

# Le juriste de demain et la connaissance du code civil

Luiz Edson Fachin

## 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.

*O presente estudo é uma homenagem à vida e à obra da Professora Anna Maria Villela, que amou o Direito, os livros e a França.*

## 1. Introduction :

Alberto Bueres (1986, p. 32) 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 du droit actuel fait face à un monde changeant, surtout dans les domaines social et économique. Ce qui est valable aujourd’hui le sera demain”.

Cette proposition permet d’analyser les rapports transitoires existant entre la connaissance et la codification, transpercés d’un idéal d’uniformisation, précision et nourris d’un désir de simplicité et 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.

Il faut donc se demander quelles seraient les limites et les possibilités de cette aspiration – quelle qu'elles soient, idéal d'uniformisation, précision, prévision et simplicité –, sans négliger non plus la vigueur du nouveau Code Civil brésilien<sup>1</sup>. Voilà notre questionnement et nous tâcherons d'y trouver une réponse.

Pietro Perligieri (2002, p. 6) 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."

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

L'éclairage est sur Martín Santomé, personnage principal d'un roman<sup>2</sup>, *La Tregua*, écrit par Mario Benedetti<sup>3</sup>. L'incohérence apparente de cet homme était 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 se passe 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 re-personnalisation, dépatrimonialisation. C'est la traversée des codes archaïques aux souffles hypothétiques de jeunesse émancipatrice du Droit qui approche 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, 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 tout de suite s'est éteinte, fugace. L'une de ces lumières, qui malgré son apparition éphémère, paraissent qui existent 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>4</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 : l'idée de codification est-elle sur quel plan ? 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 (1979, p. 59), 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".

Pour Pietro Perlingieri (2002, p. 4), 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 tendancielle complète d'un secteur. L'expérience de la codification – dont les racines sont à la Révolution Française et n'est pas une caractéristique typique de tout l'ordonnement étatique – a donné vie en Ita-

lie, par rapport à la discipline ici étudiée, au Code Civil de 1865 et à celui (encore en vigueur) de 1942".

Pour Francisco Amaral (2003, p. 123), 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'."

Amaral (2003, p. 123) affirme encore que "la codification présente des avantages, comme celle de simplifier le système juridique, ce qui permet non seulement la connaissance et l'application du droit, mais encore d'élaborer les principes généraux de l'ordonnement qui seront la base de l'adaptation du droit à la complexité de vie réelle, ce qui explique le triomphe de la codification ces trois siècles. L'inconvénient est que la codification empêche le développement du droit, produit de la vie sociale qui ne peut être circonscrit, limité, apprivoisé par des structures formelles et abstraites".

### *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, soit l'enseignement aussi bien que la recherche juridique, peuvent atteindre dans le discours et la pratique juridiques.

Ici sont 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 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 (2001, p. 297), 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 inderterminés 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.

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 engagées à son époque et ses dilemmes.

Découvrir le nouveau Droit Civil dans cet horizon est une option cohérente qui lail-

se tomber les conceptions didactiques qui ont tout simplement pour but d'illustrer; c'est un chemin de sacrifices qui ne coexiste avec l'inertie ni la répétition.

Pietro Pelingieri (2002, p. 2) 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 qu'elle permette l'individualisation du rôle et du sens de la juricité dans l'unité et complexité du phénomène social. Le Droit est une science sociale qui a chaque fois plus besoin de plus grandes ouvertures; obligatoirement sensible à toute modification de la réalité, celle-ci comprise dans sa plus large acception".

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 faire attention cours d'introduction du Professeur Docteur Alberto J. Bueres.

Le présent a les portes ouvertes au XXI<sup>ème</sup> siècle. Le juriste de demain sera-t-il engagé à la nouvelle direction que le Droit Privé a pris?

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 que rend plus clair le sens du discours juridique-didactique et la pratique séparée de lui.

#### 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 minime 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.

Le processus de privatisation de l'État qui est en cours suggère une réflexion sur la dé-institutionnalisation de ce modèle reconstruit 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 minime".

Il ne s'agit pas de plaider en faveur du modèle d'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, comprendre le temps actuel, marqué 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 réservé une analyse plus profonde et plus large, même si l'on peut déduire le leitmotiv qui pousse la recherche de voies économiques et politiques pour trouver une issue à l'impasse légué 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, la crise hypothétique généralisée contemporaine 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 laps de temps du XX<sup>ème</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>ème</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 basé sur un jugement déprécié, historiquement arriéré et équivoqué.

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 tout simplement attesté. Une grande quan-

tité 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 considéré 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, "prêt-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 plural.

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. A 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 commencée 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 ne reconnaître que le 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 répersonnalisation, par exemple) s'agit-il d'un renouvellement intérieur et profond ou tout simplement de retouches qui se passent dans 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 subtiles méthodologiques 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 signifie 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 quelque chose de fondamental, 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 qui se sont passés, surtout depuis les années 50, n'ont pas été suffisantes 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 vrai enseignement juridique, d'une formation éloignée d'un enseignement pétrifiée 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 éloignée de l'exégèse pure. 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 constitutionaux*

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 manière que tout le système, dont l'orientation et le fondement sont dans la Constitution, se dirige vers sa protection. 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 Stefano Rodotà (2002, p. 302). Lorsqu'on lui a demandé son avis sur le moment historique actuel au Brésil puisque les nouveaux codes entrent en vigueur et en Europe et on parle de la Codification supranationale, il a affirmé que : "je sympathisais avec ces tentatives de codes comme celles faites, par exemple, en Europe parce que les règles concernant la tendance supranationale d'établir des règles produites directement par le marché sont élaborées par les intellectuels du droit, même si par un moment bref il s'agit tout simplement, pour ainsi dire, des codes. 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 manière 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>ème</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".

Il se passe donc, en ce qui concerne le Droit dogmatique traditionnel, une inversion du cible de préoccupations de l'organisation juridique, ce qui fait le Droit avoir pour but ultime la protection de l'être humain en tant qu'instrument pour son plein développement.

L'inversion du locus de préoccupations doit également se passer 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 infraconstitution-

nel 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>ème</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, celui qui était le plus mis en relief, est au deuxième plan. La codification patrimoniale immobilière n'a plus la garantie constitutionnelle, ce qui a marqué le Code Civil en 1916.

Par conséquent, privilégier le patrimoine, au contraire de ce que l'on pourrait penser à partir d'un point de vue peu approfondi de ce qui signifie 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 le tout ou en partie, est inconstitutionnelle.

Dans ce sens, l'évaluation de la constitutionnalité d'un diplôme légal, face à la re-personnalisation imposée à partir de 1988, doit prendre en compte la suprémacie de la protection de la dignité humaine en ce qui concerne les rapports juridiques patrimoniaux. Il en découle qu'un diplôme légal - et il faut préciser, quoique 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 qui 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 trite en partie des rapports sans contenu patrimonial, c'est-à-dire ceux de Droit de Famille. Tout de même, la majeure partie des articles de ce livre traite des rapports surtout patrimoniaux.

La distribution des matières obéi 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, qui avait une préoccupation surtout patrimonialiste, impose au Droit la concrétisation de la dignité de l'être humain. Cet ordre d'idées 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 (2002, p. 301) 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 activité sont ajoutées des règles 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 et ce qu'il dénomme 'risque de développement et croissance'. D'autre part, il ne lui échappe pas que si l'on juge conforme à la mondialisation la régression du Droit de l'État, avec l'incorporation de la *lex mercatoria*, "telles 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'économicisme 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”.

Toutefois, Iturraspe (2000, p. 299) affirme que les Codes ne peuvent pas effacer les microsystèmes, 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 il se passe également avec la Constitution au Brésil.

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 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.

Il est évident qu’il faut demander une convocation destinée non seulement au débat indispensable sur le nouveau code civil mais aussi sur l’ensemble de transformati-

ons nécessaires par lesquelles est déjà passé et par celles qui cependant passera le Droit Civil brésilien.

Il ne s’agit donc pas de discuter un projet, mais de discuter la réforme. La réforme est un processus en train d’être bâti tandis que la codification, en tant que proposition d’unité, est un événement.

Avant que l’on ne voit 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 nouveaux temps et les dilemmes anciens. C’est pour cela que la dimension proposée de la réforme ne commence pas forcément à la codification et trace un programme de réflexion des bases et des fondements de l’organisation sociale.

Il est indispensable 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>ème</sup> siècle comme une sorte de famille royale sans trône, comme un roi sans couronne.

Enfin, pour quoi ou pour qui le système juridique, soit celui du droit privé classique qui s’est basé sur la codification, soit celui qui déborde au présent fluide actuel des microsystèmes.

La propre idée de codification est en train d’être analysé, dans une société à identités multiples, de la fragmentation du corps à la limite entre le sujet et l’objet, la reconnaissance de la complexité s’ouvre vers l’idée de la réforme comme un processus continu de construction et reconstruction. Le présent plural, exemplifié par le manque d’un modèle juridique unique pour les rapports familiaux, est cohérent avec le respect à la diversité et ne s’enferme pas dans une vision monolithique de l’unité.

Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 105) affirme que “la célérité de la vie ne peut être arrêtée par les murailles d’un droit codifié. Les événements, soit dans la simplicité du quotidien, soit marqués par une plus grande sériété, 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”.

Silvio Rodrigues (2002, p. 311) soutenait qu’il était théoriquement contre la codification en raison d’être 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 micro-systèmes 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 code hollandais récemment fait : 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 permet 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.

À la veille du troisième millénaire se demander 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 de 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 (1993, p. 23) dit que la neutralité apparente des formes juridiques d’espèce 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 in-

trinsèque du droit. Au contraire, elles constituent l’expression, une expression historiquement déterminée, de son historicité intrinsèque, de son profil de phénomène historique.

Ainsi qu’Ulysse, qui après avoir erré pendant quelques années par des sentiers abrupts rencontre Ítaca, son île, nous espérons que l’avenir réserve, pour la nouvelle décennie juridique du Droit civil brésilien, de la 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, à l’aide d’un regard spécial du Droit Privé renouvelé, lorsqu’il feuillette de nouveaux albums de la famille juridique, retrouve des labours innovatrices épistémologiques et 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 néolibéral prétend à esquisser les problèmes fondamentaux, on ne trouvera pas, à ce projet contestable qui mérite des critiques et résistance, de réponses effectives qui associent l’homme réel au sens de justice. On essaie d’exclure du public un champ large de droits qui n’ont pas au moins été réalisés pour la grande majorité de la population.

Il est évident, même si quelquefois il ne le soit pas, celui qui offre l’État dans le processus de délégation à d’autres institutions et réduit l’empreinte de la privatisation à des idées et intérêts déjà connus, notamment en Amérique Latine. Les conséquences de cette interférence minimale de l’État et parmi elles, on peut essayer d’en repérer quelques-unes des conséquences de ce projet qui s’ache-

mine déjà dans le domaine des rapports sur lequel on est en train de réfléchir.

Pour Stefano Rodotà (2002, p. 304), il y a une nette perception 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; il s'agit des clauses générales et il est évident que le mot dernier doit être celui du juge. J'y vois un lien très fort, dans l'insertion de l'attendue Constitution Européenne de ces droits fondamentaux, puisqu'à partir de ce moment, le juge aura la flexibilité qui lui attribuée par ce nouveau type de code ou il sera obligé de se rapporter obligatoirement aux principes qui seront la nouvelle chartre de droits. Et je vois cela comme un modèle qui peut être également projeté dans une échelle globale puisque, même le codificateur national, qui sera trouvé d'avantage dans les domaines sur lesquels il y aura des règles supranationales, comme en Europe, ou dans des traités et conventions; ce codificateur devra jouer avec ce registre double et par conséquent, j'y vois une sorte de retour au code. cependant, je ne peux pas m'empêcher de penser que le code a le contenu analytique ou la prétention constitutionnelle".

Voilà le défi et l'alerte que soulève le présent pour les regarder dès maintenant jusqu'à l'avenir.

En raison de cela, nous reprenons la métaphore de Martín Santomé qui oppose le savoir à un simple décor contre l'idée du mouvement et le changement. Le droit et les codes ne peuvent pas être considérés comme des musées qui sont contemplés, comme une culture superficielle; ils doivent être capables d'émettre de la lumière sur la société et sur l'État en tant qu'éléments de transformation.

## Notes

<sup>1</sup> Le nouveau Code Civil brésilien fut institué par la Loi 10.406 du 10 janvier 2002 et entra en vigueur un an après sa publication.

<sup>2</sup> Benedetti (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. A 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".

<sup>3</sup> Mario Benedetti, après avoir publié son premier livre en 1945, *La Vispera indeleble*, écrit plusieurs romans, contes et surtout des poésies; journaliste, il fut critique littéraire. Il naquit le 14 septembre 1920 (BENEDETTI, 1988).

<sup>4</sup> Ce sont des mots de Martín Santomé : "Dernier jour de travail... Fini le bureau. A 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 ?" (BENEDETTI, 1992, p. 180).

## Bibliographie

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELONA, Pietro. *Dirito privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1993.
- BELLO, Andrés. Codificación del derecho civil. In: \_\_\_\_\_. *Escritos jurídicos, políticos e universitarios*. Valparaíso, Chile: Edeval, 1979.
- BENEDETTI, Mario. *Antología poética*. Rio de Janeiro: Record, 1988.
- \_\_\_\_\_. *La tregua*. Montevideo: Arca: Nueva Imagem, 1992.
- BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires: Hammurabi, 1986.
- ITURRASPE, Jorge Monet. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 297-304, out./dez. 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 289, abr./jun. 2001.
- \_\_\_\_\_. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÁ, Stefano. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 225-308, jul./set. 2002.

RODRIGUES, Sílvio. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 303, abr./jun. 2000.