son ordre du jour.

Il y avait aussi une contradiction : d'un côté, les gouvernements successifs proclamaient leur attachement à la codification, de l'autre, ils la rendaient impossible par l'accumulation accélérée de lois nouvelles, tout en dénonçant l'inflation normative. Le résultat était que la priorité était donnée aux lois nouvelles sur les codes qui rassemblaient des lois existantes. C'est pourquoi le Gouvernement a décidé en 1999, dix ans après la « relance », de renoncer à la codification directe par la loi pour la remplacer par une codification par ordonnances. La codification demeurait une caractéristique du système juridique français. Mais elle redevenait efficace en étant confiée à des ordonnances, prévues par l'article 38 de la Constitution qui dispose que : « le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». La loi du 16 décembre 1999 « portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes », déclarée conforme à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel du même jour, a ainsi délégué au Gouvernement le pouvoir d'adopter neuf codes qui avaient été préparés en partie ou en totalité par la Commission supérieure de codification. Cette première loi de délégation du « pouvoir codificateur » a été suivie de plusieurs autres.

Au colloque organisé à la Sorbonne pour le bicentenaire du Code civil, le Président de la République a indiqué que « près de la moitié des normes sont aujourd'hui intégrées à un code. Cet effort sera accentué et poursuivi afin qu'en 2010, toutes les grandes matières de notre droit soient codifiées ». Cette évolution est significative du consensus politique dont fait l'objet aujourd'hui en France la codification. Il est piquant de remarquer que la technique des ordonnances a été à

l'origine introduite dans la Constitution en 1958 par la droite contre l'avis d'une partie de la gauche et qu'elle a ensuite été appliquée pour la première fois à la codification par la gauche. Il n'en résulte pas que le Parlement soit totalement exclu du processus car il intervient plusieurs fois : au début, pour approuver la délégation et à la fin pour ratifier les ordonnances prises par le Gouvernement. En outre, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel exercent leurs contrôles habituels sur le projet de loi d'habilitation et sur la loi une fois votée.

On constate ainsi que la codification a déjà fait l'objet de plusieurs lois : une loi générale du 12 avril 2000 n° 2000-321 sur le droit des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; ainsi que des lois d'habilitation portant sur un ou plusieurs codes, notamment la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et celle qui est en cours d'examen par le Parlement.

Dans son discours à la Sorbonne, le Président de la République a évoqué la perspective d'une loi d'habilitation spéciale chaque année. Il apparaît ainsi que le Gouvernement, le Parlement et le chef de l'État s'accordent pour maintenir à la codification une fonction capitale dans l'évolution du droit français.

Sous des formes diverses, la codification continue donc à associer dans son développement les plus hautes autorités de l'État : Président de la République, assemblées parlementaires, Conseil d'État et Conseil constitutionnel. La Commission supérieure de codification, pour sa part, continuera à veiller, comme elle le fait depuis quinze ans, à la mise en œuvre de cette politique, qui est à la fois une caractéristique permanente du droit français et un facteur de son rayonnement juridique dans le monde.



## ¿CÓMO CODIFICAR? EL MÉTODO \*

Fernando Hinestrosa

Rector de la Universidad Externado de Colombia

**D**e suyo un código es ya viejo para cuando se expide. La presión social, política, económica desbordó los moldes de las estructuras jurídicas tradicionales. La legislación rápida, improvisada, ligera, es cada día más frecuente y abundante: la descodificación, que extrae y sustrae de los códigos materias íntegras, se convierte en permanente y tiende a adoptar principios contrarios a los de los códigos. El código civil, aparentemente intacto, ha sido modificado sustancialmente por la jurisprudencia pretoriana. El derecho del ciudadano a tener noticia cierta y fidedigna de un derecho vigente, inteligible y ordenado, tiene hoy rango constitucional. Sin embargo, ese reconocimiento encierra el peligro de que, a favor de la urgencia, se de una concentración administrativa del poder codificador. La seguridad jurídica no debe ser incompatible con la regularidad institucional del Estado, ni con el ajuste de la normatividad a la conciencia ética y política. La codificación continua exige cuidado y esmero sumos y el concurso de los órganos competentes del Estado y de individuos y comunidades de la mayor autoridad.

Todo en la vida envejece, se desajusta, se torna obsoleto. A esa ley inexorable no escapa el derecho. Antaño, fresco, genuino, auténtico, cuando, antes de cualquiera ley, indiferenciado junto con las demás reglas de conducta individual y colectiva, fluía natural, espontáneamente de los hábitos de los componentes del grupo, el derecho, al verse en leyes y códigos, entendidos estos como cuerpos sistemáticos de preceptos homogéneos, tiende al anquilosamiento, y cual ocurre con los instrumentos en el cuarteto de cuerdas, al término de cada movimiento es necesario templarlas para ajustarlas. El derecho debe mantenerse actual, estar a tono con las creencias, sentimientos, principios, valores, cultura prevalecientes en la respectiva sociedad en su tiempo, y expresarlos. ¿Pero quién vigila el cumplimiento de ese dictado? De suyo un código es ya viejo para cuando se expide, tanto más cuanto más respetuoso sea de aquella exigencia <sup>1</sup>. En el presente el ritmo del cambio es más ace-

\* Ce texte a été traduit en français par Paulina Andrés (membre de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains) et Sebastián Ríos (membre de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains et professeur assistant à l'Université du Chili). La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

1 "La ley escrita viene a cristalizar un determinado sistema y, por ende, viene a codificar el pasado, pese a estar llamada a disciplinar el porvenir. De ese modo, un código nace ya viejo y bien pronto necesita revisión": GIORGIANI, M., *Sulla riforma della legislazione civile*, Giuffrè, Milano, 1967, ahora en *Scritti minori*, Jovene, Napoli, 1988, p. 605.

lerado, los movimientos son más frecuentes y rápidos, la vetustez veloz propia de la moda se esparce y domina todas las actividades, con su formidable volubilidad. El pasado poco importa, todo es trascendental y nada da espera. La atención de las carencias y desigualdades sociales apremia, no sólo en los mundos periféricos, sino aun en el seno de los países opulentos, y al derecho se le exige que sea vector del cambio <sup>2</sup>. La comunicación intensa y veloz entre todos los habitantes del planeta compele a la homogeneización universal, a tiempo que en muchos respectos se agudiza la afirmación de los particularismos.

Desde hace más de dos generaciones la presión social, política, económica rebasó los moldes de las estructuras jurídicas tradicionales, tanto en lo que hace a las formas e instrumentos de la normatividad, como en cuanto al contenido de los respectivos cuerpos. La legislación rápida, improvisada, ligera, delegada, por conducto del Gobierno o de órganos de la administración, especialmente sensibles y vulnerables a las exigencias de grupos, organizaciones políticas y gremiales, se hizo cada vez más frecuente y abundante. Así se introdujo el vocablo "*descodificación*" para indicar tal procedimiento <sup>3</sup>, pero sobre todo, su efecto de extraer y sustraer de los códigos determinadas materias o la disciplina de determinados contratos, para regularlos al calor de las circunstancias, de ordinario, pensando y afirmando que se trata de una determinación transitoria, que en la práctica se convierte en definitiva, por inercia, expedida, las más de las veces, con espíritu iconoclasta, a título de justificación de aquellas anomalías, dada la lentitud del trámite ordinario del legislativo y la rigidez conceptual de los códigos y de sus intérpretes. Para, a la postre, darse también en los Parlamentos, contagiados de la maleabilidad y la obsecuencia gubernamentales.

No se trata de añorar esos paradigmas de lógica y buen decir que son, o fueron, el *Code civil français* y, para nosotros, el Código civil de Andrés Bello, sino de reconocer un hecho evidente, como es el descuido y la improvisación en la formulación de las leyes, comenzando por el maltrato del idioma, siguiendo con el exceso de retórica, que a veces recuerda los recitativos prolongados de la ópera del siglo XVIII, y terminando con la improvidencia y la contradicción de muchas de sus disposiciones. Dijérase que es este un mal del siglo, como en su día lo fueron las Constituciones imperiales del Dominado.

2 Cfr. FRIEDMANN, *Recht und sozial Wechsel*, Frankfurt a. M., 1969.

3 Cfr. por todos, IRTI, N., "Età della codificazione", en *Diritto e società*, 1978; Id., "Leggi speciale, del monosistema al poli-sistema", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1979, I; DE CUPIS, A., "A proposito di codice e decodificazione", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1979, I; SCHLESINGER, P., "Tramonto della codificazione: il tramonto del codice civile", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1980, I; PIGA, F., "Tramonto del codice civile? Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1980, I; OPPETIT, B., "La décodification du droit commercial français", en *Études offertes à R. Rodière*, Paris, 1981; SACCO, R., "Codificare: modo superato di legiferare?", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1983, I; BUSNELLI, F.D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984; CASTRONOVO, C., *Decodificazione, delegificazione, ricodificazione*, en *I cinquant'anni del codice civile*, vol. 2º, Giuffrè, Milano, 1993; CARONI, P., *L'età della decodificazione*, en *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998; PATTI, S., *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, 1984, ahora en *Codificazione ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, 1999.



Con todo, como quiera que su tarea es mirar hacia el futuro y esmerarse por el desempeño mejor de la normatividad, lo que presupone el cuidado de su claridad, pureza y buen sentido racional y de justicia, el trabajador del derecho ha de tolerar, ojalá transitoriamente, esas deficiencias, excesos y perversiones, y perseverar en la ilusión de que las varias fuentes paralelas, cuando menos proveerán a la depuración y actualización de los principios y valores que han de inspirar su quehacer y constituyen la función del derecho.

Códigos no se hacen todos los días, especialmente en materia de derecho privado. Los códigos civiles son *epocales*, lo han sido, incluso por su paralelismo con movimientos políticos, cambios sociales y procesos culturales de gran significación en la historia de los respectivos países, varios de ellos con significación honda y vasta en el resto del mundo. El más señalado, el *Code civil*<sup>4</sup>, pero, con menor dimensión, igualmente figuran el BGB y el *Codice civile* de 1942, cuyas repercusiones en América Latina han sido profundas. Se dirá que todo ello pertenece a la historia, porque hoy son otros los vientos que soplan con rumbos diferentes. Ciertamente la conmemoración del segundo centenario de promulgación del *Code civil*, no me atrevería a declarar de su "vigencia", pensando en la distancia que media entre la realidad del derecho vivo, en curso, y el texto inerte<sup>5</sup>, actualizado por la jurisprudencia, es oportunidad propicia para unas cuantas reflexiones en torno del derecho, la codificación, la legislación, las fuentes en el momento actual y en el futuro que se alcanza a vislumbrar, tanto desde el punto de vista sustancial de los principios, valores, derroteros, como en lo que hace a las fuentes y a la metodología de su formulación, si que también a la individualización de su ser presente: qué es, qué queda de él, a dónde se encamina y cómo.

En el caso colombiano, se observa el influjo directo del derecho francés en brazos del *Code civil*, con la doctrina y la jurisprudencia inmediatas a su expedición, primeramente por la vía del Código de Bello, redactado para la república de Chile, sancionado allá a mitad de la quinta década del siglo XIX, que a poco fue recibido sucesivamente por ocho de los nueve estados de la Confederación Granadina, para luego, en 1887 ser adoptado como código de la República de Colombia, y posteriormente, en especial dentro del proceso de modernización del derecho y de la sociedad que se operó a mediados de los años treinta del siglo XX, de manos de la doctrina solidarista francesa que nuestra jurisprudencia acogió entusiasta. Andando el tiempo, y habiendo prevalecido la tendencia a la dualidad de códigos civil y de comercio, el legislador delegado (*habilitado*) adoptó en 1971 el libro IV del *Codice civile* de 1942, con lo que creó un paralelismo nominalista, en veces excesivo, no siempre marcado por la actualización que procuró introducir. Con todo, el hecho positivo es que, en el acantonamiento de los sistemas, el derecho privado nacional mantiene su estirpe romano-germánica, eso sí, asediado por el influjo creciente del *common law*, en especial

4 Cfr. ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, Paris, 1969.

5 Cfr. *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, Paris, 2003.

en lo relacionado con el comercio internacional, los contratos de financiamiento externo y de asistencia multilateral, tanto en su redacción, como en su reenvío al mecanismo del arbitramento internacional y, últimamente, por las exigencias de ingreso del país al mundo de los llamados "tratados de libre comercio". Mayor razón para seguir de cerca, simultáneamente y con mirada inquisitiva, el recorrido y la actitud de los países europeos que han orientado el desarrollo de nuestro derecho nacional desde la independencia, particularmente la evolución de los prospectos de Principios de derecho europeo de los contratos, de Código civil europeo y de Código europeo de contratos, y los Principios de los contratos comerciales de Unidroit, en donde se hermanan los propósitos de modernización, racionalización y, por qué no, también de moralización de la disciplina del tráfico jurídico, y de armonización de los dos grandes sistemas jurídicos del presente: el *civil law* y *common law*.

288

Frente a las afirmaciones contradictorias de permanencia del *Code civil* intacto en materia de obligaciones y contratos<sup>6</sup>, y de ocaso del mismo y en dichos campos por obra de la doctrina y de la jurisprudencia y del cambio de la mentalidad colectiva, que formula invitaciones a la redacción de un código nuevo, destinado a regir adecuadamente los intercambios patrimoniales del presente, contienda en la somos más participantes y destinatarios que espectadores, cabe evocar la polémica similar desarrollada a lo largo de siglos y nunca cerrada, en torno de la vigencia, la transformación y la perención del derecho romano<sup>7</sup>. Se pregunta a propósito: ¿Cuál derecho romano? ¿El acuñado y decantado durante las sucesivas épocas de la *res publica romana*? ¿El de la compilación justiniana resucitada al término del alto medioevo? ¿El que hicieron pasar por tal los Comentadores y sus epígonos hasta llegar a Domat y Pothier? ¿Lo que pudo haber quedado de memoria suya luego de las llamadas codificaciones modernas y la consiguiente cancelación de su vigencia, conservado, empero, en los cursos de formación de las sucesivas promociones de profesionales del derecho? Y acá, análogamente: ¿cuál *Code civil*? El derecho decantado durante la edad moderna, que vino a ser acuñado en las normas de la codificación napoleónica?<sup>8</sup> ¿El entendimiento y manejo de estas por parte de las varias escuelas de la exégesis?<sup>9</sup> ¿Aquel rescatado y renovado por los iniciadores de la escuela libre del derecho?<sup>10</sup> ¿El que, al calor de un redimensionamiento de los principios fundamentales, de la observación de los abismos entre individuos, sectores,

6 Cfr. CORNU, G., *Regards sur le titre III du livre III du Code civil «Des contrats ou des obligations conventionnelles en general»*, *Essai de lecture d'un titre du Code*, Les cours du droit, Paris, 1976.

7 ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987.

8 Sobre la "famosa transacción entre el derecho romano y las costumbres", a más de los Derechos la Declaración de los Derechos del Hombre, cfr. ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, Paris, 1969, p. 215 s. "Fruto de un sabio compromiso político enderezado a conciliar el mundo Antiguo con el Nuevo": CABRILLAC, R., "Le Code civil à la fin du XX<sup>e</sup> siècle", en *Études P. Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 77.

9 Cfr. GAUDEMET, E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, 1934, réed., LGDJ, Paris, 2002.

10 Cfr. GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, Paris, 1919, reprint, 1995.

clases, pueblos, y de las presiones de la magnitud, la velocidad y la estandarización de los tratos y relaciones, han venido elaborando paralelamente, de un lado, la doctrina y la jurisprudencia nacionales, y de otro lado, los ordenamientos singulares, ahora en buena medida transnacionales?

Los fenómenos de multiplicación de fuentes y de modificaciones prolijas de normas, sumados a muchos efectos malsanos de su ocurrencia, en lo que tiene que ver con la formación, el conocimiento y la aplicación de los preceptos, ocasionan perplejidad, confusión, desasosiego, incertidumbre en la ciudadanía, que en medio de esa maraña de reglas de distinto orden, origen, materia, edad, quiere saber en dónde está y a qué atenerse. A ello se suma la contraposición entre la exigencia de seguridad y la exaltación de esta como valor supremo de la estabilidad y del progreso social, asimilado a la economía de mercado, y la proclamación de la justicia contractual<sup>11</sup>: la buena fe activa, dinámica, el interés común que se ha de tener presente en los desarrollos de la iniciativa particular, consideraciones o principios de afirmación acentuada en el momento actual<sup>12</sup>.

La historia enseña que la proliferación de leyes, reglamentos, jurisprudencias, doctrinas de toda índole, siendo en principio epidémica, muestra gran propensión a volverse endémica, y que a la imposibilidad de saber cuál es a ciencia cierta el derecho vigente, aun para los especialistas en la respectiva materia, se agrega el descuido y la improvisación con que se redactan, en términos muchas veces ininteligibles y, con más frecuencia, proclives a interpretaciones antinómicas. En los distintos países es hoy abundante la literatura que denuncia estas desviaciones y las reprocha, pensando sobre todo en la dificultad de acceso a la información, como también en el exceso de ésta<sup>13</sup>. Empero, es oportuno acompañar esa actitud, ya de suyo positiva, de la preocupación por remediar dicho estrago y, si posible, conjurarlo.

En tal sentido ha de celebrarse la inclinación a volver a la ortodoxia normativa, o cuando menos, al cuidado, el esmero y la pureza en la legislación, antes que en obsequio equilibrio de los intereses en juego, mirando a la coherencia y al propio entendimiento de su redacción. Y se habría también de registrar como un suceso de la mayor trascendencia política, la presentación del "derecho fundamental", del ciudadano a la asequibilidad y la inteligibilidad de las leyes, con valor de principio constitucional, por parte del Consejo de Estado, el Consejo Constitucional y el Parlamento franceses, si que también de la Corte europea de los Derechos del Hombre<sup>14</sup>, cuyo paso más reciente ha sido la expedición de la ley n° 2000-321 de 12 de abril de 2000, relativa a los "derechos de los ciudadanos con las administraciones,

11 Cfr. MAZEAUD, D., "Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle?", en *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999.

12 Cfr. *La nouvelle crise du contrat*, Actes sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, Paris, 2003.

13 Cfr. ANIS, M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari, 1997.

14 SAGE, Y.-L., *La methode de codification à droit constant : sa mise en œuvre dans l'élaboration du nouveau code de commerce et ses consequences pour le droit applicable en Polynésie française*, (2202) 33 VUWLR.

cuyo art. 3º previene, a propósito que “La codificación legislativa reúne y clasifica en códigos temáticos el conjunto de leyes en vigor a la fecha de la adopción de dichos códigos. Esta codificación se realiza como derecho constante, a reserva de las modificaciones necesarias para mejorar la coherencia de la redacción de los textos unificados, asegurar el respeto a la jerarquía de las normas y armonizar el estado del derecho”.

Sin embargo, no deja de inquietar la preferencia subyacente por la “codificación administrativa”, al punto de volverla exclusiva, sacrificando consideraciones de hondo valor político a la rapidez del resultado, tomada como valor supremo, entremezclado con un manejo distorsionado de la “seguridad jurídica”<sup>15</sup>, y la consecuencia perversa de la concentración del poder codificador<sup>16</sup>, así como la generación de la creencia (¿ilusión, sueño?) de que por esa vía se superan las deficiencias de la codificación ordinaria, no obstante tener que reconocer su imperfección y que no es garantía de la asequibilidad y de posibilidad de conocimiento efectivo del derecho por parte de la ciudadanía, como tampoco de la tan ansiada “seguridad”.

290

En esta sesión de nuestro Congreso tendremos oportunidad, no sólo de afinar el concepto y la proyección del anhelo de hacer realidad la continuidad en la revisión y sistematización de las normas pertenecientes a los códigos, sucesivamente enmendados, con la perspectiva de hacer más coherente, sistemática, clara, asequible, inteligible y actualizada la legislación en las materias fundamentales que son las que se han solido llevar a los códigos, y a veces con regulación por fuera de ellos, sino, en particular, de escuchar cómo se ha empleado el método de “*codification à droit constant*” y cuáles han sido sus resultados, y por ende, de intercambiar experiencias, alentadoras unas, alertadoras otras<sup>17</sup>.

Por varios aspectos uno estaría tentado a pensar que “la edad de la codificación” pertenece al pasado, cuando el elenco de los códigos nacionales se exhibía como símbolo de soberanía, a la vez que podían imaginarse construcciones “fruto maduro de la ciencia”, llamadas a perdurar indefinidamente, una vez alcanzado el desarrollo pleno económico, político y jurídico. Los tiempos, se dice, ya no están para códigos que regulen íntegramente una materia, los pueblos necesitan leyes concretas, especiales, oportunas, que inclusive respondan a los patrones de la economía de escala, abundantes, conformes a la moda, de obsolescencia rápida, “la inflación de leyes”<sup>18</sup>, cuerpos normativos correspondientes al lema de “usa y bota”. Embestida

15 Cfr. MOLFESSIS, N., “Illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique”, en RTD civ, 2000, p. 187 s. *Conseil Constitutionnel, Décision n° 99-421 DC – 16 décembre 1999 ; Décision 99-421 DC – 16 décembre 1999.*

16 “La codification à droit constant, al permitir tanto la reagrupación como la ordenación de reglas dispersas, permitiría concentrar el derecho en una mano. Por este aspecto, tiende al mismo objetivo que presente realizar todo codificador bien nacido. ... En un sistema jurídico evolucionado, la seguridad jurídica, que efectivamente ha de procurarse, no es un instrumento de concentración del poder de legislar en manos de una institución burocrática”: MOLFESSIS, “Illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique”, cit., p. 190.

17 Cfr. CABRILLAC, “Le Code civil à la fin du xx<sup>e</sup> siècle”, cit., n° 12, p. 80.

18 CARBONNIER, J., *Essais sur les lois*, 2e éd., Répertoire du Notariat Deffrénois, Paris, 1995, p. 307. Id., *Droit et passion du droit sous la Ve. République*, Flammarion, Paris, 1996, p. 107 s.

que arrincona a los generalistas o "codicistas", que en últimas se atrincheran en los principios fundamentales que justifican la presencia del código como una especie de tabernáculo, y cuyos exponentes más tradicionalistas o fundamentalistas se duelen de que algunos de esos preceptos nuevos, heterodoxos, se hayan incorporado al código civil, que bien quisieran conservar inmaculado<sup>19</sup>, posición que, por cierto, favorece la irrupción de leyes especiales.

La desvertebración y el despresamiento de las áreas, que a poder de leyes intempestivas alcanzan longitud e importancia desmesuradas, satisface intereses sectoriales y atiende a presiones circunstanciales<sup>20</sup>. Su antigüedad es grande; ya hay una tradición al respecto. Observando los grandes movimientos, puede anotarse que la fuerza centrífuga de esos ordenamientos comenzó a manifestarse desde la propia aparición de las costumbres y la jurisdicción mercantiles, seguidas mucho después por la normatividad laboral, y hoy patente en el derecho del consumo. Todo ello acompañado de numerosos estatutos sectoriales de actividades y practicantes: el sector financiero, el de transporte, o mejor, los de los transportes, el de la inversión extranjera, etc., dentro de la inflación y la "hemorragia legislativa"<sup>21</sup> de la segunda posguerra del siglo XX en adelante, orientada a regular por separado las actividades económicas más importantes y valiosas, que da la impresión de que los sectores de vanguardia y trascendencia corren por pistas propias, aparte, y que el código fuera un rezago del pasado circunscrito al tráfico de la economía agraria y cuando más artesanal, con importancia residual<sup>22</sup>. Desmembraciones aquellas del tronco común que por lo general se practican con declaración, y hasta guerra, de independencia, como en los movimientos de descolonización. Lo cual, sumado a la presencia de rasgos y actitudes propias de tales materias, implica la apertura de establecimientos jurídicos independientes, no simplemente con ansias de volverse códigos, sino que esgrimen principios opuestos a estos. Con todo, y frente a la inclinación a pasar por encima de los códigos y a prescindir de ellos, se encuentra una realidad fundamental: la "centralidad" del código, y más singularmente, del código civil, cuyas categorías y principios siguen ofreciendo al intérprete un conocimiento normativo de "derecho común", que se transmite a todo el derecho privado y lo penetra<sup>23</sup>.

La regulación separada de varios sectores, alterna con su disciplina dentro de un cuerpo normativo más amplio, y así, en un mismo país y en una misma materia, se

19 Cfr. CABRILLAC, "Le Code civil à la fin du XX<sup>e</sup> siècle", cit., n° 14, p. 81 s. y nota 55.

20 "La ley se hace en provecho de un grupo más o menos reducido de personas. ... El grupo al que la ley protege no renuncia a pedir incesantemente y a obtener aquel refuerzo de la protección concedida a él": SACCO, R., "Codificare: modo superato di legiferare?", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1983, I, p. 119.

21 RODOTÀ, S., *Ipotesi sul diritto privato*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 13.

22 Cfr. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, en *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 17 s. y 30.

23 HINESTROSA, F., "Codificación, descodificación, recodificación", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al Prof. Allan Brewer Carías*, Civitas ed., Madrid, 2003, t. 1, p. 66.

ven ejemplos de ordenamientos autónomos, como también de cuerpos agregados al tronco común, de trasplantes de aquellos a este y de separaciones ulteriores. Pudiera decirse que en el momento actual se ha hecho conciencia de lo pernicioso de aquel desbordamiento, a tiempo que la universalización del comercio y la mayor aproximación de los pueblos muestra más la conveniencia de una similitud normativa, comenzando con la reiteración y la renovación de los principios básicos y comunes.

La regulación internacional, universal, del comercio, la intervención de organismos internacionales y Estados para asegurar la estabilidad política y económica, la conformación de grupos de Estados cada vez más integrados en todo sentido, la expedición por órganos comunitarios de normas inmediatamente aplicables en todos ellos sin necesidad de adopción u homologación individual, la presencia de tribunales comunitarios que aseguran el cumplimiento de los deberes de los Estados miembros para con los demás y para con los ciudadanos de todos ellos, son hechos hasta cierto punto novedosos, y en todo caso sorprendentes, habida consideración de las rivalidades ancestrales. Bien pudiera hablarse con pasmo, a la vez que con ilusión, del ocaso del nacionalismo recalcitrante y de la aparición de un nuevo *ius commune*. ¿Cuál éste?

Ciertamente dichos fenómenos no se sustraen a los riesgos advertidos de pluralidad de fuentes dispares, y a veces contrapuestas, de aluvión normativo, de improvisación, de parcelación y competencia, lo cual hace que también en estos campos se haya que pensar y actuar en términos de racionalidad, coherencia, sistema.

Muy significativos son los empeños actuales de elaboración de principios, universales unos, continentales otros, generales en unos casos, sectoriales en otros, enderezados a resaltar y afirmar lo que es común de entrada, a alcanzar entendimientos, por no decir, transacciones o, mejor, sincretismos entre sistemas diferentes. Y, a ello se agrega, como dato valioso, que, cual ha ocurrido en materia aduanera, monetaria, política, este "tráfico jurídico" significa la deposición de soberbias en aras de la necesidad de supervivencia y de aseguramiento del poder continental de negociación en el escenario mundial. Como también, internamente, la deposición de celos profesionales o de grupos de interés, afanosos de conservar la independencia de su "especialidad".

La empresa de unificación del derecho privado en materia de obligaciones, iniciada con el Proyecto franco-italiano de código de las obligaciones y los contratos (1927), seguido del Proyecto de código internacional de las obligaciones (1937), iniciativa que cristalizó en el *Codice civile italiano* (1942)<sup>24</sup>, que tanta influencia ha tenido en la legislación latinoamericana: código de comercio colombiano (1971), código civil de Perú (1984), código civil de Paraguay (1987) y código de Bolivia. Si a tales hitos se agregan los Códigos civiles de Quebec, de los Países Bajos, de los países del centro y este de Europa a raíz de la implosión del comunismo, de Brasil, la refor-

24 Cfr. GHISALBERTI, C., *La codificazione del diritto in Italia*, Ed. Laterza, 7ª ed., Roma-Berl., 2000, p. 213 s.

ma del BGB de 2002, bien se advierte que, no obstante las urgencias y dispersiones de la actualidad, han sido varios e importantes los ordenamientos nacionales nuevos en derecho privado, con las notas adicionales de primera línea de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales, el Proyecto de europeo de Gandolfi – Academia de Pavía –, el Proyecto de código civil europeo de Bar, los Principios Lando de derecho europeo de los contratos, que ponen de manifiesto un empeño generalizado, que quizá aspira a la unificación, pero cuyo resultado, de la mayor importancia en sí, puede verse ya en la actualización de principios y reglas básicas de disciplina de la autonomía particular, e incluso de su disciplina singular, y el reconocimiento de que es mucho lo que hay en común.

Varios países, con distinta suerte, adelantaron en el curso de la segunda mitad del siglo XX trabajos de modernización y actualización de su legislación iusprivatista. Algunos adoptaron el método de comisiones permanentes de reforma, otros las crearon para trabajos específicos. Así se recuerdan en Francia la Comisión de 1945 a 1953, cuyos proyectos no tuvieron finalmente acogida, por falta de “voluntad política” y las comisiones exitosas para las reformas de derecho de familia en décadas posteriores. En cuanto a Colombia, menciono la Comisión de reforma del código civil de 1939, que trabajó con el concurso del Decano Julliot de la Morandière, las comisiones fallidas para nuevos códigos civil, de comercio y de procedimiento civil en los años cincuenta, la Comisión general con secciones especializadas, para la expedición entre 1969 y 1971 de los códigos de procedimiento civil y de comercio, y de los estatutos de notariado, registro inmobiliario, del estado civil y de vehículos automotores.

Apareciendo en todas las Constituciones la competencia del Congreso o Parlamento para la elaboración de códigos, por doquier se volvió usual el expediente de la delegación o habilitación del órgano ejecutivo para la redacción y aprobación de ellos, so pretexto de que este puede proceder con mayor agilidad, expedición y conocimiento de causa. En la Constitución colombiana de 1991, dicha asignación de funciones está acompañada de la prohibición de conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir códigos, como una reacción contra el abuso precedente, tanto en la delegación de poderes al ejecutivo, como en el ejercicio directo de ellos a favor de los estados de excepción<sup>25</sup>. En todo caso de por medio está la preponderancia del ejecutivo y su manejo político de la legislación, agregados a las presiones de los grupos y sectores interesados, que propician aquel procedimiento perverso, lo que invita a preguntar si el talento, la responsabilidad, la sabiduría y el don de la oportunidad, son monopolio del Príncipe, o a lo menos residen preferentemente en su entorno.

El mundo contemporáneo está dominado por el espectro de la urgencia. Los

25 En lo que hace a la experiencia francesa, me remito al artículo de GAUDEMET, Y., “Sobre el abuso o algunos abusos de la legislación delegada”, publicado en *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en honneur de P. Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, conforme a la traducción de J-L. BENAVIDES, próxima a ser publicada en Bogotá.

acontecimientos arrojan y la gente exige respuesta inmediata. No sabe, no puede, no quiere esperar; así todo es sacrificable al apremio, que implica de suyo algo distinto de lo que está, por definición insuficiente, inadecuado, caduco. Reflexión esta que no desconoce la magnitud y la rapidez de los cambios que se operan en las relaciones y las concepciones de la gente, que le imponen al Estado la actualización de su normatividad.

En lo primero que ha de pensarse a propósito es en la jurisprudencia, asistida por la doctrina, que tan pronto la estimula e impulsa, como la contiene y hace ser más providente. En verdad, el instrumento más apropiado para la actualización constante y sosegada del derecho es la decisión jurisdiccional, que procede con *autoritas* y alcances limitados al caso específico, por lo cual puede ir ajustando la interpretación con tiento y tino, avanzar, detenerse, retroceder, precisar el rumbo, sin traumatismos, expuesta, claro está, a las quejas y reproches, tanto de quienes ven en su trabajo renovador un factor de perturbación para la tan anhelada "seguridad jurídica" por parte del *establishment*, como de quienes se duelen de la lentitud y cortedad de la onda reformista. Si la jurisprudencia procede con agilidad y larga vista, sensibilidad y sentido de justicia y equidad, oportunamente, el apremio de expedición de leyes especiales será sin duda menos intenso y la respuesta a las necesidades circunstanciales será más pronta y, posiblemente, más satisfactoria.

294

La legislación, por naturaleza y por definición, ha de ser fruto de conciliación, o más precisamente, en su elaboración se han de tener en cuenta los distintos pareceres e intereses, identificados al tomar la decisión, que por su parte tomará el rumbo político, ideológico y, en veces, emocional, que corresponda a la opinión prevaleciente. ¿Cuál la mejor manera de "legislar"? Siempre se preferirá la el instrumento de la comisión, pensando en la posibilidad de seleccionar a los participantes y de dar audiencia a los diferentes sectores. Sin embargo, la presencia de una comisión, por autorizada y competente que sea, no garantiza el debate indispensable a fin de lograr lo mejor. Acá, como en materia probatoria dentro del proceso, es menester la contradicción y la ventilación de pareceres e intereses, para lo cual el aislamiento y el hermetismo no son el mejor ingrediente, y el ágora propia es el Parlamento. Bienvenidas las comisiones, la participación de sabios y expertos, pero no la suplantación por ellos de los organismos fundamentales de la democracia.

Dentro de los riesgos inherentes a la legislación dislocada para el ciudadano sobresale la dificultad de determinar cuáles normas están en vigor y cuáles han sido derogadas, cómo y cuándo. Todos los ordenamientos traen pautas básicas al respecto. Distinguen entre la derogación expresa y la implícita, y advierten que esta ocurre cuando la respectiva materia es objeto de una regulación general, completa, así como cuando la nueva disposición es incompatible con la precedente. Con todo, no es sencillo determinar en concreto el alcance derogatorio o sustitutivo de un determinado precepto, no obstante la expresión que acompaña a toda ley, a manera de estribillo: "quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley". Y como la publicación de los códigos está al alcance de quien quiera hacerla, no es inusitado observar la derogación o la supervivencia de estos o aquellos artículos de



un estatuto varias veces retocado, no por obra del legislador, sino del compilador o, más bien, según los gustos y pasiones del editor. A lo que se añaden, en lo que hace a la incertidumbre, los pronunciamientos de inconstitucionalidad.

El advenimiento intempestivo de numerosas normas, de variado origen y categoría hace imperiosa la revisión de la normatividad resultante: la integración del cuerpo normativo, su depuración, su sistematización, su compaginación. A ello, entiendo, mira por respeto y consideración de la ciudadanía, como también por razones de eminente orden práctico, la norma del art. 3° de la ley 2000-321 de 12 de abril de 2000, cuyo estudio nos congrega en esta sesión. La codificación como tarea constante no es en sí una novedad. Habilitar al Gobierno para que sistematice, integre, depure, pule y unifique el texto de un código a raíz de las enmiendas que se le van introduciendo, con método y lenguaje variados, en veces contradictorios, pese a no concordar con el principio de la separación de los poderes del Estado, se muestra a primera vista como un recurso cómodo del Parlamento para desentenderse de una tarea compleja, abrumadora, con el traslado de la competencia y, de paso, complacer al poder ejecutivo. Lo que en Colombia ha sido un recurso frecuente.

Tomado en abstracto, se le presenta como algo saludable, conveniente, oportuno. ¿Cuáles sus riesgos y cuáles las experiencias de su empleo? En buena parte el resultado práctico dependerá del esmero, el cuidado, la responsabilidad con que se adelante ese trabajo<sup>26</sup>. Los colegas franceses sin duda se pronunciarán sobre el ejemplo del código de comercio y varios otros incluidos en la iniciativa de recodificación por medio de ordenanza<sup>27</sup>. En lo que hace a mi país, traigo a colación dos ejemplos de empleo de ese método. Ansioso el Gobierno recién posesionado de cumplir su promesa de "igualación" normativa del tratamiento de la mujer frente al del varón, prontamente obtuvo del Congreso en 1974 facultades extraordinarias (habilitación) para revisar el Código Civil de modo de eliminar de su seno las discriminaciones ancestrales. Con gran celeridad el Gobierno expidió el decreto (ordenanza) correspondiente, que en el Ministerio de Justicia había redactado una comisión de juristas expertos, cuyo texto, penosamente, hubo de ser recogido inmediatamente, dada la multitud de sus defectos, para una reelaboración no menos infortunada. En eso concluyó tal "terapia a la ancianidad de las disposiciones legislativas", cuya paternidad o maternidad resultaron impugnando todos los comisionados. En 1998 el Congreso expidió una reforma más a los códigos de procedimiento civil y contencioso-administrativo, mediante una ley contentiva de ciento sesenta y siete artículos, en uno de los cuales facultó al Gobierno "para que compile las normas aplicables a la conciliación, el arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad". Dos meses después el Presidente de la República expidió un "Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", con la advertencia de que "el Decreto se expide sin cambiar la redacción, ni el contenido de las normas" compiladas, al que pronto se le enrostraron fallas graves y abundantes, como la reproducción de normas expresamente

26 Cfr. Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification de textes législatifs et réglementaires.

27 Ocho más, LEY N° 99-1071 DE 16 DICIEMBRE 1999.1

derogadas y de normas declaradas inconstitucionales, y la omisión de normas vigentes y de innegable trascendencia, aparte de reparos relativos al sistema de la codificación. Sin embargo el Estatuto se mantuvo y se conserva, bien pudiera decirse, habiendo agravado la dispersión y la incertidumbre resultantes de la coexistencia de más de cinco leyes o decretos con fuerza de ley, sucesivamente reguladores de esas materias.

Por descontada se da la réplica de que el problema, riesgo o contrasentido, consiste en la manera como se ejerzan esas facultades, pues el método en sí es óptimo. En tal sentido, y como quiera que los diferentes estilos y autorías de enmiendas normativas se emplean alternativamente, con resultado heterogéneo, que de por sí no autoriza a optar sin más por este o aquel en particular, el advenimiento de la *codification à droit constant* es una variedad por demás interesante y con vocación de utilidad y comodidad innegables. El que periódicamente un órgano competente y autorizado del Estado actualice el ordenamiento, de seguridad a los sujetos (usuarios de las normas) sobre la vigencia de estas, revise su lenguaje de modo de hacerlas inteligibles y armonice los distintos cuerpos, a manera de codificador, es algo a todas luces apetecible; pero, precisamente por la importancia, trascendencia y utilidad de la tarea, debe exigirse que cumpla con los imperativos de calidad, responsabilidad y cuidado máximos, y que el suyo sea un trabajo proyectado y realizado con continuidad y regularidad<sup>28</sup>.

Solo que a esta altura de la reflexión surge la pregunta de si el codificador constante está o ha de estar facultado para modificar el derecho existente, o mejor, si la codificación permite su alteración, o por el contrario, sus poderes se reducen a ordenar, clasificar, armonizar, clarificar, pero no van hasta enmendar la normatividad vigente. El legislador francés al parecer tomó la opción de una "*modification à droit constant*", en obsequio de la "armonización del derecho"<sup>29</sup>.

Acá me permito agregar, a título de interrogación, si dentro del cometido de la *codification à droit constant*, podría pensarse en incluir el producto de la jurisprudencia<sup>30</sup>, concretamente de aquella que en forma consolidada, dijérase que definitiva, ha llegado a modificar, mediante creaciones pretorianas, el texto y el sentido de determinadas normas del código. ¿O si, por el, contrario, necesariamente, para

28 Tal como se lee en la *Circulaire* de 30 mayo de 1996, especialmente en el apartado 2.1.1. *Codification à droit constant*, luego de advertir que "en principio, los códigos son productos que mantienen los textos en su redacción en vigor al momento de la codificación sin esforzarse por una reforma de fondo del derecho". Y señalar que "ese es el esfuerzo de lo que se denomina "*codification à droit constant*", que es la única que permite elaborar los códigos sin retardarlos o perderlos en el examen y los debates de toda reforma de fondo. Por el contrario, al suministrar a los autores de los proyectos de reforma una base de textos claros, ordenados y en vigor, la codificación prepara la reforma y la simplificación posterior de los textos".

29 Cfr. MOLFESSIS, "Illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique", cit., p. 192.

30 "El mérito más sobresaliente ... del *Code civil* que por virtud de su misma maleabilidad, de su indecisión, le abrió el campo a una elaboración independiente del derecho civil, que habría de ocurrir de la manera más afortunada, gracias a los esfuerzos incansables y sabiamente progresivos de la jurisprudencia": GENY, F., *Livre du centenaire du code civil*, Paris, 1904, p. 1020.

ello habría que esperar a otra intervención legislativa a propósito? Pienso, por vía de ejemplo, en la jurisprudencia básica de la *Cour de cassation* sobre el error sobre la sustancia o en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas. Y en lo que respecta a mi país, en el ejemplo de la interpretación de la ley de 1936 que, habiendo restablecido la posibilidad de investigación judicial de la paternidad natural, fue entendida hasta fines de 1945 en el sentido de que con la muerte del presunto padre se extinguía la acción. Por ello, el legislador de 1968, al revisar la materia de filiación, resolvió darle fuerza de ley a la nueva jurisprudencia con arreglo a la cual la acción de estado es imprescriptible y no caduca. Sin embargo, esa posibilidad de consolidar los progresos jurisprudenciales tendría como contrapartida el riesgo de que también se consolidaran los anquilosamientos. Anotación que hago con el pensamiento puesto en el proyecto de reforma constitucional que acaba de ser presentado por el Gobierno a la consideración del Congreso, con arreglo al cual, "la jurisprudencia que dentro del ámbito de sus competencias establezcan de modo explícito las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional cuando decida sobre la constitucionalidad de leyes o decretos [ordenanzas] con fuerza de ley, deberá ser atendida por los jueces y los servidores públicos, quienes solo podrán apartarse de dicha jurisprudencia cuando no sea razonablemente aplicable al caso concreto que se debate o cuando se demuestre que por modificaciones a las disposiciones sustantivas es contraria a las normas vigentes", con el agregado de que aquellas corporaciones, al modificar su jurisprudencia deberán "indicar los motivos y el alcance del cambio introducido".

En fin, me pregunto si el método examinado aquí, responde a las sabias admoniciones de Portalis: "legislar de modo que las nuevas instituciones tengan aquel carácter que puede asegurarles el derecho de llegar a ser antiguas", como quiera que "los códigos de los pueblos se dan con el tiempo, pues a decir verdad, no se les hace". Lo digo pensando en la actualidad de mi país, que no considero propicia para emprender una nueva codificación de derecho privado, o siquiera para una recodificación. Y me refiero genéricamente al derecho privado, pues, en mi sentir, hoy no es aceptable mantener la dualidad de ordenamientos, civil y comercial, a propósito de obligaciones y contratos.

Estimo que, en general, hay consenso, por múltiples razones, políticas, técnicas y prácticas, en la necesidad de proveer a la ciudadanía de noticia fidedigna, cierta e inteligible del derecho vigente en los códigos, y que ello presupone una labor continuada, esmerada y responsable, que implica el concurso de personas, organismos públicos y privados, experimentados y con autoridad científica, que periódicamente revise, actualice, depure, retoque, sistematice la normatividad respectiva, pero sin que esa ansia de mejora lleve a sacrificar la regularidad institucional, por lo mismo que cada rama del poder público ha de cumplir su cometido oportunamente, sin obstaculizar el desempeño de la otra, y sin incurrir en delegaciones o habilitaciones. En otras palabras, codificación constante, pero conservando las competencias básicas del Estado de derecho, y con el máximo cuidado en la calidad y oportunidad del trabajo.



## COMMENT CODIFIER ? LA MÉTHODE \*

Nicolas Molfessis

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

299

L'AVENIR DE LA CODIFICATION • SÉNAT FRANÇAIS • ASSOCIATION ANDRÉS BELLO • PARIS 2004

1. Les organisateurs du présent colloque ont placé la question de la méthode de codification sous les auspices de la codification à droit constant. En laissant à l'écart de cette interrogation méthodologique la codification « classique », celle qui se veut réformatrice, ils témoignent sans nul doute d'une volonté d'échanger avec l'Amérique latine sur le modèle actuellement le plus représentatif de la démarche codificatrice poursuivie par le système juridique français. Cette forme de codification est en effet devenue déterminante : elle touche désormais plus de la moitié du droit français, et surtout près des deux tiers des normes d'origine législative, l'objectif étant de parvenir à une codification de l'ensemble du droit à l'horizon 2010. En droit privé comme en droit public, de nombreux codes ont vu le jour depuis quelques années : code de la consommation, code de la propriété intellectuelle, code de commerce, code monétaire et financier, code des juridictions financières, code général des collectivités territoriales, code de l'éducation, code de la justice administrative, code des marchés publics, code du patrimoine, etc.

2. Produit de grande consommation donc, la codification à droit constant qu'il s'agit de présenter constituerait dans le même temps un produit d'exportation de qualité : n'est-il pas affirmé qu'elle constitue « une *thérapie* contre la complexité, la maladresse ou l'ancienneté des dispositions », tandis qu'elle est fondée sur des objectifs tels que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, principes de valeur constitutionnelle, ainsi que sur la sécurité juridique<sup>1</sup> ? Cette présentation rejoint d'ailleurs le discours officiel, exprimé aussi bien dans les rapports publics qui se préoccupent de simplifier et de réformer le droit que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Dès lors, ce n'est pas le fond d'un code qui mériterait aujourd'hui la réception du droit français ; c'est une méthode. M. G. Braibant a d'ailleurs maintes fois fait valoir que « la codification "à la française" est devenue un modèle dont de nombreux pays envisagent de s'inspirer<sup>2</sup> ». Plus encore, comme l'a souligné en son temps le ministre chargé de la fonction publique, « la codification est un enjeu considérable pour l'influence de notre pays dans le monde, pour l'exportation de sa science juridique et administrative<sup>3</sup> ».

\* Este texto ha sido traducido al español por Sebastián Ríos, miembro de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-lafino-américains, académico de la Universidad de Chile. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

1 Présentation faite dans la Plaquette du Colloque, p. 23.

2 Commission supérieure de codification, Dixième Rapport annuel, J.O. éd., p. 3.

3 ZUCARELLI, E., *J.O.A.N.*, séance du 23 novembre 1999, p. 9998.

3. Ainsi exposé, le thème proposé invite donc à éprouver cette nouvelle forme de codification pour en mesurer la portée et en apprécier les avantages<sup>4</sup>. Puisqu'il est question de méthode, il convient sans nul doute de s'intéresser aux procédés initiés pour réaliser les codes, avant d'en apprécier, au vu des résultats, la pertinence. Quelles sont donc les recettes mises en place et permettent-elles effectivement une amélioration du droit ? Sous ce double aspect, il convient sans nul doute d'insister sur deux points essentiels, qui permettront d'ouvrir le dialogue avec le Président Braibant. D'une part, il est nécessaire de souligner combien la codification à droit constant, derrière une étiquette inchangée, a évolué en à peine une quinzaine d'années. D'autre part, tempérant sensiblement le propos officiel, il faut montrer les errements de cette codification, dont les aspects négatifs ne manquent pas. Voilà pourquoi il conviendra d'envisager les transformations de la codification à droit constant avant d'évoquer les malformations des codes à droit constant.

### I. LES TRANSFORMATIONS DE LA CODIFICATION À DROIT CONSTANT

300

4. La codification à droit constant, telle qu'elle a été conçue en 1989, reposait sur un double principe : d'une part, elle devait être une émanation du pouvoir législatif, en quoi elle constituait une rupture avec la codification administrative qui s'était développée en France en 1948, de façon insatisfaisante ; d'autre part, elle se voulait uniquement regroupement de textes existants, en quoi elle pouvait se prévaloir d'être à droit constant. Or, sous ces deux aspects essentiels, puisque constitutifs, la codification dite à droit constant a notablement évolué : elle est redevenue une codification administrative ; elle n'est plus une codification à droit constant. L'évolution porte donc tant sur le rôle du Parlement (A) que sur la notion même de droit constant (B).

5. A. La codification à droit constant est loin d'être inédite dans l'histoire du droit français<sup>5</sup>. Près de nous, c'est à l'expérience initiée au lendemain de la seconde guerre mondiale qu'il faut se référer, car elle a sans nul doute joué un rôle dans la méthode qui sera retenue en 1989. La commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires instaurée en 1948<sup>6</sup> avait pour objectif une mise en forme par l'administration des textes en vigueur<sup>7</sup>. La codification restait placée sous l'égide des pouvoirs publics. Parce que la codification était administrative, les codes d'alors, adoptés simplement par décret en Conseil d'État, devaient n'avoir que valeur réglementaire. D'où un pluralisme inédit et bien particulier, puisqu'aux côtés des codes de nature administrative, les lois antérieures demeuraient. Il en est résulté bien des difficultés, qui expliquent l'essoufflement rapide du travail entrepris.

4 La présente contribution prolonge, sous cet aspect, une réflexion déjà menée par étapes à la RTDCiv., spéc. 2000, p. 186 ; 2001, p. 688 ; 2002, p. 592 et dans l'ouvrage collectif sur *Le Code civil, 1804-2004*, Dalloz, 2004. Que l'on veuille bien pardonner les inévitables redites.

5 V. SUEL, M., *Essai sur la codification à droit constant*, IORF, 2<sup>e</sup> éd., 1995.

6 Décret 48-800 du 10 mai 1948.

7 ARDANT, G., « La codification permanente des lois, règlements et circulaires », *R.D.P.*, 1951, p. 35.

6. Ces difficultés justifient pour partie que l'on ait entendu, en 1989, placer la codification sous l'égide cette fois du Parlement. Il fut alors prévu que la partie législative des codes soit soumise au Conseil d'Etat sous forme d'un projet de loi, puis ensuite au Parlement. Comme il l'a été souligné, « les liens existants entre la commission des lois et les commissions compétentes de l'une et l'autre assemblée, d'une part, et la commission supérieure, de l'autre, permettent au Parlement d'être informé de chaque projet. Le cas échéant, la commission des lois demandera au Premier ministre l'audition du vice-président de la commission supérieure, ce qui s'est produit à l'Assemblée nationale pour le code de la propriété intellectuelle en avril 1992<sup>8</sup> ». Ainsi fit-on valoir que la codification nouvelle repose sur « la nécessité de préserver les droits du Parlement<sup>9</sup> ». Le propos est dénué d'ambiguïté : « le Parlement joue un rôle essentiel<sup>10</sup> » ; « le travail de codification est en effet considérablement enrichi par les amendements parlementaires<sup>11</sup> ». La voie choisie n'est pas uniquement formelle : selon la Commission supérieure de codification, « le choix de la codification implique un travail confiant et constant avec le Parlement<sup>12</sup> ».

7. Ce schéma originel, destiné aussi bien à faciliter l'insertion des codes dans notre droit autant qu'à asseoir leur légitimité, a dû rapidement être révisé.

À partir de la seconde moitié des années 1990, le Parlement, trop occupé à légiférer, a négligé le travail des codificateurs. Durant plusieurs années, aucun code ne fut ainsi adopté. La Commission supérieure de codification devait alors dénoncer le fait que les projets de loi de codification se trouvaient souvent « “parqués” dans l'attente d'hypothétiques jours moins chargés<sup>13</sup> ». Cet immobilisme devait provoquer une rupture dans la méthode. L'encombrement était tel qu'il suscita, paraît-il, une « grève » du Conseil d'Etat, celui-ci ayant décidé d'arrêter l'examen des codes au motif que l'inertie parlementaire rendait la tâche vaine<sup>14</sup>, puisque les projets de codes devenaient caducs avant même leur discussion. Mais dans le même temps, plus le Parlement légiférait, plus le besoin de codification devenait pressant. Voilà pourquoi, afin de sortir de ce véritable cercle vicieux dénoncé par les partisans de la codification, il fut décidé de s'extirper de la procédure parlementaire. D'où le recours aux ordonnances, qui permet de faire l'économie d'une attente d'inscription à l'ordre du jour<sup>15</sup> : le Parlement habilite alors le Gouvernement à faire les codes.

8 SUEL, M., *op. cit.*, p. 254.

9 Selon les propos du 5<sup>e</sup> Rapport d'activité de la Commission supérieure de codification 1994, JO, 1995, p. 6.

10 Rapport préc., p. 11.

11 Rapport préc., p. 11.

12 Rapport préc., p. 11.

13 Commission supérieure de codification, *Septième rapport annuel 1996*, p. 6.

14 GÉLARD, P., *J.O. Sénat*, séance du 13 octobre 1999, p. 5089.

15 « Cette œuvre considérable ne doit surtout pas risquer de se périmier avant même de voir le jour. Or cela pourrait arriver si les codes achevés ne sont pas adoptés avant que des modifications des textes qu'ils rassemblent n'interviennent. C'est pour éviter cela que le Gouvernement vous demande de l'habiliter à adopter la partie Législative de neuf codes déjà prêts » : VIDALIES, A., *J.O.A.N.*, séance du 23 novembre 1999, p. 9997.

Le Conseil constitutionnel a validé la démarche, autorisant ainsi le Gouvernement à se prévaloir de l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire<sup>16</sup>, dont il est pourtant le premier responsable, pour légiférer par ordonnances. Les codes sortent alors de l'enceinte parlementaire.

8. Depuis lors, le procédé a fait florès, bien au-delà de la seule matière de la codification. La législation par voie d'ordonnances tend en effet à devenir un mode normal de législation : entre décembre 2002 et février 2004, 24 ordonnances ont vu le jour, dans des domaines divers et variés – droits des malades et systèmes de santé, droit du travail, formalités des entreprises, publication des lois...

La codification n'est pas en reste. La loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit a ainsi récemment prévu l'adoption de la partie législative de quatre nouveaux codes : Codes du patrimoine, de la recherche, du tourisme, de l'organisation judiciaire. Pour un motif désormais bien connu : « l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire [qui] fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et poursuivre sa codification<sup>17</sup> ».

9. Dès lors, le rôle du Parlement est actuellement réduit à la portion congrue : habilitier le Gouvernement, ratifier les ordonnances. Le plus souvent d'ailleurs, cette ratification est purement formelle. Le législateur soit ratifie implicitement les codes<sup>18</sup> c'est-à-dire sans les avoir examinés, soit se contente de voter l'article unique de la loi de ratification, soit est entraîné à ratifier en corrigeant dans le même temps les erreurs de codification, il faudra y revenir.

Dans cette mesure, les codes pourront apparaître comme étant l'œuvre de fonctionnaires isolés, sans consultation ni discussion publique. Le code a alors tout de ce que Portalis pouvait écrire de la loi sous l'Ancien Régime : « un mystère jusqu'à sa formation. Elle était préparée dans les conseils secrets du prince. [...] La discussion n'en était pas publique, tout était dérobé constamment à la curiosité des citoyens<sup>19</sup> ».

Produit de l'inflation normative, qui trouve une légitimité d'autant plus importante que la loi perd la sienne, la codification contemporaine en vient donc à consacrer et à précipiter le déclin du pouvoir législatif. Cette codification ne restaure pas la loi. Le temps de nos codes est en effet celui de l'administration triomphante et, en contrepoint, d'une administration du droit.

16 Déc. n°99-421 DC du 16 décembre 1999 *J.O.*, 22 décembre 1999, p. 19041 : « le Gouvernement a apporté au Parlement les précisions nécessaires en rappelant l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf codes mentionnés à l'article 1<sup>er</sup>, auquel faisait obstacle l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ».

17 Selon la décision du Conseil constitutionnel 2003-473 DC du 26 juin 2003, JO 3 juillet 2003, p. 11205 ; SCHOETTL, J.-E., « Simplification du droit et Constitution », *AJDA* 2003, p. 1391.

18 La consécration de la théorie des ratifications implicites est ancienne, qui constitue en quelque sorte une forme d'accommodation au déficit de contrôle parlementaire des textes pris par voie d'ordonnances : CE, 25 janvier 1957, *Société des établissements charltonais*, Rec. Cons.d'Et., p. 54.

19 « Exposé des motifs du Titre préliminaire », in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 70.



• **10. B.** La mission initiale de la codification à droit constant restait fidèle à sa dénomination : elle consistait, selon le premier rapport d'activité de la Commission supérieure de codification, « à rassembler et à ordonner des normes existantes, sans créer de règles nouvelles<sup>20</sup> ». Certes, nombre de dispositions à codifier peuvent sembler exiger une modification : mais il n'est pas de la compétence naturelle d'un codificateur à droit constant de procéder à la toilette des règles codifiées. Différemment, la codification peut être l'occasion de prendre conscience des modifications qui s'imposent, à charge pour le législateur d'y procéder. Faudrait-il y insister : la notion de droit constant, qui est au fondement même de cette forme de codification et justifie précisément toute son organisation et sa procédure, présuppose une absence de modification du droit codifié. On collecte, on compile, on agence. On ne crée pas, au-delà de la mise en forme.

Il est cependant très vite apparu nécessaire de pouvoir réécrire les règles anciennes affectées d'une langue ou d'un style désuet. Mais sur cette voie, ne devenait-il pas tentant d'en user davantage, attrait légitime dès lors que les faiblesses du droit écrit sont loin de s'arrêter au style : pourquoi le codificateur devrait-il se tenir à la seule modification formelle des textes codifiés ?

Une circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires<sup>21</sup> rendra compte de l'évolution à l'œuvre, en admettant la modification des textes existants aux fins de permettre le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes (art. 2.1.1). Le Conseil constitutionnel expliquera que « la référence à la hiérarchie des normes impose au Gouvernement de respecter la suprématie du traité sur la loi, énoncée à l'article 55 de la Constitution, ainsi que la distinction entre les matières législatives et réglementaires déterminée par ses articles 34 et 37<sup>22</sup> ». Concrètement, il faut comprendre que l'« on ne codifie pas les lois qui seraient contraires à des traités internationaux ou à la Constitution et on respecte autant que possible la hiérarchie loi-règlement<sup>23</sup> ». S'il peut effectivement sembler incohérent de mettre en codes des dispositions qui méconnaîtraient la hiérarchie des normes, est-il pour autant du ressort de la Commission supérieure de codification de procéder aux toilettes nécessaires ? Outre qu'une telle prérogative repose sur l'idée fort discutable qu'il existerait objectivement une hiérarchie des normes, dont le codificateur à droit constant pourrait se faire le protecteur, cette extension de compétence devait consacrer, sans nul doute, un passage de la forme au fond. La Commission supérieure de codification devenait alors incidemment organe de contrôle de la constitutionnalité et de la conventionalité des lois<sup>24</sup>.

20 *Rapport d'activité de la Commission supérieure de codification*, spéc. p. 5.

21 *J.O.*, 5 juin 1996, p. 8263 et s.

22 Déc. 16 décembre 1999.

23 BRAIBANT, G., « Le Gouvernement relance la codification », *Petites affiches*, 15 septembre 1999, n°184, p. 3, spéc. p. 5.

24 C'est au sein des bureaux que l'on pouvait alors procéder à ce contrôle sans contentieux et sans jugement, dont il sera fait un usage important. V. par ex. à l'occasion du Code de commerce, les diverses modifications que le codificateur a expressément justifiées dans son

La suite sera plus nette : par une loi du 16 décembre 1999, la codification dite à droit constant devait changer de nature, puisque les codificateurs obtenaient expressément la faculté de modifier substantiellement les textes existants, en vue de permettre « l'harmonisation du droit<sup>25</sup> ». L'idée, selon ce qui a pu en être dit, était « de permettre à la Commission supérieure de codification d'aplanir toute difficulté qui pourrait résulter du rapprochement dans un code de plusieurs textes de sources différentes<sup>26</sup> ». Les contradictions de normes, les incompatibilités entre les règles à codifier, allaient ainsi justifier des choix substantiels bien différents de la seule collection mécanique des textes, que l'on prête à une codification qui se veut à droit constant. Bien que les pouvoirs publics aient dans le même temps affirmé à nouveau la neutralité de cette forme de codification<sup>27</sup>, celle-ci devenait instrument de modification du droit. D'où cette prétention à l'amélioration de l'intelligibilité du droit, que l'idée de codification à droit constant ne permet pas de saisir d'emblée.

Ce n'est pas tout. L'avancée se confirme à nouveau dans la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit. Cette fois, la loi habilite le Gouvernement à modifier des codes à droit constant au-delà de ce qui avait jusqu'alors été accordé à la Commission supérieure de codification. Ainsi, s'agissant du code monétaire et financier, l'article 34 de la loi habilite le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures nécessaires pour modifier le code, précisant que « les dispositions codifiées sont celles en vigueur sous réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, harmoniser l'état du droit et s'agissant des dispositions relatives aux interdictions d'exercice des activités bancaires et financières sous réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la nécessité et de la proportionnalité des peines et de celles permettant d'assurer l'égalité de trai-

rapport au président de la République, et notamment l'insertion à l'article L. 627-1 du Code de commerce de l'ancien article 173 du décret du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, qui interdit toute opposition ou procédure d'exécution sur des sommes versées à la Caisse des dépôts et Consignations. Le Conseil d'Etat avait déclaré illégale ladite disposition (CE, 9 février 2000, *D.*, 2000, A) p. 136, obs. A. LIENHARD ; *JCP*, 2000, II, n°10314, note H. CROZE et T. MOUSSA ; *Petites affiches*, 15 mars 2000, p. 19, note B. LAGARDE), au terme d'une décision à laquelle on a pu reconnaître autorité de chose jugée et opposabilité *erga omnes* (H. CROZE et T. MOUSSA, note préc., spéc. n°14 ; v. en ce sens, *Com.*, 26 avril 2000, *D.*, 2000, A), p. 247, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2000, p. 724, obs. A. MARTIN-SERF). « Coup de bluff » (v. LIENHARD, A., « La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985, *D.*, 2000, n°34, Point de vue) ou « surprise » (SAINTOURENS, B., « méfiez-vous du nouveau Code de commerce ! », *Dr21*, 2001, n° 001), la disposition a repris place dans notre droit positif, mais cette fois dans une disposition de nature législative.

25 Selon l'article premier de la loi du 16 décembre 1999, chaque code « regroupe et organise les dispositions législatives relatives à la matière correspondante. Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit ».

26 VIDALIES, A., *Rapport A.N.*, doc., n°1917, p. 28.

27 « Ces adaptations ne constituent en rien une entorse au droit constant » : E. Zuccarelli, *op. cit.*, p. 10004.

tement entre les différentes professions bancaires et financières ».

Certes, puisque les textes codifiés sont par hypothèse d'une qualité souvent déficiente, comment reprocher aux codificateurs la tentation bien fréquente d'en améliorer la teneur ? Il reste que la structure mise en place, voulue uniquement pour collecter le droit existant, n'a pas été dotée des ressources lui permettant une telle ambition. À l'évidence, cette extension continue reflète, en creux, les limites de ce qui serait une véritable codification à droit constant.

11. En douterait-on ? Il suffirait alors de contempler l'étape suivante, franchie récemment. Aux côtés d'un processus de codification à droit constant qui ne mérite déjà plus sa dénomination est désormais proposée et mise en place une codification dite « dynamique ».

Un temps appelée codification à « droit inconstant<sup>28</sup> » avant d'être finalement qualifiée de codification « dynamique<sup>29</sup> » – par opposition à la codification dite « statique » –, celle-ci résulte de la loi du 2 juillet précitée. L'article 34 du texte habilite en effet le gouvernement à prendre les mesures législatives nécessaires pour élaborer, par voie de modification du droit, un code des métiers et de l'artisanat, un code des propriétés publiques, un code de la défense et l'autorise, selon cette même méthode, à réformer le récent code monétaire et financier. Dans toutes ces hypothèses, la volonté réformatrice est clairement affichée. Elle témoigne dès lors directement, des « limites de la méthode statique de codification<sup>30</sup> ». La réforme annoncée du code monétaire et financier, en fournit une illustration particulière : à peine issu du processus de codification à droit constant, il doit être réformé de façon « dynamique ».

12. Ces codes nouveaux ne seront pas élaborés sous l'égide de la Commission supérieure de codification, incompétente pour officiellement réformer le droit. La codification dynamique reste toutefois entre les mains du Gouvernement, habilité à nouveau par le Parlement à procéder aux réformes nécessaires.

Où l'on voit alors se manifester les glissements progressifs du recours à la codification dite à droit constant. Censée procéder à un simple regroupement de textes épars existants, sous l'égide du Parlement, elle a progressivement changé de nature, pour se satisfaire de modifications diverses, antinomiques d'un processus voulu à droit constant. Alors qu'elle se voulait en rupture avec la codification administrative réalisée après la deuxième guerre mondiale, pour être le fruit d'un travail législatif, elle a été reconquise par un Gouvernement désireux de procéder lui-même à la codification. Tandis que la codification opérait sa mutation pour ne plus être à droit constant, le Gouvernement réussissait à s'approprier le pouvoir d'élaborer les codes par voie d'ordonnances. En quelques tours de passe-passe législatifs, c'est donc l'ensemble du système initial de codification qui s'est trouvé modifié, pour n'être plus ni à droit constant ni du ressort du Parlement !

28 BLANC, E., *Rapport AN*, 2003, n°752, p. 23.

29 PLAGNOL, V.H., « La codification doit être une incitation à la réforme », *JCPA*, 2003, n°49, 2104.

30 PLAGNOL, H., art. préc..

## 11. LES MALFORMATIONS DES CODES À DROIT CONSTANT

13. La position ici défendue n'est pas hostile au principe même d'une codification à droit constant : le regroupement de textes épars peut être en soi un objectif louable. Mais le préjugé favorable dont jouit la codification à droit constant doit être éprouvé à la lumière de ses réalisations, et précisément de celles que peut observer un juriste de droit privé. Sous cet aspect, la confrontation entre ce qui a pu être annoncé et ce qui a été réalisé oblige à considérer que les codes sont moins bien que prévus (A). Une partie de la doctrine considère qu'il faut tout de même se satisfaire de l'existence de ces codes, seraient-ils imparfaits : il faut ainsi se demander, pour finir, s'ils valent mieux que rien (B).

14. A. Annoncée comme l'instrument de la simplification du droit, destinée à faciliter l'accès au droit et son intelligibilité, la codification à droit constant peut être jugée sur ses résultats. De l'analyse, diverses conclusions doivent être tirées.

Un constat, tout d'abord, déjà maintes fois effectué : la codification est source d'erreurs nombreuses et importantes. Erreurs d'orthographe, de ponctuation, d'ordonnement des textes. Plus encore, il est acquis que des textes ont involontairement été supprimés par suite de la codification des matières visées. C'est là une conséquence du processus d'abrogation sur lequel repose la codification à droit constant : contrairement à sa devancière, la codification actuelle repose sur l'insertion de textes législatifs dans des codes nouveaux et, dans le même temps, sur l'abrogation de la source initiale. Il en est résulté des hypothèses d'abrogation par mégarde, des dispositions ayant été involontairement supprimées par le codificateur sans trouver leur équivalent dans le code<sup>31</sup>. Les exemples en réalité abondent, qui se manifestent par des amputations totales<sup>32</sup> ou partielles<sup>33</sup>. En sens inverse, le codificateur a redonné vie à des dispositions qui n'étaient plus en vigueur<sup>34</sup>.

On pourrait discuter des causes des dysfonctionnements. Ils sont dus à la complexité croissante des textes – et plus précisément, en l'espèce, aux dérives de la

31 Ainsi, l'article 32 de la loi du 17 juin 1987 sur l'épargne (portant sur la rémunération allouée en matière de prêts de titres) est-il « passé à la trappe » de l'Ordonnance du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du Code monétaire et financier alors même que l'article 31 aussi bien que les articles 33 et suivants entraînent dans le Code (art. L. 432-6 et s.). L'article 3 de la loi du 17 mars 1934 modifiant et complétant la loi du 24 juillet 1929 sur l'organisation du crédit au petit et moyen commerce, à la petite et moyenne industrie (portant interdiction pour les banques populaires d'accorder un découvert aux membres de leur conseil d'administration sans l'autorisation préalable du conseil central de crédit) a également connu le même sort.

32 Comme celle de l'article 639 de l'ancien code de commerce fixant le taux du ressort en matière commerciale qui rend l'appel au premier franc possible en ce domaine.

33 Comme celle de l'alinéa 2 de l'article 33 du décret du 30 septembre 1953 en matière de baux commerciaux, à laquelle on doit l'abrogation par mégarde d'une cause d'interruption de la prescription biennale. Sur laquelle, v. F. Auque, « La codification des baux commerciaux à droit « presque » constant », *JCP*, éd. G. 2000, n°45, Actualité.

34 Ainsi, l'article 93 de la loi du 24 juillet 1966, codifié dans sa version antérieure à la loi du 11 février 1994 ayant supprimé la condition d'antériorité de deux ans du contrat de travail nécessaire au cumul avec un mandat social. Le codificateur a ainsi redonné vie à une disposition disparue depuis plus de six ans. C'est également une résurrection fortuite que l'article L. 112-9

législation par renvoi jointes à la multiplication des codes<sup>35</sup>-, comme au manque de suivi et de coordination dans le travail législatif, sans oublier l'empressement du codificateur qui, inéluctablement, multiplie les risques d'erreurs<sup>36</sup>. Contraint par les délais impartis par la loi d'habilitation, le gouvernement doit souvent faire face à un calendrier pour le moins chargé<sup>37</sup>. À quoi s'ajoute l'inertie de certains ministères dans le travail de préparation des codes. La Commission supérieure de codification s'est souvent plainte du manque d'assiduité des pouvoirs publics.

du Code monétaire et financier a entraînée, en redonnant vie à l'obligation, pour les particuliers non commerçants, de payer par chèque les transactions d'un montant supérieur à 10.000 F portant sur des bijoux, pierreries, objets d'art, de collection ou d'antiquité, abrogée depuis 1986.

- 35 Les renvois sont ainsi facteurs d'erreurs et, parmi celles-ci, d'abrogations involontaires. En fournit une parfaite illustration l'abrogation partielle par mégarde opérée à l'article L. 431-4 du Code monétaire et financier qui a codifié l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 relatif à la constitution en gage d'un compte d'instruments financiers, dans sa rédaction issue de la loi du 2 juillet 1996. Pour définir les instruments financiers susceptibles de faire l'objet d'un tel gage, l'article 29 renvoyait, de façon générale et sans distinguer, aux « instruments financiers visés à l'article premier de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996 ». Ledit article, quant à lui, détaillait sur quatre points ce que recouvre la notion d'instruments financiers. Le codificateur, suivant une méthode qui lui est chère, a redécoupé la disposition de l'article premier de la loi de 1996, désormais reproduit dans un article L. 211-1 qui comprend cette fois cinq points. Mais dans le même temps, il a modifié, sans tenir compte du redécoupage opéré, le renvoi qui y était effectué par l'article L. 431-4. Dès lors, devenait impossible le gage portant sur des titres étrangers inscrits en compte en France, visés à présent au 5° du nouvel article L. 211-1. Abrogation par mégarde, indéniablement due aux coups de ciseaux mal maîtrisés dont les rédacteurs de codes à droit constant abusent. Il n'est guère besoin d'insister sur les difficultés pratiques ainsi provoquées : un compte d'instruments financiers pouvant parfaitement contenir des titres d'origine différentes, sa mise en gage semblait être irréalisable.
- 36 Ainsi est-ce l'intégration de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés (sans distinction) dans le nouveau code de commerce au sein de dispositions communes aux diverses sociétés commerciales qui est venue exclure du bénéfice du régime spécial de la variabilité les sociétés civiles (v. DOM, J.-P., « Le domaine de la variabilité du capital social après la mise en vigueur du nouveau code de commerce », *Bull. Joly sociétés*, 2000, p. 1191). L'abrogation par mégarde, qui n'est ici que partielle, résulte alors d'une limitation du domaine de la disposition codifiée liée au plan même du code (rapp. au sujet des difficultés similaires soulevées en matière d'usure en raison de l'insertion des dispositions qui y étaient relatives dans le code de la consommation, LIENHARD, A. et RONDEY, C., « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant [à propos du nouveau Code de commerce] », *D.*, 2000, p. 521).
- 37 S'agissant ainsi du Code de commerce, il semblerait que les services chargés d'élaborer le code n'aient guère anticipé sur le fait qu'il ferait partie de l'habilitation donnée par la loi du 16 décembre 1999. Or outre que le texte n'accordait que neuf mois de délai au codificateur – trêve estivale comprise – il fallait au surplus que le Code fasse rapidement l'objet d'un avis de la Commission supérieure de codification – ce qui fut fait dès le mois de mars 2000 – pour être ensuite soumis pour avis au Conseil d'Etat. Ces délibérations, toutes secrètes et auxquelles les spécialistes des matières codifiées n'ont pas pris part, n'ont donc laissé que quelques semaines pour la rédaction du code. C'est ainsi la précipitation qui permet de comprendre que l'article 93 de la loi de 1966 ait été ressuscité dans sa version antérieure à la loi du 11 février 1994 : ne faut-il pas en effet comprendre que les rédacteurs du code ont élaboré leur œuvre à partir du projet de code de commerce de 1993, sans maîtriser toutes les évolutions survenues depuis ?

15. Une conséquence inéluctable en est résultée. Parce qu'elle introduit d'importants bouleversements, la codification à droit constant conduit nécessairement, au moins un temps, à une réaction des sources du droit. En termes de flux, les nouveaux codes entraînent alors l'intervention des pouvoirs publics, par des textes d'origines diverses ayant en commun de porter remède aux erreurs commises. À leurs côtés, se multiplient aussi les décisions de justice, car les codes sont prétextes à recours au juge. Censée exercer une fonction de stabilisation<sup>38</sup>, la codification nourrit donc l'inflation normative, signe évident de dérèglement puisque le remède se trouve transformé en source du mal.

Parmi ces « sources-pansements », les « rectificatifs » tiennent une place importante<sup>39</sup>. De même, nombre de corrections sont introduites au sein des projets de loi portant ratification des ordonnances codificatrices : le gouvernement tente en effet de remettre le droit codifié en son état normal en faisant un usage inhabituel de ce type de textes. Derrière un intitulé réducteur (loi modifiant le livre VIII du Code de commerce), une loi du 3 janvier 2003 devait ainsi, à l'occasion de la ratification du Code de commerce, lui apporter près d'une cinquantaine de corrections. Dans la loi du 3 juillet 2003, le législateur a d'ailleurs expressément prévu que le Gouvernement pourra, à l'occasion de la modification des parties législatives de certains codes qu'il l'autorise à effectuer, « remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification » (v. art. 32 et 34). La loi admet donc désormais officiellement les déficiences de l'œuvre de codification. Faudrait-il d'ailleurs gloser sur le procédé qui consiste à habiliter le Gouvernement à corriger des codes qu'il a lui-même élaborés par voie d'ordonnances ? Le code rural ou le code de l'environnement sont dans le même temps largement toilettés par la loi nouvelle.

Le procédé n'est toutefois pas sans soulever des difficultés, spécialement parce qu'une période transitoire se sera écoulée, durant laquelle l'abrogation comme la résurrection pourraient avoir produit des effets. Pour tenter de remédier à cette incertitude temporelle, le législateur a recours à la rétroactivité, sans que toutes les interrogations s'en trouvent résorbées<sup>40</sup>.

38 OPPETIT, B., *Essai sur la codification*, PUF, 1998, p. 63 ; dans le même sens, TERRÉ, F., *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2000, n°377, p. 397.

39 Que l'on songe que sur les neuf codes récemment déposés au Parlement à la suite de la loi de 1999, quatre ont fait l'objet d'au moins un rectificatif – le code de la justice administrative en ayant exigé deux – sans compter le fait que le code de la route aura entraîné une seconde ordonnance, en date du 21 décembre 2000, modifiant substantiellement celle du 22 septembre 2000 qui avait procédé à la codification. C'est ainsi par voie de rectificatif qu'a été réintroduite dans le Code monétaire et financier la faculté de constituer un gage de compte d'instruments financiers sur des instruments émis sur le fondement de droits étrangers. Outre les interrogations sur la validité et la portée de tels rectificatifs, qui ont échappé à la procédure même de codification, il n'est pas douteux qu'ils multiplient les hiatus entre les codes immédiatement publiés par les éditeurs privés et la lettre même des textes officiels dont ils sont censés rendre compte (v. sur ce point, SAINTOURENS, B., *op. cit.*). Mais ils présentent au moins l'avantage de corriger au plus vite l'erreur commise.

40 Ainsi fut-il prévu dans le projet de ratification du Code de commerce que les articles 32 de la loi de 1987 sur l'épargne et 3 de la loi du 17 mars 1934, évoqués précédemment, seront réta-

Ce n'est pas tout : dans d'autres hypothèses, le rétablissement de la situation passée emprunte la voie d'amendements dans des textes en discussion au Parlement<sup>41</sup>.

Aux côtés de ces textes, réponses ministérielles et circulaires se succèdent pour procéder à une même médecine post-codification.

Par où l'on saisit les errements de la codification joints à l'enchevêtrement des textes suscitent une intervention de la jurisprudence. À ce titre, la codification apparaît alors comme une nouvelle source de contentieux. Plus de soixante recours devant le Conseil d'Etat, en quelques mois, ont été formés contre le Code de commerce<sup>42</sup>.

Les codes, assurément imparfaits, restent-ils utiles ?

**16. B.** La question de fond est de savoir si ces codes sont véritablement indispensables. Sous cet aspect, la critique de la codification à droit constant est vue avec défaveur. Ainsi a-t-on pu évoquer « cette coquetterie intellectuelle qui incline à dénoncer à tout crin la codification », alors même qu'il faut croire qu'« un code, si imparfait soit-il, à l'insigne mérite d'exister<sup>43</sup> ».

Peut-être faut-il se résoudre à admettre que ce n'est là qu'un tribut inévitable à payer : parce que la tâche de codification est assurément herculéenne, la mise en place des nouveaux codes appellerait une période transitoire de remise en ordre du

bilis « à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2001 », alors que l'ordonnance les ayant involontairement abrogés date du 14 décembre 2000. *Quid*, au surplus, lorsque l'article rétabli établissait une interdiction, comme c'est le cas de l'article 3 relatif aux banques populaires ? Faudrait-il sanctionner ceux qui l'auraient méconnue dans l'intervalle lacunaire ?

41 En témoigne ainsi la restauration de la compétence des tribunaux de commerce à l'article 127 de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, prévoyant une « prise d'effet » des nouvelles dispositions « à la date d'entrée en vigueur de l'article 3 de la loi n°91-1258 du 17 décembre 1991 », non sans omettre de recourir aux fictions, indispensables alliées : « Toutefois, les décisions prononcées par les tribunaux d'instance et de grande instance, avant l'entrée en vigueur de la présente loi, dans les matières mentionnées aux articles précités du même code [de l'organisation judiciaire] sont, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, réputées rendues par des juridictions compétentes ». La technique employée a toutefois été différente dans la loi portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier au sein de laquelle il fut envisagé de restaurer la validité des clauses de variabilité du capital dans les sociétés civiles. De façon plus radicale, le législateur a proposé ici d'ajouter un nouvel alinéa à l'article 1845-1 du code civil – évitant dès lors la modification du code responsable, manière de minimiser en apparence le dommage – pour prévoir que « les dispositions du chapitre premier du titre III, du livre II du code de commerce relatives au capital variable des sociétés sont applicables aux sociétés civiles ». Mais le but est bien identique. Comme le souligne la « rapporteure » du projet de loi, « à la suite d'une erreur matérielle, l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, relative à la partie législative du code de commerce, a supprimé la faculté pour les sociétés civiles d'avoir un capital variable. Il convient de rétablir le droit antérieur ne serait-ce que pour assurer la légalité des quelques sociétés civiles qui se trouvent dans cette situation et pour respecter la souplesse des règles relatives à la participation dans des sociétés civiles, qui peuvent d'ailleurs n'avoir aucun capital » (rapport AN, n°3196, 26 juin 2001).

42 Les actions portent aussi bien sur les erreurs, sur la valeur réglementaire des codes en attente de ratification que sur les éventuels dépassements de pouvoirs du codificateur.

43 MALAURIE, Ph. et MORVAN, P., *Introduction générale*, Defrénois 2004, n°118, p. 84.

droit positif. Les codes à droit constant se feraient en fait par étapes, la première, celle de la rédaction du code nouveau, devant être suivie de l'intervention correctrice des sources du droit.

17. Plusieurs éléments contribuent, sous cet aspect, à mener une réflexion qui n'est pas encore achevée.

On discutera en premier lieu du point de savoir si les codes facilitent véritablement l'accès au droit. Certes, on a fait valoir que « la codification est un instrument de sécurité parce qu'on n'a plus l'inquiétude de se demander toujours si on n'a pas oublié un texte qui ne serait pas abrogé et demeure ainsi en vigueur. *En principe, le droit applicable est constitué par les textes qui sont dans les codes et rien d'autre*<sup>44</sup> ». Pour autant, il est certain que les codes ne constituent pas le regroupement de tout le droit.

Nul ne le contestera, et sûrement pas la Commission supérieure de codification qui a précisément choisi de ne pas procéder à la codification des règlements des autorités administratives indépendantes<sup>45</sup>, bien qu'ils soient, comme on l'a souligné, de plus en plus nombreux<sup>46</sup>. Dans certains domaines désormais codifiés – on songe au droit de la consommation, au droit financier, à l'audiovisuel –, nul n'ignore l'importance qu'il revêtent, qui pèse par défaut sur le code.

Ensuite et surtout, parce que les règles européennes, même directement applicables, sont hors des codes, recueils exclusivement nationaux : « on voit mal quelle peut être [...] la signification d'une codification opérée dans le cadre national » avait observé B. Oppetit<sup>47</sup>. Les codes en souffrent alors non seulement parce qu'ils seront de fait amputés de textes en vigueur, mais aussi parce qu'ils risquent de reproduire des dispositions internes modifiées ou contredites par des textes d'origine communautaire<sup>48</sup>.

Enfin, les codes à droit constant n'ont évidemment pas pu intégrer les solutions jurisprudentielles qui se sont parfois imposées aux textes codifiés eux-mêmes, au point d'être *contra legem*. On ne saurait évidemment en faire grief au codificateur... bien que celui-ci ait prétendu codifier tout « le droit applicable ». Le résultat est là, qui traduit à nouveau le caractère nécessairement incomplet des codes.

Serait-il alors exagéré de penser que ces codes, construits sur le déclin de la loi, ont précisément pour défaut de ne pas intégrer les sources du droit qui marquent son essoufflement ? Ils reposent sur une conception désuète des sources du droit

44 BRAIBANT, G., « Utilités et difficultés de la codification », *Droits*, 24, 1996, p. 61, spéc. p. 65.

45 BRAIBANT, G., *op. cit.*, p. 69.

46 VIDALIES, A., *Rapport A.N.*, n°1917, p. 11.

47 OPPETIT, B., « L'avenir de la codification », *Droits*, 24, 1996, p. 73 spéc. p. 78.

48 V. SUEL, P., *Essai sur la codification à droit constant*, préc., p. 252 : « Il ne serait pas inutile, mais long et difficile de mentionner, sous les textes d'un code, ceux modifiés ou contredits par une disposition communautaire, ce travail étant d'ailleurs fait par les éditeurs privés ». Pour y remédier, au moins pour partie, la Commission supérieure de codification avait choisi de regrouper, dans une partie communautaire du code, les règlements intéressant la matière codifiée et de mentionner les directives en annexe du code. La suite n'en portera cependant pas témoignage.



positif, qui fait l'impasse sur les sources nouvelles qui irriguent désormais le droit<sup>49</sup>. On reprochait jadis aux exégètes de confondre droit et loi ; la codification à droit constant n'aurait-elle pas un siècle de retard ?

Aussi, une telle codification, parce qu'elle opère un tri entre les différentes sources, revient à méconnaître l'existence d'une interdépendance des normes, d'origines diverses, inhérente au système juridique. Comme si le droit positif pouvait s'appréhender par morceaux.

À quoi s'ajoute, s'agissant des codes déjà promulgués, la dénonciation du retard notable pris pour la codification des textes réglementaires, dont on sait qu'elle dépend d'une procédure distincte de celle des dispositions légales : ainsi, la partie réglementaire du code de commerce de 2000 n'est toujours pas parue à la fin de l'année dernière ; le constat serait encore plus net pour le code des collectivités territoriales (promulgation de la partie législative en février 1996) ou pour le code des juridictions financières (en attente depuis cinq ans).

Comment croire, dans ces conditions, que les codes permettront la connaissance du droit ? Comment ne pas redouter l'effet pervers de codes dont la seule existence peut faire penser qu'ils contiennent l'ensemble du droit applicable<sup>50</sup>, ainsi que l'avait montré Dominique Bureau à propos du Code de la consommation ? Dans cette perspective, le label constitutionnel qui leur est désormais accordé – « facilite l'accès au droit » – semblera non seulement bien discutable, mais plus encore, pourra contribuer à renforcer l'illusion dénoncée.

18. En second lieu, les codes sont-ils véritablement un remède à l'inflation législative ? Au-delà des adaptations qu'ils réclament, évoquées précédemment, on pourra se demander de quelle manière ils pourraient mettre un frein à la frénésie normative. Les codes à droit constant ne sont-ils pas précisément faits pour accompagner l'inflation législative dont ils souhaitent recueillir les fruits ? Leur visée, en effet, n'est pas de figer le droit, mais d'offrir au changement permanent des textes un réceptacle en mouvement constant. Parce que les codes à droit constant ne reposent précisément pas sur l'idée que la loi est stable et permanente, parce qu'ils sont conçus pour recueillir la lettre d'une loi par nature changeante et instable, ils favorisent la réforme constante : « un code n'est pas une œuvre éternelle : sitôt adopté, il est appelé à être modifié<sup>51</sup> ».

Par suite, les codes des éditeurs privés n'auraient-ils pu suffire à permettre ce regroupement qui, effectivement, est souvent indispensable à la recherche de la règle applicable ? Il faut sans nul doute continuer la réflexion, afin de pouvoir apporter ici une réponse convaincante. Mais il est déjà temps de s'interroger sur un processus que le gouvernement favorise sans s'en donner les moyens et que le législateur

49 En ce sens, BRAIBANT, G., *op. cit.*, p. 69 : « Il y a là une série de nouvelles sources qui échappent pour des raisons pratiques ou de principe à la codification nationale ».

50 En ce sens, v. BUREAU, D., « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *D.*, 1994, chron. p. 291, spéc. n°12 et s., p. 294.

51 ZUCARELLI, E., *J.O.A.N.*, séance du 23 novembre 1999, p. 10003.

accepte de laisser se propager hors de lui. Que les doutes nombreux et peu discutables que ces codes entraînent puissent au moins inciter à sortir d'un discours officiel qui nous berce de leurs illusions.

## CODIFICACIÓN CIVIL Y ADMINISTRATIVA \*

Enrique Barros Bourie

*Profesor de la Universidad de Chile*

**N**uestra mesa redonda se enfrenta esencialmente con la pregunta relativa al sentido de la codificación. Siguiendo una distinción asentada, resulta útil asumir como esquema de análisis un sentido formal y un sentido material de codificación.

Formalmente, el código es un ordenamiento de normas referidas a materias de diversa generalidad. El derecho civil codificado pretendió ordenar sistemáticamente las normas relativas a un extenso ámbito de relaciones privadas, que nacen de la familia, de la propiedad, del acto y del hecho jurídico y, finalmente, de la muerte. Codificaciones sucesivas han ordenado las más diversas áreas del derecho. La codificación de derecho constante emprendida en el moderno derecho francés participa de esta característica formal.

Monsieur Braibant nos ha explicado con fineza y claridad los objetivos de esa tarea. En esencia, se trata de la consolidación en un texto ordenado de la legislación vigente dispersa en incontables fuentes legales y reglamentarias. De manera menos estructurada, en nuestra práctica legislativa chilena se habla de “textos refundidos”, que usualmente resultan de autorizaciones que el legislador otorga a la administración para incorporar en un texto ordenado las leyes que han sido objeto de innumerables modificaciones con el correr del tiempo. La ordenación se hace por decreto presidencial y es controlada por un órgano jurídico de la administración.

El procedimiento francés es más comprensivo e institucional. Me parece que la experiencia de la técnica del derecho constante, debidamente ponderada en sus virtudes y debilidades, destacadas estas últimas por el profesor Molfessis, representa una técnica del mayor interés práctico, que favorece el conocimiento y certeza del derecho vigente, y que por esos solos méritos merece la mayor atención. En esencia, se trata de una codificación administrativa, que rastrea, ordena, descubre inexactitudes, incoherencias y defectos y propone un texto que no innova normativamente, pero elimina la carroña legal y pretende hacer luz en el derecho vigente. Desde el punto de vista formal, me ha traído a la memoria la tradición española de las Recopilaciones de Leyes, sobre cuyos orígenes y alcances nos podrán ilustrar los distinguidos historiadores que nos acompañan.

\* Ce texte a été traduit en français par Jean-Pierre Relmy, ATER à l'Université Paris-Sud, Doctorant au Centre d'Etudes et de Recherches en Droit de l'Immatériel (Paris-Sud). La traduction est disponible sur le site : [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

En fin, me parece que esta codificación de derecho constante responde a los principios técnicos del moderno estado administrativo y nos abre luces acerca de la potencia práctica de introducir racionalidad en el confuso "estado de cosas" a que conduce una legislación oportunista, donde concurren fines diversos y con frecuencia contradictorios.

## II

Pero la codificación de derecho constante no es propiamente codificación en un sentido material. Entiendo por tal un ordenamiento que responde a un cierto sistema "interno", porque está articulado en torno a principios normativos y a categorías conceptuales generales, y que usualmente consolida los aportes incrementales de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia. Esta parece ser la naturaleza esencial de la codificación en el derecho privado y de la parte normativa del derecho constitucional.

314

¿Por qué esta diferencia? Porque el derecho no sólo es un programa de conducta (al modo de las regulaciones administrativas), sino también es un ordenamiento inteligible a la luz de principios y de una forma conceptual, que no es monolítica, como ha subrayado Busnelli, pero que está articulada por la experiencia y la razón acumuladas. En el derecho de las regulaciones todo es experimentado como precario. El derecho urbanístico o las regulaciones ambientales son instrumentos utilizados para establecer políticas públicas que cambian periódicamente. Son programas de conducta, que presentan típicamente la estructura de un juicio condicional: dado tal antecedente, se sigue este efecto normativo.

Wittgenstein distinguía "reglas subsuntivas", que son esencialmente ciegas, pues carecen de una lógica interna, y "reglas creativas", que están dotadas de un cierto sentido, lo que les permite dar respuestas incluso para los casos no previstos. La potencia del derecho civil está dada precisamente porque pertenece a esta segunda clase de ordenamientos. Y en este punto reside una diferencia bien esencial con el derecho administrativo.

## III

La legislación especial en el derecho privado, como dice Busnelli, no es especificación lógica (esto es, subsuntiva) del derecho civil, pero puede ser interpretada a la luz de sus principios. Por eso, mientras la codificación administrativa puede favorecer la visibilidad de un material normativo que responde a propósitos políticos que por lo general permanecen ocultos tras los programas condicionales de conducta, la codificación material (civil o constitucional, por ejemplo) es discernible como un orden general que está dotado de sentido. Por eso, ante nuevas realidades, el derecho civil suele adaptarse jurisprudencialmente, de mejor manera si cuenta con el auxilio de la doctrina, sin que por ello se abdique del principio de sometimiento del juez al derecho vigente. De ello hay reiteradas evidencias en la historia del derecho y en el derecho comparado.

Siempre me ha impresionado cómo a partir de las dos reglas que subsistieron de la Lex Aquilia pudo derivarse un extenso título del Digesto. De los ilícitos civiles originales de matar injustamente un esclavo u otro ser viviente de propiedad de otro (capítulo primero) y de causar daño quemando, quebrando o rompiendo (capítulo tercero), fueron inferidas reglas que se extienden a materias muy distintas a esos tipos arcaicos y que, sin embargo, responden al mismo principio del daño causado por el hecho injusto o ilícito. A la época de los códigos decimonónicos no había mercados de valores, pero las reglas sobre el contrato y la responsabilidad tienen la suficiente flexibilidad como para cubrir al menos los aspectos esenciales del abuso de información privilegiada, de actuación de directores de sociedades anónimas en contra del interés los accionistas y de muchas otras cuestiones que jamás estuvieron en el horizonte de Pothier ni de los codificadores.

En este mismo orden de cosas, quisiera citar una experiencia comparada que conocí de cerca. El formalismo contractual que dominó el derecho europeo y americano del siglo XIX, que se expresa en el aforismo de francesa claridad, “*qui dit contractuel dit juste*”, conduce a que donde haya consentimiento la aplicación de lo pactado resulte inexcusable para el juez. Sin embargo, en todo el derecho comparado ese principio formal debió ser puesto a prueba, simplemente porque en ciertas situaciones conducía a resultados inicuos. Y esta conclusión era independiente de la vigencia del principio de libertad para contratar. Por ejemplo, si se ha contratado bajo condiciones generales (en contratos de adhesión), los hechos suelen controvertir por sí mismos el principio de que es contrato lo que formalmente puede tenerse por acordado: ¿qué ocurre si alguna de las cláusulas propuestas está expresada en un lenguaje técnico ininteligible para un lego?; ¿o si han sido redactadas de un modo que induce a error?; ¿o sí, en la confianza de que el comprador no las leerá, alteran dramáticamente la economía del contrato? La jurisprudencia alemana posterior a la guerra buscó caminos que resultaran normativa y conceptualmente coherentes para ejercer un control judicial sobre cláusulas de este tipo: si la cláusula era subrepticia, se entendía que no había consentimiento; si se alteraba la conmutatividad básica del contrato sin aviso específico, se entendía que la conducta del proponente era contraria a las buenas costumbres contractuales; si era inductiva a error, se consideraba una actuación contraria a la buena fe. De este modo, se creó por el Tribunal Supremo una doctrina consistente sobre la materia, que luego de treinta años fue recogida por una ley especial sobre condiciones generales de contratación. Y después de 25 años de práctica en la aplicación de esa ley especial, con ocasión de la reforma al derecho de obligaciones que entró en vigencia en 2002, las reglas fueron incorporadas al BGB. De las reglas y principios generales del derecho de los contratos se derivó una doctrina jurisprudencial, que fue concretizada en una ley especial y que luego regresó al código civil. Desde el punto de vista de la idea de codificación, la incorporación de estas reglas a un código civil resulta discutible. Pero la historia tiene el mérito de mostrar el dinamismo implícito del derecho civil.

#### IV

El derecho privado histórico participa de dos fuerzas dialécticas de expansión y consolidación, en el juego recíproco de la experiencia y la razón. Es la idea de los **Restatements** norteamericanos, ordenamientos que resultan de un trabajo académico privado, que ni siquiera tiene reconocimiento legislativo. Sin embargo, gozan de la enorme autoridad de recopilaciones largamente discernidas del derecho vigente, que consolidan orientaciones jurisprudenciales a la luz de los criterios ordenadores de la doctrina. La codificación civil tiene mucho de consolidación de una práctica doctrinaria y jurisprudencial anterior.

Porque el derecho privado se puede desarrollar a partir de su lógica interna, no hay que asombrarse de su continuidad y de la semejanza de sus principales institutos en el derecho comparado. Pero el punto central que explica esta naturaleza de "orden creativo" y no meramente "subsuntivo", reside en que no se trata de programas de conducta, que resultan de una racionalidad puramente técnica, sino de reglas que atienden a la relación entre personas y cuyo sentido es inseparable de las ideas normativas que les subyacen (por encontradas que éstas sean).

316

Atendida esta naturaleza del derecho privado, coincido con Busnelli en la extrema conveniencia de cuidar la generalidad de los códigos civiles. Por lo mismo, comparto la crítica que, en la misma orientación, ha formulado Pasquau a la reforma reciente del BGB en materia de derecho de obligaciones, que incluye reformas de efectos generales (como en materia de daño moral), pero también reglas muy específicas, que difícilmente responden al propósito de un código general (como ocurre, por ejemplo, con buena parte de las modificaciones en materia de compraventa).

Aún algunas reforma recientes al código francés son susceptibles de la misma crítica. Es el caso de las reglas sobre responsabilidad por productos defectuosos: ¿por qué no incorporar también responsabilidad ambiental o profesional?

#### V

La comunicación del señor Braibant nos ha mostrado una forma de trabajo que se adecúa correctamente a la naturaleza reguladora del derecho administrativo moderno. El riesgo radica en la generalización de ese modo de pensar.

Del mismo modo como hay alguna teoría jurídica que mira unilateralmente al derecho a la luz del derecho administrativo, y que necesariamente ignora la estructura y formas argumentativas del derecho civil, así también, cuando se hace referencia a la codificación, conviene tener presente las diferencias entre el derecho civil y el derecho de las regulaciones, tanto en su técnica, como en su horizonte normativo.

Por eso, la "administrativización" del derecho civil amenaza su alma como derecho privado. Al revés, la tarea de la codificación del derecho constante resulta ser un importante instrumento, en manos cuidadosas, para crear un orden, al menos textual, en el caos normativo del estado regulador.

## COMMENT CODIFIER ? LA MÉTHODE \*

François Chabas

Professeur à l' Université Paris XII – Val de Marne

**D**ans une de ses admirables eaux-fortes, le grand Francisco (de Goya y Lucientes) a illustré le thème : « *El sueño de la razón produce monstruos* ». Et je me suis souvent demandé si ce qui produit des monstres, c'est le sommeil de la raison ou le songe.

Était-ce un rêve ? ; était-ce un accès de folie quelque peu mégalomane ? Cette nuit Portalis devant moi s'est montré. Comme aux jours de sa gloire pompeusement paré. Même il avait encore cet éclat emprunté que les costumiers du Consulat et de l'Empire savaient donner aux grands du régime. Et dans la nuit, ses yeux doublement aveugles (*Portalis era ciego*) scintillaient. Il arrivait à leur faire exprimer comme de la haine.

Et il m'apostropha :

— « Qu'avez-vous fait de mon Code ? J'avais pourtant caressé de grands espoirs lorsque, au milieu du *xx<sup>e</sup>* siècle, par l'œuvre d'un homme de notre trempe, des pans entiers de notre ouvrage avaient été repensés, refondus, rajeunis. Le Code civil devenait dynamique, mais il gardait son harmonie, son équilibre, sa grandeur. Tout siècle n'a pas son Portalis ou son Tronchet. Vous en aviez un. Que ne l'avez-vous gardé ? »

Et le fantôme continua :

— « Toi-même, qu'as-tu fait pour préserver mon œuvre ? »

— « Maître, maître. Que pouvais-je faire ? Je ne suis qu'un modeste professeur, un humble commentateur, un co-rédacteur mineur. »

— « Tu n'as pas protesté quand on l'a rabaissé, abîmé, pollué. »

— « Rabaissé ? Abîmé ? Pollué ? »

— « Rabaissé, oui. Te rappelles-tu cette décision du Conseil constitutionnel où vous avez érigé en « exigence constitutionnelle » un des plus beaux fleurons de mon Code ? Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer !

« Crois-tu que nous avons besoin de ce bouquet de fleurs de plastique au pied de notre monument ?

\* Este texto ha sido traducido al español por Mauricio Tapia, vicepresidente de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, coordinador académico del congreso y de esta obra, profesor de la Universidad de Chile. La traducción se encuentra disponible en el sitio: [www.andresbello.org](http://www.andresbello.org)

« Français, combien avez-vous eu de constitutions ? Il n'y a qu'un seul Code civil.

« Il n'avait pas besoin de cet hommage, éphémère comme les constitutions, éphémère comme la jurisprudence qui n'a pas hésité à passer outre, ensuite, à cette "exigence constitutionnelle".

« Et puis, mon Code, vous l'avez abîmé, avec des adjonctions médiocres qui en rompent l'harmonie. Que sont ces articles 1386-1 et suivants ? Des transcriptions, au demeurant infidèles, d'une norme ponctuelle bruxelloise. Il fallait les mettre ailleurs. Mon Code, c'est le *Gattamelata*, le *Colleone*, *La Marseillaise*. Vous lui avez accolé un *Manneken Pis*.

« Enfin, mon Code, vous l'avez pollué.

« Libre à vous d'instituer un Pacte Civil de Solidarité. À chaque temps ses mœurs ; ou, plutôt, sa tolérance. Mais Cambacérès lui-même n'eût pas mis "ça" dans le Code civil. Ces lois-là, on les cache, on ne les montre pas aux petits enfants. »

La vision, sur ces mots, s'est effacée. Portalis n'était plus là. Y avait-il jamais été ? Mais les paroles que je lui prêtais, et qui sortaient de mon subconscient, m'avaient fait mal ; m'avaient fait honte.

318

Mais ces monstres que le sommeil ou le songe de ma raison avaient produits, sont-ils immortels ? Ont-ils étouffé notre Code ? Oh non !

Notre Code reste un joyau précieux. Nettoyons-le des scories qu'y avaient introduites le xx<sup>e</sup> siècle vieillissant et rescintilleront de tous leurs feux les diamants de cette inépuisable rivière. Qu'un auteur de trente-cinq ans ait pu récemment consacrer à l'article 1135 l'une de plus belles thèses de ces cinquante dernières années nous rassure sur la pérennité du Code et sur le respect dont les jeunes générations l'entourent. C'est avec elles et par elles que s'effectuera la reconquête.



**ALLOCUTIONS FINALES  
ET TABLE DES INTERVENANTS**



## ENVOI

Christian Larroumet

*Presidente de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, profesor de la Université Paris II Panthéon-Assas*

Quisiera señalarles, en primer lugar, que no efectuaré un largo discurso final de síntesis (*rapport de synthèse*), como suele hacerse en algunos coloquios, para no abusar del poco tiempo disponible. Este congreso ha sido sumamente rico e interesante, y quisiera agradecer a todos los conferencistas que participaron preparando conferencias y comentarios y, en particular, a aquellos que atravesaron el Atlántico para estar presente hoy aquí.

Así, solamente voy a transmitirles algunas reflexiones acerca del tema que nos reúne.

En nuestro congreso hemos partido de la historia, porque la codificación hoy forma parte de la historia. Es un patrimonio común histórico a nuestras culturas. Es por eso que la discusión acerca de su evolución futura es una preocupación común a todos los presentes. En tal sentido, debemos recordar el gran trabajo efectuado por los precursores de la codificación, Domat y Pothier, y por los grandes codificadores del siglo XIX: Portalís, para el caso de Francia y Andrés Bello, para los países de América Latina.

Sin embargo, hoy existen algunas ideas erróneas sobre la función que debería cumplir la codificación en el futuro. Durante este coloquio, hemos abordado el tema de las relaciones entre la codificación y la Nación, cuyos nacimientos estuvieron estrechamente vinculados durante todo el siglo XIX. No cabe duda, en los primeros años de organización de la Nación, los códigos cumplieron una tarea fundamental de unificación e integración.

Pero en la actualidad, existen intentos de efectuar codificaciones supranacionales, como es el caso de la eventual codificación europea, que tanto se ha discutido en este congreso. Estas ideas, o impulsos codificadores, vienen impuestas desde Bruselas, mediante un acto de autoridad burocrática, o de la iniciativa de profesores, por medio de una visión idealista y cándida.

Todo ello es un error, el código es patrimonio de cada uno de nuestros países y su aplicación, interpretación y evolución es la tarea de cada jurisdicción nacional. Por supuesto que nuestros códigos civiles necesitan cambios, transformaciones, adaptaciones. Ese es el gran desafío que enfrentamos para el futuro. Pero el código civil –y más generalmente el derecho privado– debe permanecer como el patrimonio particular de cada uno de nuestros países, como un reflejo adecuado de sus tradiciones y

modos de vida. El enriquecimiento de nuestros códigos y de nuestras legislaciones nacionales viene de la comparación con otras legislaciones y de la importación de conceptos, mecanismos e instituciones que se pueden adaptar, con o sin transformación, a nuestra cultura, nuestra mentalidad y nuestro carácter de actores de la vida social y económica. La verdadera unificación del derecho toma mucho tiempo y es, en realidad, el producto de la comparación y de la interacción de los sistemas jurídicos.

De todas maneras, esto no constituye un obstáculo en favor de la unificación inmediata respecto a los contratos transfronterizos, porque, en este campo, los problemas son esencialmente económicos, sin aspectos culturales. Tal es lo que se admitió en los principios de UNIDROIT relativos a los contratos de comercio internacional. Se puede hacer lo mismo en Europa con los Principios europeos del derecho de los contratos elaborados por la comisión Lando. Sin embargo, no se puede ir más allá. Lo que se está preparando por una comisión bajo la dirección del profesor alemán, Christian von Bar, debe ser rechazado. Es demasiado temprano para unificar de una manera autoritaria las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea.

322

Finalmente, quiero agradecer a todos quienes por su trabajo infatigable hicieron posible este congreso. En particular, agradecer a los miembros de la Asociación que participaron activamente durante los últimos meses en su organización: Paulina Andrés, Jean-Michel Blanquer, Cristina Botero, María Claudia Crespo Brauner, Bernardo Carvajal, Alfredo De Jesús O., Paula De Morães-Bouvier, Guillaume Fatio, Víctor Flores, Maritza Formisano, Jean-René García, Miguel García, Giovanna Garzón, Victoria Gómez-Pellón, Lucía Grandín-Perea, Eduardo Guevara, Macarena Humeres de Fatio, Margie-Lys Jaime, Anderson Lobato, Itzel Lombardo, Khalil Mihoubi, Sandra Lima Alves Montenegro, José del Carmen Ortega, Matías Pérez, Oswaldo Pérez, Carlos Pizarro, Sebastián Ríos, Pedro Saghy, Mauricio Tapia, José Miguel Valdivia y Francisco Victoria-Andreu.

Muchas gracias por sus asistencias y nos encontraremos en futuras manifestaciones que organizará nuestra Asociación.

## REMERCIEMENTS AU NOM DE L'ASSOCIATION ANDRÉS BELLO DES JURISTES FRANCO-LATINO-AMÉRICAINS

**Mauricio Tapia**

*Vice-président de l' Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, coordinateur académique du congrès et de cet ouvrage, professeur à l' Université du Chili*

Au nom de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, je voudrais adresser nos remerciements à tous ceux qui ont rendu possible la réalisation de ce congrès international.

Je tiens tout d'abord à remercier pour leur haut patronage M. Christian Poncelet, Président du Sénat – qui nous a accueilli dans cette magnifique salle de conférences – et M. Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice.

Je souhaite ensuite remercier les institutions qui nous ont accordé leur appui, essentiel pour l'organisation d'une manifestation de cette ampleur : Ministère des Affaires étrangères, Ministère de la Jeunesse, de l' Education Nationale et de la Recherche, Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine (IHEAL, de l'Université Paris III), Université Paris II Panthéon-Assas, Universidad Externado de Colombia, Universidad de Estudios de Postgrado en Derecho (Mexique), Agence Universitaire de la Francophonie, Editions Dalloz, Editions du Juris-Classeur-Litec (Groupe LexisNexis), van Dieren Éditeur, Ordre des Avocats à la Cour de Paris, Hinestrosa & De Jesús Abogados (Caracas), Banco Interamericano de Desarrollo, Universidad Politécnica Hispano-Mexicana et Universidad de Medellín. Ainsi que la collaboration de : Universidad de Chile, Universidad de las Américas-Puebla (Mexique), Ambassade de Bolivie en France et Ambassade du Chili en France.

Nos remerciements vont également à tous les membres de notre Association qui, sous la présidence du professeur Christian Larroumet, ont réalisé un travail remarquable pour ce congrès depuis le début de l'année 2003 : Paulina Andrés, Jean-Michel Blanquer, Cristina Botero, Maria Claudia Crespo Brauner, Bernardo Carvajal, Alfredo De Jesús O., Paula De Morães-Bouvier, Guillaume Fatio, Víctor Flores, Maritza Formisano, Jean-René García, Miguel García, Giovanna Garzón, Victoria Gómez-Pellón, Lucía Grandin-Perea, Eduardo Guevara, Macarena Humeres de Fatio, Margie-Lys Jaime, Anderson Lobato, Itzel Lombardo, Khalil Mihoubi, Sandra Lima Alves Montenegro, José del Carmen Ortega, Matías Pérez, Oswaldo Pérez, Carlos Pizarro, Sebastián Ríos, Pedro Saghy, José Miguel Valdivia et Francisco Victoria-Andreu.

Finalement, je remercie pour leur précieuse et essentielle collaboration : Bruno Baufumé, Raynald Belay, Catherine Brouard-Gallet, Laetitia Brunin, Georges Couffignal, Alfredo De Jesús S., Alain Delcamp, Guillaume Deroubaix,

Patrick-François van Dieren, Olivier Douvreur, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Rafael Encinas de Munagorri, Antoine Guiraud, Jean de Hauteclocque, Fanny Hay, Sophie Monroy, Loreto Morras de Schilling, Philippe Péjo, Rachel Ralph, Jean-Pierre Relmy, Valérie Sagant, S.E. Marcelo Schilling, Anne Senemaud, Carla Soto, Emmanuel Tôis, Raphael Trannoy, Charles Vallée et François Wicker.

À toutes et tous, en tant que vice-président de l'Association et coordinateur du congrès, je vous adresse nos remerciements pour cette magnifique réunion tenue à l'occasion du bicentenaire du Code civil français qui est, comme l'a exprimé Andrés Bello, « le plus célèbre des codes et celui qui a servi de modèle à tant d'autres ».

## TABLE DES INTERVENANTS

### ATILIO ALTERINI

Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Buenos Aires (Argentine) ; Membre honoraire de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains ; Professeur à l'Université de Belgrano (Argentine) ; Professeur invité à l'Université Paris II Panthéon-Assas ; Professeur honoraire des Universités de San Marcos, de San Agustín et Catholique d'Arequipa (Pérou) ; Docteur *honoris causa* des universités de Tucumán (Argentine), de la República (Montevideo, Uruguay) et de San Martín de Porres (Lima, Pérou) ; Arbitre auprès le Tribunal d'Arbitrage du Mercosur ; Membre invité de l'*European Group on Tort Law* ; Membre de l'Académie des privatistes européens ; Membre de la Commission de rédaction du nouveau Code civil argentin (projet de 1998). A notamment publié : *Droit des obligations civiles et commerciales* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998) ; *Contrats (civils, commerciaux, de consommation) Théorie générale* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998) ; *Le MERCOSUR. Structure général* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994) ; *Sujets de responsabilité civile contractuelle y extracontractuelle* (Buenos Aires, UBA, 1995) ; *Rapport sur la responsabilité civile dans le Projet de Code de 1998* (Buenos Aires, La Ley).

### ENRIQUE BARROS

Professeur de droit privé et directeur de l'École des diplômés de l'Université du Chili ; Membre honoraire de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains ; Membre adjoint à la Cour Suprême de Justice du Chili ; Arbitre à la Chambre Chilienne de

Commerce ; Docteur en droit (Munich, Allemagne) ; Membre du cabinet « Barros, Court & Correa » (Chili). Auteur d'ouvrages et d'articles de droit privé et de théorie du droit, notamment d'un *Cours de responsabilité civile extracontractuelle*.

### DANIÈLE BOURCIER

Directrice de recherche au Centre de recherche en science administrative (CNRS-Université Paris II Panthéon-Assas) ; Directrice du laboratoire du CNRS Informatique Droit Linguistique (1983-1995) ; Expert auprès de la Commission Européenne (Groupe européen d'Informatique juridique) et du Groupe *Genomics and Informatics-Privacy and Security Issues* ; Responsable du Réseau thématique pluridisciplinaire Droit & Système d'information ; Membre du Groupe interministériel Service public d'accès au droit et du Comité du Service public de bases de données juridiques (créé en 1999). A notamment publié : *Intelligence artificielle appliquée au droit* (Barcelone, Université ouverte de Catalogne, 1999) ; *Informatique et droit* (Ninji Novgorod, Presses universitaires, 2000) ; « Complexité versus intelligibilité. Pour de nouvelles formes de communication du droit », in *Actes du Colloque CREIS Téléservices publics, Usages et citoyenneté* (Paris, CREIS, 2001).

### GUY BRAIBANT

Vice-président de la Commission supérieure de codification (France) ; Président honoraire de section du Conseil d'État ; Membre de la Commission nationale consultative des droits de l'homme ; Représentant

du Président de la République et du Premier Ministre à la Convention qui a rédigé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. A notamment publié : *Codification, in Encyclopædia Universalis* (Paris, Encyclopædia Universalis, 1993) ; « Problèmes actuels de la codification française » (Paris, Revue française de droit administratif, 1994) ; « Utilité et difficultés de la codification » (Paris, Droits n°24, 1996) ; « Codifier : pourquoi ? comment ? » (Paris, Revue française d'administration publique n°73, 1995) ; « La Codification française » (Paris, La revue administrative, n°278, 1994) ; « La Commission supérieure de codification », in La codification (sous la direction de Bernard Beignier, Paris, Dalloz, 1996).

#### **BERNARDINO BRAVO LIRA**

Professeur à l'Université du Chili (Santiago). A notamment publié : « La diffusion du Code civil de Bello dans les pays de droit castillan et portugais » (Valparaíso, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 1982) ; « Relations entre la codification européenne et la latino-américaine » (Valparaíso, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 1984) ; *Les deux visages de la codification en Europe continentale et en Amérique Latine : légale et judiciaire* (Pamplona, Eunsa, 1992) ; *Le Code civil de Napoléon et le droit latino-américain* (Lima, Université Pontificale Catholique du Pérou, 1997).

#### **FRANCESCO DONATO BUSNELLI**

Professeur à la *Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa* ; Professeur à l'Université de Pise ; Membre de l'*European Group on Tort Law* ; Membre du Conseil National Italien de Bioéthique ; Membre de l'*International Academy of Comparative Law* et de l'*Asocia-*

*zione italiana di diritto comparato* ; Conférencier invité à plusieurs universités d'Amérique Latine et d'Europe. A notamment publié : *Diritto civile* (Turin, UTET, 1987-1996), *Danno e responsabilità civile* (Turin, 1997) ; *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale* (Naples, 1984).

#### **GUY CANIVET**

Premier Président de la Cour de cassation française et membre honoraire de l'Association André Bello des juristes franco-latino-américains

#### **FERNANDO CARRILLO**

Conseiller principal de la Banque Interaméricaine de Développement ; Ancien Ministre de la Justice de Colombie ; Magister en droit à l'Université d'Harvard ; Professeur à Sciences Po ; Professeur invité à l'American University-Washington D.C. A notamment publié : *Democracies in Development* (2002) ; *Justice Delayed* (1997) ; *L'économie politique de la réforme de la justice* (1995).

#### **FRANÇOIS CHABAS**

Professeur à l'Université Paris XII – Val de Marne ; Directeur du Diplôme d'études approfondies de droit privé et président de la section de droit privé de cette Université. Auteur de plusieurs ouvrages de droit civil, notamment le *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* et les *Leçons de droit civil* (avec H. L. et J. Mazeaud), *Cien Años de responsabilidad civil en Francia* (Paris, Van Dieren, 2004) ; Auteur de nombreux articles, chroniques et notes de jurisprudence dans revues françaises et étrangères.



## **LUIZ EDSON FACHIN**

Professeur et directeur de la Faculté de Droit de l'Université Fédérale du Paraná (UFPR) ; Docteur en droit (Université Catholique de São Paulo) ; Membre de l'*International Society of Family Law*, de l'Institut brésilien de droit de famille, de l'Institut des avocats brésiliens, de l'Institut des avocats du Paraná et de l'Académie paranense de lettres juridiques. A notamment publié : *Éléments critiques du droit de famille* (Rio de Janeiro, Renovar, 1999), *Réflexion sur les fondements du droit civil brésilien contemporain* [organisation] (Rio de Janeiro, Renovar, 1998) ; *Sur la Paternité : Rapport biologique et affectif* (Del Rey, 1996) ; *Commentaires sur la Constitution fédérale* [co-auteur] (Edições Trabalhistas, 1991) ; « Intervention des tiers dans le procès civil » (*Revista dos Tribunais*, 1989) ; *Le rôle social de la possession et la propriété contemporaine : une perspective de l'usucapion immobilière rurale* (Sérgio Fabris, 1988) ; *Nouveau concept de l'acte et de l'affaire juridique: conséquences pratiques* (Scientia et Labor-Educa, 1988) ; *Théorie critique du droit civil* (Rio de Janeiro, Renovar, 2003, 2<sup>e</sup> éd.)

## **ALEJANDRO GUZMÁN BRITO**

Doyen de la Faculté de droit de l'Université Pontificale Catholique de Valparaíso ; Professeur à l'Université Pontificale Catholique de Valparaíso et à l'Université du Chili ; Président de la Commission académique pour la réforme du Code civil et du Code de commerce (Chili, 2002) ; Membre étranger de l'Académie des privatistes européens (2002). A notamment publié : *La codification civile latino-américaine. Siècles xix<sup>e</sup> et xx<sup>e</sup>* (Santiago, Editorial Jurídica, 2000) ; *Andrés Bello codificateur. Histoire de la fixation et de la codification du droit civil au Chili* (Santiago,

Editorial Universitaria, 1982) ; « La Révolution française et la législation civile et constitutionnelle » (Santiago, *Revista de Humanidades*, 1989) ; « Codification, décodification et recodification du droit civil chilien » (Santiago, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1993).

## **JEAN-LOUIS HALPÉRIN**

Professeur à l'École normale supérieure ; Ancien doyen de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Bourgogne (Dijon) ; Président du Comité scientifique (groupe « Exposition ») pour la célébration du deuxième centenaire de la promulgation du Code civil français, organisée en partenariat par la Cour de cassation, l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et l'*Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*. A notamment publié : *L'impossible Code civil* (Paris, PUF, 1992) ; *Codes et traditions culturelles* (Florence, Université de Florence, 2000).

## **FERNANDO HINESTROSA**

Président de l'Université Externado de Colombie ; Membre honoraire de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains ; Professeur émérite de l'Université Externado de Colombie ; Professeur honoraire de l'Université Autonome de Guadalajara (Mexique) ; Professeur invité à l'Université Paris II Panthéon-Assas ; Ancien Ministre de la Justice et ancien Ministre de l'Éducation Nationale de Colombie ; Ancien Ambassadeur de Colombie auprès du Saint Siège ; Ancien juge de la Cour Suprême de Justice de Colombie ; Ordre Andrés Bello de la République du Venezuela ; Chevalier de l'Ordre du mérite de la République Française ; Président honoraire de l'Alliance Colombo-Française à Bogota. A notamment

publié : *Traité des obligations ; concept, structure, vicissitudes* (Bogota, U. Externado de Colombie, 2002) ; « Codification, décodification et recodification » (*Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* n° 323, 2003) ; « Codici, università, scienza giuridica : una strategia per l'unificazione del diritto in América Latina » (*Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione dil diritto in Europa e in América Latina* n° 1, 1996) ; *L'avenir du droit des dommages* (Modène, Mucchi Editore, 2000).

#### EMMANUEL JOLIVET

Conseiller général de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre Internationale de Commerce à Paris ; Docteur en droit ; Auteur d'une thèse sur les Incoterms.

#### CHRISTIAN LARROUMET

Président de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains ; Professeur de droit privé à l'Université Paris II Panthéon-Assas ; Directeur du Diplôme d'études approfondies de droit privé général et chargé des relations de l'Université Paris II Panthéon-Assas avec l'Amérique Latine ; Professeur honoraire de l'Université Externado de Colombie et de l'Université APEC de Saint-Domingue ; Conférencier invité à plusieurs universités étrangères, notamment de l'Amérique Latine ; Membre du cabinet « SEP Hauteclocque & Larroumet » (France). Auteur de plusieurs ouvrages de droit privé, notamment : *Droit civil. Introduction* (Paris, Economica, 1998), *Droit des biens* (Paris, Economica, 1998), *Les obligations. Le contrat* (Paris, Economica, 2003) ; Auteur de nombreux articles, chroniques et notes de jurisprudence dans revues françaises et étrangères.

#### YVES LEQUETTE

Professeur et directeur de l'École doctorale de droit privé de l'Université Paris II Panthéon-Assas ; Membre du Conseil scientifique de cette Université. A notamment publié : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* (Paris, Dalloz, 2000) ; *Droit civil, les obligations* (Paris, Dalloz, 1999) ; *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (Paris, Dalloz, 1998) ; *Droit civil, les successions, les libéralités* (Paris, Dalloz, 1997) ; « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar » (*Recueil Dalloz*, 2002).

#### MATTHEW C. MIROW

Professeur à l'Université Internationale de Floride (USA) ; Professeur invité à plusieurs universités d'États-Unis, d'Angleterre et de Colombie ; Membre du Centre latino-américain et caribéen de la FIU ; Éditeur de l'*American Journal of Legal History*. Auteur d'une thèse intitulée *American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America* (Université Catholique de Louvain-University of Texas Press, 2004).

#### NICOLAS MOLFESSIS

Professeur et responsable du laboratoire et du DEA de sociologie du droit de l'Université Paris II Panthéon-Assas. A notamment publié : *La langue française et le droit, in Langue et droit* (Bruxelles, Bruylant, 2000) ; « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine* (Paris, Economica, 1999) ; « Le renvoi d'un texte à un autre », in *Les mots de la loi* (Paris, Economica, 1999) ; « Le nouveau code de procédure civile et le droit constitutionnel », in *Les vingt ans du nouveau code de procédure civile* (Paris, La documentation française, 1998) ; « Illusions de la codification à

droit constant et la sécurité juridique » (Paris, Revue trimestrielle de droit civil, 2000).

#### **CARLOS MOLINA**

Professeur à l'Université de Medellin et à l'Université de Rosario (Colombie); Docteur en droit (Université Paris II Panthéon-Assas); Professeur invité à l'Université de Nanterre-Paris X; Auteur d'ouvrages et d'articles de droit public.

#### **NOEMIA C.M. DE OLIVEIRA NOVAES**

Avocate; Spécialiste en Législation des Institutions Internationales de l'Université de Genève; Membre du Conseil de consultation de la Chambre de commerce franco-brésilienne; Conseillère à la Banque Mondiale dans le domaine des contrats internationaux; Membre du cabinet « Pinheiro Neto Advogados » (Brésil).

#### **MIGUEL PASQUAU LIAÑO**

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne); Juge à la Cour Supérieure de Justice d'Andalousie; Professeur invité à l'Université Paris II Panthéon-Assas; Docteur en droit (Université de Grenade - Espagne). A notamment publié: *Code civil et l'ordre juridique. Autre réflexion sur l'avenir du droit civil* (Grenade, Comares, 1994); *Les particularités du langage juridique sous le regard du juriste, in Introduction à la traduction juridique* (Grenade, Comares, 1996); *Code civil. Doctrine et jurisprudence* (Madrid, Trivium, 1995); *Jurisprudence civile commentée* (Grenade, Comares, 2000).

#### **MATÍAS PÉREZ**

Secrétaire général de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains; Professeur de droit civil à l'Université

Nationale Autonome du Mexique; Docteur en droit (Université Paris II Panthéon-Assas); Avocat aux barreaux du Mexique; Il a été consultant (*outsourcing consultant*) dans plusieurs cabinets d'avocats mexicains et internationaux; Conseiller législatif de la Commission du Commerce du Sénat au Mexique. Auteur de multiples articles dans plusieurs revues juridiques mexicaines et étrangères notamment sur le droit des contrats.

#### **OTHÓN PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO**

Président de l'Université des Etudes Supérieures en droit (Mexique); Professeur à l'Université Nationale du Mexique; Président de la Fédération Nationale des Collèges d'Avocats (Mexique); Notaire à Mexico D.F.

#### **LEONEL PEREZNIETO CASTRO**

Professeur à l'Université Nationale Autonome du Mexique; Docteur en droit (Université de Paris); Professeur invité à l'Université de Californie (cours *Droit comparé Mexique - États-Unis*) et à l'Université de Valence - Espagne (cours *L'insertion du Mexique dans le Traité de libre commerce de l'Amérique du nord*); Représentant mexicain de la Commission de Nations Unies de droit mercantile international (UNCITRAL); Membre de la Commission de négociation du Traité de libre commerce (Mexique - États-Unis). Auteur de plusieurs ouvrages et articles de droit privé, droit international privé, droit commercial et droit comparé.

#### **CARLOS PIZARRO**

Professeur à l'Université Diego Portales et à l'Université du Chili; Docteur en droit privé (Université Paris II Panthéon-Assas); Professeur invité à l'Université Paris II Panthéon-Assas; Correspondant chilien de l'Association Andrés Bello des juristes franco-

latino-américains ; Directeur de la *Revue chilienne de droit privé*. Fernando Fueyo Laneri (Santiago). Auteurs d'ouvrages et d'articles de droit privé.

#### **CHRISTIAN PONCELET**

Président du Sénat français

#### **CARLOS RAMOS NUÑEZ**

Professeur à l'Université Pontificale Catholique du Pérou et à l'Université de Lima ; Professeur-chercheur à l'Institut Max Planck (Allemagne) ; Professeur invité à l'Université de Séville (Espagne). A notamment publié : *Le Code de Napoléon et sa réception en Amérique Latine* (Lima, Université Pontificale Catholique du Pérou, 1997) ; *Codification, technologie et postmodernisme* (Lima, Ara, 1999).

#### **SEBASTIÁN RÍOS**

Membre de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américaines ; Professeur assistant à l'Université du Chili ; Avocat au barreau du Chili ; Doctorant en droit privé, Université Paris II Panthéon-Assas. A publié *La protection civile du droit à la vie privée* (« Prix Université du Chili », « Prix Fernando Fueyo », Santiago, Lexis-Nexis, 2003)

#### **SALVADOR ROMERO BALLIVIÁN**

Professeur à l'Université Catholique Bolivienne ; Professeur aux Universités Mayor de San Simón, Mayor de San Andrés et Andina Simón Bolívar ; Docteur en sociologie politique et en politiques publiques (Institut d'Études Politiques de Paris) ; Magistrat à la Cour Nationale électorale de Bolivie. Auteur d'ouvrages et d'articles de droit politique.

#### **MOISÉS ROMERO BERISTAIN**

Directeur du département de droit de l'Université des Amériques-Puebla (Mexique) ;

Professeur de droit administratif et libertés publiques à cette Université.

#### **MAURICIO TAPIA**

Vice-président de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, coordinateur académique du congrès et de cet ouvrage ; Professeur de droit privé à l'Université du Chili ; doctorant en droit privé (Université Paris XII - Val de Marne) ; Codirecteur de la « Collection de droit français contemporain » (Paris, van Dieren Éditeur) ; Membre du cabinet « Barros, Court & Correa » (Chili). Auteur d'ouvrages et d'articles de droit privé, notamment : *Contrat par adhésion* (« Prix Fernando Fueyo », « Prix Université du Chili », avec J.M. Valdivia, Santiago, Ed. Jurídica, 2002) et *Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénale et civile* (Paris, Gazette du Palais, 2003) ; Traducteur en espagnol d'ouvrages de François Chabas et de Jean Carbonnier.

#### **ISABELLE TOULEMONDE**

Chef du Service des affaires européennes et internationales du Ministère de la Justice français

#### **JOSÉ MIGUEL VALDIVIA**

Directeur de la communication de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains ; Assistant à l'Université du Chili ; Doctorant en droit (Université Paris II Panthéon-Assas) ; Codirecteur de la « Collection de droit français contemporain » (Paris, van Dieren éditeur) ; Avocat au barreau du Chili. Auteur d'ouvrages et d'articles de droit public et de droit privé, notamment : *Contrat par adhésion* (« Prix Fernando Fueyo », « Prix Université du Chili », avec M. Tapia, Santiago, Ed. Jurídica, 2002) et *La responsabilité de l'administration de l'état en France* (Mexique, à

paraître) ; Traducteur en espagnol de Jean Carbonnier.

#### **FRANCISCO VICTORIA-ANDREU**

Vice-président de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains ; Doctorant en droit (Université Paris III Sorbonne-Nouvelle) ; Professeur invité aux Universités de Nancy et du Havre ; Membre du « ICC's Latin American International Arbitration Group » ; Associé du cabinet « Mariscal, Irizar & Associés » (Paris).

#### **ARNOLDO WALD**

Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro ; Arbitre du Centre de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Argentine-Brésilienne. A notamment publié : *Direito civil. Introdução e parte geral* (Sao Paulo, Saraiva, 2003) ; *Direito das coisas* (Sao Paulo, Saraiva, 2002) ; *Direito das sucessoes* (Sao Paulo, Saraiva, 2002) ; *O novo direito de familia* (Sao Paulo, Saraiva, 2003) ; *O novo direito monetario* (Sao Paulo, Malheiros, 2002).



## TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos p.5

### ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

Christian PONCELET (Message lu par Louis Duvernois)	8
Isabelle TOULEMONDE	11
Guy CANIVET	14
Christian LARROUMET	16

### I. ORIGINE DES CODES

Présentation par Mauricio TAPIA, président de séance	18
Jean-Louis HALPÉRIN : <i>L'origine politique des codes, de l'Europe à l'Amérique latine</i>	21
Bernardino BRAVO LIRA : <i>Comienzos de la codificación en Europa continental y América hispánica (1750-1804)</i>	29
Alejandro GUZMÁN BRITO : <i>La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas</i>	47
Matthew C. MIROW : <i>El origen común de los códigos de dos continentes</i>	75

### II. EVOLUTION DE LA CODIFICATION DEPUIS LE XIX<sup>E</sup> SIÈCLE

Présentation par José Miguel VALDIVIA, président de séance	80
Carlos RAMOS NÚÑEZ : <i>Los inicios de la descodificación civil en el Perú: El segundo derecho intermedio (1852-1936)</i>	85
Carlos PIZARRO : <i>La importancia de la Doctrina en los procesos de codificación</i>	99
Othón PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO : <i>Evolución y tendencias de la codificación civil mexicana</i>	103

### III. POURQUOI FAUT-IL UN NOUVEAU CODE?

#### LES NOUVEAUX CODES LATINO-AMÉRICAINS AU XXI<sup>E</sup> SIÈCLE

Présentation par Alfredo DE JESÚS, président de séance	112
Présentation par Sebastián RÍOS	113
Atilio A. ALTERINI : <i>Los nuevos códigos latinoamericanos en el siglo XXI</i>	115
Arnoldo WALD : <i>Les nouveaux codes de l'Amérique latine: le code brésilien</i>	125
Salvador ROMERO BALLIVIÁN : <i>Una visión sintética sobre la evolución de la codificación boliviana</i>	139
Noemia C.M. DE OLIVEIRA NOVAES : <i>Les nouveaux codes latino-américains au XXI<sup>e</sup> Siècle</i>	143

#### IV. COMMENT CODIFIER ? CODIFICATION ET CONNAISSANCE DU DROIT

Présentation par Francisco VICTORIA, président de séance	148
Luiz Edson FACHIN : <i>Le juriste de demain et la connaissance du code civil</i>	151
Danièle BOURCIER : <i>Codification et légistique à l'heure du numérique</i> <i>De nouveaux outils pour mieux gérer et connaître le droit</i>	165
Moisés ROMERO BERISTAIN : <i>Codificación y conocimiento del derecho</i>	187
Carlos MOLINA : <i>Codification et Connaissance du droit</i>	191
Présentation d'un projet de l'Association par José del Carmen Ortega	196

#### V. COMMENT CODIFIER ? CODIFICATION ET INTÉGRATION RÉGIONALE

Présentation par Matías PÉREZ, président de séance	200
Yves LEQUETTE : <i>Codification civile et intégration européenne</i>	203
Miguel PASQUAU LIAÑO : <i>Códigos nacionales y codificación del derecho privado europeo: ¿Un viaje a ninguna parte?</i>	215
Fernando CARRILLO : <i>Codificación e integración en América Latina</i>	229
Leonel PEREZNIETO : <i>La codificación en México y la influencia del derecho estadounidense a través del tratado de libre comercio de América del Norte</i>	243
Emmanuel JOLIVET : <i>Codification et intégration régionale</i>	253
Présentation d'un projet de l'Association par Oswaldo Pérez	257

334

#### VI. COMMENT CODIFIER ? LA MÉTHODE

Présentation par Mauricio TAPIA, président de séance	260
Francesco Donato BUSNELLI : <i>Comment codifier ? La méthode</i>	265
Guy BRAIBANT : <i>Comment codifier ? La méthode</i>	275
Fernando HINESTROSA : <i>¿Cómo codificar? El método</i>	285
Nicolas MOLFESSIS : <i>Comment codifier ? La méthode</i>	299
Enrique BARROS : <i>Codificación civil y administrativa</i>	313
François CHABAS : <i>Comment codifier ? La méthode</i>	317

#### ALLOCUTIONS FINALES

Christian LARROUMET	321
Mauricio TAPIA (remerciements au nom de l'Association)	323

TABLE DES INTERVENANTS	325
------------------------	-----

#### TABLE DES MATIÈRES





**Ces Actes du colloque international  
« L'Avenir de la codification en France et en Amérique latine »  
qui a été organisé par  
l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains  
et s'est tenu au Sénat, Palais du Luxembourg les 2 & 3 avril 2004  
ont été édités dans la collection « Les colloques du Sénat »  
sous la direction du professeur Christian LARROUMET  
et la coordination du professeur Mauricio TAPIA.**

**Ils ont été achevés d'imprimer dans l'Union européenne  
le 30 août 2004, sur les presses  
de l'imprimerie REPROTECHNIQUE à Montrouge (France).**

**La conception et la réalisation graphiques en ont été confiées à  
VAN DIEREN ÉDITEUR, à Paris.**

**L'Association remercie José Miguel Valdivia pour le choix iconographique  
et Mauricio Tapia pour le choix de la citation de l'image reproduite en couverture.  
Le portrait d'Andrés Bello qui y figure appartient aux Archives centrales « Andrés Bello »  
de l'Université du Chili, qui a gracieusement autorisé cette reproduction.**

**isbn 2-11-111960-1 • issn 1295-6694**



**A** l'occasion de la célébration du bicentenaire du *Code civil des Français*, l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains a rassemblé dans un congrès tenu au Sénat français les 2 et 3 avril 2004 des professeurs, professionnels et étudiants en droit de France et d'Amérique Latine afin d'échanger leurs opinions sur l'avenir de leur patrimoine juridique commun : la codification.

Les interventions ont été axées, au-delà de l'influence qu'a eue le Code Napoléon en Amérique Latine, en particulier grâce à l'œuvre d'Andrés Bello, sur sa perte d'influence au XX<sup>e</sup> siècle ainsi que sur l'éventuel renouveau de la codification au XXI<sup>e</sup> siècle, son ambition et ses méthodes.

**C**on ocasión del bicentenario del Código Civil francés, la « Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains » reunió, en un congreso organizado en el Senado francés los días 2 y 3 de abril de 2004, a profesores, profesionales y estudiantes de derecho de Francia y de América Latina con el fin de intercambiar opiniones sobre el futuro de su patrimonio jurídico común: la codificación.

Las intervenciones se referieron, más allá de la influencia que tuvo el Código Napoleón en América Latina debida especialmente a la obra de Andrés Bello, a la pérdida de su influencia en el siglo XX y también al eventual renacimiento de la codificación en el siglo XXI, su ambición y sus métodos.

Ces Actes sont édités  
sous la direction du professeur Christian Larroumet  
et la coordination du professeur Mauricio Tapia

CE COLLOQUE S'EST TENU À PARIS DANS LE CADRE DU BICENTENAIRE DU CODE CIVIL  
ESTE CONGRESO TUVO LUGAR EN PARÍS EN EL MARCO DEL BICENTENARIO DEL CODIGO CIVIL



*Ce volume s'inscrit dans la série de publications destinées à rendre compte des manifestations et colloques institutionnels organisés par le Sénat ainsi que, le cas échéant, par ses commissions ou délégations. Cette collection est l'expression de la volonté d'ouverture du Sénat. Elle a pour vocation de mieux faire connaître son activité de réflexion et sa force de proposition*

Retrouvez le Sénat sur internet : [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

