

## Les Cahiers de droit

# La codification et la justice

Elzbieta Traple



Volume 42, Number 3, 2001

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043668ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043668ar>

[See table of contents](#)

### Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

### ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

### Cite this article

Traple, E. (2001). La codification et la justice. *Les Cahiers de droit*, 42(3), 681–709. <https://doi.org/10.7202/043668ar>

# La codification et la justice

---

Elzbieta TRAPLE\*

	<i>Pages</i>
<b>1 Le contexte social, politique et économique la recodification du Code civil polonais après 1989</b> .....	682
<b>2 Les grands principes de la recodification du Code civil polonais après 1989</b> .....	686
2.1 La suppression de la typologie socialiste de la propriété et l'élimination des inégalités entre les sujets de droit civil .....	686
2.2 L'élimination de la possibilité de rendre des actes normatifs exécutifs en dérogeant aux dispositions du <i>Code civil</i> .....	688
2.3 Le retour au principe de la liberté contractuelle .....	688
<b>3 Les méthodes d'interprétation des dispositions du Code civil</b> .....	689
3.1 La reconnaissance et la protection égale de la personnalité de tout citoyen ....	692
3.2 Une même et pleine protection de la propriété de tous les sujets de droit civil .....	692
3.3 La possibilité d'appliquer la notion d'abus de droit subjectif .....	692
3.4 Le principe de l'autonomie de la volonté, appelé aussi « principe de la liberté contractuelle » .....	693
3.5 Le principe de la protection de confiance d'un sujet entrant en rapport juridique .....	693
<b>4 Le rapport entre le Code civil et les autres lois</b> .....	694
<b>5 Le concept de l'autonomie privée des parties et de l'équité dans la société</b> .....	697
<b>6 La protection spéciale de la partie se trouvant dans une situation difficile comme réalisation du postulat de la loi juste</b> .....	702
<b>7 L'avenir du Code civil et l'importance de sa contribution à l'évolution du droit et de la justice</b> .....	704

---

\* Professeure, Université Jagellonne, Cracovie.

## 1 Le contexte social, politique et économique la recodification du Code civil polonais après 1989

Bien que le sujet de notre exposé soit juridique, une brève introduction historique paraît indispensable. En analysant le développement du droit civil en Pologne, nous croyons nécessaire de prendre en considération la situation historique particulière dans laquelle le modèle du droit civil polonais s'est formé. Durant plus de 150 ans, à savoir depuis 1795 jusqu'au 17 janvier 1945, date du retrait des troupes allemandes de Varsovie, la Pologne n'a connu que de courtes périodes d'indépendance, et ce, dans un territoire souvent très réduit. Les terres polonaises étaient partagées en zones d'occupation prussienne, russe et autrichienne et, en conséquence, chacune se trouvait sous la juridiction de l'occupant respectif. Au temps des guerres napoléoniennes fut créé le grand-duché de Varsovie, dans lequel le Code Napoléon était la loi en vigueur. Après la Première Guerre mondiale, en raison du fort sentiment d'appartenance à la culture occidentale au sein de la société polonaise, le travail sur la codification du droit civil prit pour modèle les solutions des systèmes de droit français et germanique. Le droit russe n'a jamais été accepté en terre polonaise sans réticence. Dans la Pologne de l'entre-deux-guerres, l'unification des différents systèmes de droit qui fonctionnaient autrefois sous l'occupant fut ainsi entreprise. Toutefois, la Seconde Guerre mondiale interrompit ces travaux. Après 1945, ils reprirent, mais dans des conditions toutefois nettement moins favorables, vu les restrictions politiques de la souveraineté de l'État polonais. Le législateur réussit néanmoins à garder dans le *Code civil* de 1964, qui, après plusieurs modifications, reste en vigueur encore aujourd'hui, une partie considérable des solutions élaborées par la Commission de codification de l'entre-deux-guerres. Par comparaison aux codes civils des autres pays du régime communiste, ce code avait sans doute comme qualité une certaine concision et des éléments sensiblement libéraux, surtout en ce qui concernait les rapports d'obligation. Cela dit, il fut impossible d'éviter toutes les influences du système communiste. Elles se manifestent avant tout en ce qui a trait à l'évolution de la protection de la propriété — le principe d'une plus forte protection de la propriété de l'État était considéré comme primordial — ainsi que dans la restriction de la liberté contractuelle en relation avec les rapports juridiques entre les unités d'organisation gérant le patrimoine de l'État ou les biens coopératifs. De même, la clause générale concernant l'abus de droit subjectif comportait des formulations se référant à des principes moraux reconnus non pas par toute société en général mais par la société socialiste. Malgré toutes ces restrictions, le Code était resté quand même près des fondements du droit civil traditionnel, formé sur le modèle des institutions civiles du droit allemand et français. En particulier fut gardée en Pologne l'institution des

registres fonciers, ce qui était exceptionnel pour un pays appartenant au système communiste. Cela a permis de régler les affaires de propriété après les changements politiques de 1989. Avec la chute, vers la fin des années 80, du système communiste en Pologne et en Europe centrale, et la restauration de gouvernements démocratiques dans ces pays, se manifesta le besoin de reconstruire les systèmes juridiques et de remettre le droit civil à la place qui lui appartient dans l'État.

Le 4 juin 1989 est une date symbolique pour les Polonais. Car, c'est ce jour-là qu'ont eu lieu les élections parlementaires avec la participation de l'opposition anticommuniste pour la première fois depuis la Seconde Guerre mondiale. L'opposition n'a pas que participé, mais aussi elle a gagné presque tout ce qu'elle pouvait gagner. Par conséquent, le 12 septembre 1989, le premier gouvernement non communiste était formé avec un politicien du syndicat Solidarité comme premier ministre. La chute de l'ancien régime était évidente et le besoin d'un changement profond se révélait urgent.

Il était nécessaire d'appliquer les réformes à deux niveaux, soit le système politique et l'économie. En ce qui concerne le premier, il fallait transformer un système autoritaire où les droits de la personne étaient violés, avec un monopole du parti communiste et la censure, en un système démocratique, pluraliste qui garantirait le respect des droits de la personne. Ensuite, une crise économique profonde et permanente depuis le début des années 80 prouvait que ce n'était plus possible de continuer avec une économie dirigée et centralisée. Il fallait donc la remplacer par l'économie de marché, la liberté de l'activité économique et l'initiative privée.

Si le changement au sein du système politique était de par sa nature plutôt une matière du droit constitutionnel et public, la réforme économique, elle, a eu besoin d'une base d'institutions classiques du droit civil comme la liberté contractuelle et la protection pleine de la propriété privée. Le *Code civil* de 1964, comme il existait au début de 1989, n'a pas pu répondre à ce besoin parce que son esprit ne correspondait pas à l'idée du marché libre et de l'économie libérale. Deux approches envers cette question se sont alors cristallisées. Selon les partisans d'une solution plus radicale, il était nécessaire d'introduire un code civil tout nouveau en abrogeant le Code de 1964. Selon les autres, il suffisait de le modifier. La Commission de la réforme du droit civil, créée par le ministre de la Justice, a choisi la seconde opinion.

En vue de comprendre les raisons pour lesquelles la Commission a pris une telle décision, il faut se souvenir de la construction du *Code civil* de 1964. Deux sortes d'institutions coexistaient alors : d'un côté, des institutions caractéristiques des systèmes juridiques des pays socialistes,

notamment de l'URSS et, de l'autre côté, des institutions classiques du droit civil qui ne subissaient pas l'influence de l'idéologie socialiste et qui, pour une loi d'un pays socialiste, étaient quand même nombreuses. Alors, le but de la première phase de la réforme a été d'éliminer (et de remplacer, si cela se révélait nécessaire) les éléments imprégnés de l'idéologie communiste en gardant les dispositions qui restaient actuelles dans la nouvelle réalité. Bien entendu, cette tâche était beaucoup moins compliquée que la création d'un nouveau code civil et, en même temps, elle permettait de répondre au besoin d'avoir une loi sur laquelle il serait possible de fonder les rapports de droit civil dans la société démocratique une fois la transition vers l'économie du marché accomplie. Déjà, d'une certaine perspective, il faut admettre que la voie choisie par la Commission était juste.

Avant de parler plus précisément des modifications au Code civil elles-mêmes, nous tenons à rappeler aussi le contexte constitutionnel dans lequel elles ont été introduites. Car les deux processus, soit les changements des dispositions de la Constitution de 1952 et la réforme du droit civil, n'étaient pas séparés. Au contraire, les premiers ont eu une très forte influence sur la seconde.

En décembre 1989, la Constitution a été profondément modifiée. Du point de vue de la réforme du droit civil, deux nouvelles dispositions de la Constitution étaient particulièrement importantes : l'article premier, d'après lequel la République de Pologne devenait un État démocratique de droit, réalisant les principes de la justice sociale, et l'article 6 qui garantissait désormais la liberté de l'activité économique sans égard pour la forme de la propriété (privée ou d'État). Grâce à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, l'article premier et notamment l'expression « un État démocratique de droit » était une source de règles plus précises qui n'existaient pas encore *expressis verbis* ni dans la Constitution elle-même ni dans d'autres lois, mais qui étaient essentielles dans le nouveau système. À titre d'exemple, pensons au principe *lex retro non agit*, à l'idée de l'égalité devant la loi ou à la règle selon laquelle un acte normatif exécutif doit avoir un fondement distinctement exprimé dans la loi. Le nouvel article 6 était le premier pas vers l'abolition de la position privilégiée de la propriété sociale et même vers l'élimination de la distinction entre différentes formes de propriété du système juridique polonais. Nous verrons bientôt que les changements postérieurs au *Code civil* allaient encore plus loin dans la même direction.

La grande importance accordée à la Constitution n'a pas résulté seulement des modifications de la fin de 1989. Elle était aussi une conséquence d'un rôle plus important du Tribunal constitutionnel dont la tâche était de statuer sur la conformité des lois avec la Constitution. Bien que le Tribunal

ait été créé dès 1985, sa position et son autorité se sont renforcées considérablement après 1989. Comme nous l'avons déjà mentionné, le principe d'État démocratique de droit, souvent invoqué et interprété par le Tribunal constitutionnel, a influé sur la direction de la réforme du droit polonais. Bien entendu, cela concerne aussi le droit civil.

L'introduction d'une nouvelle disposition, selon laquelle la Pologne est un État démocratique de droit, encore dans l'ancienne loi constitutionnelle, fut un pas essentiel vers l'obtention en pratique d'un droit plus juste et plus équitable. Durant les années qui suivirent le recouvrement d'une souveraineté partielle par la Pologne, soit après la Seconde Guerre mondiale jusqu'au chavirement politique de 1989, le principe de s'appuyer directement sur les dispositions de la Constitution était absent de la tradition de la jurisprudence polonaise. La loi constitutionnelle était alors considérée comme un ensemble de droits et libertés civiques fondamentales ayant plutôt le caractère d'une déclaration statutaire qui nécessite encore d'être concrétisée dans des dispositions de rang inférieur. Par contre, la règle générale mentionnée est devenue une base sur laquelle s'appuie dorénavant directement, dans des cas souvent très différents, la jurisprudence, justement à cause du manque de nouvelles prescriptions de rang inférieur qui seraient adaptées aux besoins du nouveau système. Les Tribunaux administratifs supérieurs et aussi, avec le temps, les tribunaux civils commencèrent à appliquer la disposition constitutionnelle selon laquelle la Pologne est un pays démocratique de droit, en s'employant à motiver la nécessité de traiter de la manière identique des sujets se trouvant dans une même situation de fait et légale. Ainsi, cette règle si générale est devenue un fondement permettant d'obtenir plus vite un droit juste et équitable.

Enfin, l'introduction dans la nouvelle Constitution (1998) du principe selon lequel un accord international ratifié, après avoir été publié dans un journal officiel prévu à cet effet, fait partie, comme acte juridique, de l'ordre juridique du pays et est appliqué directement, à moins que son application ne soit sujette à être réglementée par une loi appropriée, a largement contribué à l'évolution du droit polonais vers un droit équitable. Ce type de solution garantit aux citoyens polonais l'obtention d'une même protection de leurs droits que celle qui, pour les étrangers, résulte des accords internationaux. À la suite de l'introduction de ce principe dans la Constitution, l'ordre juridique polonais s'est enrichi d'une série de règlements ne figurant pas forcément dans le droit interne. Ainsi, c'est grâce à la règle générale imposant de traiter les citoyens polonais aussi bien que les étrangers protégés par des accords internationaux que la justice a été obtenue en Pologne. La solution retenue dans ce cas a permis aux citoyens polonais de s'adresser directement aux tribunaux polonais en tenant compte des

prescriptions des conventions internationales ratifiées par la Pologne en l'absence de règlements appropriés dans le droit interne.

## **2 Les grands principes de la recodification du *Code civil* polonais après 1989**

Les modifications du *Code civil* adoptées en 1990 étaient sans conteste l'élément le plus important de la réforme du droit civil. Les changements qu'elles ont apportés ont eu un tel poids que le *Code civil* est devenu pour ainsi dire une nouvelle loi par rapport à sa version d'avant 1990. Les changements les plus nombreux (environ 100) et les plus fondamentaux ont été introduits par la *Loi du 28 juillet 1990 sur le changement de la loi — Code civil* (J. de L. de 1990, n° 55, texte 321).

En fait, les modifications de 1990 se partagent en deux groupes. Les dispositions du premier groupe ont abrogé les institutions typiques des systèmes juridiques socialistes. En particulier, cela concernait la typologie socialiste de la propriété avec une position privilégiée de la propriété socialisée, l'inégalité effective entre les sujets du droit civil et la possibilité de rendre des actes normatifs exécutifs en dérogeant aux dispositions du *Code civil*. Le second groupe réunit les modifications qui restituaient les institutions ayant existé dans le droit polonais avant la guerre mais qui avaient été rejetées comme inutiles par le système socialiste. Dans ce groupe, il y avait aussi certaines nouvelles institutions. Mentionnons notamment le principe de la liberté contractuelle, la clause *rebus sic stantibus* et la possibilité de la valorisation des obligations financières ainsi que le principe selon lequel la prescription de la prétention est prise en considération exclusivement en cas d'exception d'une des parties.

Examinons donc de plus près les changements dont nous venons de parler.

### **2.1 La suppression de la typologie socialiste de la propriété et l'élimination des inégalités entre les sujets de droit civil**

Jusqu'à 1990, le droit civil polonais avait connu trois formes de la propriété :

- la « propriété sociale », qui était soit la propriété socialisée de toute la nation (de l'État), soit la propriété sociale de groupe, c'est-à-dire la propriété des organisations coopératives ou d'autres organisations du peuple travailleur (art. 126) ;
- la « propriété individuelle », qui concernait des moyens de production, dont les sujets étaient soit les personnes physiques, soit les personnes

juridiques qui n'étaient pas soumises aux dispositions sur les unités de l'économie socialisée (art. 130 en relation avec l'article 1 (3)) ;

- la « propriété personnelle », c'est-à-dire la propriété appartenant à une personne physique et ayant pour objet les choses destinées à satisfaire les besoins personnels, matériels et culturels du propriétaire et de ses proches (art. 132 (1)).

Cette distinction provenait de la Constitution de 1952 et sa justification était purement idéologique. Elle était typique des systèmes juridiques des pays communistes qui partaient du principe de la supériorité de la propriété de l'État par rapport à la propriété privée. La propriété sociale restait alors, en tant que fondement du système économique socialiste de la Pologne populaire, sous une protection spéciale de loi. Cette protection était souvent mécanique : par exemple, le *Code civil* excluait la possibilité d'acquisition de la propriété par usucapion lorsque l'immeuble faisait l'objet de la propriété de l'État. Malheureusement, la tendance à privilégier les biens sociaux était présente aussi dans la pratique judiciaire où, en cas de doute, la préférence était donnée à la propriété de l'État.

Logiquement, une position particulière de la propriété sociale a conduit à une discrimination des autres formes de la propriété. La conséquence la plus grave était une inégalité effective entre les sujets de droit civil. Car, même si formellement le *Code civil* régissait les rapports juridiques entre les sujets égaux, les « unités de l'économie socialisée », alors les sujets qui administraient les biens de l'État étaient privilégiés par de nombreuses dispositions spéciales du Code. Le résultat était donc que le principe de l'égalité des sujets, principe tout à fait fondamental du droit civil, se trouvait enfreint.

*La loi du 28 juillet 1990 sur le changement de la loi — Code civil* a supprimé les différences liées à la protection des biens et de la propriété selon le sujet auquel ils appartenaient. Devant cela, la distinction elle-même entre les différentes formes de la propriété et des biens est devenue inutile et elle a été rejetée aussi. Le droit civil polonais est ainsi revenu à la notion classique et uniforme de la propriété, qui est l'un des fondements du système démocratique, et à la liberté du marché.

En relation avec les changements énumérés ci-dessus, la *Loi du 28 juillet 1990* a éliminé du *Code civil* et même de tout le système du droit civil polonais la catégorie spéciale des « unités de l'économie socialisée ». Grâce à ces modifications, l'égalité des sujets de droit civil, un autre principe classique, a été garantie.

## 2.2 L'élimination de la possibilité de rendre des actes normatifs exécutifs en dérogeant aux dispositions du *Code civil*

Avant les modifications de 1990, le *Code civil* prévoyait la possibilité de réglementer, par des organes supérieurs de l'administration de l'État, les rapports entre les unités de l'économie socialisée, et ce, en dérogeant aux dispositions du Code. Cette réglementation était inacceptable dans le nouveau système pour trois raisons. D'abord, elle enfreignait le principe de la séparation des pouvoirs, car un organe exécutif pouvait exercer une activité par excellence législative. Ensuite, ce qui est plus frappant, dans ce cas-là un acte normatif inférieur (un acte exécutif) pouvait déroger aux dispositions d'un acte supérieur (une loi). De ce point de vue, la disposition en question était non conforme à la Constitution, en particulier au principe d'État démocratique de droit. Enfin, la possibilité de réglementer les rapports du droit civil par les organes administratifs était liée aux principes de l'économie centralisée et dirigée.

En 1990, l'article 2 du *Code civil* qui contenait cette réglementation a été abrogé. La nécessité de son abrogation était d'autant plus évidente qu'il concernait les rapports entre les unités de l'économie socialisée et, comme nous l'avons dit plus haut, cette catégorie de sujets a été éliminée du système juridique polonais.

## 2.3 Le retour au principe de la liberté contractuelle

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi du 28 juillet 1990*, le principe de la liberté conventionnelle n'avait pas été formulé *expressis verbis* dans le *Code civil*. Cela provenait surtout du fait de l'existence d'un système socialiste basée sur une économie planifiée et de la conception admise alors par le *Code civil* selon laquelle certains sujets économiques (surtout ceux qui appartenaient à l'État) étaient soumis à des contrats obligatoires. Cependant, le principe était considéré généralement comme existant dans le système de droit civil polonais. Sa signification pratique était toutefois limitée.

En guise de conclusion, précisons que le développement du droit et, entre autres choses, les modifications apportées droit civil ont manifestement contribué après 1989 à l'atteinte d'un plus haut degré de justice. Sans des changements essentiels dans le système de ce droit, il eût été impossible : d'obtenir un traitement égal de la propriété, qu'il s'agisse indépendamment de la propriété de l'État ou d'une propriété privée ; de retrouver l'entière liberté contractuelle, confirmée statutairement ; de mieux assurer le respect des contrats conclus grâce à l'instauration du principe selon lequel le tribunal ne peut reconnaître l'exception de la prescription que si

elle est soulevée par la partie défenderesse ; de permettre, seulement dans le cas où la chose est statutairement fondée, le règlement de certains problèmes d'une manière différente de ce que prévoit le Code.

### 3 Les méthodes d'interprétation des dispositions du *Code civil*

Dans la doctrine concernant le droit civil, l'opinion qui a dominé longtemps était celle qui disait que les dispositions de la loi, une fois clairement formulées, n'admettent aucune interprétation (*clara non sunt interpretanda*) et que, par conséquent, l'interprétation n'intervient que dans le cas où la loi n'est pas claire et admet une marge de doute.

Actuellement, la théorie du droit civil penche vers l'opinion suivante, à savoir que tout texte nécessite une interprétation avant son application. La loi ne nous donne *ius certum* que partiellement, la majorité de son texte étant *ius incertum*, et ce, parce qu'il n'est pas rare que la loi utilise des formulations à significations multiples ou bien parce qu'une disposition est mal rédigée, ou encore parce qu'elle ne règle pas le problème en question, car l'état des faits ne permet pas de vérifier toutes les hypothèses formulées par la loi. La question qui surgit naturellement est donc la suivante : en dehors de la loi écrite, qu'est-ce qui fait loi ?

Bien sûr, les directives d'interprétation sont conçues pour cela. Leur contenu n'est pas fixé dans le *Code civil* polonais et il est alors défini uniquement par la théorie du droit et les principes généraux du droit civil donnés par la jurisprudence et la théorie.

Les principes généraux, tels que l'autonomie de la volonté des parties, l'égalité dans la reconnaissance et la protection de la personnalité de chaque individu, n'étaient pas toujours les mêmes dans le système polonais de droit civil, ce qui est facilement explicable par les changements de base auxquels a été soumis le régime politique de la Pologne depuis 1918.

Le droit civil actuel en Pologne, à l'instar des autres systèmes européens, utilise avant tout trois types de directives : linguistique, de système et fonctionnelle. La directive linguistique a pour objet d'éclairer le sens d'une disposition en définissant les formulations linguistiques employées, et ce, par l'analyse du texte verbal d'une disposition. Cette directive est souvent insuffisante, puisque le législateur utilise la même notion dans des prescriptions différentes, dans un sens et un but différents, ce qui ne peut être démontré que par la directive fonctionnelle.

Les directives de système sont basées sur l'hypothèse que les normes juridiques particulières sont toutes des composantes d'un système juridique connexe. Il s'agit donc de trouver une telle interprétation qui éviterait toute contradiction entre les normes appartenant au même système.

Dans le système juridique polonais, les directives d'interprétation de système utilisées sont les mêmes que dans tous les autres systèmes, notamment : *lex superior derogat legi inferiori, lex specialis derogat legi generali, exceptiones non sunt extendae*. Dans la théorie polonaise du droit civil, l'opinion majoritaire est que la directive linguistique n'est jamais suffisante en soi, mais devrait être soutenue, dans chacun des cas, par la directive de système. Cela implique évidemment que le sens purement littéraire du texte d'une loi n'est pas décisif et que son interprétation doit être faite en tenant compte de la totalité des dispositions du *Code civil*.

Quant à la directive fonctionnelle, il s'agit surtout du but (*ratio legis*) de la loi ou de la prescription en question, du point de vue des relations sociales et économiques, ainsi que du but de toute la branche juridique visée, lequel but est défini par les principes constitutionnels. Pourtant, l'opinion majoritaire est qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer la directive fonctionnelle si le sens de la loi, après l'application des directives linguistique et de système, est clair. La directive fonctionnelle est donc seulement un élément de contrôle qui complète les deux autres directives.

Pour les organes qui appliquent la loi et, par conséquent, utilisent les directives, la volonté et les buts du législateur actuel doivent être décisifs. Dans ce sens, la directive historique a une importance plutôt limitée. On lui préfère la directive dynamique, basée sur l'hypothèse que, si le législateur actuel, malgré les différences dans son approche et ses sources de motivation, n'a pas changé les prescriptions, elles doivent alors être interprétées sans les contraintes des buts et motifs antérieurs. La théorie dynamique de l'interprétation prend donc en considération la possibilité de changement de sens d'un principe juridique sans qu'il y ait un changement textuel. Cette approche est surtout importante si, comme cela a été le cas au cours des dernières années en Pologne, un nouveau système de valeurs apparaît mais que le changement du *Code civil* tout entier n'est ni possible ni souhaitable.

La directive dynamique doit être basée sur certains principes objectifs tels que les droits constitutionnels et leurs conséquences, les conventions internationales ratifiées par la Pologne et les valeurs qu'elles impliquent. Enfin, au sein de l'Union européenne, elle doit tenir compte des obligations imposées par le Traité de l'association entre la Pologne, l'Union européenne et ses pays membres.

Les principes de la directive fonctionnelle, cités ci-dessus, sont très fortement soulignés dans la juridiction polonaise. Bien que la Pologne ne soit pas encore membre de l'Union européenne, la Cour suprême a accentué plusieurs fois dans ses décisions la nécessité de l'interprétation juridique qui serait conforme à la loi de cette union.

Un autre problème, précisément lié aux directives, est celui des lacunes juridiques. Dans la doctrine du droit civil polonais, il est admis généralement qu'une lacune juridique existe si, pour une relation sociale concrète, il ne se trouve aucune règle juridique, ni directe ni impliquée par les directives. La méthode utilisée pour résoudre le problème des lacunes est celle de l'« analogie de la loi » (*analogia legis*). Dans le cas où il n'y a pas de prescription à application analogue, l'analogie du droit (*analogia iuris*) est utilisée, ce qui veut dire, comme cela est bien connu, qu'il faut chercher la solution dans les principes généraux de l'ordre juridique.

La Pologne est un des pays où les précédents juridiques n'ont pas de validité judiciaire, ce qui est une conséquence de la stricte séparation entre la fonction judiciaire et la fonction législative. Néanmoins, la conception dite « de Montesquieu », selon laquelle le juge n'est que « la bouche de la loi », n'y est pas appliquée non plus. Remarquons que déjà le *Code civil* en vigueur dans le royaume de la Pologne (avant 1919) a totalement admis la formule suivante : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Le juge est donc obligé d'interpréter les lois et aussi de donner un sens concret aux formules qui ne sont pas totalement définies dans les textes du *Code civil* ; il suffit de rappeler ici le manque de définition des notions telles que la bonne et la mauvaise foi, le remboursement approprié, la due diligence et la clause des bonnes mœurs.

Une grande importance est attribuée à la juridiction de la Cour suprême (« la ligne de juridiction de la Cour suprême »). Il s'agit ici de l'interprétation des principes juridiques qui existe dans les décisions de la Cour suprême. Ces dernières sont donc invoquées dans les décisions des tribunaux d'instance inférieures, sans être obligatoires (la décision d'instance supérieure ne crée une obligation que dans un cas concret). Cette ligne de conduite est dictée par l'autorité de la Cour suprême ainsi que par le fait que la probabilité d'une décision analogue de la Cour suprême dans un cas analogue, pourvu que ce cas y parvienne, est très grande.

Les us et coutumes jouent aussi un certain rôle dans l'interprétation des principes juridiques. Ils n'ont pas un rôle normatif en soi et ne constituent pas une source du droit civil. Néanmoins, ils ont un rôle indirect par le fait que, dans plusieurs cas, les règles du *Code civil* renvoient aux usages. Seuls les usages en place depuis longtemps dans les relations sociales concrètes et pour les groupes sociaux concrets peuvent avoir une validité juridique, puisqu'une coutume bien enracinée permet de penser que celle-ci est socialement acceptable. Les coutumes doivent pourtant être évaluées par la Cour afin de décider si elles sont positives, c'est-à-dire conformes

aux normes éthiques et morales généralement acceptées. Dans le cas où un usage est moralement répréhensible, il ne peut pas être une source additionnelle de droit.

Pour conclure, disons que, dans la théorie et dans la pratique du droit civil, sont admis actuellement cinq principes généraux qui forment une base pour les interprétations. Ces principes indiquent les normes prioritaires du droit civil, les règles d'application de la loi et les priorités dans le cas de normes contradictoires.

### **3.1 La reconnaissance et la protection égale de la personnalité de tout citoyen**

Ce principe est formellement basé sur les droits constitutionnels concernant les droits et les libertés des citoyens, ainsi que sur les conventions internationales portant sur la protection des droits de la personne.

Ce principe oblige à reconnaître en tout individu un sujet de rapports de droit civil, à reconnaître son droit à la protection de son intégrité physique et psychique et à traiter les biens personnels à égalité avec les biens matériels, s'il s'agit d'un objet soumis à la protection.

### **3.2 Une même et pleine protection de la propriété de tous les sujets de droit civil**

Ce principe évident dans tous les systèmes juridiques européens a une importance toute particulière dans le droit polonais, vu qu'il n'était pas respecté pendant la période où la souveraineté totale de l'État polonais n'existait pas. Jusqu'en 1990 le *Code civil* polonais contenait des principes privilégiant clairement la propriété de l'État par rapport à la propriété privée des personnes physiques et juridiques. C'est la nouvelle constitution polonaise qui a pleinement confirmé cet autre principe et l'a même étendu à toutes sortes de droits patrimoniaux et non seulement à la propriété dans le sens du *Code civil* (propriété réelle).

### **3.3 La possibilité d'appliquer la notion d'abus de droit subjectif**

Ce principe est clairement réglementé par l'article 5 du *Code civil* : « Nul ne peut faire usage de son droit d'une manière contraire à son but social et économique ou aux règles de la vie en société. »

Dans ce cas, le droit subjectif n'est pas protégé et n'est pas reconnu comme droit. Ce principe a pour objet d'accorder les droits subjectifs avec les valeurs sociales uniformément reconnues. La formule qui y est utilisée : « les règles de la vie en société » fonctionne dans le système juridique

polonais depuis 1965, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur du *Code civil* actuel. Cette formule a remplacé l'ancienne formule « de bonnes mœurs ».

Dans plusieurs modifications faites depuis 1990 ladite formule ainsi que le retour éventuel à la formule générale de « bonnes mœurs » ont été reconsidérés, mais l'opinion majoritaire est que la formule générale « règles de la vie en société » est tellement inhérente à la loi actuelle polonaise et à sa juridiction qu'il ne faut pas la remplacer : seul l'adjectif « socialiste » a été éliminé (auparavant, la formule parlait des « règles de la vie en société socialiste »). Actuellement, il n'y a aucun doute quant au fait qu'il s'agit là d'une clause désignant les bonnes mœurs comme une valeur qui devrait corriger les prescriptions des lois dans le but de les rendre plus justes et plus équitables. Cette clause apparaît dans un bon nombre de dispositions concernant les rapports juridiques.

### **3.4 Le principe de l'autonomie de la volonté, appelé aussi « principe de la liberté contractuelle »**

Ce principe, évident pour les systèmes juridiques actuels et constituant même leur première pierre, ne fonctionnait pas pleinement en Pologne avant 1990. Maintenant, le principe de la liberté contractuelle a repris tout son contenu et n'est limité que par la loi ainsi que par le principe des bonnes mœurs. Les parties contractantes sont ainsi libres de formuler le contrat selon leurs volontés, pourvu que ni son objet ni son contenu n'entrent en contradiction avec la nature du rapport juridique, la loi en vigueur ou les règles de la vie en société (bonnes mœurs). Les limitations de ce principe qui se trouvent dans le *Code civil* sont surtout une conséquence directe de la protection du consommateur, comme c'est le cas actuellement dans la plupart des pays développés.

Le principe discuté ci-dessus est donc non seulement ancré dans le *Code civil*, mais il possède en outre de solides bases dans les prescriptions constitutionnelles garantissant la liberté d'activité commerciale et dans les clauses des traités internationaux concernant les relations économiques qui ont été ratifiés par la Pologne.

### **3.5 Le principe de la protection de confiance d'un sujet entrant en rapport juridique**

Ce principe est maintenant revenu dans le système polonais du droit civil. Il n'est pas directement formulé comme une clause particulière, mais est plutôt construit par la doctrine basée sur les clauses générales et les motifs à caractère éthique. Un élément inhérent à ce principe est le droit de bonne information, immanent dans les dispositions qui concernent les

rapports avec les consommateurs. Les applications détaillées de ces principes se trouvent dans plusieurs dispositions du *Code civil* protégeant les sujets qui entrent en rapport juridique en étant de bonne foi. De plus, ce principe concerne déjà une étape de la conclusion d'un contrat, soit l'honnêteté dans les négociations.

En pratique, une loi juste dépend de beaucoup d'autres facteurs en dehors des prescriptions du Code et de leurs directives d'interprétation. Pendant des années, les tribunaux polonais étaient habitués à un grand formalisme dans l'approche de la loi et ne pratiquaient aucune activité juridique « créative ». Depuis le grand changement de système politique, cela aussi s'est transformé. Paradoxalement, cette évolution est liée à la très mauvaise situation économique des universités, dont celle des facultés de droit. Près de 95 p. 100 enseignants-chercheurs dans le domaine du droit ont été obligés de se mettre à la pratique du droit, la plupart d'entre eux en tant que juges. Par conséquent, l'interprétation créative des principes juridiques est de plus en plus répandue, les chercheurs y étant bien sûr mieux préparés que les autres juges.

Un élément important lié jusqu'à un certain degré à l'interprétation et à l'application de la loi est le fait d'utiliser la Constitution comme référence et même comme base juridique pour certaines décisions. Cela est totalement nouveau dans la juridiction polonaise. Le Tribunal administratif supérieur a été le premier tribunal polonais à mettre en œuvre cette pratique en utilisant encore l'ancienne Constitution mais avec le changement essentiel énonçant que la Pologne est un État démocratique de droit. Cette disposition a eu pour conséquence l'application d'un principe par les tribunaux administratifs, à savoir que les citoyens étant dans une situation de fait et une situation juridique identique devraient être soumis aux mêmes traitements.

#### 4 Le rapport entre le *Code civil* et les autres lois

La tradition culturelle de l'Europe de l'Ouest a influé sur la séparation du droit privé et du droit public en Pologne. L'essentiel du droit privé en Pologne est contenu dans le *Code civil* qui régit le droit civil. En outre, certaines matières civiles sont soumises à des réglementations particulières. C'est le cas, par exemple, du *Code de commerce*, du *Code de famille et de tutelle*, de la *Loi concernant les registres fonciers et les hypothèques* et des lois sur la propriété intellectuelle. En dehors du *Code civil* se trouvent aussi le droit cambiaire, le droit des eaux, de l'énergie, le droit sur les baux et sur les commandes publiques.

Le *Code civil* est traditionnellement divisé en une partie générale et trois autres parties concernant le droit réel, le droit des obligations et le droit de succession. Le droit de la famille a été codifié séparément, mais il n'y a aucun doute quant à ce qu'il constitue une partie immanente du droit civil. Leur séparation était basée sur la thèse que le droit civil porte surtout sur les rapports patrimoniaux, pendant que le droit de la famille s'occupe principalement de rapports personnels. On considérait aussi qu'une grande partie des rapports juridiques familiaux n'était pas réglementée par le droit civil mais par le principe de la subordination. Ces hypothèses ne sont plus reconnues comme valables aujourd'hui. Sans aucun doute, plusieurs institutions du Code de la famille et de tutelle devront être modifiées à cause des changements économiques survenus au cours des dernières années. Il s'agit surtout de régimes matrimoniaux, dont la réglementation juridique actuelle n'est pas du tout compatible avec les conditions économiques et sociales d'aujourd'hui. Toutefois, reconnaissant que le *Code civil* n'en est pas la codification complète et totale, le législateur ne postule pas l'incorporation de cette matière dans ledit code. Une des raisons décisives de cette opinion est le fait que, dans le droit de la famille, les éléments de moralité et de mœurs ont un rôle prépondérant. Néanmoins, le *Code de la famille et de tutelle* ne comporte aucune partie générale, donc de manière globale la partie générale du *Code civil* est appliquée, et ce, dans les cas où le *Code de famille et de tutelle* ne donne pas de réponse.

En dehors du *Code civil*, le droit du travail aussi est régi par un code. Contrairement au droit concernant la famille et la tutelle, le droit du travail est considéré par la majorité des universitaires comme une branche séparée de la loi. Le *Code du travail* a le caractère d'une loi complexe et contient les normes juridiques de nature aussi bien privée que publique. Le sujet principal de cette réglementation est, bien sûr, le rapport de travail, qui provient du droit des obligations. L'exécution des obligations impliquées par ce rapport est néanmoins assurée non seulement par la protection juridique mais aussi par d'autres formes de pression sociale (par exemple : contrat collectif de travail, règlements). Le législateur a clairement défini l'étendue de l'application des dispositions du *Code civil* et celle du *Code du travail* en ce qui concerne le contrat de travail. Si le *Code du travail* ne règle pas explicitement un cas, il faut appliquer le *Code civil*, pourvu que cela ne contredise pas les principes du droit du travail. Les normes civiles sont donc appliquées non pas directement mais de façon subsidiaire.

Un problème intéressant est la relation entre le *Code civil* et le *Code de commerce*. La distinction, dans le contexte du droit privé, était universellement acceptée dans les systèmes continentaux du XIX<sup>e</sup> siècle, ce qui fut exprimé par les codifications séparées qui régissaient les rapports de

commerce. Dernièrement, des tendances à abandonner cette distinction et à incorporer le droit du commerce dans les codes civils (par exemple le *Code d'obligations* suisse) se sont manifestées. En principe, la séparation du droit du commerce, sous forme d'une codification particulière, a été une conséquence de l'interventionnisme grandissant de l'État dans les relations économiques. Cette tendance a été très claire dans les systèmes juridiques créés par les États socialistes, où de nouvelles lois séparées sont apparues, qui régissaient les rapports économiques entre les unités d'État et les entreprises d'État. La Pologne a voté en 1934 un code de commerce séparé, à l'instar de l'Allemagne. Ce code concernait la position et les actes juridiques d'un commerçant — les normes du *Code civil* à ce sujet n'étaient admissibles que dans le cas de l'absence de telles normes dans le *Code de commerce*. Ce dernier fut partiellement aboli en 1964, lorsque le *Code civil* polonais est entré en vigueur. Il n'en est resté que la réglementation concernant les sociétés commerciales. Les actes de droit civil des personnes menant une activité commerciale sont donc soumis aux règles du *Code civil*. Remarquons que, dernièrement, un projet d'une nouvelle réglementation au sujet des sociétés commerciales a été préparé. Cette réglementation (la « loi de société » existerait en dehors du *Code civil* et devrait remplacer le *Code de commerce*. Il est admis que toutes les institutions de la partie générale du *Code civil* et des obligations, si elles ne sont pas régies par la nouvelle loi, devraient être jugées selon le *Code civil*.

Notons que, dans le système polonais de droit civil, le droit agraire n'a pas de statut séparé. Il contient des normes appartenant à diverses branches du droit. En ce qui concerne les exploitations agricoles, le *Code civil* ne s'occupe que du droit de succession. Cet état de choses est maintenu par égard à l'intérêt social présumé attaché à la spécificité de cette réglementation. Autrement dit, le droit agraire n'est qu'un sujet séparé d'enseignement, constituant une branche de droit civil.

En ce qui concerne le droit coopératif, la situation est semblable. Il existe en tant que droit séparé. Pourtant, son caractère essentiel est de droit civil et il n'y a pas de raison pour y voir une branche de droit séparée du droit civil. Par conséquent, dans le cas du droit coopératif aussi, en l'absence de toute règle particulière, les institutions du droit civil sont directement appliquées.

Tout ce qui concerne la propriété intellectuelle est une branche immanente du droit civil, malgré une réglementation par des lois spéciales. Les rapports juridiques au sujet des biens immatériels sont donc aussi régis par la partie générale ainsi que les obligations, le droit réel et le droit de succession du *Code civil*.

## **5 Le concept de l'autonomie privée des parties et de l'équité dans la société**

Le concept de l'autonomie privée des parties est depuis longtemps pour la science du droit civil un des fondements de la formation des rapports civils. L'autonomie de la volonté, en tant qu'élément du droit naturel de la personne, a servi comme point de départ à la définition du principe civil de la liberté contractuelle.

Au début, la liberté contractuelle était conçue comme l'étendue des possibilités qu'avait un individu de définir ses droits et devoirs sans avoir à subir l'ingérence de l'État. Cette façon de voir est très liée au libéralisme du XIX<sup>e</sup> siècle. Le programme libéral avait en effet pour point principal l'autonomie des parties conçue comme liberté d'activité économique et de commerce, ainsi que liberté de conclure un contrat dont la forme ne serait à établir que par les parties intéressées. Cette approche met l'État à l'écart des rapports privés, et en même temps le législateur est prêt à reconnaître les rapports fixés par les parties comme obligeant légalement celles-ci, de même qu'il s'engage à les protéger juridiquement. Ainsi, la volonté des partenaires du contrat étant devenue primordiale, l'État ne devait jouer que le rôle du garant de la sécurité juridique et sanctionner les cas où les parties ne respecteraient pas les accords passés. Cette acception du principe de la liberté contractuelle a été exprimée de façon très explicite dans l'article 1134 du Code Napoléon.

Cela dit, avec le temps une telle conception de la liberté contractuelle peut paraître, dans des cas concrets, mener une des parties à abuser de sa position économique avantageuse et, par le fait même, à porter préjudice à l'autre. C'est pourquoi au XX<sup>e</sup> siècle commença le changement de la fonction économique de la liberté contractuelle parallèlement à l'évolution de son contenu déterminé statutairement. De plus en plus souvent, les législateurs portaient du principe que l'ordre juridique ne doit aucunement reconnaître des contrats qui — par leur contenu ou la façon dont ils sont conclus — restent en désaccord avec les valeurs protégées par ledit ordre. Ce point de vue se trouve exprimé par toutes ces lois qui déclarent invalides les actes juridiques en contradiction avec les bonnes mœurs.

Le droit des obligations contemporain a tendance à limiter la liberté contractuelle, avant tout en vue de protéger la partie plus faible du rapport juridique. Il suffit de citer en exemple les contrats de bail de locaux d'habitation, les contrats de crédit et d'assurance avec participation des consommateurs, les contrats avec les entreprises d'économie communale. Dans ces cas, le législateur part du principe que, bien souvent, le citoyen moyen, en étant plus faible économiquement et ne disposant pas d'une préparation

fondamentale particulière, est dépourvu en fait de liberté de décision et conclut dès lors des contrats qui le désavantagent ou dont il est incapable de prévoir les conséquences. De cette approche provient le fait que, dans le droit contractuel contemporain, les juristes se tournent de plus en plus souvent vers le principe de l'équitable répartition des droits et devoirs. Surgit alors une question fondamentale : jusqu'à quel point le législateur peut-il et doit-il s'ingérer dans le contenu du rapport juridique ? N'étend-il pas trop son « protectorat » en exigeant dans tous les cas le respect de ce qui est appelé la « justesse » ou l'« équité contractuelle », ce qui prive les parties de l'autonomie de la volonté et leur enlève l'obligation de réflexion sérieuse avant toute prise de décision.

Dernièrement, la doctrine allemande a été bouleversée par deux décisions du Tribunal constitutionnel allemand concernant le rapport du crédit bancaire. En expliquant les motifs de ces décisions judiciaires, le Tribunal constitutionnel a fait remarquer la nécessité de fournir à la personne donnant un cautionnement une information complète sur les effets juridiques et économiques qui peuvent être liés à cet acte juridique. Dans les deux cas, le Tribunal est parti du principe qu'il existe dans le contrat de garantie du crédit bancaire un danger non négligeable d'ébranlement de l'équilibre contractuel (*Vertragsparität*), dès lors qu'il y a institutionnellement prépondérance juridique et économique d'une des parties. C'est pourquoi, lors de la conclusion d'un tel contrat, il peut facilement y avoir violation du principe de l'autonomie privée de la volonté garanti en Allemagne par la Constitution (art. 2, al. 1). Comme l'a expliqué le Tribunal constitutionnel, le manque d'équilibre entre les parties peut être compensé par le fait de fournir une information ample et détaillée.

Ces deux décisions judiciaires ont beaucoup bouleversé le milieu juridique parce que, dans les deux cas, le contrat de garantie était conclu par une personne majeure ayant capacité d'exercice et n'agissant sous aucune contrainte. Le Tribunal s'est toutefois basé sur l'existence d'une inégalité institutionnelle des parties en soulignant que la personne concluant le contrat était jeune, inexpérimentée, économiquement faible et, en plus, avait reçu, sans plus d'explications, un formulaire prêt d'avance à signer. Le Tribunal a reconnu les deux contrats de cautionnement non valables du moment qu'ils étaient en contradiction avec l'autonomie de la volonté garantie par la Constitution. Comme le souligne la doctrine allemande, l'importance de ces décisions dépasse largement les rapports de crédit. Dans sa justification, le Tribunal a clairement déclaré que les tribunaux civils lors de l'interprétation et de l'application des clauses générales sont obligés de prêter attention à ce que l'instrument qu'est la liberté contractuelle ne serve pas exclusivement à la partie la plus forte. Par ailleurs, il a

souligné que, dans le cas où les dispositions du contrat s'avéreraient manifestement préjudiciables à une des parties et menaceraient ouvertement l'équilibre des intérêts, le tribunal devrait décider si la disposition portant préjudice est le résultat de l'inégalité institutionnelle des parties ainsi que corriger le contenu du rapport juridique en accord avec les clauses générales.

Il faut cependant clairement dire qu'une répartition inégale des droits et devoirs dans le contrat, portant préjudice à une des parties, ne peut en tant que telle causer l'invalidité du contrat ou d'une clause particulière, et ce, bien sûr du moment où ladite répartition ne provient pas d'une entorse aux bonnes mœurs faite par une des parties ni d'un manque de liberté réelle de décision. Quant à la question de l'étendue de l'ingérence du législateur en cas de déséquilibre dans le rapport juridique, l'introduction dans le *Code civil* des dispositions qui possèdent une trop large fonction protectionniste mènerait en vérité à la négation totale du principe de la liberté contractuelle et du principe *pacta sunt servanda*. La possibilité de prendre des décisions autonomes et de répondre pour soi-même est un élément inséparable de ce principe, inné quant à ce principe. Un accord contractuel passé de façon autonome et libre devrait obliger les parties, et le fait qu'il soit équitable ou non ne devrait pas être l'objet d'une ingérence de la part du législateur. Il est toutefois indispensable que l'ordre juridique crée des conditions dans lesquelles les parties, tout en réalisant leur droit d'autodétermination, auront réellement la possibilité d'arriver dans le rapport juridique à un juste équilibre. Par conséquent, s'il manquait dans une situation concrète des conditions à la liberté de décision, alors l'acte juridique en contradiction avec le principe de la « justesse » ou de l'« équité contractuelle » devrait être tenu pour non valable. C'est pour cela que le juge contrôlant le contenu du rapport juridique doit constater d'abord s'il y a eu enfreinte à la possibilité d'autodétermination des parties. Au cas où les parties en arriveraient dans le contrat à un déséquilibre objectif des intérêts mutuels tout en exécutant pleinement l'autonomie de la volonté et en agissant en accord avec les principes de la vie en société, il n'y a aucun fondement pour un contrôle judiciaire du contenu d'un tel rapport juridique. Si, par contre, une des parties fut privée de conditions d'exécution de l'autonomie de sa volonté, soit à cause d'un abus de position juridique ou économique contraire aux bonnes mœurs, soit par égard au mode particulier de conclusion du contrat, ce qui provoqua un évident déséquilibre contractuel, alors il faut donner priorité au principe de la « justesse » ou de l'« équité contractuelle » de préférence au principe de la liberté contractuelle.

Le *Code civil* polonais comporte aussi quelques clauses générales qui permettent d'éliminer une illégalité institutionnelle des parties. De telles

dispositions (les articles 58 et 353 du *Code civil* polonais) ont pour fonction d'éliminer des rapports quelques actes, en attachant un sens juridique à un certain ordre qui n'appartient pas au droit positif, et en donnant de l'importance aux appréciations apportées par la jurisprudence. La liberté contractuelle dans le *Code civil* polonais est déterminée par la nature du rapport résultant du contrat, les dispositions de la loi et les règles de la vie en société. Cette dernière expression, qui avait au départ une connotation idéologique, a été interprétée, après 1989, dans la jurisprudence plutôt comme la notion de bonnes mœurs. La clause des règles de la vie en société est utilisée dans la « justesse contractuelle » prise au sens large, c'est-à-dire dans le but de protéger les intérêts d'une des parties. Forcément, il s'agit le plus souvent de la partie la plus faible, celle qui ne savait comment s'assurer un équilibre dans le rapport juridique au moment de conclure le contrat. Bien que l'article 353, limitant la liberté contractuelle en considération de la nécessité de respecter les principes de la vie en société, n'introduise pas explicitement quelque sanction que ce soit, une telle sanction ressort de l'article 58 (2), dans lequel le non-respect des principes régissant les rapports sociaux est considéré comme un non-respect des dispositions du droit.

La détermination de critères d'appréciation de l'acte juridique en vue d'établir son éventuelle contradiction quant aux règles de la vie en société est sans doute une des tâches les plus difficiles pour la science du droit civil et la pratique. En se basant sur l'article 55 du *Code des obligations* d'avant la Seconde Guerre mondiale, le législateur a déclaré que le contrat contredit les bonnes mœurs s'il enfreint les principes moraux reconnus par la société ou encore l'honnêteté en usage dans les rapports. La non-conformité de l'acte juridique avec les principes de la vie en société provient donc du fait que les comportements fixés dans l'acte juridique, ou constituant son but, heurtent les valeurs ou les normes d'action reconnues dans la société. Lors de l'évaluation de la contradiction qui existe entre l'acte juridique et les principes des rapports sociaux, on prend aussi en considération les circonstances dans lesquelles le contrat donné a été conclu ainsi que la portée des fonctions exercées par les participants à l'acte juridique. Dans une de ses décisions, la Cour suprême a reconnu non conforme aux règles de la vie en société un contrat conclu dans la situation où une pression était exercée sur le contractant par l'autre partie, dont le poste permettait d'avoir une emprise sur la situation juridique dudit contractant. Relativement au comportement hors normes morales de l'autre partie, le tribunal a clairement pris position en faveur de la protection de la partie plus faible de l'acte juridique. Ainsi, à côté des normes de droit positif furent exploitées les normes morales prises en considération comme des normes juridiques.

Cependant, dans un cas concret, il peut être difficile de décider ce qui constitue une offense aux bonnes mœurs et aux principes moraux en vigueur, car le critère des bonnes mœurs provient de l'interpénétration de l'ordre juridique avec le système de valeurs extérieur. C'est pour cette raison que les juges qui évaluent la non-conformité avec les bonnes mœurs devraient se tourner vers des formules et des précédents déjà reconnus dans la jurisprudence comme étant des règles de l'ordre juridique. Si cela ne suffit pas, ils devraient appliquer le critère général de justice et d'équité. L'observation de la jurisprudence des tribunaux polonais et de celle des tribunaux d'autres pays, dont la législation aussi reconnaît comme invalides les actes juridiques contraires aux bonnes mœurs, permet de remarquer que les réalisations de la jurisprudence polonaise dans ce domaine sont relativement modestes. Toutefois, nous croyons que cela vaut la peine de noter les quelques décisions de la Cour suprême qui font appel, au moment de trancher sur la validité du contrat ou d'une de ses dispositions particulières, au critère des principes de la vie en société. Ainsi, dans sa décision du 30 janvier 1986, la Cour suprême a déclaré que « dans le cadre du risque économique stipulé dans le contrat, l'agent supporte le coûts — dépassant les données précalculées — de son établissement. Après justification détaillée, la somme à payer forfaitairement par l'agent peut être réduite — dans le cas où le contrat serait déclaré non conforme à la loi ou aux principes de la vie en société — en considération de l'ensemble des circonstances liées au fonctionnement de cet établissement. » De même, ce sont les circonstances du comportement de la partie plus forte qui ont été un critère décisif pour la déclaration de non-conformité avec les règles des rapports sociaux. D'autre part, dans la décision du 4 novembre 1982, la Cour suprême fit expressément remarquer la contradiction entre l'objectif de l'acte juridique et les principes de la vie en société. Elle déclara en effet que, bien que la clause qui donne à la partie annonçant la vente aux enchères le droit d'annulation des résultats directement après que la vente a eu lieu fût en accord avec la loi, sa réalisation aurait pu être reconnue non conforme aux principes de la vie en société si jamais le refus d'accepter les résultats de la vente aux enchères avait été libre. Dans cette décision judiciaire, apparaît distinctement la volonté de protéger cette partie du contrat qui ne pouvait avoir d'influence sur les conditions de la vente aux enchères, fixées par la partie annonçant cette vente.

Deux autres décisions de la Cour suprême concernent un problème essentiel concernant les principes de la vie en société et l'équilibre entre les parties dans le contrat. La Cour suprême a déclaré non conforme auxdits principes un contrat d'agence obligeant l'agent à payer ce qui s'appelle une « redevance forfaitaire » dans un cas où un calcul économique et commercial normal permet de s'apercevoir qu'une gestion de l'entreprise suivant

les dispositions du contrat d'agence causerait des pertes et que l'agent serait incapable de s'assurer un gain suffisant en vue de couvrir ses propres frais d'entretien ainsi que ceux de sa famille.

## **6 La protection spéciale de la partie se trouvant dans une situation difficile comme réalisation du postulat de la loi juste**

Dans la doctrine des pays économiquement développés, les juristes mènent depuis un certain temps une discussion sur la possibilité juridique d'une protection particulière d'un débiteur momentanément non solvable. Le système qui encourage les consommateurs à prendre des crédits est si bien développé qu'une publicité adroite vantant les crédits conduit souvent à un surendettement non réfléchi. Les citoyens consomment tellement à crédit, qu'il est déjà question de « sociétés vivant à crédit ». L'insolvabilité passagère d'un débiteur individuel entraîne maints problèmes sociaux qui pèsent, en fin de compte, sur toute la société. Avec cela, il n'y a pas de doute que la non-solvabilité d'un débiteur individuel qui ne mène pas une activité économique n'est d'habitude même pas une conséquence de la façon dont il gère ses affaires personnelles. La raison de l'insolvabilité d'un débiteur individuel se trouve le plus souvent dans les problèmes imprévus qui touchent sa vie : une maladie grave, un licenciement sans faute, une mort dans la famille proche ; tout cela influe essentiellement sur la situation financière du débiteur. On commence donc à chercher dans le droit civil des mécanismes qui permettraient à un débiteur passagèrement insolvable d'obtenir certaines facilités de paiement pour la période difficile et le protégeraient de la perte de ses biens et de l'abaissement important de son niveau de vie. On considère aussi que cette protection du débiteur devrait commencer dès le début de ses difficultés et non pas seulement au moment de la procédure d'exécution. Dans certains pays, les dispositions qui prévoient une protection particulière d'un débiteur individuel dans le cas d'une insolvabilité dont il n'est pas responsable sont déjà contenues dans des lois particulières, par exemple celles qui concernent le crédit lié à la consommation, l'assurance du consommateur et la vente à crédit. À partir de ces lois particulières et d'une certaine ligne de juridiction, un projet est né dans la doctrine concernant le droit civil, celui de la construction d'une conception générale d'une « force sociale majeure ». Cette idée est vivement discutée dans la doctrine des pays scandinaves, mais aussi dans la doctrine française. Une telle conception, exprimée dans les règles du *Code civil*, pourrait servir de base aux tribunaux pour tenir compte des difficultés personnelles du débiteur dans les cas qui ne sont pas régis par des dispositions particulières. Cette conception pourrait avoir de l'importance s'il s'agissait, par exemple, de la résiliation d'un contrat devenu impossible à honorer

par une des parties pour des raisons imprévues ou encore dans les cas où le débiteur est menacé par l'arrêt d'une prestation mutuelle, par exemple si son électricité ou sa ligne téléphonique risquent d'être coupées. Il serait aussi possible de considérer les circonstances mentionnées ci-dessus pour retarder l'échéance d'un paiement sans obligation de payer des intérêts ou avec des intérêts moindres (la solution française de « délai de grâce »). Dans les pays scandinaves, le législateur a développé la doctrine d'exécution de la loi d'une façon qui tient compte des intérêts personnels des individus (*person oriented concept*). La diversité des besoins des personnes et des groupes sociaux divers y est souligné. Un système juridique qui prend en considération les besoins concrets et réels des membres de la communauté est notamment, obligé d'accepter la possibilité d'existence de différentes règles pour différentes personnes (*person related rules*).

Ainsi, dans le droit civil actuel, le principe de la justice ne consiste pas en un traitement formellement identique de tous les participants aux rapports juridiques. Il s'agit plutôt d'y chercher justice en fixant des règles particulières qui renforceraient certains groupes de sujets dans leur relation avec une partie plus forte juridiquement et économiquement (les règles des rapports avec le consommateur). En plus des règles adressées à un consommateur abstrait, le législateur recherche aussi la possibilité de tenir compte, dans le droit civil, des intérêts d'un sujet tout à fait particulier et individuel, se retrouvant indépendamment de lui dans une situation sociale particulièrement difficile — c'est encore une fois la force sociale majeure.

Tandis que les conceptions d'un ordre juridique spécial qui régissent les rapports avec les consommateurs sont acceptées totalement dans le droit européen actuel, tel n'est pas le cas de la « force majeure ». Durant la recherche des fondements d'un droit équitable dans le *Code civil* même, l'attention est particulièrement captée par le rôle de ce qui s'appelle les « clauses générales ». Il s'agit là avant tout d'établir de justes proportions entre le droit de l'individu et l'intérêt général, entre le bien public et le bien individuel, entre le respect de l'autonomie et de la liberté et le respect des valeurs fondamentales. Dans tout système de droit, le rôle des clauses générales consiste en la recherche du *ius aequum* pour chaque cas concret, ce qui revient à considérer chaque cas de façon individuelle en tenant compte de l'intérêt particulier du sujet. Il semble qu'aucun système de droit civil ne puisse se passer de clauses générales, soit, en d'autres termes, de règles à caractère général. Cela signifie que le juge est autorisé à prononcer une sentence en s'appuyant sur une évaluation et des valeurs qui ne sont pas formulées dans le droit positif. Voilà pourquoi seulement les juges pleinement indépendants, libres de pressions politiques, sachant établir un équilibre entre l'intérêt individuel et commun en accord avec les principes

en vigueur dans un pays démocratique, peuvent convenablement appliquer la loi. Le droit juste ne dépend donc pas seulement de la minutie et de l'intégrité des règlements, mais il dépend largement de l'application, concordante avec le sens de la « justesse », ou de l'équité de traditionnelles clauses à cet égard, à savoir celle des « bonnes mœurs », de la « bonne foi », de l'« honnêteté » et de la « loyauté » dans la négociation et l'exécution du contrat.

## 7 L'avenir du *Code civil* et l'importance de sa contribution à l'évolution du droit et de la justice

Le rôle des codes civils dans la mise en place de systèmes cohérents de droit civil est désormais généralement établi. Il est aujourd'hui hors de doute que les codes civils devraient constituer une réglementation synthétique des institutions juridiques fondamentales et invariables, d'où il résulte qu'il ne faut pas introduire, dans les lois particulières, de dispositions à part. Bien que, d'un point de vue formel, le *Code civil* soit une loi comme toutes les autres, il occupe cependant sans doute une position toute particulière. Dans plusieurs cas, il complète les règles qui se trouvent dans les autres lois. Son aspect essentiel, surtout sa partie générale et le droit des obligations, est appliqué directement comme base juridique obligatoire. Dans les autres cas, les dispositions du *Code civil* ne doivent pas être appliquées directement, mais en prenant en considération la réglementation particulière en question. Il semble quand même que, dans le système polonais du droit civil, le *Code civil* occupe une position exceptionnelle pour deux raisons. La première est en principe de nature historique. Après la Seconde Guerre mondiale, lorsqu'on tentait d'imposer des solutions qui ne respectaient pas le principe de l'autonomie de la volonté, le *Code civil*, qui prenait pour modèle la loi romaine et la loi germanique, constituait un fort lien avec la culture de l'Ouest. La seconde raison expliquant la position particulière du *Code civil* est le fait que les normes juridiques déduites de la totalité de ses dispositions constituent un modèle de formation pour d'autres rapports civils juridiques. Alors, le *Code civil* influe d'une manière importante sur la façon de construire et d'interpréter les branches du droit civil qui restent en dehors de ce code.

En plus, étant donné le fait que cette loi régit les institutions de base qui s'appliquent en principe à tout rapport de droit civil, il est plutôt rare qu'elle subisse des modifications essentielles, ce qui contribue à une importante stabilité des rapports de droit civil. Aucun changement de régime politique en Pologne n'a eu d'impact, par exemple, sur les constructions relatives à la capacité juridique et à la capacité d'exercice, aux exigences concernant la forme des actes juridiques (procuration, condition), aux principes de la responsabilité contractuelle, à la responsabilité pour

acte illicite, à la solidarité d'obligation. Élément encore plus intéressant, les clauses générales n'ont pas subi non plus de modification essentielle, si ce n'est un contenu à peine changé au moment de leur application. Les assises des codes civils dont la tradition remonte encore au droit romain restent donc inchangées. Cela ne veut pas dire pour autant que les codes civils ne devraient pas être sujets à des modifications liées notamment, dans les pays stabilisés d'Europe, à l'amplification des matières devant être codifiées. La vie économique, qui est d'ordinaire plus riche et complexe que la réglementation juridique, donne naissance à des types de contrats nouveaux, non régis dans la partie détaillée des engagements, contrats qui fonctionnent donc pendant des années sans être soumis au Code. Souvent, ce sont des rapports juridiques extrêmement compliqués dont la forme n'est pas nécessairement homogène et qui comportent les caractéristiques de différents contrats. Mentionnons à ce sujet les contrats de *leasing*, de *factoring*, de *franchising*, de *sponsoring* ou bien ceux de *time-sharing*. Parmi les représentants de la doctrine concernant le droit civil, l'opinion majoritaire est que la réglementation dans le *Code civil* des contrats susmentionnés serait prématurée, vu l'absence, pour le moment, de bases pour préjuger tant des *essentialia negotii* desdits contrats que de la matière qui devrait être réglementée par les dispositions à caractère *ius cogens*. L'apparition de types nouveaux de contrats concerne surtout les liens économiques et sociaux et non les caractéristiques de construction juridiques, alors que la division en types contractuels nouveaux se situe souvent « au travers » de ceux qui sont déjà réglementés. Le développement de la législation relative aux contrats est parti du principe de la *numerus clausus* dans la direction de la liberté du choix, par les parties contractantes, du modèle de leurs droits et obligations. En ce qui a trait à ces contrats, le rôle du législateur se réduit non pas tant à une tentative de codification (il est généralement reconnu qu'une législation prématurée peut freiner un développement futur) qu'à l'établissement des limites de la liberté juridique de ces contrats (soit la « fonction correctrice ») et à la conception d'un système de référence si la nécessité se présentait de combler les lacunes dans la législation relative aux contrats (fonction complémentaire). La fonction correctrice est strictement liée à l'établissement d'un minimum de règles qui devraient être respectées par tous les sujets du commerce, et ce, d'un point de vue moral, à savoir dans le sentiment de la « justesse » ou de l'équité et de la justice. Ce sont précisément les dispositions du *Code civil* qui déterminent ce minimum de règles, en définissant les limites de la liberté contractuelle, les principes que les parties doivent prendre en considération durant les négociations, les conséquences du non-respect par ces parties de ladite « honnêteté contractuelle ». À l'époque, où nous vivons, avec une vie économique développée à un point tel que nombre de rapports juridiques

restent en dehors de la codification directe, le droit objectif ne saurait être réduit à un recueil de normes de droit positif. Ces règles doivent servir en même temps d'indication à la recherche d'une solution équitable. Ainsi la conformité du contrat avec la législation est-elle simultanément une conformité du contrat avec l'équité. Aussi admet-on que, même dans une société pluraliste, il existe un certain minimum de valeurs généralement reconnues parmi lesquelles se trouve le principe selon lequel, au moment de la conclusion d'un contrat, il n'est pas permis de profiter de sa domination juridique et économique en vue de s'assurer des profits illégitimes. Cependant, il faut dire clairement que, seul, le déséquilibre des droits et obligations dans le contrat portant un préjudice démesuré à l'une des parties ne saurait causer la nullité du contrat ni d'une de ses clauses dans la mesure où ce déséquilibre ne serait pas dû à l'infraction aux bons usages commise par l'une des parties ni à l'absence de liberté réelle au moment de la décision. L'ordre juridique a pour devoir de créer des conditions dans lesquelles les parties qui exécutent leur droit d'autonomie auront réellement la possibilité d'atteindre l'équilibre équitable dans le rapport juridique. C'est pour cette raison que le droit civil contemporain s'interroge aussi à savoir s'il suffit de laisser au juge la possibilité de contrôler, sur la base des clauses générales, si l'infraction à l'autonomie des parties a eu lieu ; ou bien peut-être est-ce le législateur qui devrait aller plus loin pour reconnaître à certains sujets, à travers des dispositions détaillées, des droits particuliers au moment de la conclusion du contrat, et ce, en vue de renforcer légalement leur position contractuelle plus faible.

Un exemple intéressant, qui peut servir de base pour analyser l'impact d'une réglementation détaillée concrète, codifiée ou non codifiée, sur les principes de l'équité dans le droit civil, est la législation relative aux droits des consommateurs. Le principe de la prise en considération dans les rapports contractuels de l'égalité non seulement formelle mais réelle des parties joue un rôle considérable dans le droit civil européen contemporain. Sans cette règle, il serait difficile de concevoir le droit des consommateurs. Le principe de base est qu'il est impossible d'assurer une égalité réelle des parties uniquement en réglant de façon détaillée les rapports juridiques concernant la participation des consommateurs, car un consommateur individuel est un sujet trop faible pour pouvoir protéger lui-même ses intérêts. Une longue pratique de jurisprudence en Pologne confirme clairement que ladite tendance est juste.

Le niveau de protection des droits des consommateurs en Pologne reste sans doute toujours très écarté du standard de protection du consommateur dans les pays de l'Union européenne. L'adaptation au niveau offert aux consommateurs par le droit communautaire et, de ce fait, par la

législation des États membres de l'Union européenne est une obligation imposée à la Pologne par le Traité d'association. Les changements à effectuer sont définis nettement par les directives du Parlement et du Conseil de l'Europe qui déterminent le standard minimal de la protection des consommateurs. Au cours des nombreux travaux menés en matière d'harmonisation de la législation polonaise avec celle de l'Union, il a été établi que formellement, à beaucoup d'égards reconnus comme fondamentaux pour la protection requise du consommateur, la législation polonaise existante satisfait en principe aux standards exigés, à force d'être interprétée de manière convenable. Les solutions générales prévues par le *Code civil* et dans certains actes exécutifs peuvent constituer théoriquement une base suffisante pour assurer le niveau élevé approprié de la protection des consommateurs. Cependant, le niveau de cette protection reconnue effectivement aux consommateurs s'éloigne considérablement des standards européens. Il en est ainsi surtout parce que le niveau de la jurisprudence en la matière est trop bas ; nous pouvons même risquer la constatation qu'une telle jurisprudence est pratiquement inexistante. Les juges ignorent l'axiome d'une protection particulière du consommateur qui représente le groupe le plus faible, incapable de lutter avec efficacité au nom de ses intérêts, et c'est pourquoi ils ne recherchent pas dans les dispositions disponibles d'instruments légaux qui puissent leur permettre d'accéder au niveau requis de la protection du consommateur. La possibilité théorique de résoudre un problème déterminé en vertu d'une disposition qui existe ne signifie donc pas encore que ce problème soit résolu de manière satisfaisante. Dans le *Code civil* polonais, nous avons affaire à un grand degré d'abstraction en ce qui concerne la conception des obligations. Une telle conception rend possible une stabilité importante des solutions prévues malgré l'évolution des conditions de régime politique, mais en même temps elle réduit l'opportunité de résoudre en pratique les problèmes de la manière souhaitée. En effet, nul ne saurait oublier que la faculté d'attribuer aux dispositions générales, y compris par exemple aux clauses générales, la signification convenable en cas de litige judiciaire dépend de l'état des connaissances et de la conscience du juge en matière de consommation. Pour cette raison, les conceptions abstraites générales ne sont à admettre qu'à partir du moment où les juges y sont suffisamment préparés et qu'ils sont en mesure d'adapter le principe de la liberté contractuelle aux besoins du commerce de consommation. D'ailleurs, la législation de l'Union européenne en la matière présente également un caractère fortement casuistique, car il est admis que, pour assurer au consommateur la protection due, la seule possibilité théorique d'étendre une règle à caractère général à une situation déterminée du consommateur n'est pas suffisante. Il ne suffit donc pas que le juge soit libre d'appliquer à son gré une disposition donnée

conçue de manière abstraite. À travers le caractère détaillé de la réglementation, le législateur vise à atteindre la certitude que, dans une situation déterminée, le juge sera obligé de prendre en considération une solution particulière. La casuistique des dispositions en matière de protection des consommateurs a pour objet de mettre en place une pratique de protection du consommateur indépendamment, pour ainsi dire, de l'état de conscience du juge moyen et de sa volonté, indépendamment de sa faculté d'appliquer des dispositions abstraites, en vue d'assurer la protection particulière des consommateurs. Comme la doctrine le souligne, l'approche européenne de la protection particulière des consommateurs est fondée sur le principe que la liberté contractuelle dans les rapports de consommation est perturbée en raison d'un manque d'information du côté du consommateur. C'est lui qui se révèle le plus faible, faute de savoir et de renseignements qui lui sont dus. Le fait que la loi impose au professionnel l'obligation d'informer, réglementée dans les différents contrats de consommation d'une manière extrêmement casuistique (par exemple dans le cas des rapports de crédit le fait d'établir un modèle selon lequel il faut stipuler le prix réel du crédit) doit rétablir effectivement l'« égalité des chances ». Cette « égalité des chances » effective doit décider de la liberté réelle des contrats. Si nous garantissons véritablement une possibilité d'orientation avant la conclusion du contrat, il est permis d'appliquer le principe *volenti non fit iniuria*. La circonstance voulant que le droit européen en matière de consommation soit casuistique à l'extrême pour les questions d'information par rapport aux différents rapports juridiques fait qu'il est difficile de transférer une telle réglementation de cet ordre dans le *Code civil*. Les tentatives d'introduction de l'obligation générale d'informer « strictement » ou bien « convenablement » ne sauraient apporter le résultat souhaité du point de vue de l'harmonisation avec le droit européen, car l'objet et l'étendue de l'information nécessaire seraient laissés à la libre appréciation du juge. Cependant, il s'agit d'imposer nettement aux opérateurs professionnels des obligations tout à fait concrètes et de déterminer d'avance les sanctions en cas de non-respect. La décision à savoir si une réglementation donnée devrait intégrer le *Code civil* ou non dépend de la question de savoir si les problèmes tellement détaillés ne sont pas susceptibles de faire chavirer les proportions entre les dispositions actuelles contenues dans le Code et les matières nouvelles. Quant au *Code civil* polonais, comme nous l'avons déjà dit, il a un caractère plutôt général ; par conséquent, il serait difficile d'y trouver de la place pour les dispositions détaillées relatives aux différents contrats de consommation. Il est proposé pour le moment d'intégrer au *Code civil* la liste des clauses contractuelles abusives d'après la directive y afférente. Une telle solution trouve cependant son bien-fondé dans le fait que lesdites clauses abusives s'appliquent à tout contrat avec un consommateur et non

à un seul type de contrat. La conception de réglementer le commerce de consommation en dehors du Code civil est aussi justifiée par l'aspect pratique du processus législatif : il est beaucoup plus facile d'adopter une nouvelle loi que de procéder à la modification d'un code...

Ainsi est-il reconnu hors de tout doute qu'il n'existe pas de rapport simple entre le caractère détaillé de la réglementation inscrite dans un code et la réalisation du principe de l'équité. Pour garantir un plus grand degré d'équité dans le droit, il faut procéder sur plusieurs axes :

- a) par la mise en place, dans le Code même, de bases générales permettant de constater, dans un cas concret, si l'autonomie des parties a été observée et, s'il existe déjà de telles bases, par l'ajout de clauses permettant de procéder à la correction du rapport juridique conformément au principe de l'équité ;
- b) par une réglementation détaillée, également en dehors du code, de types concrets de contrats conclus avec la participation du consommateur, en vue de donner une « chance égale » institutionnelle à la partie contractante la plus faible ;
- c) par la formation appropriée de la conscience du juge en ce qui concerne les possibilités d'exploiter, dans la jurisprudence, les outils de droit civil que comportent les dispositions générales du *Code civil* et dont l'application permettra de rendre un arrêt équitable.

Le besoin de lois particulières (une plus grande précision dans les lois signifie une plus grande « justesse » ou équité dans le droit) devrait être évalué, à notre avis, en tenant compte des facteurs suivants : 1) la sécurité et la stabilité de l'ordre juridique ; 2) l'observation d'une convenable liberté d'activité économique (une réglementation trop ample élimine l'élasticité du droit nécessaire à l'égard de la vie économique) ; 3) le besoin d'une protection pour la partie la plus faible d'un contrat ; 4) la reconnaissance de la nécessité de garder les clauses générales permettant aux tribunaux indépendants l'application du *ius aequum* ; 5) la reconnaissance, dans certaines limites, du rôle normatif de la jurisprudence (peut-être par analogie avec l'article 1, alinéa 2 du *Code civil* suisse autorisant un juge à combler une lacune du droit selon des principes qu'il aurait établis s'il avait été législateur).