

LE CODE CIVIL QUÉBÉCOIS ET LE CODE CIVIL CATALAN

Elena Lauroba*

Dans son article, l'auteure discute de l'évolution du Code civil catalan avec, comme référence privilégiée, le Code civil du Québec. Elle expose l'histoire de la codification catalane depuis le XXI^e siècle et identifie les rapprochements avec le droit civil québécois. Après avoir discuté des différents apports du droit civil québécois dans divers domaines du code catalan (droit des biens, des fiducies, des personnes morales, des successions, des obligations et contrats et droit de la famille), l'auteure discute brièvement de l'opportunité des travaux européens de codification et de la protection du droit civil face à certaines ingérences indues.

I. La Catalogne regarde l'expérience québécoise

Nous pouvons affirmer de manière catégorique, sans la moindre prétention de séduire le lecteur canadien, que le Québec est un territoire de référence pour la Catalogne. Nous remarquons un notable parallélisme entre plusieurs scénarios et situations politiques qui dénote, à cet égard, une communauté d'élans. Cet intérêt se traduit par une étroite relation à de nombreux niveaux, notamment au niveau académique¹. En effet, à l'heure

* Professeure en droit civil, Université de Barcelona (e.lauroba@ub.edu). Le présent travail s'inscrit dans le cadre des Projets DER 2008-03992/JURI et 2009 SGR 221 (avec le Dr. Badosa comme chercheur principal). L'auteure tient à remercier le professeur Benoît Moore pour l'invitation à participer au Colloque, ainsi que le professeur Patrice Deslauriers pour le support offert à la publication (laquelle maintient, quelques fois, les licences de l'exposé oral). L'auteure tient également à manifester sa reconnaissance pour avoir partagé le 15^e anniversaire du *Code civil du Québec* et à souligner qu'il y a cinq ans, dans le cadre du 10^e anniversaire du Code civil, une professeure de l'Université de Barcelona, qui appartient au même groupe de recherche, a aussi expliqué, à ce moment, l'état du processus codificateur de la Catalogne. Voir Esther Arroyo Amayuelas, « Le Code civil catalan : choix, finalités et transplantations législatives du Code civil québécois » (2005) 46 C. de D. 271.

¹ L'Université de Barcelona comprend un Centre d'études canadiennes très actif. Une partie importante de professeurs catalans en droit privé sont venus au Canada pour étudier des notions civiles. De nombreux échanges dans d'autres domaines juridiques prévalent également, notamment en droit constitutionnel et en sciences politiques. On peut se souvenir de la Journée au Parlement de la Catalogne, le 12 juillet 2005, sur « La portée de l'autonomie politique du Québec », publiée par le Parlement de la Catalogne en 2006, dont le premier Rapport – du professeur de droit constitutionnel Xavier Arbós i Marín – était « Le Québec et la Catalogne, des projets politiques comparés » ce qui se traduit également comme « comparables » en raison de la polysémie des mots. De même, il est assez fréquent chez nous d'incorporer la perspective d'un juriste canadien lorsqu'on fait

d'imaginer et de réfléchir à propos d'un Code civil catalan² – conçu comme instrument déterminant de la consolidation de notre droit civil – nous avons eu comme références privilégiées les solutions du droit civil québécois. Dans l'étude attentive des Codes (classiques), nos juristes ont démontré un attachement spécial aux Codes récents, notamment à ceux des Pays-Bas et du Québec³. Ce dernier a été l'une des références habituelles et l'un des matériaux les plus consultés et examinés au début du processus codificateur catalan, bien qu'il n'ait pas nécessairement été suivi pour toutes les matières.

Cette étude consiste à exposer les raisons qui ont conduit à un effort codificateur complet de la matière civile catalane au début du XXI^e siècle (II) et à identifier les concepts adoptés au regard du droit civil québécois (III).

II. La volonté d'un code civil catalan propre

1. L'actualité persistante de la codification

Dans notre société contemporaine, nous ne pouvons plus concevoir la codification avec la même perspective de la « codification par excellence » du XIX^e siècle. La codification ne peut être envisagée comme un « processus révolutionnaire »⁴, ni être considérée comme une action dirigée à l'endroit et par une classe concrète, soit la bourgeoisie qui avait besoin d'instruments pour consolider sa primauté⁵. La conception des Codes au XIX^e siècle, en tant que façonnement des valeurs de l'individu –

une étude sur le droit public comparé, sans se limiter aux pays européens voisins ce qui constitue généralement la règle. Pour un exemple, voir la contribution de José Woehrling (Université de Montréal), « Superposición y complementariedad de los instrumentos nacionales y provinciales de los derechos del hombre en Canadá » dans Miguel A. Aparicio, Josep M. Castellà et Enriqueta Exposito, dir., *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005, 65. Cela tient beaucoup aux diverses formes de soutien du gouvernement canadien. Comme dernière œuvre de référence chez nous, voir Esther Mitjans et Josep M. Castella, *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2001, notamment le chapitre sur le droit civil canadien, voir Esther Arroyo Amayuelas, « El derecho civil en Quebec : Codificación y recodificación » aux pp. 283-328.

² Ci-après « CcCat ».

³ Le Code civil du Québec, ci-après « C.c.Q. ».

⁴ Molitor et Schlosser, *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1980 à la p. 61.

⁵ Stefano Rodotà, « Aspettando un codice? » (1996) *Rivista critica del Diritto Privato* 3 (juin).

un individu propriétaire! – et pilier de tout le droit non politique⁶, avec vocation de se prolonger dans le temps⁷, ne sert plus de modèle (bien que l'on puisse encore en emprunter des concepts!). De fait, pendant la deuxième moitié du XX^e siècle, cette conception fut substantiellement modifiée; on s'interrogea alors sur le rôle des Codes civils et sur la réalité de sa centralité proclamée. En droit catalan plus particulièrement, les discussions à propos de la « dé-codification » ont occupé une place centrale entre les universitaires, au sein de nombreuses publications et de plusieurs colloques⁸.

Or, de nos jours, nous éprouvons un nouvel élan codificateur, qui se traduit par une « Deuxième Codification »⁹ ou par des Codes de deuxième génération¹⁰. D'une certaine manière, nous pouvons identifier un système cyclique ou simplement réaliser, à l'instar de Reimann, que l'idée de codification est étonnamment élastique¹¹. Néanmoins, la nouvelle codification ne prétend pas récupérer le rôle *quasi constitutionnel* qui caractérisa l'âge d'or du XIX^e siècle; elle se conçoit essentiellement comme une technique pour procurer des structures de rationalité aux normes existantes, telle une façon d'optimiser leur fonction normative. Toutefois cette optimisation va au delà des considérations techniques et permet de concevoir la codification comme « un élément de démocratie »¹², tel qu'identifié par Braibant. La codification contribue

⁶ Mario Ascheri, « A Turning Point in the Civil-Law Tradition: From Ius Commune to Code Napoleon » (1996) 70 Tul. L. Rev. 1045.

⁷ Giovanni Tarello, « Ideologías del s. XVIII sobre la Codificación y estructura de los Códigos » dans *Cultura jurídica y política del Derecho*, México, FCE, 1995, 39.

⁸ Luís Díez-Picazo et Ponce de Leon, « Codificación, descodificación y recodificación » (1992) Anuario de Derecho civil 473; Angel Lopez, « Constitución, código y Leyes especiales. En torno a la llamada descodificación » dans *Libro Homenaje al Profesor Jordano Barea*, Madrid, Academia Sevillana del Notariado, 1991, 451. Le livre de Natalito Irti a été traduit en 1992, voir *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992. On oublie toutefois trop souvent que Irti a évolué, comme le démontrent les textes de *Codice civile e società politica*, Bari, Laterza, 1995.

⁹ Où tiennent place, après le C.c. italien (1942), le C.c. portugais (1966), le C.c. hollandais (1992) et le C.c.Q. (1994). Voir Antonio Pau Pedron, « La segunda Codificación » dans *Seguridad jurídica y codificación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, 73 et dans *Libro-homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998, 19.

¹⁰ On peut se souvenir également, à l'occasion de la commémoration du bicentenaire du *Code civil* français, des contributions des chercheurs sur les codifications « étrangères » récentes, voir notamment *Le code civil 1804-2004, livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004 aux pp. 477-683 [*Le Bicentenaire*].

¹¹ Mathias Reimann, « Towards a European Civil Code: Why Continental Jurists Should Consult their Transatlantic Colleagues » (1999) 73 Tul. L. Rev. 1337.

¹² Braibant, « La problématique de la codification » (1987) 82 R.F.D. Adm. 496.

sans conteste à la réalisation effective de l'État de droit, et ce, pour diverses raisons. D'abord, la codification, en tant que mécanisme de dépassement des contradictions normatives, permet de dominer une certaine « inflation normative », source d'arbitraire. La *systématisation* et la cohérence interne sont à la fois une valeur et une garantie. Ensuite, les Codes contribuent à uniformiser le langage juridique, car la multiplication de lois spéciales entraîne une prolifération de termes partiellement synonymes et de notions polysémiques¹³. Les Codes fournissent, à cet égard, une *généralisation* appropriée des concepts. La codification se transforme, par ailleurs, en une source qui assure une certitude des normes juridiques et en un instrument privilégié de la *sécurité juridique*¹⁴. Enfin, la durée des Codes, objectivement supérieure à celle des lois « ordinaires », facilite une connaissance des individus et leur permet de gérer leurs affaires avec une plus grande stabilité.

La question éternelle, mais reformulée au début du XXI^e siècle, consiste à s'interroger sur la volonté contemporaine de posséder un Code civil. Egea Fernandez précise qu'un Code civil apporte « sécurité juridique, simplification normative et réputation »¹⁵. En droit catalan, la réalisation des « actions positives » qui s'appliquent à toute la société est dirigée vers une consolidation du droit. Dans une telle optique, Roca Trias reconnaît qu'un Code civil est un « instrument de politique juridique » et que l'expression « codification » renferme une triple signification¹⁶ : comme forme d'expression d'une culture juridique concrète; comme instrument juridique pour l'atteinte de certains buts; comme mécanisme pour l'exercice même de la souveraineté¹⁷.

¹³ Mattarella, « Codificazione e stato di diritto » (1998) 2 Rev. trim. dr. proc. civ. 384; Hein Kötz, « Taking Civil Codes Less Seriously » (1987) 50 Mod. L. Rev. 14.

¹⁴ Luis M. Cazorla Prieto, « La codificación como función de los poderes públicos en el estado contemporáneo. El caso español » dans *Seguridad jurídica y codificación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, 53.

¹⁵ Joan Egea Fernandez, « Codificación civil y competencia legislativa de la Generalitat de Catalunya » (2003), en ligne : <http://www.indret.com/pdf/dc08_es.pdf>. Egea Fernandez se prononçait en relation avec le Code civil catalan et nous voulons ici souligner sa « réputation ».

¹⁶ Encarna Roca Trias, « Codificació catalana i codificació europea. El codi civil com a instrument de política jurídica » dans *El dret civil català en el context europeu, Materials de les dotzenes jornades de dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2003, 21.

¹⁷ Comme le précisait la Conseillère de Justice de la *Generalitat* de la Catalogne, Núria de Gispert lors de la présentation de l'édition *Primera Llei del Codi civil de Catalunya*, Quaderns de legislació, 2003 :

L'idée de la codification reliée avec l'idée qui affirme que le cadre territorial sur lequel on applique un Code constitue une nation authentique, dotée d'une autonomie législative, qu'elle ait ou non la forme juridique d'un État (traduction libre).

Le Code se conçoit donc comme un instrument approprié pour exprimer une culture juridique concrète et vise plusieurs objectifs juridiques. En ce sens, la concision, la cohérence interne et la systématisation que procure le Code civil constituent une garantie visant à une meilleure connaissance du droit par les citoyens, dont les Catalans, ce qui sous-tend une application plus efficace du droit.

2. La difficile et inachevée histoire de la codification en Espagne

2.1 *Le XIX^e siècle : huit décennies consacrées à débattre sur le droit codifiable*

Afin de comprendre la situation de la codification en Espagne et en Catalogne, il est indispensable de dresser un bref portrait historique. Devant le succès des processus codificateurs dans certains pays européens, pendant le XIX^e siècle, l'Espagne s'est dotée d'un Code civil en 1889, avec des spécificités remarquables. Tomás y Valiente, historien du droit respecté de la Catalogne, précisait que la codification en Espagne « est la longue histoire d'une frustration »¹⁸, en l'absence d'une conscience claire de ce qu'impliquait la codification *libérale*¹⁹. Nous devons néanmoins avouer qu'en 1805, soit un an après la promulgation du *Code Napoléon*, Carlos IV sanctionnait la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. Celle-ci représentait la dernière compilation officielle de la législation du Royaume castillan, constituée de plus de 4000 lois, jugements (*autos*) et pragmatiques cumulatifs, parfois contradictoires et sans critères de dérogation²⁰.

Face à cette réalité, quelques voix demandaient une systématisation qui tendrait à éliminer les incohérences et la pluralité des solutions. Cette aspiration, poursuivie par les constitutions successives du XIX^e siècle²¹, se

¹⁸ Francesco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del derecho español*, 4^e éd., 1992 à la p. 536. Afin de suivre le processus de codification, voir Juan Francisco Lasso Gaite, *Crónica de la Codificación española*, t. 4, vol. 2, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970. Voir également M. Alonso Perez, *Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos* (Acte académique d'ouverture du cours 1998-99) Université Salamanca, 1998; « Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889 » dans Asociación de Profesores de Derecho civil, dir., *Centenario del código civil*, t. 1, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, 20.

¹⁹ Francesco Tomás y Valiente, « Aspectos generales del proceso de codificación en España » dans *Códigos y constituciones*, 1989, 13. On peut également ajouter le manque d'une bourgeoisie consolidée, comme on la retrouve dans d'autres endroits.

²⁰ Une intéressante vision de certains faits prévaut dans Carlos Petit, « España y el « Code Napoléon » » (2008) 4 *Anuario de Derecho civil* 1773.

²¹ Toutes les constitutions ont incorporé une référence aux Codes, à partir de l'article 96 du *Statut de Bayona* (1808) qui établit : « Las Españas y las Indias se gobernarán

fondait à l'origine sur le problème de la teneur du droit à codifier. Jusqu'à la Guerre de Succession (1701-13), une pluralité de droits coexistaient dans le royaume d'Espagne : ceux de Castille, d'Aragon, des Îles Baléares, de Catalogne, de Navarre, de Valence et de Biscaye. Après la Guerre, le Roi espagnol, Felipe V (petit-fils de Louis XIV), a aboli les droits d'Aragon, de Catalogne, des Îles Baléares et de Valence, soit les droits des territoires qui s'étaient alignés avec l'Archiduc Carlos d'Autriche. Dans le Décret du 29 juin 1707, le Roi manifeste le :

désir de réduire tous [l]es Royaumes de l'Espagne à l'uniformité des mêmes lois, des usages, des coutumes et des Tribunaux, étant tous également régis par les lois de Castille, tellement louables et plausibles à tout l'Univers²².

Aussi le Roi avait-il supprimé la possibilité d'alléguer le droit romain devant les tribunaux, de sorte qu'en pratique, le droit castillan occupait une place prédominante. Dans une même visée et afin de faciliter l'implantation effective du droit castillan, le Roi adopta une pluralité de mesures²³.

Malgré cette déclaration si ferme, la nature des faits – et des sociétés – s'imposa avec une certaine force et Felipe V restitua finalement à l'Aragon, aux Îles Baléares et à la Catalogne leur droit en vertu des *Décrets de Nouvelle Plante* (*Decretos de Nueva Planta*)²⁴. Il s'agissait toutefois d'une restitution partielle, car il maintenait la suppression des institutions législatives des territoires, c'est-à-dire de leurs sources de droit. Le droit récupéré devint donc un droit fossilisé, incapable de se renouveler²⁵.

por un solo Código de Leyes civiles y criminales ». Ce précepte est reproduit aux Constitutions de 1812, 1837, 1869 et 1876, avec une précision supplémentaire aux textes des Constitutions de 1812, 1869 et 1876 : « sans préjudice des variations qui, à cause de particulières circonstances [...] ».

²² « [...] Por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España á la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo », voir *Novísima Recopilación* 3, 3.1. Voir également le Décret du 29 juillet 1707, en ligne : <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT2.pdf>> (Lluís Puig Ferriol, « El denominado problema foral desde la perspectiva de un centenario » dans Asociación de Profesores de Derecho civil, dir., *Centenario del código civil*, t. 2, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, 1619) [Asociación de Profesores, *Centenario del código*, t. 2] [Ferriol, « El denominado problema foral »].

²³ Pour un exposé, toujours pertinent, voir Federico de Castro, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984 aux pp. 215-18.

²⁴ Pour l'Aragon, le Décret du 3.4.1711; pour les Îles, le Décret du 28.11.1715; pour la Catalogne, le Décret du 16.1.1716.

²⁵ Seules Navarre et Biscaye, qui avaient lutté aux côtés du Roi, ont maintenu ainsi leur législation préalable et la possibilité de continuer à légiférer, qui perdurait en raison des guerres carlistes, en 1839.

Ainsi, au moment d'entamer les démarches propres à l'élaboration d'un Code civil, la référence privilégiée – le « matériau » pour son élaboration – est le droit de la Castille. Selon de nombreux juristes, proches du pouvoir et de l'administration étatique, le droit catalan était un « droit municipal » par rapport au « droit commun », soit le droit castillan²⁶. Une telle prétention a été perçue par les juristes d'autres territoires comme une agression à l'essence de leur société. À titre illustratif, l'absence de toute norme sur l'étendue de la liberté de tester a constitué un conflit paradigmatique²⁷. Il y a également eu des débats passionnants sur le respect de plusieurs notions juridiques, dont celle d'emphytéose.

À défaut d'entente, les Projets de Code civil de 1821, 1836 et, surtout, celui de 1851²⁸ ont échoué. Bien que certaines différences semblaient insurmontables, le ministre de la Justice, Saturnino Alvarez Bugallal, a été capable de reconduire le processus avec le Décret du 2 février 1880. Ce Décret intégra à la Commission de codification des juristes issus d'autres territoires de droit civil²⁹, avec la commande de rédiger des Mémoires, lesquels visaient à exposer les principes et les institutions du droit territorial qui, « par leur importance vitale sont, au critère de ces juristes, d'introduction indispensable comme une exception de ces provinces dans le Code civil » – le mot « exception » étant ici éloquent³⁰. Finalement, à la suite de l'édiction de trois *Loi de Bases* (1881, 1885 et 1888) et de deux

²⁶ Pour une référence aux termes précis utilisés et des exemples de leur emploi, voir F. Badosa et Marsal, dir., *Manual de Dret civil català*, Madrid-Barcelone, 2003 aux pp. 62-63 [Badosa, *Manual*].

²⁷ Pablo Salvador Coderch, « El Proyecto de código civil de 1851 y el Derecho civil catalan » dans *La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, 15.

²⁸ Dans les faits, les désaccords se concentrent sur la matière civile, car les autres branches du droit ont été codifiées sans soubresauts. À titre indicatif, voir le *Code pénal* de 1822 (par la suite, *Code pénal* de 1848), le *Code de commerce* de 1829 (par la suite, *Code de commerce* de 1885), la *Loi de procédure civile* (une première version fut adoptée en 1855, puis suivie en 1881 d'une version définitive qui est restée en vigueur jusqu'en 2000) et la *Loi de procédure pénale* de 1882.

²⁹ Curieusement, ce Décret considérait la Galice, qui n'avait pas de normes civiles différentes du *droit commun* – mises à part quelques notes ponctuelles –, comme « un territoire statuaire » (Alvarez Bugallal était Galicien...).

³⁰ Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, « El código civil o la codificación del derecho castellano » dans Asociación de Profesores, *Centenario del código*, t. 2, *supra* note 22 aux pp. 1205-29, dont le titre est déjà assez éloquent. Le juriste catalan a été M. Duran Y Bas auteur de *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña...*, Barcelona, 1883 (éd., 1995) (*Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*), Barcelona, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 1995 à la p. 61. Encore de nos jours, la mémoire demeure une référence pour identifier le droit catalan, malgré le changement copernicien de la société destinataire.

éditions du texte complet, le Code civil a été approuvé en 1889. Il codifiait le droit castillan, soit celui qui prévalait avant le Projet de 1851 – fait reconnu de manière explicite – et signalait la conservation des institutions spéciales des provinces, ainsi que de leur droit supplétif. D'ailleurs, selon l'expression de l'article 12.2 du Code civil à son origine elles « le conserveraient pour l'instant en son intégrité » – les mots « pour l'instant » étant aussi significatifs³¹.

L'article 6 de la *Loi de Bases* de 1888 imposa également au gouvernement l'obligation de présenter devant le Parlement des Appendices, lesquels visaient à conserver les institutions des territoires dont la conservation était appropriée – on parlait des Lois spéciales de Bases de 1881 (no 17). On devait donc rédiger, sous la forme de « chapitres autonomes » visant à assurer le caractère normatif des institutions pour chacun des territoires, un Code général³² – nous insistons sur la notion de « Code général », car il constitue toujours le dessein final visé.

Dans les faits, l'article 12 ou la commande de rédaction des Appendices ne donnaient lieu qu'à des victoires pyrrhiques. L'adoption d'un Code civil en Espagne, qui s'appliquait aux citoyens catalans dans de nombreux domaines, était une menace réelle pour la subsistance d'un droit civil, comme celui de la Catalogne, enraciné dans l'histoire et dans la société, mais méconnu et non développé. Enfin, l'application habituelle par les juges ainsi que par d'autres acteurs juridiques, du droit codifié, même dans les domaines où il y avait des institutions civiles catalanes, sous-tendait la dissolution et l'oubli de notre droit en pratique.

³¹ L'article 12 est formulé en ces termes :

Las Disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4º, libro primero // En lo demás, las provincias y los territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este código, que regirá sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.

Demeurait très importante la place du Code civil après le premier droit supplétif (à défaut de celui-ci). Sur l'article 12 et le régime supplétif, voir Pablo Salvador Coderch, « El derecho civil de cataluña. Comentario al nuevo artículo 1º de la Compilación catalana » dans *La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, 358 [Coderch, « El derecho civil de cataluña »].

³² Au final, seul l'Appendice du droit d'Aragon a été approuvé, en 1925. On peut le consulter en ligne : <<http://www.derecho-aragones.net/intro.htm>>. Afin de situer l'opposition à l'Appendice de la Catalogne, voir Francisco de P. Maspons, « La situación jurídica de Cataluña y la aplicación de los Apéndices al Código civil » (1918) 24 *Revista Jurídica de Catalunya* 368.

2.2 *La nécessité d'avoir une norme écrite : la Compilation du droit civil spécial de la Catalogne de 1960*

Pendant la deuxième République (1931-36), la situation changea. La Constitution de 1931 a reconnu la compétence des régions en matière de droit civil. Le gouvernement catalan, très actif, a légiféré relativement à différentes institutions civiles avec une volonté de moderniser à la fois la société et le droit³³; un effort qui a toutefois été anéanti par la Guerre civile (1936-39)³⁴.

Après la Guerre, les travaux de « codification » ont repris. La diversité des droits subsiste ainsi que la nécessité, même l'urgence, de trouver une solution. Un important Congrès de juristes a lieu à Saragosse au mois d'octobre 1946. Ses conclusions sont énoncées dans le Décret du 23 mai 1947. L'effort se concrétise désormais par une élaboration de Compilations (*Compilaciones*), qui se dissocie du système antérieur des Appendices. Les juristes signalent la différence entre les *Compilaciones* et les *Apéndices* et se fondent sur la prémisse que les droits statutaires étaient :

quelque chose comme un droit exceptionnel, qui s'écarterait des schémas normaux, courants ou généraux qu'avait rassemblés le Code civil. En revanche, les Compilations tendent à se former comme un droit non exceptionnel, mais spécial et qui respecte le Code civil, qui règle certaines matières d'une manière différente que l'a fait à ce jour ceci, mais dont les solutions doivent être considérées si normales qu'elles sont codifiées.³⁵

Cette différence, plutôt technique, ne suppose pas en pratique une modification substantielle qui respecte le modèle initial, car l'État conservait le monopole législatif, et les Compilations servaient à assurer la conservation des institutions (en fait, le droit de la famille et des successions).

³³ Coderch, « El derecho civil de cataluña », *supra* note 31 à la p. 330.

³⁴ Badosa, *Manual*, *supra* note 26 à la p. 42.

³⁵ Ferriol, « El denominado problema foral », *supra* note 22 à la p. 1625.

La Compilation catalane a été approuvée en 1960³⁶. Elle n'est pas une solution heureuse³⁷, bien que, comme droit catalan « établi », elle facilite un positionnement face au droit du Code civil. Le texte est restrictif : tandis que la Commission de juristes catalans avait élaboré, en 1955, un Avant-projet de 569 articles, la Compilation définitive promulguée en comptait seulement 334. Malgré tout, elle devient une référence visant à l'instauration d'un régime démocratique³⁸.

2.3 *La Constitution de 1978*

Comme on le sait, l'Espagne est, de nos jours, un État structuré en Communautés autonomes, douées de compétences exclusives selon une liste de matières données. Certaines Communautés ont compétence pour légiférer sur le droit civil, comme le reconnaît l'article 149.1.8 de la Constitution espagnole³⁹, adoptée en 1978. Cet article octroie à l'État la compétence exclusive sur :

La législation civile, sans préjudice de la conservation, de la modification et du développement, par les Communautés autonomes, des droits civils, des droits découlant

³⁶ Entre 1959 et 1973, les cours espagnoles ont approuvé six Compilations de droit civil, soit celle de Vizcaya et Álava (Loi du 30 juillet 1959); *Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* (Loi du 21 juillet 1960); *Compilación de Derecho civil especial de Baleares* (Loi du 9 avril 1961); *Compilación del Derecho civil especial de Galicia* (Loi du 2 décembre 1963); *Compilación de Derecho civil de Aragón* (Loi du 8 avril 1967) et la *Compilación de Derecho civil foral de Navarra* (Loi de 1^{er} mars 1973). Voir Rafael Ballarín Hernández, « Las Compilaciones de Derecho civil especial hasta la transición política » dans *Derechos civiles de España (Bercovitz –Martínez-Simancas, dirs.)*, Madrid, Aranzadi, 2000, 69 [Ballarín Hernández, « Las Compilaciones de Derecho civil »].

³⁷ Pablo Salvador Coderch, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985 et, plus spécifiquement, l'étude « La Compilación y su historia. Los presupuestos políticos y culturales de la Compilación del Derecho civil de Cataluña » aux pp. 135-227. Pour un ouvrage exhaustif, voir Antoni Mirambell i Abanco et Pablo Salvador Coderch, « Commentaire à l'article 1 CDCC » dans M. Albaladejo, dir., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. 27, EDESA, 1981, 107; Ballarín Hernández, « Las Compilaciones de Derecho civil », *supra* note 36 à la p. 71.

³⁸ Nous ne pouvons partager les observations de Ramon M. Roca-Sastre, « Los elementos componentes de la Compilación » dans *Estudios sobre sucesiones*, t. 1, Madrid, Instituto de España, 1981, 101 :

Le Droit civil catalan, dans sa partie la plus vitale, a été codifié. La Compilation constitue un Code civil pour la Catalogne, dont on conserve la partie la plus substantielle de son régime juridique traditionnel dans cette matière, et où est supplétif le Code civil général ou proprement dit. La dénomination de « Compilation » est une simple ressource empirique de nomenclature différenciatrice, visant à éviter des confusions entre les deux corps légaux.

Prévalait toutefois un notable pragmatisme à la suite des travaux qu'il avait dirigés...

³⁹ Ci-après « CE ».

des « fueros » ou des droits particuliers là où ils existent. Dans tous les cas, les règles relatives à l'application et à l'efficacité des normes juridiques, le cadre juridique en droit civil des formes de mariage, l'organisation des registres et instruments publics, les bases des obligations contractuelles, les normes visant à résoudre les conflits de lois et la détermination des sources du droit, compte tenu, dans ce dernier cas, des normes du droit découlant des « fueros » ou du droit spécial.

La Constitution modifie le panorama antérieur, car elle démontre l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques autonomes qui possèdent leurs propres sources de production. Il n'existe plus une relation à caractère hiérarchique avec le droit étatique, mais une relation concurrentielle en fonction de la matière⁴⁰. Conséquemment, le droit civil espagnol dans son ensemble est formé par une pluralité de structures de niveau territorial limitées, chacune étant régie par ses principes⁴¹. La Constitution attribue une compétence législative aux Communautés autonomes avec un droit civil propre – identifiées initialement par les Compilations préexistantes. La pluralité d'ordres juridiques civils qui coexistent alors est perçue comme un enrichissement, plutôt que comme problème à résoudre. Une année plus tard, en 1979, le Statut d'autonomie de la Catalogne⁴² attribue une compétence exclusive à la *Generalitat* en matière de droit civil (art. 9.2). En 2006, l'article 129 du nouveau Statut d'autonomie l'incorpore également dans une disposition spécifique⁴³.

⁴⁰ Comme le soulignait Susana Navas Navarro, « La competencia en « materia civil » de la Generalidad de Cataluña » (1994) R.D.P. 890. Voir également Jesús Delgado Echeverría, « Los Derechos civiles forales en la Constitución » (1979) R.J.C.

⁴¹ Les régions qui possèdent actuellement un droit statutaire propre, ou un droit particulier, sont les suivantes : Catalogne, Aragon, Îles Baléares, Navarre, Galice, divisions de Biscaye et d'Alava (intégrées en une seule région), Alava – ancienne terre d'Ayala –, et un secteur d'Estrémadure. Le cas de Valence est particulier, car il s'agit du seul territoire qui n'a pas récupéré son droit propre avec un *Decret de Nova Planta*; son droit a simplement disparu. Malgré tout, nous pouvons trouver certaines institutions liées au droit coutumier, qui ont permis de soutenir l'existence d'un droit propre (voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle 121/1992, du 28 septembre – en général, pour les arrêts de la Cour constitutionnelle, en ligne : <www.tribunalconstitucional.es>). Le Statut du pays valencien fixe la compétence exclusive pour la conservation, la modification et le développement du droit foral civil catalan (art. 49) – une compétence qui existait déjà lors de la rédaction originale (art. 31.2). Voir Rafael Verdera, « Competencias de la Comunidad valenciana en materia de derecho privado » dans C. Lopez-Beltran de Heredia, *Instituciones de Derecho privado valenciano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 74 [Verdera, « Competencias de la Comunidad valenciana »].

⁴² Ci-après « EAC ».

⁴³ L'article 129 se lit comme suit :

Correspond à la Generalitat la compétence exclusive en matière de droit civil, avec l'exception des matières que l'article 149.1.8 de la Constitution attribue en tout cas à l'État. Cette compétence inclut la détermination du système de sources du droit civil de la Catalogne.

L'article 149.1.8 CE met en évidence que le Code civil catalan ne peut pas incorporer toutes les institutions civiles. Certaines matières doivent nécessairement être assujetties à la législation étatique. Il s'agit de fixer les frontières de cette coexistence. Ce problème n'est pas non encore résolu, car le texte constitutionnel oblige à interpréter des expressions aussi générales que « conservation, modification et développement du droit civil », ou aussi vagues que « base des obligations contractuelles ». En effet, le débat puise sa source dans l'articulation complète de l'article 149.1.8 CE, c'est-à-dire dans la conception même du développement du droit civil par les Communautés autonomes. Nous retrouvons encore des positions quasi antagonistes. Certains juristes – appelés « formalists » – ont appuyé une interprétation nettement restrictive, liée uniquement au contenu des Compilations – *statuta sunt restringenda*. En revanche, un autre courant, soutenu par les « autonomistes », a justifié une légitimité des Communautés pour régler toute la matière civile, sous réserve de l'article 149.1.8 CE *in fine*⁴⁴. Enfin, une troisième position, celle de la Cour constitutionnelle, a donné lieu à la théorie des « institutions connexes », qui n'a toutefois guère apporté de satisfaction et qui, à notre avis, perd de sa force avec le nouveau Statut d'autonomie. L'EAC permet à la Catalogne de s'atteler à une vaste tâche de construction d'un droit civil propre, avec une lecture restrictive de l'article 149.1.8 CE *in fine*.

Le législateur catalan a évalué, à plusieurs reprises, le « périmètre » de sa compétence, avec une volonté d'éviter des conflits, mais sans renoncer à son exercice. À titre illustratif, la réglementation catalane sur l'hypothèque – ou la possibilité ou l'hypothèse de régler l'hypothèque mobilière – est comprise sous la formule « d'organisation de registres » par un nombre significatif d'acteurs juridiques. Il s'agit bien sûr d'une question de perspective, car la rédaction de l'article 149.1.8 CE ne mentionne pas les hypothèques, contrairement à l'article 15.1° de la Constitution de 1931, dont l'expression liée à la compétence était « l'ordination des registres et hypothèques ». Toutefois, le Parlement catalan a volontairement usé de prudence : le Livre du droit des biens (2006) n'inclut que les particularités de l'hypothèque liées aux institutions spécifiques catalanes – dont l'hypothèque en garantie des pensions compensatoires en cas de sentence de divorce ou de séparation; l'hypothèque en cas de substitution fidéicommissaire; ou l'hypothèque en garantie du droit à urbaniser – comme l'énonce le Préambule de la Loi 5/2006, approuvée au Livre V⁴⁵.

⁴⁴ Jesús Delgado Echeverría, « Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades autónomas en materia de derecho civil » (1994) *Iuris* 40; Verdura, « Competencias de la Comunidad valenciana », *supra* note 41 aux pp. 74 et suiv.

⁴⁵ La norme se rapporte aux « cas spécifiques du droit catalan dont la législation

3. *Le pari du législateur catalan pour « développer » son droit : un processus en trois phases*

Après la CE et l'EAC de 1979, le Parlement catalan a approuvé la *Compilation de droit civil catalan*, en 1984. Il a ordonné et développé une belle manière de surmonter le déficit démocratique qui sous-tend l'origine du texte de la Compilation de 1960 et lui a apporté, à cet égard, une légitimité formelle convenable.

Le nouveau texte, adopté conformément aux principes constitutionnels⁴⁶, a été traduit en catalan. Le législateur a également profité de cette occasion pour introduire quelques modifications afin de garantir que le droit civil compilé soit reconnu comme le *droit commun* de la Catalogne⁴⁷. Or, dès le départ, des juristes catalans ont été convaincus que la Compilation – à la fois comme conception et comme contenu – était une formule juridique peu désirable. Un sentiment généralisé, sur les plans social et juridique, est ressenti quant à la nécessité de se doter de nouveaux instruments juridiques propres et modernes. Le législateur catalan a alors entamé le « développement » – il convient de mettre l'accent sur ce mot emprunté à l'article 149.1.8 CE – de son droit civil dans une finalité d'actualisation.

Le processus de consolidation peut être divisé en trois étapes ou phases, afin de parvenir au CcCat. La première est liée à l'approbation de lois spéciales; la deuxième, à l'élaboration de Codes sectoriels; et la troisième, qui débute en 2002 avec la Première loi du Code civil catalan, consiste à obtenir un Code civil moderne et complet, sauf – en raison de l'attribution des compétences déjà mentionnées – sur les matières énoncées à l'article 149.1.8 CE *in fine*.

3.1 *Les lois spéciales*

Les réformes commencent avec la promulgation de lois spéciales – le critère habituel –, bien que l'on réforme parfois le texte de la Compilation. Plus particulièrement, l'adjectif « spécial » juxtaposé à la loi comporte une

hypothécaire ne donnait pas, jusqu'à présent, de solution convenable » (Pr. III, 17 Loi 5/2006).

⁴⁶ Par exemple, la réforme a éliminé des normes qui fixaient des différences entre les hommes et les femmes, en contravention au principe d'égalité.

⁴⁷ Tel que le démontre l'élimination du terme « spécial » du titre, nous ne traiterons plus jamais de Compilation de droit civil *spécial* de la Catalogne. Le cas échéant, comment la Compilation de droit civil de la Catalogne pouvait-elle être « spéciale » à l'intérieur de son territoire?

double signification⁴⁸. Tout d'abord, il permet de respecter la Compilation et d'identifier des textes légaux qui ne s'intègrent pas au texte de référence. Une seconde « spécialité », liée à la matière, sert à déterminer si l'institution réglée appartient ou non à celles compilées. Ces lois peuvent ainsi développer, d'une manière plus efficace et complète, des institutions réglées par la Compilation et, par la même occasion, vider de leur contenu ou régler des institutions nouvelles, non compilées. Le Préambule de ces lois précise qu'il s'agit de réglementations « autonomes », « complètes », « intégrales ».

De telles lois spéciales peuvent être regroupées, *ratione materiae*, en deux blocs : les lois qui se situent en droit des personnes et celles en matière de droit patrimonial. Au sein du premier ensemble, on règle la filiation, l'adoption et les mesures de protection des mineurs, la tutelle, l'autorité parentale et les aliments entre parents⁴⁹. Dans le second, on traite du cens, de l'action négatoire – avec un régime issu du BGB –, des immixtions, des servitudes, des relations de voisinage, des sûretés possessoires sur un bien meuble (concrètement, du droit de rétention comme droit réel avec *ius distrahendi* et du gage)⁵⁰.

De nos jours, tout semble facile, presque simple. Or, lorsqu'on considère le passé, on prend conscience des difficultés qui ont présidé à l'adoption de ces premières lois civiles catalanes. La filiation en est un exemple patent : la notion était réglée aux articles 4 et 5 CDCC qui reprenaient, de façon concise, le noyau différentiel et le droit historique catalan renvoyant à la libre recherche de paternité⁵¹. Dès 1991, le législateur catalan a alors approuvé une loi sur la filiation. Cette loi a toutefois fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité par le gouvernement central, qui doutait de la compétence autonome⁵². Les termes du conflit étaient clairs et inquiétants : à ce moment, on ne contestait pas la possibilité de réglementer une institution inconnue à la

⁴⁸ Badosa, *Manual*, *supra* note 26 à la p. 57.

⁴⁹ Loi 7/1991, du 27 avril, sur la filiation; Loi 37/1991, du 30 décembre, sur les mesures de protection des mineurs abandonnés et l'adoption; Loi 39/1991, du 30 décembre, sur la tutelle et les institutions de tutelle; Loi 10/1996, du 29 juillet, sur l'obligation alimentaire entre parents; Loi 12/1996, du 29 juillet, sur l'autorité parentale.

⁵⁰ Loi 6/1990, du 16 mars, sur les cens (contrats de rente); Loi 13/1990, du 9 juillet, sur l'action négatoire, les immixtions, les servitudes et les relations de voisinage, c'est-à-dire les activités non résidentielles; Loi 22/1991, du 29 novembre, sur les sûretés possessoires sur un bien meuble.

⁵¹ Il s'agit d'un principe assumé et généralisé, par la suite, à l'ensemble du territoire d'Espagne par la Constitution espagnole (art. 39).

⁵² Recours 1805/1991. Voir Carmen Gete-Alonso y Galera et Francisco de P. Blasco y Galera, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho catalán*, Valencia, Tirant lo blanch, 1992 aux pp. 16-20.

Compilation. L'objection était pire : on doutait de la compétence pour réglementer les aspects non prévus dans le texte de 1960, le restrictif texte franquiste. Heureusement, le gouvernement s'est désisté de son recours.

3.2 Les Codes sectoriels

Après les lois spéciales, l'élaboration de « Codes sectoriels » retient l'attention. Ceux-ci traitent d'une matière complète et usent de mécanismes internes de systématisation et d'intégration. Le Code des successions⁵³ fut le premier Code sectoriel et dérogeait, en ce sens, aux 213 articles de la CDCC. On prétendait, tout simplement, que la réglementation catalane sur les successions était complète, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de recourir au Code civil espagnol. Le Code des successions facilitait, par sa formulation et moyennant des techniques d'interprétation et d'intégration, le comblement des lacunes. Les successions demeuraient sans conteste la matière la plus sensible pour les juristes catalans lors du débat sur la codification au XIX^e siècle.

La volonté d'avoir un texte codifié complet en matière de successions, qui récupérerait certaines solutions liées à l'Avant-projet de 1955 – ce travail préliminaire que la Compilation de 1960 n'avait assumé que partiellement –, notamment le droit des legs⁵⁴, se liait d'une manière essentielle avec le désir d'une connaissance effective de notre droit par les acteurs juridiques.

Par ailleurs, en 1998, le Parlement catalan a approuvé le Code de la famille⁵⁵. On comptait déjà sur les lois spéciales comme matériau pour son élaboration. À cet égard, le Préambule du nouveau Code, qui se prononçait aussi et à la fin sur la volonté de se doter d'un Code civil propre, reconnaissait ce qui suit :

En fait, ce code, dans lequel sont unifiées et harmonisées toutes les dispositions concernant le droit de famille de Catalogne, est une étape de plus du processus de normalisation juridique catalane qui doit déboucher sur le Code civil de Catalogne, processus entrepris en 1984, qui a reçu une impulsion importante grâce à l'approbation

⁵³ Loi 40/1991, du 30 décembre, sur le Code des successions pour cause de mort dans le droit civil de la Catalogne.

⁵⁴ Lluís Puig Ferriol, *El nou dret successori de Catalunya, Setenes jornades de Dret català a Tossa*, Barcelona, PPU, 1994 à la p. 26. Voir aussi, au sein du même ouvrage, Antoni Mirambell, « Els llegats. La nova regulació segons la Llei 40/1991, de 30 de desembre : « Codi de Successions per causa de mort de en el dret civil de Catalunya » » à la p. 90. En général, sur le droit des successions catalan, voir Joan Marsal Guillamet, *El testament*, Barcelona, Departament de Justícia, 2000.

⁵⁵ Loi 9/1998, du 15 juillet, sur le Code de la famille.

du code des successions pour cause de décès et a permis d'élaborer à court terme le code de droit patrimonial.

L'approbation du Code de la famille a aussi été favorisée par la *Loi sur les unions stables de pareille*⁵⁶. Nous pouvons proclamer avec fierté que la Catalogne a été la première Communauté autonome espagnole à avoir reconnu de telles unions. Néanmoins, leur réglementation en marge du Code de la famille démontrait que les unions de fait n'étaient pas encore considérées comme une institution familiale⁵⁷. Cette conception changea toutefois avec l'approbation du Livre II du C.c.Cat.

3.3 *La loi 29/2002, du 30 décembre : première loi du Code civil de la Catalogne*

Avec les deux Codes sectoriels en vigueur, qui sous-tendent une volonté expresse de posséder un Code civil catalan, le législateur a fourni un dernier effort en matière de droit patrimonial. Cela a donné lieu à six lois spéciales, approuvées et pressenties comme un nouveau ressort afin de parvenir à un Code sectoriel patrimonial. Il s'agit de normes sur les pensions périodiques; sur les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation; sur les droits de superficie, de servitude, d'achat et de préemption; sur la cession de propriété d'un terrain en changement d'un bâtiment futur; sur l'accession et l'occupation; sur les droits réels de garantie⁵⁸. Quelques matières, dont les servitudes, avaient préalablement été traitées dans des lois datant des années 1990. Certes, le législateur catalan développait une activité frénétique, mais elle n'était pas toujours accueillie favorablement par les opérateurs juridiques concernés. Ces derniers, bien que fiers d'avoir un droit civil catalan, demeuraient fermement attachés à leur formation, en somme au Code civil espagnol.

⁵⁶ Loi 10/1998, du 15 juillet, sur les unions stables de pareille. (Traduction libre).

⁵⁷ Encarna Roca, « El nou dret català sobre la família » (1999) 1 R.J.C. 9; Joan Egea, « El Codi de família : de la codificació sectorial al futur Codi civil de Catalunya » (1998) 227 La Ley 3. Pour une vision générale du droit de la famille, voir Elena Lauroba Lacasa, « El derecho de familia en España, hoy : del matrimonio indisoluble al matrimonio entre personas del mismo sexo » (2006) 75 Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico 947 [Lauroba, « El derecho de familia en España »]. Sur les couples de fait, voir Esperança Ginebra, « La parella de fet : estudi comparatiu dels aspectes civils de la regulació autonòmica » (2006) 6 Revista catalana de Dret Privat 91.

⁵⁸ Loi 6/2000, du 19 juin, sur les pensions périodiques; Loi 13/2000, du 20 novembre, sur les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation; Loi 22/2001, du 31 décembre, sur les droits de surface, de servitude, d'achat et de préemption; Loi 21/2001, du 31 décembre, sur la cession de propriété, de terrain à bâtir en changement d'un bâtiment futur; Loi 25/2001, du 31 décembre, sur les droits d'accession et d'occupation; Loi 19/2002, du 5 juillet, sur les droits réels de garantie. Pour un commentaire minutieux, voir Colegio de Registradores, dir., *Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, Barcelona, Bosch, 2005.

Durant cette même période, on discute du modèle, de la structure et du contenu du futur Code civil catalan. En 2000, le gouvernement constitue l'Observatoire de droit privé de la Catalogne, un organisme visant à faciliter l'analyse et l'assignation de juristes experts aux tâches de promotion, de divulgation et de réforme du droit civil. Cet organisme, qui incorpore la Commission de codification⁵⁹, possédait – et possède encore – un rôle déterminant dans l'ensemble du processus de codification.

À l'issue d'un débat juridique et parlementaire, la très importante Loi 29/2002, du 30 décembre, soit la première loi du Code civil de la Catalogne, voit le jour. Cette loi établit la structure du futur Code civil de la Catalogne et en précise le contenu. Le Code est conçu comme un Code ouvert, d'approbation progressive, une option liée – dit-on – à l'expérience hollandaise. Les responsables juridiques et politiques ont la conviction que cette conception tend à fournir des solutions qui peuvent s'adapter aux changements sociaux inévitables ou à de possibles réformes et qui peuvent permettre d'incorporer des institutions non encore réglées, sans en forcer la structure⁶⁰. Cette volonté se traduit également par la manière de numéroter l'articulat⁶¹.

Le Code est divisé en six Livres, dont le contenu est le suivant :

A) *Livre premier*, relatif aux dispositions générales, qui inclut les dispositions préliminaires et les règles relatives à la prescription et à la caducité.

B) *Livre deuxième*, relatif aux personnes et à la famille, qui inclut les règles relatives au statut de la personne physique, des matières actuellement comprises dans le Code de la famille et des lois spéciales dans ce domaine (plus particulièrement les conjoints de fait).

C) *Livre troisième*, relatif aux personnes morales, qui inclut les règles relatives aux associations et aux fondations.

⁵⁹ La Commission de codification intègre la « Permanente » et la « Plénière », où des spécialistes du droit (dont des professeurs, avocats, notaires, régisseurs de propriété) analysent et développent certaines matières du droit privé. En ligne : <http://www10.gencat.cat/sac/AppJava/organisme_fitxa.jsp?codi=10672>. Sur l'origine de l'Observatoire et sa structure initiale, voir Amayuelas, « Le Code civil catalan », *supra* note préliminaire à la p. 275.

⁶⁰ Fernandez, « Codificación civil », *supra* note 15; M. Martin Casals, « El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del dret privat europeu » (2002) *Revista Jurídica de Catalunya* 633.

⁶¹ Les articles sont numérotés à l'aide de deux chiffres séparés par un tiret; le premier indique le livre, le titre et le chapitre; le second précise le numéro de l'article dans chacun des chapitres.

D) *Livre quatrième*, relatif aux successions, qui inclut les règles relatives aux matières contenues dans le Code des successions en raison du décès et dans les autres lois spéciales en cette matière.

E) *Livre cinquième*, relatif aux droits réels, qui inclut les règles de cette matière approuvée par le Parlement.

F) *Livre sixième*, relatif aux obligations et aux contrats, qui inclut le règlement de ces matières, y compris les contrats spéciaux et les engagements qui affectent les consommateurs.

Le Code intègre une importante charge de travail déjà réalisée, mais à poursuivre inéluctablement. Le Code de la famille est appelé à se transformer au Livre deuxième; le Code des successions demeure le pilier du Livre quatrième. De même, le Livre III est issu de deux lois sur les associations (1997) et sur les fondations (2001)⁶², adoptées en vertu de la compétence de l'article 9.24 EAC de 1979 – davantage développée à l'article 118 EAC de 2006. On doit également signaler la volonté d'adopter une structure plus vaste, ordonnée d'une manière concrète et davantage précisée par rapport à celle du Code civil espagnol (six Livres plutôt que quatre). Par exemple, on a choisi de traiter des régimes matrimoniaux au Livre des personnes et de la famille à l'instar du C.c.Q.

Malgré la logique de cette initiative, la Loi 29/2002 a fait l'objet, à son tour, d'un recours en inconstitutionnalité par le gouvernement. Un double objectif était alors visé : faire déclarer la loi inconstitutionnelle dans son ensemble et, de manière subsidiaire, déclarer nuls 32 des 38 articles de la loi. Ce qui étonnait le plus était le premier argument qui contestait la compétence du législateur catalan pour élaborer un Code civil propre. Quand on considère la substance des prétentions invoquées, on peut tendre à la conclusion que le gouvernement faisait une lecture toujours « ancrée dans une conception de l'ordre civil presque préconstitutionnel, comme si l'étape des Compilations n'avait pas été dépassée encore »⁶³, ou autrement dit comme si l'article 149.1.8 CE n'était qu'anecdotique.

⁶² Loi 7/1997, du 18 juin; Loi 5/2001, du 2 mai (qui dérogeait à la Loi 1/1982, du 3 mars, sur les fondations privées). On doit signaler que la Loi sur les associations a fait l'objet d'un recours par le gouvernement central, qui soulevait une brèche à l'aspect de droit fondamental de l'association (art. 22 CE). Or, la Cour constitutionnelle a séparé les deux aspects et déclaré valide la quasi totalité de la loi. Pour un commentaire, voir Elena Lauroba Lacasa et R. Casas Valles, « De nuevo sobre las competencias en materia asociativa. La Sentencia 135/2006 del Tribunal Constitucional sobre la Ley Catalana 7/1997, de Asociaciones » (2007) 1 Revista Jurídica de Catalunya 129.

⁶³ Sur la nature du recours intenté, voir Fernandez, « Codificación civil », *supra* note 15.

Le Livre premier comporte deux titres⁶⁴ : les dispositions préliminaires (art. 111-1 / 111-9), ainsi que la prescription et la caducité (art. 121-1 / 122.5). L'article premier précise les sources du droit, lesquelles étaient ordonnées en deux sièges « complémentaires » à la CDCC⁶⁵. Comme tout ordre juridique moderne, la loi est la source principale, tandis que la coutume revêt un rôle secondaire, à défaut de loi applicable. Les principes généraux du droit, sont également une source juridique en tant que mécanismes d'« autointégration » du droit civil de la Catalogne, pour éviter une « hétérointégration » par l'application d'un droit supplétif étranger⁶⁶. De plus, l'article 111-2 reconnaît le rôle de la jurisprudence civile du Tribunal de cassation de la Catalogne – dans la mesure où elle n'a pas été modifiée par la législation en vigueur – de même que celle de la Cour supérieure de Justice de la Catalogne. Cette reconnaissance n'implique toutefois pas de les reconnaître en tant que sources de droit.

À notre avis, l'aspect essentiel renvoie à la conception du droit civil catalan comme le *droit commun* de la Catalogne (art. 111-4 CcCat). Le CcCat possède ainsi un caractère supplétif : « il est le droit commun de la Catalogne, de la même façon que le droit espagnol joue ce rôle pour le reste de l'Espagne »⁶⁷. Toutefois, tel que déjà signalé, la fonction du précepte, lié à la centralité du Code, fait en sorte qu'il doit être considéré comme le droit de référence dans l'analyse des normes de droit étatique de la Catalogne⁶⁸. La volonté de fixer une déclaration expresse appartient à des juristes qui connaissent très, très bien la Disposition préliminaire du C.c.Q.

3.4 Les autres Livres du Code

Le législateur catalan a décidé de modifier la méthodologie employée jusqu'alors, avec l'intention d'aller plus rapidement de l'avant. Plutôt que de rassembler, dans un Code sectoriel, les lois spéciales en matière de droit

⁶⁴ Suivant la formule d'élaboration adoptée, il peut « s'élargir » à l'aide d'autres titres, comme le constate le Préambule II, 1 de la Loi 29/2002.

⁶⁵ Voir l'article 1 et les quatre dispositions finales. Voir Coderch, « El derecho civil de cataluña », *supra* note 31 à la p. 322 : « Hay así un Título preliminar al inicio y otro al final de la Compilación catalana ».

⁶⁶ Aussi, *les principes et son importance* comme limite à une allégation non-discriminée éventuelle de la tradition juridique catalane, la référence à laquelle se trouve dans l'article 111-2, comme expression de la doctrine de l'*iuris continuatio*.

⁶⁷ Badosa, *Manual*, *supra* note 26 à la p. 69; Amayuelas, « Le Code civil catalan », *supra* note préliminaire à la p. 284. Voir aussi Antoni Mirambell i Abancó, « Notes a la Primera llei del Codi civil de Catalunya » (2003) 104 Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña 163.

⁶⁸ Badosa, *Manual*, *supra* note 26 à la p. 69.

patrimonial – liées principalement au droit des biens –, il a choisi d'élaborer directement le Livre sur le droit des biens. Le résultat se retrouve dans la Loi 5/2006, du 10 mai, du Livre cinquième du Code civil de la Catalogne soit la loi relative aux droits réels (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006).

En 2008, deux autres Livres du Code civil catalan ont été approuvés : le Livre relatif aux personnes morales (III)⁶⁹ et le Livre se rapportant aux successions (IV)⁷⁰. Le Parlement continue toujours de débattre sur le Livre II relatif aux personnes et à la famille, qui pourrait être adopté au printemps 2010⁷¹. Aujourd'hui et de façon générale, le Code civil catalan comporte quatre Livres en vigueur. Un Livre demeure toutefois l'objet de débats parlementaires.

L'affirmation du droit civil catalan comme *droit commun* est réapparue lors de l'approbation du Livre V (droit des biens) et du Livre III (droit des personnes morales). Plus particulièrement, le Préambule de la Loi 5/2006 – loi qui intègre au Code civil toutes les matières se rapportant au droit des biens – réitère cette conception du droit civil catalan. Celle-ci se rapporte essentiellement à la fonction sociale de la propriété, que le droit catalan « civilise », dans une perspective *complémentaire* à la perspective constitutionnelle⁷². Le Préambule se fonde, par ailleurs, sur quelques principes qui caractérisent le domaine des droits réels et sont notamment liés à la liberté civile, à la protection des consommateurs et des autres personnes qui nécessitent une telle protection, à la bonne foi, et à la promotion de la sécurité juridique préventive⁷³. De plus, le Livre III s'applique « aux autres personnes juridiques réglées par le droit catalan, dans les divers aspects que le caractère normatif spécial ne régle pas... » (art. 311-1.d)⁷⁴.

⁶⁹ Loi 4/2008, du 24 avril (en vigueur le 2 août 2008).

⁷⁰ Loi 10/2008, du 10 juillet (en vigueur le 1^{er} janvier 2009).

⁷¹ *Bulletin Officiel du Parlement de la Catalogne*, no 384, 19 janvier 2009.

⁷² Elena Lauroba, « Una relectura de la propiedad y su tuición en el Código civil catalan » (2008) 4 *Revista Jurídica de Catalunya* 1038. Voir aussi, sur des données constitutionnelles, Vicente Ll. Montes, « Apunts sobre la propietat i les accions protectores del domini en el Codi civil català » (2008) 2 *Revista Jurídica de Catalunya* 338.

⁷³ Antoni Mirambell i Abancó, « La regulació dels drets reals en el Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya » dans *Àrea de Dret civil*, Universitat de Girona, dir., *La codificació dels drets reals Catalunya*, Girona, Materials de les catorzenes Jornades de Dret català a Tossa, Documenta Universitaria, 2007, 24 [Abancó, « La regulació dels drets reals »].

⁷⁴ La deuxième disposition finale (de la Loi 4/2208, du Livre III) signale que : « Les dispositions du Livre III du Code civil s'appliquent subsidiairement aux coopératives, aux mutualités de prévision sociale et aux Caisses d'épargne ».

3.5 Les obligations et les contrats : le Livre VI comme dernier défi

L'analyse des matières incorporées au Code civil catalan démontre sa vocation complémentaire-supplétive, mais elle sous-tend une absence de réglementation en matière de droit des obligations et des contrats (le futur Livre VI). Un problème d'attribution des compétences semble encore exister, car, comme on l'a vu, l'article 149.1.8 CE *in fine* attribuée à l'État une compétence exclusive sur « la base des obligations contractuelles »⁷⁵. En raison de l'indétermination des termes, empruntés à la Constitution de 1931⁷⁶, et non liés à une catégorie juridique précise, cette matière permet des interprétations diverses et antagonistes. On a invoqué une « concurrence étatique » sur tout ce qui concerne « le droit privé des contrats », ainsi que sur la responsabilité extracontractuelle – une interprétation nettement restrictive des droits des communautés autonomes car selon un simple raisonnement juridique : ce qui est contractuel ne peut pas abriter le domaine extracontractuel! – mais qui trouve un aval dans certains arrêts de la Cour constitutionnelle⁷⁷.

Déjà, la Compilation de 1960 incorporait certaines spécificités catalanes du droit des contrats, dont la rescision des contrats – si l'objet est un bien immobilier⁷⁸ –, et une modalité spéciale de vente, soit la vente « à charte de grâce »⁷⁹. Ces institutions procurent ainsi un dernier argument afin de favoriser la réglementation catalane du contrat de vente et servent

⁷⁵ On doit retenir que le droit des affaires est attribué de manière exclusive à l'État (art. 149.1.6 CE).

⁷⁶ Même dans la Constitution de 1931, le débat sur l'expression et sur son contenu fut remarquable. Voir Esteve Bosch Capdevila, *Les competències legslatives de la Generalitat de Catalunya en matèria de dret civil en la segona república : precedents, textos i discursos*, Barcelona, Departament de Justícia (Generalitat de Catalunya), Parlament de Catalunya, 2006; Esteve Bosch Capdevila, « La distribución de competencias en materia de legislación civil. De la Constitución española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006 » (2007) 701 *Revista crítica de derecho inmobiliario* 1067.

⁷⁷ La STC 71/82, du 30 novembre, s'est prononcée contre le principe de responsabilité objective instauré par le Pays basque dans le Statut du consommateur et a considéré que cette hypothèse altérerait le système de responsabilité prévu par l'ordre général (CC espagnol).

⁷⁸ Sur le sujet, voir Martin Casals, « Comentario del artículo 321 y siguientes de la CDCC » dans Albaladejo García, dir., *Comentarios al código civil y las Compilaciones forales*, Madrid, EDESA, 1987, 451; Martin Casals, « Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium » dans X Jornades de Dret civil català a Tossa (1998), en ligne : <<http://civil.udg.edu/tossa/1998/Textos/martin.html>>.

⁷⁹ Sur le sujet, voir Pedro del Pozo Carrascosa, *La venda a carta de gràcia a la Compilació del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, Fundació Jaume Callís, 1992. Pour une synthèse, voir Juana Marco Molina, « La venda a carta de gracia », dans Badosa, *Manual*, supra note 26 aux pp. 271-76.

d'illustration de la compétence exclusive de la Communauté sur le développement de son propre droit.

III. Le rôle du droit civil du Québec : la référence spéciale au droit patrimonial

Nous avons préalablement signalé comment le législateur catalan a pris connaissance de la Disposition préliminaire du C.c.Q., conçue comme une annonce des règles du droit civil québécois codifié. Aussi, à l'occasion de la rédaction et de l'approbation du Livre premier, les juristes catalans ont étudié les mécanismes québécois de caducité et de prescription, ainsi qu'analysé la réforme du BGB et les *Principles of European Contract Law*⁸⁰. Nous dresserons un bref panorama des différentes matières du droit civil codifiées ou à codifier et, plus particulièrement, du droit des biens et de la famille – en raison de la nature plus étroite de la relation tissée.

1. Le droit de biens : l'influence la plus remarquable

L'influence du C.c.Q. se manifeste tout particulièrement en matière de droit des biens. Dans l'évaluation des meilleures options pour moderniser le droit patrimonial et à élaborer un Code sectoriel de droit patrimonial (avec l'impression d'avoir « fait leurs devoirs », du moins pour l'instant dans le domaine du droit des successions et de la famille), les juristes catalans ont analysé l'expérience québécoise. En 2001, un Colloque intitulé « Le Québec, un modèle de droit comparé pour la Catalogne »⁸¹, a été organisé avec le soutien du Département de la Justice de la Generalitat. Ce colloque a permis aux juristes catalans d'assister aux présentations de leurs collègues québécois : Claude Masse (droit de la consommation au Canada et liens entre la *Loi sur la protection du consommateur* et le C.c.Q.), Madeleine Cantin Cumyn (droit des biens) et Jacques Beaulne (droit des fiducies)⁸².

⁸⁰ Sur la matière, voir Antoni Vaquer Aloy et Albert Lamarca i Marques, dir., *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2005.

⁸¹ Esther Arroyo i Amayuelas, dir., *El Quebec. Un model de dret comparat per a Catalunya (I Jornada internacional sobre el Dret patrimonial i la Codificació)*, Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2001 [Amayuelas, *El Quebec*].

⁸² Claude Masse, « Le droit de la protection du consommateur et le Code civil du Québec. Interdépendances et complémentarités » (pp. 57-83) [Masse, « Le droit de la protection du consommateur »]; Madeleine Cantin Cumyn, « Le droit des biens dans le Code civil du Québec » (pp. 87-99); Jacques Beaulne, « La fiducie en droit civil québécois » (pp. 101-24) dans Amayuelas, *El Quebec*, *supra* note 81.

Dès 2006⁸³, le Livre sur le droit des biens est élaboré et adopté. Pour certains concepts, il emprunte de manière explicite, des notions propres au Code civil québécois. Cette proximité conceptuelle se manifestait davantage dans le Projet – avorté – du Livre cinquième de 2003⁸⁴, un matériel privilégié pour comprendre le texte actuel. Le Projet de 2003 incorporait, par exemple, un chapitre sur l'« administration du bien d'autrui », à l'instar du droit québécois⁸⁵. De plus, l'article 531-29.1 de ce Projet fixait, dans le cadre de la prescription acquisitive, un délai de possession de trois ans pour les biens meubles et de dix ans pour les immeubles (comme c'est le cas pour les articles 2917 et 2919 C.c.Q.). Le législateur a toutefois considéré trop court le délai pour l'usucapion des immeubles et l'article 521-27.1 CcCat établit un délai de 20 ans. Il convient néanmoins de regretter que le texte en vigueur ne contienne aucune référence au concept de patrimoine – bien qu'il soit introduit dans certains articles – à la différence du Projet de 2003, mais surtout de l'Avant-projet premier, lequel incorporait un concept très, très proche de l'article 915 C.c.Q.⁸⁶

D'autres manifestations du rapprochement entre les droits catalan et québécois prévalent, comme le critère d'emplacement systématique de la possession⁸⁷ ou le respect du droit de rétention. Les spécificités du droit de rétention catalan doivent ici être plus particulièrement mentionnées. Nous avons analysé le droit québécois, au Livre des obligations, lié à l'exception d'inexécution (art. 1591 à 1593 C.c.Q.) – en accord avec les coordonnées classiques du droit civil où le *ius retentionis* et l'*exceptio inadimpleti contractus* vont de concert⁸⁸ –, et nous avons configuré un droit de

⁸³ Sur la matière, voir Pedro del Pozo Carrascosa, Antoni Vaquer Aloy et Esteve Bosch Capdevila, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Madrid, Marcial Pons, 2008; Lluís Puig Ferriol et Encarna Roca Trias, *Institucions del dret civil de Catalunya. Drets reals*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, dir., *Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2008 [Decanato, *Comentarios al Libro V*].

⁸⁴ *Bulletin Officiel du Parlement de la Catalogne*, no 451, 30 juillet 2003. Les ouvrages préliminaires qui ont mené au Livre V, plus particulièrement le premier Projet de 2003, facilitent notablement l'analyse. Voir *Treballs Preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*, « *Els drets reals* », Barcelona, Departament de Justícia, 2003.

⁸⁵ Grâce à la « liberté des notes », nous pouvons également souligner, à titre d'« information extra académique » que l'enthousiasme a aussi eu quelque chose à voir avec le séjour de recherche de Madeleine Cantin Cumyn à l'Université de Barcelone. Cette dernière a persuadé quelques professeurs et spécialistes de la possibilité (sinon de la nécessité) d'une réglementation sur l'administration du bien d'autrui.

⁸⁶ Abancó, « La regulació dels drets reals », *supra* note 73 à la p. 26 (note 15).

⁸⁷ Elena Lauroba, « Commentaires sur la possession – Commentaire de l'art. 521-1 » dans Decanato, *Comentarios al Libro V*, *supra* note 83 à la p. 153.

⁸⁸ Sur le droit de rétention, voir Elena Lauroba, dans Badosa, *Manual*, *supra* note

rétention de nature réelle. Cependant, nous aimions bien constater comment le législateur québécois prononçait l'opposabilité à tous du droit de rétention, malgré sa nature personnelle (art. 1593, al. C.c.Q.). Cela démontrait, encore une fois, que la construction strictement personnelle, *inter partes*, du droit de rétention n'était pas une option désirable.

D'autres exemples confirment une certaine influence du droit québécois sur celui de la Catalogne. Ainsi, le droit de la prescription acquisitive a introduit des mécanismes de suspension et d'interruption de la prescription acquisitive, tel que l'édicte les articles 2904 à 2907 C.c.Q. Par ailleurs, la définition choisie de la copropriété indivise, ou par indivision, par le législateur catalan incorpore les qualificatifs d'« ensemble et concurremment », empruntés tout simplement à l'article 1010 C.c.Q.

2. *La fiducie et les règles catalanes*

Dans le cadre de vives discussions sur l'incorporation de la fiducie dans le droit catalan – dont mention avait été faite lors du Colloque – des travaux de recherche ont été réalisés sur le sujet⁸⁹. Une première série de règles a été incorporée à l'Avant-projet de 2002 – les premiers matériaux –, mais elle a disparu du Projet de 2003 et n'a pas été récupérée dans le Projet de 2005.

En 2006, un groupe de travail a rédigé un « draft » comportant des changements significatifs et dont le contenu se rapproche de la substance des articles 1260 et suivants C.c.Q. Le groupe possédait en effet une connaissance rigoureuse du modèle québécois⁹⁰. Malheureusement, de tels efforts n'ont pas abouti à une loi spéciale ni à un titre du CcCat – nous pourrions même affirmer que la fiducie est perçue, à ce moment, avec une certaine méfiance. Toutefois, le Projet du Livre II inclut une intéressante mention d'un patrimoine séparé – nommé « patrimoine protégé » – conçu

26 aux pp. 423-27 et, surtout, Elena Lauroba, « La prenda gordiana ¿una figura a tener en consideración? » dans Elena Lauroba et Joan Marsal, dir., *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, 371 [Lauroba, « La prenda gordiana »]. Voir aussi, au sein du même ouvrage, Antoni Mirambell, « El derecho de retención » 123.

⁸⁹ Sergio Nasarre Aznar et Martin Garrido Melero, dir., *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Actas del III Congreso de Derecho civil catalán (Tarragona, octobre 2005), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.

⁹⁰ Esther Arroyo Amayuelas, *Le trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007; dans le même ouvrage, il y a une intéressante collaboration de Rémi Moreau, « Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social : la experiencia quebequesa » aux pp. 253 et suiv. Le trust québécois a aussi fait l'objet d'une analyse dans Esther Arroyo Amayuelas, « La regulación quebequesa del trust » (2001) 10-11 *La Notaria* 91.

exclusivement comme un mécanisme en faveur des incapables (articles 227-1 à 9).

3. *La matière des personnes morales et des successions : les Livres du Code de 2008*

Concernant le régime des personnes morales, le législateur catalan a procédé à une œuvre législative qui débute avec un premier Titre consacré aux dispositions générales pour toutes les personnes morales, qui ressortent de la compétence législative de la *Generalitat*. Pour ce faire, le législateur s'est inspiré du Titre cinquième du Livre premier du C.c.Q. et de cette volonté de généralisation, mais surtout du Chapitre II, « Des dispositions applicables à certaines personnes morales ». En revanche, le droit des successions demeure « de préférence autochtone » et nous avons regretté l'absence de travaux de droit comparé, à l'occasion de l'approbation du Livre IV⁹¹.

4. *Le droit de la famille: un Projet en discussion*

Dans le cadre de discussions sur le Livre II du CcCat sur « la personne et la famille », le Parlement catalan a introduit au sein d'un Projet, le régime de soins (art. 212-1 et suiv.). Ceci fait écho à une connaissance et à une référence expresse à la structure du C.c.Q. (art. 11 et suiv.)⁹². Par ailleurs, à la suite d'une très intéressante réflexion, les juristes catalans ont refusé d'incorporer dans le CcCat la catégorie des « droits de la personnalité » et n'ont pas considéré nécessaires les références aux « droits civils ». L'analyse des différentes options offertes en droit de la famille est liée, de nos jours – plus que dans certaines autres matières du domaine privé –, à des considérations qui ne sont pas uniquement juridiques.

L'attention portée sur le droit québécois n'est pas nouvelle, ni liée exclusivement au Livre II. Une consultation du C.c.Q. était déjà présente dès les premières réformes du droit catalan de la famille. Ainsi, quand le

⁹¹ Josep Ferrer Riba, « Línies generals del nou llibre Quart del codi civil de Catalunya, *Materials de les quinzenes jornades de Tossa* », en ligne : <<http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/1/jfr.htm>>. Toutefois, la volonté de moderniser certaines institutions intéresse de nombreux États, comme la question de la succession contractuelle. Voir Joan Egea Fernandez, « El nou règim jurídic de la successió contractual » (2009) 1 *Revista Jurídica de Catalunya* 9.

⁹² La Catalogne a été la première Communauté à approuver une norme sur la matière, Loi 21/2000, du 29 décembre, sur le droit à l'information concernant la santé et l'autonomie du patient et la documentation clinique. Cette loi a inspiré des lois autonomes postérieures et la loi étatique 41/2002. Voir Luísa Zahino, « La persona física » dans Badosa, *Manual*, *supra* note 26 aux pp. 146-54.

législateur a incorporé, en 1993⁹³, le régime de participation aux acquêts au droit catalan comme régime matrimonial conventionnel, il s'est inspiré du droit québécois (art. 448 et suiv. C.c.Q. : « société d'acquêts »)⁹⁴ – si bien que le régime sujet aux présentes discussions au Parlement est assez éloigné du modèle original⁹⁵. Une autre illustration repose sur la possibilité d'adoption par les couples homosexuels, introduite en 2005 par le législateur catalan. Par une réforme du Code de la famille et de la *Loi sur les conjoints de fait*, il a indiqué, au Titre sur « L'autorité parentale » (art. 132.2 Code de la famille) : « si les personnes auxquelles on a assigné l'autorité parentale sont du même sexe, on les appelle mères, si elles sont des femmes, et pères, s'ils sont des hommes »⁹⁶. Les juristes de la Catalogne ont également eu à l'esprit le patrimoine familial lorsqu'ils recherchaient des mécanismes possibles pour assouplir le régime de séparation de biens – notre régime légal –, mais ils l'ont refusé.

À titre d'illustration finale dans ce domaine, il convient de signaler le pari du législateur catalan concernant la médiation familiale. Cette matière n'est pas spécifiquement liée au Code civil et concerne la matière civile et le droit de la famille. Les Catalans ont eu la première *Loi sur la médiation familiale* (2001) de l'État espagnol – bien que, de nos jours, d'autres communautés autonomes possèdent leurs propres lois⁹⁷. Cette législation a été conçue en bonne partie sur la base de l'expérience québécoise, bien connue en raison des contacts entre les experts médiateurs catalans et leurs collègues au Québec. La loi concernant la médiation familiale, en vigueur

⁹³ Loi 8/1993, du 30 septembre, sur la modification de la Compilation en matière de relations patrimoniales entre époux. Voir Anna Casanovas, Joan Egea Fernandez, Carmen Gete-Alonso et Antoni Mirambell, dir., *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, Loi 8/1993*, Barcelona, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 1995.

⁹⁴ Ramon Casas Valles, « Commentaire de l'art. 48 » dans Joan Egea Fernandez et Josep Ferrer Riba, dir., *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, 2000, 279.

⁹⁵ Certes, la réglementation a subi une évolution importante, si bien que le modèle initial de 1993 était lié aux droits du Québec et de la Suisse, alors que la dernière proposition (Projet de 2009) opte pour les particularités du BGB et du C.c.Q. On doit toutefois reconnaître que, dès le texte de 1998, et en raison des amendements, le régime était hybride et très peu satisfaisant – comme en fait preuve le faible nombre de conjoints qui y ont recouru.

⁹⁶ Sur l'un des premiers Colloques sérieux concernant la nouvelle situation, voir Susana Navas Navarro, dir., *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Madrid, Reus, 2006. On y remarque la participation de la professeure de l'Université d'Ottawa, Michelle Giroux, « Le mariage homosexuel : perspective québéco-canadienne » aux pp. 17-44.

⁹⁷ Loi 1/2001, du 15 mars, sur la médiation familiale en Catalogne. Voir Lauroba, « El derecho de familia en España », *supra* note 57 à la p. 1015.

dès 1997, était ainsi reconnue. En vue de l'adoption d'une nouvelle loi sur la médiation, avec une finalité plus large, liée aux controverses dans certains domaines du droit civil⁹⁸ – et assujettie à la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale – les références, la connaissance et les liaisons se maintiennent avec le Québec.

5. Les obligations et les contrats

Bien que le traitement de cette matière soit à l'état embryonnaire, il est possible de poser certaines données préliminaires. Déjà, la première loi du Code civil (2002) a énoncé que le Livre VI incorporait le droit de la consommation, une option issue de l'expérience germanique. Les juristes catalans connaissaient le débat que les juristes canadiens avaient eu à ce sujet et la solution adoptée au Québec – que certains de vos juristes ont qualifiée de « mitoyenne »⁹⁹.

Quant à la réglementation de la vente, il est possible de soutenir qu'elle aura comme référence privilégiée la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* (1980), dont s'est déjà inspiré le législateur québécois¹⁰⁰, et qui serait par ailleurs le texte de référence si cette matière était révisée au *Code Napoléon*¹⁰¹. De plus, l'influence est connue, au Québec, de la Directive européenne en matière de responsabilité du fabricant¹⁰² – texte obligatoire pour aborder la matière en Catalogne.

⁹⁸ *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, no 283, 16 juin 2008. Sur le projet, voir J.F. Serrano Romero, « La mediación en Cataluña tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado de 27 de mayo de 2008 » (2009) 4 *Actualidad civil* 381. Le gouvernement de la Generalitat est en cours d'élaboration d'un livre Blanc sur la médiation, en vue d'une future loi générale sur la médiation, en ligne : <www.llibreblancmediacio.com>. Voir aussi Pompeu Casanovas, Leonardo Diaz, Jaume Magre et Marta Poblet, dir., *Materials del Libro Blanco de la Mediación en Catalunya*, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2009.

⁹⁹ Masse, « Le droit de la protection du consommateur », *supra* note 82 à la p. 76. Malgré tout, nous sommes en cours d'élaboration d'un Code de la consommation – en vérité, un Code public de la consommation –, une initiative qui n'est pas toujours harmonisée avec la codification civile, en ligne : <http://www.consum.cat/ecofin_webacc/AppJava/uploads/avantprojet_codi_consum1.doc> (dernière consultation le 8 juin 2009).

¹⁰⁰ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, « Le Code civil français et les Codes civils québécois » dans *Le Bicentenaire*, *supra* note 10 à la p. 640 [Baudouin et Jobin, « Le Code civil »].

¹⁰¹ Claude Witz, « L'influence des Codifications nouvelles sur le Code civil de demain » dans *ibid.* à la p. 705.

¹⁰² Baudouin et Jobin, « Le Code civil », *supra* note 100 à la p. 640.

Il ne nous est pas possible, pour le moment, d'imaginer d'autres transplantations possibles. Toutefois, avant de conclure, une information, qui contribue à fixer les termes de cette relation entre les droits catalan et québécois, mérite d'être mentionnée. Elle se rattache à l'existence, en Catalogne, d'un minutieux travail de recherche sur quelques aspects de la réglementation du cautionnement dans le C.c.Q.¹⁰³ qui, inéluctablement, sera analysée lors de l'élaboration du Livre VI.

IV. Quelques réflexions finales

1. L'opportunité de l'effort : la coexistence du processus codificateur catalan et des travaux harmonisateurs européens

L'élaboration du Code civil catalan se situe dans une conjoncture orientée vers la construction d'un droit privé européen commun qui, de nos jours, est illustré par la présentation du *Draft Common Frame of Reference*. Aujourd'hui, on ne parle pas d'un Code civil européen – ou, plus exactement, d'un Code européen des contrats, mais sans oublier d'autres matières – avec l'enthousiasme du début du XXI^e siècle. Cela peut s'expliquer par la prolifération des groupes de recherche et des initiatives privées, par l'importante accolade des Résolutions et des communications de l'Union européenne, à partir de 1989¹⁰⁴, mais cela n'empêche certes pas la réflexion sur la coexistence des projets. Nous pouvons présumer que, dès le début, les juristes catalans ont eu conscience que les initiatives catalane et européenne n'étaient pas antagonistes. Le droit européen a toujours été une source d'inspiration et une référence pour la Catalogne. De plus, le droit catalan a revendiqué sa participation au processus harmonisateur à partir de ses institutions propres, en apportant ses solutions au droit européen. Or, justement, pour avoir une visibilité plus sérieuse, nous avons besoin d'un Code propre¹⁰⁵.

¹⁰³ Esperança Ginebra Molins, « La pluralidad de fiadores frente al acreedor : el « beneficio de división » en los Códigos civiles francés, español y del Quebec. La búsqueda de un modelo para la codificación catalana », à paraître, avec une étude sur les articles 2349, 2350, 2351, 2352 et 1525 CcQ.

¹⁰⁴ Sergio Camara, « Un derecho privado o un Código civil para Europa : planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace » dans S. Camara, *Derecho privado europeo*, Colex, 59. On doit souligner les Résolutions du Parlement européen, du 26 mai 1989, « sur l'effort pour harmoniser le droit privé des États membres » et du 15 novembre 2001 « sur l'approximation de droit civil et des affaires des États membres ».

¹⁰⁵ S. Espiau, « La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo » (2000) 14 *Derecho privado y constitución* 63, en ligne : <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_014_063.pdf>. Voir aussi : « D'autre part, le Droit européen ne nie pas la diversité, déjà non seulement en ce qui concerne les différents ordres juridiques étatiques, mais même en ce qui concerne l'existence de Droits régionaux ».

Au final, les efforts de construction d'un droit commun européen ont été un puissant stimulant pour la consolidation et la modernisation de notre droit civil¹⁰⁶.

2. La non importation/utilisation passive du droit supplétif

Il est très important, pour la conservation de notre droit, que l'application et l'interprétation ne soient pas bouleversées par des ingérences indues – ou la proximité du droit du Cc. Certes, le droit étatique possède un caractère supplétif (art. 149.3), mais comme le précise l'article 111-5 CcCat (Dispositions préliminaires) :

le droit supplétif régit seulement dans la mesure où il ne s'oppose pas aux dispositions du droit civil de la Catalogne ou aux principes généraux qui l'irradient¹⁰⁷.

En outre, le manque de règles concrètes ne doit pas nécessairement obliger à rechercher une solution étrangère, si l'on pense que le législateur catalan régit les institutions avec une volonté d'intégralité¹⁰⁸.

Une illustration concrète s'impose. En Catalogne, la réglementation des sûretés possessoires – le droit de rétention et le gage – (art. 569-3/569-22) ne concerne pas le *pignus gordianum*, à la différence du Cc (art. 1866.2). On peut être en accord ou non avec cette option législative, mais on ne peut pas prétendre à l'application supplétive de l'article 1866.2, car le législateur catalan a choisi, tout simplement, de l'exclure de sa réglementation du gage¹⁰⁹ – comme, par exemple, le législateur français après la réforme du droit des sûretés de 2006.

¹⁰⁶ Pour situer la répercussion du DCFR en droit étatique, mais aussi en droit catalan, et à propos du futur Livre VI CcCat, voir Esteve Bosch Capdevila et Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, dir., *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona Bosch, 2009, troisième partie aux pp. 509-97.

¹⁰⁷ L'article 111-5 se lit comme suit :

[Preferència i supletorietat] Les disposicions del dret civil de Catalunya s'apliquen amb preferència a qualssevol altres. El dret supletori només regeix en la mesura que no s'oposa a les disposicions del dret civil de Catalunya o als principis generals que l'informen.

¹⁰⁸ En ce sens, la Cour supérieure de Justice de la Catalogne (Arrêt du 3 juin 2002, FJ 1) mentionne ce qui suit : en ligne : <http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/doc_49143100_1.pdf>.

¹⁰⁹ Lauroba, « La prenda gordiana », *supra* note 88 à la p. 384; Angel Carrasco et Ana Carretero, « El derecho de prenda en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía » (2003) 4 Revista Jurídica de Catalunya 973. Ces deux ouvrages cherchaient une solution alternative à la non intégration de l'article 1866.2 dans le droit catalan.

La proximité des autres droits – il s’agit au Québec d’une réalité toute aussi incontournable – nécessite des mesures de protection du droit catalan, perméable aux influences voisines, de façon parfois indésirable. La codification demeure ici un enjeu clé. Pour ce faire, nous avons besoin d’acteurs juridiques qui possèdent une connaissance effective du droit civil catalan, d’opérateurs qui le considèrent, sans réserve, comme le *droit commun* du territoire, et non plus tel un « extra » à interpréter à partir de leur formation en droit castillan. Comme le précisait le Préambule du Code des successions de 1991 :

L’application du Code civil par les tribunaux et les juristes a provoqué, tout au long des trente années d’existence de la Compilation une certaine dénaturation du droit catalan, souvent considéré par les Tribunaux comme une réglementation appendiculaire dépendant de ce qui est faussement appelé le « droit commun ».

Posséder un Code permet de neutraliser l’applicabilité de l’autre.

Cette nécessité justifie l’exigence faite aux juges qui s’installent en Catalogne d’avoir une connaissance du droit catalan. Il s’agit d’un devoir édicté à l’article 102 EAC – et qui a fait l’objet d’un recours en inconstitutionnalité¹¹⁰ –, mais qui est également prévu, par exemple, dans le Statut d’autonomie de la Communauté du pays valencien (art. 35). Le même critère s’applique aux notaires (art. 147.2 EAC) et l’existence d’un Code-livre favorise une meilleure application du droit.

3. *En guise de conclusion*

Au cours de la journée, divers conférenciers ont répété à plusieurs reprises que la codification québécoise cherchait à obtenir « un visage moderne de la tradition civiliste »¹¹¹. Nous avons apprécié cette expression métaphorique, car, à notre avis, elle illustre la volonté du législateur catalan. Le 20^e anniversaire du C.c.Q., s’avèrera une occasion appropriée pour vous expliquer que nous y sommes également parvenus.

¹¹⁰ Sur le recours en inconstitutionnalité, voir en ligne : <http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200607/31/espana/20060731elpapunac_1_Pes_PDF.pdf>. Nous voulons néanmoins souligner que plusieurs juges qui arrivent en Catalogne – et qui ont aussi étudié quelques thèmes du droit catalan pour passer leurs examens – font un effort et, par exemple, s’inscrivent aux cours offerts par les universités. Toutefois, pendant une même période, ils cumulent à la fois les fonctions de juges et d’étudiants. En pratique, nous retrouvons encore des arrêts qui se fondent sur le Code civil... Mais nous devons également garder à l’esprit que de tels raisonnements juridiques sont apportés par des praticiens qui connaissent très bien le droit catalan, mais qui désirent gagner un procès.

¹¹¹ Le principe a été mentionné d’abord par le professeur Benoît Moore, puis ensuite réitéré par d’autres conférenciers.

ABSTRACT

Quebec is a jurisdiction of reference for Catalonia. The remarkable similarities between the two jurisdictions in terms of various scenarios and political realities account for their common inclinations. This interest translates into a close relationship on many levels, particularly in the academic sphere. Indeed, at a time when a Catalanian civil code is being considered, Quebec's civil law solutions are perceived as special guidelines and are some of the materials most frequently consulted and examined at the preliminary stages of the Catalanian codification process.

The first part of this article explores the reasons behind the complete codification of Catalonia's civil matters at the dawning of the 21st century, by describing the legislative panorama of the difficult and unfinished history of codification in Spain. It also highlights the challenges faced by Catalonia's lawmakers in "developing" their legal system through a three-step process, namely: the Special Acts, the Sectorial Codes and Act 29/2002 of December 30th, as the first law of the Catalanian Civil Code.

The second part of the article identifies certain concepts deeply imbued with Quebec civil law, demonstrating its unmistakable influence on the enactments concerning property, as well as those on trusts, legal entities and estates. It also includes a discussion of the project underway in the realm of family law. Finally, it contains a report on the law of obligations and contracts.