

## POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPÉEN

*For a European ‘mos maiorum’*

PHILIPPE ROPENGA

*Docteur en droit, Avocat en Paris (France)*

**Abstract:** Le *mos maiorum* guide le citoyen romain dans l'exercice de charges publiques et la conduite de ses affaires privées. L'élévation du citoyen a été recherchée en Europe bien après la chute de Rome. Au XIX<sup>e</sup> siècle, Alexis de Tocqueville a noté avec intérêt le «goût pour le bien-être matériel en Amérique». Cette approche de la vie en société est à l'origine d'un autre paradigme sur lequel repose le droit de la consommation.

**Mots-clés:** *Mos maiorum*, marché intérieur, droit européen, droit de la consommation, citoyenneté.

**Abstract:** *Mos maiorum* guides the Roman citizen's conduct in public office and in private matters. The moral uplifting of the citizen has been sought long after Rome had fallen. Alexis de Tocqueville has noticed the “taste for physical well-being in America” in the 19th century. This approach to community life has led to a paradigm shift that is at the origin of consumer law.

**Keywords:** *Mos maiorum*, internal market, European law, consumer law, citizenship.

TABLE DES MATIÈRES : Introduction. I.–L'élévation vers la chose publique. 1.1–L'*otium* au centre de tensions. 1.1.1–La tension politique. 1.1.2–La tension de l'être. 1.2–De l'*otium* au divertissement. 1.2.1–La souveraineté étatique. 1.2.2–Le confort domestique. II.–La concentration sur les affaires privées. 2.1–L'originalité de la consommation. 2.1.1–L'étendue de la consommation. 2.1.2–Un consommateur difficile à cerner. 2.2–Le relâchement de la citoyenneté. 2.2.1–L'efficacité du relâchement. 2.2.2–Rechercher l'apaisement du citoyen. Conclusion.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Il faut rechercher ce qu'il y a de romain en droit européen. La tâche est moins aisée qu'il n'y paraît. Les droits qui sont issus des traditions juridiques d'Europe continentale ont été durablement influencés par le droit romain. Celui-ci ne se confond toutefois pas avec ceux-là. Ainsi, en matière de contrat, André Magdelain rappelle que «L'espoir a toujours été déçu de capter l'essence du consensualisme grâce à l'étude d'un ou de tous les contrats consensuels. La structure d'un type contractuel ne renseigne que sur elle-même. L'information reste parcellaire. La somme des parcelles ne forme pas un tout, mais une collection. Le consensualisme ne se confond pas avec le total de ses manifestations.<sup>1</sup>» L'approche du droit des obligations par le *Draft Common Frame of Reference* est intéressante en ce qu'elle facilite la coopération juridique indispensable au bon déroulement des échanges transnationaux. La recherche de ce qui est commun estompe néanmoins les particularités d'un droit<sup>2</sup>. M. Mantello relève qu'il est possible d'étudier le droit soit en attachant davantage d'importance à l'analyse d'un ensemble structuré de règles, soit en l'examinant à l'aune du contexte qui l'a vu naître<sup>3</sup>. Le 11 avril 2018, la Commission européenne a annoncé une proposition de refonte du droit de la consommation en vue d'aboutir à «Une nouvelle donne aux consommateurs<sup>4</sup>». Le contexte consumériste a une grande influence sur l'essor du droit européen alors qu'il n'existait pas en tant que tel à Rome. Par ailleurs, le droit de la consommation est traditionnellement perçu, dans les droits nationaux, comme une matière de droit privé. M. Mantello attire l'attention sur le fait que la distinction entre droit public et droit privé tient à la place prépondérante de l'État d'après une conception qui n'est pas romaine<sup>5</sup>. En quoi le droit romain peut-il dès lors aider à conforter la place de l'Union européenne dans l'esprit des citoyens?

Le passage du droit romain au droit européen s'inscrit dans une évolution et ne peut donc pas avoir une origine purement institutionnelle. Alexis de Tocqueville a été particulièrement sensible à l'évolution d'une société à la suite de la Révolution française, changement de contexte brutal s'il en est. Il estime que les mœurs ont une plus grande influence sur l'esprit des citoyens que les

<sup>1</sup> MAGDELAIN, A., *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, Recueil Sirey, 1958, p. 1.

<sup>2</sup> MURILLO VILLAR, A., «La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 16, 2016, p. 32 et s.

<sup>3</sup> MANTELLO, A., *Diritto privato romano. Lezioni*, t. I, Torino, Giappichelli, 2009, p. 35 et s.

<sup>4</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, COM(2018) 183

<sup>5</sup> MANTELLO, A., *Diritto privato romano. Lezioni*, t. I, *op. cit.*, p. 39 et s.

POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPEEN ■

institutions ou les lois<sup>6</sup>. M. Arens estime que «c'est tout l'intérêt de la vision tocquevillienne de la démocratie: celle-ci doit se comprendre comme une société et non directement comme un régime politique.<sup>7</sup>» L'auteur de *De la démocratie en Amérique* reprend le sens de *mores* et fait ainsi non seulement référence «aux habitudes du cœur» mais aussi, entre autres, «aux diverses opinions qui ont cours au milieu des [hommes], et à l'ensemble des idées dont se forment les habitudes de l'esprit.<sup>8</sup>» Une attention particulière est accordée au contexte car l'influence de celui-ci est plus diffuse que l'effet des institutions si bien qu'il est aisé d'accentuer la singularité de certains faits. Les relations entre la France et l'Espagne n'échappent pas à la règle. C'est ainsi que M. Corbet remarque que, si Blanche de Castille a marqué l'histoire de France, ni les régence féminines ni l'ascendance espagnole des rois de France n'étaient exceptionnelles. Les croisades ont en effet contribué selon l'auteur à la réduction de la population masculine sur une période allant de 1150 à 1250<sup>9</sup>. Il va être vu qu'Anne d'Autriche, par sa piété espagnole, a aussi exercé une influence notable sur les mœurs françaises. Cette exigence de probité s'inscrit dans une tradition européenne d'origine romaine d'élévation de la personne vers la chose publique (1). Le consumérisme a rompu avec cette tradition en accentuant la concentration sur les affaires privées (2).

## I. L'ÉLEVATION VERS LA CHOSE PUBLIQUE

À Rome, *l'otium* reflète ce souci d'élévation et est au centre de tensions (1.1). L'élévation se manifeste différemment à l'aune du divertissement envisagé par Blaise Pascal et ceux qui ont été influencés par sa pensée (1.2).

1.1 *L'otium* au centre de tensions

Il s'agit de la tension politique propre au contexte de crise de la République romaine (1.1.1), d'une part et de celle qui traverse ceux qui s'interrogent sur l'existence, d'autre part (1.1.2).

<sup>6</sup> DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. II, in *Œuvres complètes*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, Calmann Lévy (première édition 1835) 1888, p. 248 et s., spéc. p. 254.

<sup>7</sup> ARENS, N., «La démocratie tocquevillienne. Un parcours dialectique», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1 (74), 2015, p. 201.

<sup>8</sup> DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. II, *op. cit.*, p. 214.

<sup>9</sup> CORBET, P., «Entre Aliénor d'Aquitaine et Blanche de Castille. Les princesses au pouvoir dans la France de l'Est», *Vorträge und Forschungen*, 81, 2015, p. 233.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

### 1.1.1 LA TENSION POLITIQUE

Macrobe rappelle que d'après Varron, la coutume repose sur les mœurs: «Varro de moribus, morem esse dicit in iudicio animi, quem sequi debeat consuetudo.»<sup>10</sup> Mme Iacobini insiste sur le fait que le *mos* est antérieur à la coutume<sup>11</sup>. Reconnaître le caractère normatif de la coutume suppose de ce fait d'admettre que cette norme trouve sa source dans un élément spirituel qui n'est pas écrit et sans lequel elle ne peut pas exister. Lorsque les institutions romaines étaient secouées par la crise de la République, le *mos majorum* pouvait apparaître comme un renfort. C'est dans ce contexte que Cicéron prend acte de l'évolution des mœurs romaines<sup>12</sup>. Les auteurs s'accordent sur l'importance politique du *Pro Sestio* qui incite les jeunes patriciens à renouer avec les mœurs de leurs prédécesseurs<sup>13</sup>. L'illustre orateur souhaitait qu'ils retrouvassent leur dignité comme individus et comme groupe autrefois plus influent. L'expression *mos majorum* a été maintes fois étudiée en raison de son ambiguïté intrinsèque. Laidlaw rappelle que pour Cicéron, l'*otium* peut désigner l'oisiveté comme le retrait des charges publiques<sup>14</sup>. Un désaccord subsiste entre les auteurs au sujet de deux passages du *Pro Sestio* potentiellement contradictoires, l'un figure au paragraphe 98, l'autre aux paragraphes 138 et suivant. Ils se lisent respectivement ainsi:

«quid est igitur propositum his rei publicae gubernatoribus quod intueri et quo cursum suum derigere debeant? id quod est praestantissimum maximeque optabile omnibus sanis et bonis et beatis, cum dignitate otium. hoc qui volunt, omnes optimates, qui efficiunt, summi viri et conservatores civitatis putantur; neque enim rerum gerendarum dignitate homines exferri ita convenit ut otio non prospiciant, neque ullum amplexari otium quod abhorreat a dignitate.»

Dans ce premier passage, il semble que les meilleurs dirigeants ne recherchent pas l'*otium*, s'il ne s'agit pas de l'*otium cum dignitate*.

«nam si qui voluptatibus ducuntur et se vitiorum inlecebris et cupiditatum lenociniis dederunt, missos faciant honores, ne attingant rem publicam, patiantur virorum fortium labore se otio suo perfrui. qui autem bonam famam bonorum, quae sola vere gloria nominari potest, expetunt, aliis otium quaerere debent et

<sup>10</sup> MACROBE, *Saturnalia*, III, 8, 9.

<sup>11</sup> IACOBONI, A., «Il significato politico del mos maiorum in Cicerone», *Etica & Politica*, 2 (16), 2014, p. 287.

<sup>12</sup> CICÉRON, *De republica*, III, 17.

<sup>13</sup> V. par exemple BOYANCÉ, P., «Cum dignitate otium», *Revue des Études Anciennes*, 3 (43), 1941, p. 176; IACOBONI A., «Il significato politico del mos maiorum in Cicerone», *op. cit.*, p. 292 et s.

<sup>14</sup> LAIDLAW, W. A., «Otium», *Greece & Rome*, 1 (15), 1968, p. 44 et s.

POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPEEN ■

voluptates, non sibi. sudandum est iis pro communibus commodis, adeundae inimicitiae, subeundae saepe pro re publica tempestates.»

Ce second passage est plus nuancé et indique que les meilleurs citoyens ne recherchent pas l'*otium* pour eux-mêmes.

Le sens donné à l'*otium cum dignitate*, dépend en grande partie de l'expression *prospicere otium*. Boyancé estime que le patricien est appelé à contempler au loin l'*otium* après une vie faite de charges publiques et marquée par l'engagement pour la collectivité<sup>15</sup>. Wirszubski ne partage pas cette analyse: il estime que dans la langue cicéronienne *prospicere* signifie *veiller sur*<sup>16</sup>, que l'expression *cum dignitate otium* a un sens variable et qu'elle vise seulement à mettre en valeur les hommes susceptibles de préserver les institutions de la République<sup>17</sup>. Quelle que soit l'analyse retenue, il apparaît que l'exercice du pouvoir politique ne se résume pas aux institutions politiques et qu'il dépend en très grande partie des mœurs de ceux qui participent d'une manière ou d'une autre à la démocratie. Plus récemment, M. Castán Pérez-Gómez a indiqué que la démocratie se comprenait essentiellement comme des «modèles» dont le contenu dépendait de l'époque étudiée<sup>18</sup>. En ce sens, M. Sastre Ariza relève à juste titre que l'instauration d'élections libres ne suffit pas à établir la démocratie. Il insiste sur l'effet de la «culture politique» sur les institutions<sup>19</sup>. Le *mos majorum* ne s'inscrit pas dans la *summa divisio* entre droit public et droit privé<sup>20</sup>. On ne peut pas exclure que la conception moderne marquée par la place de l'État ait une influence sur la manière dont les auteurs romanistes abordent le droit romain. Cette contribution n'entend pas remettre en cause les travaux qui adoptent une approche principalement institutionnelle. Une telle approche se justifie pleinement dans la mesure où, comme le rappelle Mme Occhaíta Valmaña, les institutions romaines, à la différence de celles de la Grèce antique, ont fini par transcender les citoyens

<sup>15</sup> V. sur ce point BOYANCÉ, P., «Cum dignitate otium», *op. cit.*, p. 186; Rapp. LAIDLAW W. A., «Otium», *op. cit.*, p. 49.

<sup>16</sup> WIRSZUBSKI, C., «Cicero's Cum Dignitate Otium: a Reconsideration», *The Journal of Roman Studies*, 1-2 (44), 1954, p. 3.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>18</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Una aproximación a la Democracia Romana a través del Sufragio Activo y Pasivo», in A. Valmaña Ochaíta (coord.): *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, Ciencia y pensamiento jurídico, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 57 et s. L'auteur emploie le terme «modelos» entre guillemets.

<sup>19</sup> SASTRE ARIZA, S., «A vueltas con la Democracia», in A. Valmaña Ochaíta (coord.): *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, Ciencia y pensamiento jurídico, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 146 et s. L'auteur emploie l'expression «cultura política».

<sup>20</sup> En ce sens, V. KASER, M., KNÜTEL, R. et LOHSSE, S., *Römisches Privatrecht*, 21<sup>e</sup> éd., München, Beck C. H., 2016, paragr. 3.2.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

qui les composaient<sup>21</sup>. L'origine extra-institutionnelle du *mos* fonde par ailleurs l'intérêt d'un travail sur les mœurs qui accorde davantage d'importance aux personnes qu'aux institutions.

Ceci amène à prendre du recul par rapport à la tension politique pour envisager la tension de l'être.

### 1.1.2 LA TENSION DE L'ÊTRE

Salluste fait état de cette tension qu'il ressent fortement. Le passage suivant le révèle clairement:

«Ceterum ex aliis negotiis, quae ingenio exercentur, in primis magno usui est memoria rerum gestarum. [...] atque ego credo fore qui, quia decrevi procul a re publica aetatem agere, tanto tamque utili labori meo nomen inertiae imponent, certe quibus maxima industria videtur salutare plebem et conviviis gratiam quaerere. [...] profecto existimabunt me magis merito quam ignavia iudicium animi mei mutavisse maiusque commodum ex otio meo quam ex aliorum negotiis rei publicae venturum.»<sup>22</sup>.

Le malaise de l'auteur à l'égard de son retrait de la vie publique explique en grande partie le souci qui est le sien de justifier l'utilité de l'*otium* qui pourrait ici être traduit par oisiveté et qui est pourtant utile contrairement à l'activité très intense de ceux qui occupent des fonctions publiques. Fort de son expérience politique, l'historien n'hésite pas à souligner certains aspects peu glorieux et inévitables de la vie politique.

La grandeur d'un homme politique ne se mesure pas seulement à la pertinence de ses actions. Elle dépend aussi de sa capacité à s'abstraire du tumulte de la vie politique sans pour autant perdre de vue la nécessité de l'action. M. Hartog souligne d'ailleurs que la Renaissance a favorisé l'éducation et la culture en vue de celle-ci<sup>23</sup>. M. Torrent Ruiz rappelle à ce sujet que le noble romain attend de ses soutiens et de ses proches qu'ils s'engagent avec lui, parfois physiquement s'il le faut, dans le combat politique<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> VALMAÑA OCHAÍTA, A., «Democracia en la Antigüedad», in A. Valmaña Ochaíta (coord.): *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, Ciencia y pensamiento jurídico, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 172 et s.

<sup>22</sup> SALLUSTE, *Bellum Jurgurthinum*, no 4.

<sup>23</sup> HARTOG, F., «L'autorité du temps», *Études*, 7 (411), 2009, p. 54.

<sup>24</sup> TORRENT RUIZ, A., «Partidos Políticos en la República tardía. De los Graco a César (133-44 a. C.)», in A. Valmaña Ochaíta (coord.): *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, Ciencia y pensamiento jurídico, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 12 et s.



POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPEEN ■

Un extrait d'une lettre de Salluste à César mentionne la perte de repères de la jeunesse en cette fin de République.

«firmanda igitur sunt vel concordiae bona et discordiae mala expellenda. id ita eveniet, si sumptuum et rapinarum licentiam dempseris, non ad vetera instituta revocans, quae iam pridem corruptis moribus ludibrio sunt, sed si suam quoque rem familiarem finem sumptuum statueris : quoniam is incessit mos, ut homines adulescentuli sua atque aliena consumere, nihil libidinei atque aliis rogantibus denegare pulcherrimum putent, eam virtutem et magnitudinem animi, pudorem atque modestiam pro socordia aestiment»<sup>25</sup>.

Ce texte un peu moins connu que le *Pro Sestio* évoque la crise morale d'une tout autre manière. Pour cet homme qui aimait tant joindre la pensée à l'action militaire, il est impossible et donc inutile de tenter de rétablir les anciennes mœurs. Il préconise de limiter les dépenses des jeunes gens. La discipline militaire et les exemples d'être hors du commun ont sans doute conduit l'auteur à critiquer la jeunesse avec la verve qu'on lui connaît. Ce second passage met en évidence l'influence de la conduite des affaires privées sur celle des affaires publiques. Il n'est pas ici question d'institutions mais d'inclination. En rapprochant ces deux passages de Salluste, il est possible d'apercevoir à nouveau l'ambivalence intrinsèque de l'*otium* relevée plus haut. Afin de bien servir la chose publique, l'être doit parfois s'en abstraire; il se trouve alors confronté à ses inclinations, bonnes et mauvaises.

Cette tension caractéristique de l'élévation de l'être vers la chose publique qui s'est poursuivie durant la Renaissance a persisté au moins jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, nonobstant l'apparence du divertissement.

## 1.2 De l'*otium* au divertissement

Ce glissement sémantique s'est inscrit dans l'air du temps: il a conforté la souveraineté étatique (1.2.1) avant d'asseoir le confort domestique (1.2.2).

### 1.2.1 LA SOUVERAINETÉ ÉTATIQUE

Durant la Renaissance, les pays d'Europe ont affirmé leur singularité notamment par le biais de leur langue et de leur culture tout en renouant avec

<sup>25</sup> D'après une édition récente, ce texte date approximativement d'octobre 48 av. J.-C. V. Salluste, «Ad Caesarem senem de re publica», I, in J. T. Ramsey (éd.): *Fragments of the Histories: Letters to Caesar*, Cambridge (Massachusetts)-London, Harvard University Press, 2015, pp. 478, n.° 5.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

l'héritage romain. Le temps et le lieu de ce colloque invitent à faire des choix. Blanche de Castille a été évoquée afin de rappeler, tout en la nuanciant, l'influence hispanique sur la France à une époque où les seigneurs locaux étaient politiquement très puissants. Anne d'Autriche incarne quant à elle l'influence de la piété et de la probité espagnoles sur une France qui a poursuivi ce grand effort de différenciation culturelle en admettant l'intégration d'influences étrangères. La Contre-Réforme a donné naissance en France à plusieurs courants de pensée. Anne d'Autriche, mère de Louis XIV, était particulièrement favorable à un catholicisme très proche de l'Église romaine. Des penseurs ont essayé de reprendre certains éléments de la Réforme afin d'en nourrir la pensée catholique. Un de ces courants est marqué par le jansénisme. Il convient de souligner que ces interrogations philosophiques et théologiques se sont enchevêtrées dans d'autres querelles propres à la société française si bien que le dénominateur commun que constitue la référence à Jansen paraît bien petit pour couvrir des réalités très diverses<sup>26</sup>. La dimension politique d'un jansénisme désireux de préserver la souveraineté de l'État, notamment par opposition aux Jésuites, est bien établie<sup>27</sup>. C'est dans ce climat que Molière écrivit *Tartuffe*. Des Catholiques proches de la doctrine de Rome se sentirent moqués par l'auteur en raison du personnage principal, un homme très observant et hypocrite. La Compagnie du Saint-Sacrement, soutenue par Anne d'Autriche s'offusqua de cette comédie. Le premier président du Parlement de Paris, par ailleurs, membre de la Compagnie du Saint-Sacrement décida de faire interdire *Tartuffe*<sup>28</sup>. Plusieurs auteurs insistent sur le fait que le Roi Soleil a fait interdire la pièce avant tout pour ne pas accroître les tensions entre les différents courants catholiques<sup>29</sup>. Ces tensions ne se manifestaient pas seulement par les arts mais sur le terrain particulièrement fertile des idées. Blaise Pascal, philosophe et mathématicien janséniste français, a mené à l'époque une réflexion sur le divertissement. Ses écrits étaient estimés en Espagne<sup>30</sup>. D'après celui-ci, le divertissement n'a d'autre fonction que d'éviter à celui qui se diver-

<sup>26</sup> Pour une présentation des désaccords antérieurs et contemporains à la publication de l'Augustinus de Jansen, v. KOSTROUN, D., «La Querelle des femmes au cœur du jansénisme», *Histoire, Économie & Société*, 2 (30), 2011, p. 52 s.

<sup>27</sup> V. sur ce point SAUGNIEUX, J., *Le jansénisme espagnol du XVIII<sup>e</sup> siècle: ses composantes et ses sources*, Textos y estudios del siglo XVIII, Oviedo, Cátedra Feijoo, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad, 1975, p. 55 s.

<sup>28</sup> BIET, C., «Molière et l'affaire Tartuffe (1664-1669)», *Histoire de la justice*, 1 (23), 2013, p. 76.

<sup>29</sup> V. notamment KOSTROUN, D., «La Querelle des femmes au cœur du jansénisme», *op. cit.*, p. 54 s.; BIET, C., «Molière et l'affaire Tartuffe (1664-1669)», *op. cit.*, p. 71.

<sup>30</sup> V. sur ce point SAUGNIEUX, J., *Le jansénisme espagnol du XVIII<sup>e</sup> siècle: ses composantes et ses sources*, *op. cit.*, p. 171 et s. L'auteur souligne que Blaise Pascal était cependant peu connu au XVIII<sup>e</sup> siècle en raison de son opposition à l'approche cartésienne de la raison à la mode en Europe à l'époque.



POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPEEN ■

tit de penser à la mort. La liasse VIII des *Pensées* de l'auteur s'intitule «Divertissement». Ce titre pourrait être trompeur. Le fragment suivant est représentatif du ton de la liasse: «Les hommes n'ayant pu guérir la mort, la misère, l'ignorance, ils se sont avisés, pour se rendre heureux, de n'y point penser.<sup>31</sup>» M. Dubreucq relève d'ailleurs que le titre «Misère de l'homme» a été envisagé pour celle-ci<sup>32</sup>. Le divertissement selon Blaise Pascal diffère de l'*otium* qui est une source d'élévation lorsque l'activité poursuivie dans le cadre du divertissement est noble comme dans le cas de Salluste. Mme Pécharman rappelle en effet que pour Blaise Pascal, le caractère noble ou vil de l'activité est indifférent<sup>33</sup>. Il l'affirme clairement: «On charge les hommes, dès l'enfance, du soin de leur honneur, de leur bien, de leurs amis, et encore du bien et de l'honneur de leurs amis. On les accable d'affaires, de l'apprentissage des langues et d'exercices. [...] Ainsi on leur donne des charges et des affaires qui les font tracasser dès la pointe du jour.<sup>34</sup>». De nos jours, le divertissement est toujours d'une certaine ambivalence car il peut amener à «se retrouver» ou à «se perdre» comme le fait remarquer M. Zarka<sup>35</sup>. Les écrits et les œuvres d'art portent la marque des mœurs de leur époque. Les hommes d'État étaient parfois embarrassés par ces derniers, comme dans le cas de *Tartuffe*. Ils en usaient aussi pour exercer une influence sur les mœurs. Ainsi Louis XIV a-t-il fait appel au gentilhomme modénois Vigarini pour mettre en scène l'amour galant dans les *Plaisirs de L'Île enchantée*<sup>36</sup>. Des femmes, d'un côté ou de l'autre des Pyrénées ont aussi marqué l'histoire européenne. Outre Blanche de Castille et Anne d'Autriche, Angélique Arnauld, abbesse de Port-Royal, a contribué à l'enracinement du jansénisme en France<sup>37</sup>. Ces influences culturelles et spirituelles diverses ont contribué à façonner l'Europe alors que les frontières étaient plus contraignantes qu'aujourd'hui. Les Espagnols et les Français étaient Européens lorsqu'ils tentaient de se définir comme Espagnols ou Français. Aucun de ces deux peuples européens n'a alors voulu rompre avec l'héri-

<sup>31</sup> Les extraits cités dans ce travail sont reproduits d'après l'édition de Léon Brunschvicg qui n'est pas la plus récente mais qui reprend les papiers laissés par Blaise Pascal à sa mort et découverts en 1662. Cette approche a été préférée car l'œuvre de Blaise Pascal n'est pas le sujet principal du présent travail. PASCAL, B., *Pensées et opuscules*, L. Brunschvicg (éd.), 5<sup>e</sup> éd., Paris, Hachette, 1909, paragr. 168, p. 406.

<sup>32</sup> DUBREUCQ, É., «L'intériorité désertée et le fond du cœur. Le rapport à soi dans la liasse de Pascal sur le Divertissement», *Methodos. Savoirs et textes*, 5, 2005, paragr. 48.

<sup>33</sup> PÉCHARMAN, M., «Le divertissement selon Pascal ou la fiction de l'immortalité», *Cités*, 3 (7), 2001, p. 17.

<sup>34</sup> PASCAL, B., *Pensées et opuscules*, op. cit., paragr. 143, p. 398.

<sup>35</sup> ZARKA, Y. C., «Éditorial. L'homme démocratique et le divertissement», *Cités*, 3 (7), 2001, p. 3.

<sup>36</sup> V. sur ce point ROUSSILLON, M., «Amour chevaleresque, amour galant et discours politiques de l'amour dans *Les Plaisirs de l'île enchantée* (1664)», *Littératures classiques*, 2 (69), 2009, p. 74 s.

<sup>37</sup> KOSTROUN D., «La Querelle des femmes au cœur du jansénisme», op. cit., p. 54 et s.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tage romain. L'évolution qui est ici décrite ne se résume pas à une relation de cause à effet au sein de laquelle chaque événement a eu un effet aisément déterminable. L'affaire *Tartuffe* a permis d'établir un fait incontestable: Anne d'Autriche a exercé une certaine influence lors de la Contre-Réforme. Ce contexte a permis à Blaise Pascal de contribuer à la pensée janséniste française alors que le Roi Soleil a utilisé le jansénisme à des fins plus politiques que spirituelles. Les développements précédents relatifs au *mos majorum* ont également souligné l'importance du contexte de crise de la République romaine. Il a été vu que l'ambition de former les esprits au moyen de la culture classique en vue de permettre aux jeunes gens d'agir pour le bien public était paratagée au moins jusqu'à la Renaissance. Une corrélation a été établie par différents auteurs à la fin de la République romaine entre crise institutionnelle, morale ancienne et éducation du citoyen. Cette corrélation a contribué à marquer les esprits au fil des générations alors même que le contexte de crise institutionnelle de la République romaine n'était plus pertinent.

À la suite de ces développements sur l'*otium* et le divertissement, il apparaît que ni la quête d'élévation morale ni la tension politique n'ont disparu après la chute de Rome. Alexis de Tocqueville a fait l'expérience de l'évolution du lien entre mœurs et affaires publiques lors de son séjour aux États-Unis d'Amérique.

### 1.2.2 LE CONFORT DOMESTIQUE

L'histoire familiale de Tocqueville a brutalement heurté l'Histoire de France, projetant celui-ci aux confins de la modernité. Alexis de Tocqueville descend par sa mère de Guillaume de Lamoignon, le président à mortier du Parlement de Paris qui fit interdire *Tartuffe*. Il est l'arrière-petit-fils de Chrétien-Guillaume de Lamoignon de Malesherbes, avocat du roi Louis XVI qui fut guillotiné pour avoir assuré sa défense<sup>38</sup>. M. Jaume relève que, si Tocqueville ne prend pas position au sujet du jansénisme<sup>39</sup>, il a été très influencé par la philosophie de Blaise Pascal, en particulier par le divertissement<sup>40</sup>. C'est avec ce bagage culturel qu'il s'est rendu aux États-Unis d'Amérique. Il a été

<sup>38</sup> AUBERT DE LA CHENAYE-DESBOIS, F.-A. et BADIER, J., *Dictionnaire de la noblesse*, t. 11, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Schlesinger Frères, 1863, p. 382, Jaume, L., *Tocqueville: les sources aristocratiques de la liberté: biographie intellectuelle*, Paris, France, Fayard, 2008, p. 397 et s.

<sup>39</sup> JAUME L., *Tocqueville, op. cit.*, p. 229 et s.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 218 et s., spéc. p. 221.

POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPEEN ■

frappé par le «goût du bien-être matériel<sup>41</sup>» qu'il a observé là-bas. Ce goût nouveau pour l'auteur explique une caractéristique de la démocratie sur laquelle M. Schleifer, historien éduqué aux États-Unis d'Amérique et commentateur de *De la démocratie en Amérique* insiste beaucoup, à savoir la «mobilité<sup>42</sup>». L'égalisation des conditions permet à tout un chacun d'accéder à n'importe quelle profession. Il reprend alors Tocqueville qui souligne qu'aux États-Unis d'Amérique toutes les professions sont honorables car elles en ont toutes pour finalité principale d'assouvir le «désir de bien-être» de ceux qui les exercent<sup>43</sup>. Selon Alexis de Tocqueville, l'égalisation des conditions va de pair avec une plus grande liberté qui sert la recherche du confort matériel. Au fil des pages de *De la démocratie en Amérique*, l'auteur porte un regard français, à la fois curieux et bienveillant, sur ce peuple qu'il découvre. Il remarque une autre voie d'élévation des citoyens vers la chose publique: «Lorsque les citoyens sont forcés de s'occuper des affaires publiques, ils sont nécessairement tirés du milieu de leurs intérêts individuels et arrachés, de temps à autre, à la vue d'eux-mêmes.<sup>44</sup>»

«On tire difficilement un homme de lui-même pour l'intéresser à la destinée de tout l'État, parce qu'il comprend mal l'influence que la destinée de l'État peut exercer sur son sort. Mais faut-il passer par un bout de son domaine, il verra d'un premier coup d'œil qu'il se rencontre un rapport entre cette petite affaire publique et ses plus grandes affaires privées, et il découvrira, sans qu'on le lui montre, le lien étroit qui unit ici l'intérêt particulier à l'intérêt général.<sup>45</sup>» L'individu n'agit plus pour le bien commun par devoir ou, pour employer une expression quelque peu féodale, parce que sa condition l'y oblige. La liberté lui sert à assurer son bien-être en même temps qu'elle lui permet de se rendre compte qu'il ne peut y parvenir seul de manière satisfaisante. En s'associant afin de satisfaire ses propres intérêts, il fait l'expérience de l'action au sein d'une communauté plus grande qui oriente et conduit les affaires publiques<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. III, in *Œuvres complètes*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, France, Calmann Lévy, (première édition 1840) 1888, p. 215., L'auteur a consacré plusieurs chapitres à cette question.

<sup>42</sup> SCHLEIFER, J. T., *The Chicago companion to Tocqueville's Democracy in America*, Chicago, The University of Chicago Press, 2012, p. 58 et s. L'auteur emploie le terme «mobility».

<sup>43</sup> DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. III, *op. cit.*, p. 256 s.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 196 s.: «Des hommes ont par hasard un intérêt commun dans une certaine affaire. Il s'agit d'une entreprise commerciale à diriger, d'une opération industrielle à conclure; ils se rencontrent et s'unissent; ils se familiarisent peu à peu de cette manière avec l'association. Plus le nombre de ces petites affaires communes augmente, plus les hommes acquièrent, à leur insu même, la faculté de poursuivre en commun les grandes».

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Alexis de Tocqueville comprend qu'il est possible d'inciter le citoyen à préserver l'intérêt général sans exiger qu'il s'engage de prime abord à défendre la souveraineté étatique; il lui suffit de rechercher le bien-être dans les moindres détails de sa vie privée et familiale. C'est cet aspect de l'existence qui explique le recours à l'expression *confort domestique* dans le cadre de ce travail.

Il a été vu que Blaise Pascal abordait le divertissement de manière neutre à la différence des auteurs qui évoquaient l'*otium* de manière ambivalente. Le caractère noble ou vil du divertissement est indifférent: il a pour seule finalité d'éloigner l'Homme de la pensée de sa propre mort. Le très pascalien Alexis de Tocqueville a remarqué le «goût du bien-être matériel». Loin de mépriser cette inclination, il a vu qu'elle pouvait conforter la poursuite de l'intérêt général.

Au terme de cette première partie, il apparaît que la tension politique ainsi que celle de l'être étaient permanentes en Europe. L'*otium* puis le divertissement d'après Blaise Pascal étaient un point d'équilibre de ces tensions. Avec la consécration de la recherche du bien-être comme finalité des actions privées et de l'action publique, cette tension n'a pas disparu; l'individu doit se soucier des autres et s'engager dans la vie publique pour parvenir à ses fins. Le consommateur, quant à lui, n'est pas amené à s'élever vers la chose publique; il suffit qu'il se concentre sur ses affaires.

## II. LA CONCENTRATION SUR LES AFFAIRES PRIVÉES

Ce nouveau paradigme rompt avec l'élévation du citoyen vers les affaires publiques. Cette évolution est techniquement possible grâce à l'originalité de la consommation (2.1). Celle-ci conduit à un relâchement de la citoyenneté (2.2).

### 2.1 L'originalité de la consommation

La consommation est originale: son domaine est particulièrement étendu (2.1.1) alors que le consommateur est difficile à cerner (2.1.2).

#### 2.1.1 L'ÉTENDUE DE LA CONSOMMATION

L'article 169 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) est une disposition fondamentale en matière de consommation. Elle prévoit en son paragraphe 1 que «Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union

POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPEEN ■

contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.» La Commission européenne a récemment entrepris un travail de grande ampleur en proposant notamment des textes importants en la matière. Afin d'assurer une bonne intégration du marché intérieur ainsi qu'une bonne protection du consommateur<sup>47</sup>, l'harmonisation du droit des États membres est croissante<sup>48</sup>. L'exposé des motifs de la proposition de refonte de plusieurs directives<sup>49</sup> dont la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs est d'ailleurs très clair sur ce point: «Le rapport du bilan de qualité indique que la plus grande contribution apportée par le droit des consommateurs de l'UE réside dans les règles harmonisées communes mises en place.<sup>50</sup>» La poursuite de l'intégration du marché intérieur associée à la protection des consommateurs explique non seulement l'harmonisation du droit de la consommation mais aussi l'extension de son domaine. Ainsi, le célèbre arrêt *Eurontrol* de la Cour de justice des Communautés européennes a par exemple précisé qu'une organisation internationale chargée du contrôle aérien pouvait ne pas être considérée comme une entreprise au sens de l'article 106 du TFUE, alors 86 du Traité CE et ne pas être soumise au droit de la concurrence.<sup>51</sup> Les États membres peuvent en outre décider d'intervenir dans les développements de certaines activités dans le but de servir l'intérêt économique général, à condition de mener une action proportionnée aux objectifs à atteindre<sup>52</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment admis que le déploiement d'un service de télévision numérique terrestre pouvait être un service économique d'intérêt général et a rappelé qu'il devait être précisément défini, nonobstant l'exécution

<sup>47</sup> L'article 169, §2 du TFUE renvoie à l'article 114 de ce traité qui prévoit une procédure destinée à harmoniser le droit des États membres en vue d'une intégration du marché intérieur soucieuse de la protection des consommateurs. La protection des consommateurs est donc indissociable de l'intégration du marché intérieur.

<sup>48</sup> La directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs remonte à une époque où le principe d'harmonisation minimale a commencé à s'estomper. L'harmonisation maximale a depuis été davantage recherchée. V. en ce sens HOWELLS, G., «The Boundaries of Consumer Law and Private Law», in É. Poillot et I. Rueda (coord.), A. Prüin (préf.): *Les frontières du droit privé européen* : [colloque, 28 et 29 octobre 2010, Université du Luxembourg], Bruxelles, Larcier, 2012, p. 233.

<sup>49</sup> COM(2018) 185 : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil européen modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE.

<sup>50</sup> *Ibid.*, paragr. 2 de l'exposé des motifs de ladite directive.

<sup>51</sup> CJCE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol, C-364/92.

<sup>52</sup> CJUE, Affaire C-242/10, 21 décembre 2011, ENEL, points 50 et s.



## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

d'une mission de service public<sup>53</sup>. Lorsque l'État s'aventure en dehors du domaine régalien, il se doit de respecter le droit de la concurrence. Les usagers peuvent alors être considérés comme des consommateurs. En se plaçant ainsi en dehors du domaine strictement régalien, l'État se définit comme un acteur économique et contribue par son action à l'extension du domaine du droit de la consommation. M. Fallon observe par ailleurs que le juge communautaire a eu une influence sur le législateur qui a accordé beaucoup d'importance à la libre circulation<sup>54</sup>. La libre circulation au sein d'un espace uniforme est un point cardinal du droit européen. Ceci est visible lorsque l'on examine ce droit d'un point de vue spatial. M. Pataut relève par exemple à ce sujet que le règlement dit «Bruxelles I», dans sa version en date de 2001<sup>55</sup>, ne prévoyait déjà pas expressément de condition d'internationalité du litige<sup>56</sup>. Le droit européen a en outre grandement réduit la portée de certaines distinctions juridiques en Europe continentale. Ainsi Mme Poillot remarque-t-elle à juste titre que la distinction entre droit public et droit privé n'est pas fondamentale en droit européen et évoque les exemples de mesures de restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent. «Ces notions représentent d'ailleurs un exemple de concepts difficiles à classer au sein de la *summa divisio* droit privé/droit public.<sup>57</sup>» Ce souci de la libre circulation n'est pas sans rappeler l'importance de la mobilité selon une lecture plus nord-américaine que française de Tocqueville. Afin de comprendre l'importance de l'influence des États-Unis d'Amérique sur le droit européen de la consommation, il est utile de revenir aux sources du concept actuel<sup>58</sup> de consommation. La consommation est apparue dans les années 1920 afin de répondre aux besoins des ouvriers<sup>59</sup>. Plus tard, les États-Unis d'Amérique, ont souhaité promouvoir la

<sup>53</sup> CJUE, Affaire C-66/16 P à C-69/16 P, 20 décembre 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco et Itelazpi, points 100 et s.

<sup>54</sup> FALLON, M., «Le droit communautaire: un espace en expansion continue», in P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (éds): *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications Facultés universitaires Saint Louis, 2000, p. 307 et s.

<sup>55</sup> Règlement n° 44/2001 (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 remplacé par le Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>56</sup> PATAUT, É., «L'espace judiciaire européen: un espace cohérent ?», in A.-M. Leroyer et E. Jeuland (coord.): *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Actes, Paris, Dalloz, 2004, p. 40.

<sup>57</sup> POILLOT, É., «La notion de droit privé européen», in É. Poillot et I. Rueda (coord.) et A. Prün (préf.): *Les frontières du droit privé européen* : [colloque, 28 et 29 octobre 2010, Université du Luxembourg], Bruxelles, Larcier, 2012, p. 19.

<sup>58</sup> Les historiens distinguent une première période de consommation de masse apparue au XVIII<sup>e</sup> siècle. V sur ce point ALBERT, A. et ROSSIGNEUX-MÉHEUST M., «Une question économique dominée par des enjeux moraux», *Histoire, Économie & Société*, 3 (32), 2013, p. 4.

<sup>59</sup> CHATRIOT, A. M.-E. CHESSEL et M. HILTON, «Introduction» in A. Chatriot, M.-E. Chessel et M. Hilton (éds.): *Au nom du consommateur: consommation et politique en Europe et aux États-Unis au XX<sup>e</sup> siècle*, Collection «L'espace de l'histoire», Paris, La Découverte, 2004, p. 13.



POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPEEN ■

démocratie par la consommation en Europe dans un contexte de guerre froide<sup>60</sup>. Si les hommes doivent être libres afin de consommer, il est moins probable qu'ils soient tentés par le communisme. Cette stratégie fait écho à la réflexion de l'auteur de *De la démocratie en Amérique* qui notait que «Ainsi, les hommes des temps démocratiques ont besoin d'être libres afin de se procurer plus aisément les jouissances matérielles après lesquelles ils soupirent sans cesse.<sup>61</sup>» Ceci ne doit pas surprendre car ce phénomène d'écho a déjà été observé précédemment: la pensée de Pascal a nourri celle de Tocqueville dans un contexte différent de celui dans lequel le philosophe et mathématicien a écrit les *Pensées*. Plus tôt, une certaine jeunesse a reçu une éducation spirituelle en vue de l'action pour le bien commun. Le contexte institutionnel de la crise de la République romaine qui a encouragé cette formation de l'esprit était alors révolu. Ces évolutions ont été portées par une exigence spirituelle absente de la société de consommation qui repose sur un espace fluide où tout circule librement.

La consommation est originale également parce que son principal acteur à savoir le consommateur demeure difficile à cerner.

## 2.1.2 UN CONSOMMATEUR DIFFICILE À CERNER

La refonte du droit de la consommation vise à accroître la protection du consommateur en tenant compte de nouvelles pratiques de consommation, notamment du développement des places de marché en ligne<sup>62</sup>. Le consommateur doit être protégé parce qu'il est faible. Cette affirmation peut apparaître comme une tautologie. Elle est pourtant la principale source des difficultés du droit de la consommation. Ceci amène M. Julien à envisager le risque d'une généralisation de la consommation<sup>63</sup>. Toutes les parties réputées faibles pourraient être traitées comme des consommateurs<sup>64</sup>. Le droit de la consommation resterait fonctionnel en dépit de cet écueil car il soutient avant tout la libre circulation. Afin d'assurer la fluidité du marché, il suffit de s'intéresser aux pratiques de

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>61</sup> DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. III, *op. cit.*, p. 234.

<sup>62</sup> Il s'agit de la traduction du concept de *marketplace*. V. sur ce point notamment l'article 2 de la proposition COM(2018) 185 de Directive du Parlement européen et du Conseil européen modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE.

<sup>63</sup> JULIEN, J., «L'identité ou les identités du consommateur», in B. Mallet-Bricout et T. Favario (coord.): *L'identité, un singulier au pluriel*, Actes, Paris, Dalloz, 2015, p. no 6.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. no 11.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

consommation et à ce qui les entrave. C'est notamment ce qui explique la refonte de la directive de 1993 relative aux clauses abusives. La nouvelle version de celle-ci porte sur l'uniformisation des sanctions minimales en vue de garantir une sécurité minimale uniforme sur le marché intérieur<sup>65</sup>. Cette démarche est originale car le consommateur n'est pas appréhendé comme une personne mais comme un acteur économique sur un marché régulé. Elle rompt avec la conception héritée de Rome selon laquelle l'éducation amène l'individu à envisager son action pour le bien commun. Alexis de Tocqueville, à la suite de Blaise Pascal, s'est inquiété dans *De la démocratie en Amérique* d'une possible dérive de la démocratie vers une société au sein de laquelle la futilité du divertissement l'emporte sur la nécessaire intériorité de toute personne qui se sait mortelle. «Lorsque le goût des jouissances matérielles se développe chez un de ces peuples plus rapidement que les lumières et que les habitudes de la liberté, il vient un moment où les hommes sont emportés, comme hors d'eux-mêmes, à la vue de ces biens nouveaux qu'ils sont prêts à saisir.[...] L'exercice de leurs devoirs politiques leur paraît un contre-temps fâcheux qui les distrait de leur industrie. S'agit-il de choisir leurs représentants, de prêter main-forte à l'autorité, de traiter en commun la chose commune, le temps leur manque; ils ne sauraient dissiper ce temps si précieux en travaux inutiles. Ce sont là jeux d'oisifs qui ne conviennent point à des hommes graves et occupés des intérêts sérieux de la vie.<sup>66</sup>» L'arrière-petit-fils de Malesherbes a été jusqu'à envisager l'inversion d'une vertu: le souci de la chose publique, caractéristique à Rome de l'*otium cum dignitate*, pourrait devenir un signe d'oisiveté dans les sociétés mues principalement par l'attrait des jouissances matérielles.

Il apparaît que la consommation au sein de l'Union européenne est un changement de paradigme. La profondeur de la personne est en effet moins importante que la fluidité d'un espace de libre circulation. Il va être vu que cette évolution conduit au relâchement de la citoyenneté.

### 2.2 Le relâchement de la citoyenneté

Malgré l'efficacité du relâchement (2.2.1), il convient de chercher à apaiser le citoyen européen autrement qu'en lui permettant de consommer sereinement (2.2.2).

<sup>65</sup> V. sur ce point l'article 3 de la proposition de directive COM(2018) 185.

<sup>66</sup> DE TOCQUEVILLE, A., «De la démocratie en Amérique», t. III, *op. cit.*, p. 234 s.

### 2.2.1 EFFICACITÉ DU RELÂCHEMENT

Le paradigme consumériste ne néglige pas l'individu. La société de consommation tend à donner aux ouvriers l'accès à ce dont ils ont besoin. Cette consommation est utile à la société puisqu'elle occupe les individus à la fourniture de biens et de services. L'engagement pour le bien commun est alors secondaire tandis que le soutien à la consommation est primordial. L'égalisation des conditions permet, en principe, à tout un chacun d'assurer son bien-être. L'individu doit travailler afin de s'offrir ce qu'il souhaite consommer. S'il est «mobile», pour paraphraser M. Schleifer, il parvient plus facilement à se procurer ce dont il a besoin afin de conforter son bien-être. Le marché intérieur doit être fluide pour que sa mobilité ne soit pas entravée. La fluidité de circulation est recherchée en toute matière même dans celles qui n'ont que peu de rapport avec la consommation telles que le droit des successions. Les habitudes des praticiens de cette matière ne sont pas toujours une entrave à l'application de normes supranationales ou étrangères. Elles peuvent même faciliter leur application. Des différences de législation peuvent par exemple conduire à considérer d'un pays à l'autre qu'un acte relève du droit des successions ou de celui des régimes matrimoniaux. Ces différences d'interprétation ne justifient pas à elles seules une harmonisation des dispositions nationales. La Cour de justice de l'Union européenne a par exemple eu l'occasion de se prononcer sur la qualification d'un droit dont est titulaire le conjoint survivant en droit civil allemand au regard du Règlement n.º 650/2012 relatif aux successions<sup>67</sup>. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, d) exclut l'application dudit Règlement aux questions qui relèvent des régimes matrimoniaux. Les considérants 7 et 23 notamment accordent quant à eux une grande importance à la libre circulation en matière successorale. L'établissement d'un certificat européen de succession simplifie les démarches administratives car il permet de prouver la qualité d'héritier dans les différents pays qui y ont recours<sup>68</sup>. À l'occasion d'une question préjudicielle, la Cour a examiné le droit allemand et estimé qu'il était préférable de considérer qu'il s'agissait d'un droit successoral afin de permettre l'établissement d'un certificat européen de succession et a relevé que cette qualification ne heurtait pas le droit civil allemand<sup>69</sup>. Cette affaire montre qu'il y a deux manières d'aborder une règle de droit. Le juge national s'interroge sur la nature d'un droit tandis que le juge communau-

<sup>67</sup> Règlement (UE) no 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

<sup>68</sup> V. article 63, §1 dudit Règlement.

<sup>69</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2018, C-558/16, Mahnkopf, points 33 et s.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

taire privilégie une approche relative à la circulation. Cette complémentarité rappelle la relation entre le droit de la concurrence et le droit civil: ces deux matières ne suivent pas la même représentation de la réalité. Beaucoup d'auteurs réfléchissent à juste titre à l'opportunité d'une harmonisation toujours plus grande des dispositions nationales. Il a été vu qu'un droit dépendait d'abord du contexte de son élaboration puis de son évolution en dehors de ce contexte. Les dispositions anciennes qui donnent leur spécificité aux droits internes des États membres n'ont pas été conçues en veillant à la fluidité du marché intérieur européen. Il est possible de modifier les droits nationaux en tenant compte de ce paramètre. Les questions de nature juridique et de libre circulation ne sont toutefois pas substituables. Rechercher avant tout la libre circulation revient à accorder beaucoup moins d'importance à d'autres questions juridiques fondamentales. Ces questions sont présentes à l'esprit du praticien et l'aident parfois à interpréter une disposition internationale afin par exemple de soutenir la validité d'un testament pourtant irrégulier sur le plan formel selon le droit national<sup>70</sup>. Les exigences formelles auxquelles les praticiens doivent se plier peuvent être source de difficultés majeures dans l'ordre international alors que l'exécution d'un acte dépend du respect de ces exigences<sup>71</sup>. Les mœurs ne sont pas par nature un frein à l'intégration des règles issues de sources européenne ou internationale. Les praticiens doivent faire quelque chose afin de répondre au besoin d'une personne ou de trancher un litige; en cas d'incertitude, ils préfèrent puiser les arguments pertinents aux sources qu'ils connaissent le mieux. Ils en usent conformément aux mœurs de leur époque. C'est en ce sens qu'Algirdas Julien Greimas parle de «bonnes manières juridiques<sup>72</sup>». Les différentes corrélations entre les mœurs et le contexte institutionnel qui ont été étudiées précédemment sont solidement ancrées dans une histoire commune incontestable et ne suivent pas pour autant une logique immuable. Le droit est une construction sociale et culturelle comme la langue, par exemple. La singularité d'une culture exerce une influence notable et similaire sur tous les phénomènes culturels dont le droit. Cette influence est manifeste en matière de traduction<sup>73</sup>. Une langue n'est pas abandonnée à l'arbi-

<sup>70</sup> V. C. CASS., Civ. I, 5 septembre 2018, no 17-26010. La Cour de cassation française a interprété la Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (Washington, D. C, 26 octobre 1973).

<sup>71</sup> V. par exemple ROCCATI, M., «Traduction et interprétation dans le cadre du renvoi préjudiciel européen», *Études de linguistique appliquée*, 3 (183), 2016, p. 303 en matière de signification des actes.

<sup>72</sup> GREIMAS, A. J., *Sémiotique et sciences sociales*, Paris, Editions du Seuil, 1976, p. 111. L'auteur établit un parallèle entre le droit, la table et la conversation.

<sup>73</sup> V. sur ce point GLANERT, S., *De la traductibilité du droit*, P. Legrand (préf.), Paris, Dalloz, 2011, p. 185. L'auteur insiste sur la similarité des difficultés rencontrées notamment par les traducteurs littéraires, juridiques ou de sciences humaines.

POUR UN *MOS MAJORUM* EUROPEEN ■

traire de celui qui l'emploie; sa structure ne suit pas un ordre purement logique. La maîtrise des langues suppose une connaissance des mœurs des locuteurs qui désignent une certaine réalité en se référant dans une langue à quelque chose qui est commun à tous les locuteurs et qui les rapproche. Les mœurs forment l'esprit de citoyens appelés à vivre ensemble. La citoyenneté exige une certaine proximité. La consommation de masse repose au contraire sur l'étendue des pratiques de consommation qui doivent concerner le plus grand nombre. Le relâchement du lien de citoyenneté est efficace au sein de l'Union européenne car le domaine de la libre circulation s'étend continuellement et les institutions de l'Union fonctionnent. Il n'y a donc pas en Europe de crise institutionnelle semblable à celle qui a emporté la République romaine.

Certains citoyens peuvent en temps de crise économique se sentir exclus de la démocratie et de la société de consommation. Il semble de ce fait intéressant de rechercher un *mos majorum* à l'échelle européenne.

## 2.2.2 RECHERCHER L'APAISEMENT DU CITOYEN

Les mœurs ont contribué à forger l'Europe par-delà les frontières. Le développement d'une culture européenne n'avait alors pas de réelle portée juridique. Ceci n'est pas surprenant puisque les mœurs naissent entre autres des habitudes du cœur et de l'esprit acquises dans un contexte social et culturel qui n'est ni strictement borné par des frontières administratives, ni limité par des institutions politiques. Le développement de la consommation dans un contexte de guerre froide en est sans doute la meilleure illustration: les États-Unis d'Amérique ont développé les mœurs consuméristes durant cette période afin d'asseoir la démocratie. Ce faisant, ils ont appliqué à leur manière les enseignements de Tocqueville. L'auteur demeure une autorité pour la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique qui n'hésite pas à s'y référer lorsque aucun autre argument ne semble suffisamment fort pour susciter l'adhésion, notamment afin de défendre le caractère constitutionnel du droit de se marier pour les personnes de même sexe<sup>74</sup>. Beaucoup plus proche de nous, Européens, Georges Burdeau porte le regard suivant sur la démocratie au sein des sociétés consuméristes: «Par l'élévation du revenu national, la consommation de masse, la multiplication des services collectifs, l'extension des mécanismes d'assurance ou de sécurité contre les risques de la vie, nos sociétés deviennent de plus en

<sup>74</sup> V. l'opinion majoritaire dans l'affaire *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. \_\_\_\_ (2015), slip op., p. 16. Cette affaire illustre une corrélation entre la pensée de Tocqueville sur la démocratie et celle des juristes des États-Unis d'Amérique.

## ■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

plus démocratiques en ce sens qu'elles tendent vers une socialisation de plus en plus large des profits et des charges. Toutefois c'est là une démocratisation qui affecte les mœurs en édulcorant les volontés.<sup>75</sup>» Nombre de citoyens européens s'inquiètent de leur avenir dans une société largement préoccupée par le bien-être matériel. La stratégie de la démocratie consumériste semble montrer ses limites. La civilisation européenne n'est pas née de la libre circulation. L'Union européenne, parce qu'elle est européenne, ne peut pas veiller principalement à la fluidité du marché intérieur. La fluidité n'est pas la consistance. Partir de Rome pour arriver aux États-Unis d'Amérique en passant par les Pyrénées incite à s'inspirer d'illustres Romains. Les mœurs incarnent et perpétuent l'esprit. Rechercher des mœurs européennes communes qui ne seraient pas universalistes et ne se confondraient de ce fait pas avec les droits de l'Homme qui sont universels, aiderait les citoyens à se sentir davantage Européens. L'exemple des États-Unis d'Amérique montre qu'il est important que ceux qui sont attachés à l'Europe et à Rome fassent ressentir au plus grand nombre la profondeur et la pertinence de cet héritage commun. L'expansion réussie du consumérisme durant la guerre froide incite à ne rechercher ni définitions abstraites ni normes concrètes. L'expérience doit primer car elle exige de puiser dans le passé de quoi irriguer l'avenir.

Le modèle essentiellement consumériste promu par le droit européen rompt avec l'héritage romain et contribue à un relâchement de la citoyenneté. Ce modèle a atteint ses limites et cause des insatisfactions. Cette partie a mis en évidence l'intérêt de rechercher des mœurs spécifiquement européennes.

Au terme de ce travail, il apparaît que l'Union européenne repose avant tout sur un acte de foi. Elle ne peut plus se contenter de solutions concrètes et rationnelles. La recherche d'un *mos majorum* européen permettrait de bâtir une Union européenne plus charnelle et plus spirituelle, susceptible de donner au plus grand nombre l'impression d'être profondément Européen.

---

<sup>75</sup> BURDEAU, G., *La démocratie*, Nouvelle éd., Paris, Éditions du Seuil, 1966, p. 82.