

# Qu'est-ce qu'une réforme en droit privé ?

Réflexions épistémologiques inspirées de la comparaison des droits

*Béatrice Jaluzot\**

Introduction

- I. Le changement
  - 1. Réforme et changement
  - 2. Réforme et stabilité
- II. L'amélioration
  - 1. Réforme et besoin
  - 2. Réforme et but

Conclusion

## INTRODUCTION

Le droit et spécialement de droit privé est en perpétuelle mutation. Il ne cesse d'être réformé dans tous les domaines, droit des personnes, de la famille, du travail, des affaires, même les domaines réputés pour être les plus stables sont en cours de réformation. Ainsi le droit des obligations est en chantier dans nos trois pays : la France, l'Allemagne et le Japon. Cependant, le mot « réforme » est si courant qu'il paraît être galvaudé dans la bouche de nos gouvernants. Ainsi, la réforme paraît-elle dévoyée. Proposée comme réponse à tous les maux, elle fait surtout figure de moyen dilatoire afin que les clameurs se calment, le temps d'une nouvelle élection. Il en résulte que la promesse de réforme suscite autant de confiance que toutes les promesses électorales : elles ne seront pas tenues.

Au temps présent, où l'on voit les forces négatives et destructrices attirer de plus en plus de suffrages, des peuples prêts à élire des politiques qui assument publiquement leur incapacité et leur ignorance, il est temps de s'arrêter sur les ravages à long terme des promesses non tenues, de la perte de confiance dans cet outil qui a pourtant porté nos nations au degré de justice sociale où nous le connaissons actuellement : le Droit. Quelles sont les promesses dont est porteuse la réforme juridique ? Qu'espère tout citoyen d'une réforme ? Qu'est-ce qu'une réforme « réussie » ? Ainsi que le

---

\* Maître de conférences HDR en droit privé, Sciences-po Lyon, directrice de l'Institut d'Asie Orientale, Unité mixte de recherche 5062 (CNRS).

notait Graveson en 1965, la science du droit n'est pas autonome, « elle existe pour donner un effet aux souhaits, aux demandes, aux besoins de la société »<sup>1</sup>. De cette attente dépend l'appréciation de ses résultats ; elle est l'aune de la déception que pourront en retirer ses destinataires. Le problème de la réforme en droit existe par conséquent au niveau politique, sociologique, économique, ce qui est échappé à la portée du juriste. Cependant il lui incombe de répondre à ces besoins sur le plan technique, cette mission appelle une réflexion épistémologique afin de gagner un regard éclairé sur ce qu'est et doit être une réforme.

A cet égard il pourra être objecté que les questionnements suscités appartiennent plus au droit public qu'au droit privé : la question législative appartient au publiciste qui analyse, observe et débat des méthodes de travail des corps législatifs, de leurs modes préparatoires, de l'attribution des compétences à telle ou telle autorité, de la légitimité de telle décision, de la conformité des règles adoptées aux normes supérieures etc. Mais le juriste privatiste n'a-t-il pas lieu de s'intéresser à la réforme en tant que notion juridique à part entière ? S'attache-t-il assez à son observation et à ses résultats, à la démarche du réformateur et à la manière dont il pourrait être guidé afin d'atteindre les objectifs qui lui ont été assignés dans le cadre du droit privé ?

Le droit comparé est un outil magistral de distanciation à l'égard de sa propre réalité juridique, il en fait apparaître les reliefs, il permet d'en mieux saisir la matérialité. L'étude du droit japonais est un terrain idéal d'observation de la réforme juridique. Celle du droit des obligations, entrée en vigueur en avril 2020, se veut le point d'orgue d'une vague de réformes engagées depuis les années 90 et qui touche l'ensemble des institutions juridiques. Elle est la troisième des « révolutions législatives »<sup>2</sup> qu'a connu le Japon contemporain. La première a été provoquée par la confrontation brutale avec le monde occidental et les traités inégaux à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle a eu pour effet l'introduction d'un nouvel ordre juridique, inspiré des droits européens. La deuxième a été impulsée par l'occupation américaine, dont l'objectif proclamé était la « démocratisation de la société japonaise ». Il s'agissait d'éliminer toute trace d'autoritarisme dans toutes les institutions. Celle-ci a ouvert la voie à l'extraordinaire réussite économique du pays dans les années 60-80. La troisième vague est née des gravissimes difficultés financières qui ont mis le Japon en péril dans les années 90. Cette fois, l'impulsion est venue de l'intérieur, souhaitée par les

---

1 R. H. GRAVESON, Les méthodes de réforme du droit, *Revue internationale de droit comparé* 1967, 353.

2 *Daisan rippō kakumeiki*, v. E. HOSHINO, *Nihon minpō-ten no zenmen kaisei*, [La réforme d'ensemble du Code civil japonais], *Jurisuto* 1339 (2007) 91.

dirigeants politiques, qui voulaient se départir d'un système dont les travers avaient manqué conduire le pays à sa perte.

Le législateur japonais a souhaité faire de la réforme du droit des obligations le modèle même de la réforme parfaite, profonde, efficace, « moderne », conduite par les sommités du pays en la matière, tout en impliquant les usagers du droit,<sup>3</sup> un modèle qui puisse l'être pour le monde entier.

Une intuition d'ordre ontologique guide notre réflexion. Qu'est une réforme en droit privé ? Quelle en est la substance ? En se référant à la célèbre distinction entre le *Sein* et le *Sollen*, l'être et le devoir être, que doit être une réforme ? Y a-t-il une éthique de la réforme ? Peut-on rechercher une norme à la réforme juridique ? Les réformes sont-elles bien préparées ? Ses résultats sont-ils correctement anticipés, son efficacité est-elle suivie et mesurée ? N'y aurait-il pas à gagner en méthode et en rigueur afin d'atteindre l'objectif attendu ?

Concernant le « devoir être » de la réforme, l'analyse sémantique permet d'atteindre l'essence même de l'objet désigné. Ce que véhicule le langage, y compris le langage courant, permet de dévoiler ce qui est consubstantiel à toute réforme et en retour, ce qui en est attendu de la part du public et des usagers du droit.

Selon la définition du Vocabulaire Cornu, la réforme législative évoque une « modification du Droit existant soit par une loi nouvelle ... soit par un décret »<sup>4</sup>. Cette définition strictement objective est nettement en retrait de celle portée par le langage courant, qui convoque une vision qualitative de la notion. La langue française est connue pour provoquer l'équivoque. La plupart des mots que nous employons sont polysémiques et le glissement imperceptible d'un sens à un autre fait le charme de notre langue, lui donne sa souplesse, lui accorde une sorte de mouvement intrinsèque. Le terme « réforme »<sup>5</sup> n'échappe pas à la règle. Initialement, il s'agit de la forme substantive d'un verbe extrêmement neutre : « réformer », qui signifie simplement « former de nouveau », « re-faire ». Puis son sens se divise en deux branches principales dont nous éliminerons immédiatement la seconde, car dans divers domaines et de manière un peu surannée, elle signifie « écarter », « mettre au rebut ». En revanche, son sens premier, qui est aussi le plus courant, est celui d'une « amélioration apportée dans les choses non matérielles, abstraites, morales ». A nouveau, cette signification se divise et

---

3 B. JALUZOT, La réforme du droit des contrats au Japon, *Revue de droit de contrat* 2018, 619.

4 ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique* Gérard Cornu, (12<sup>e</sup> éd., Paris 2018).

5 « Réformer », in : A. REY et al., *Le Grand Robert de la langue française*, dictionnaire en ligne.

prend tantôt une dimension religieuse, tantôt une dimension politique et juridique. Restreignant notre approche à cette dernière acception, il n'en reste pas moins un flottement dans la portée qui lui est donnée. La réforme vise ainsi d'une part « un changement apporté dans la forme d'une institution afin de l'améliorer, d'en obtenir de meilleurs résultats », elle a alors pour synonymes « amélioration », « révision », « amendement ». Nous pouvons ainsi retenir une double dimension de la notion de réforme : un changement (I.) qui vise une amélioration du droit positif (II.).

## I. LE CHANGEMENT

La réforme bouscule, perturbe, mais elle est nécessaire et même indispensable. Pour reprendre une métaphore botanique : elle est la taille revigorante de l'arbre qui lui permet de vivre plus longtemps encore. Mais comment modifier le droit sans perturber les concernés, sans porter atteinte à la sécurité juridique ? Tels sont les deux aspects de la réforme : un changement (1.), dans le cadre d'une stabilité institutionnelle (2.).

### 1. *Réforme et changement*

Le changement est intrinsèque à la réforme, ce qui conduit à s'interroger sur la question du changement en droit. En outre, le terme porte une intensité qui est modérée, car le changement s'oppose au bouleversement ou à la révolution.

#### a) *Le changement en droit*

La théorie générale du changement est un thème qui retient l'attention des chercheurs en sciences sociales depuis plusieurs décennies.<sup>6</sup> Appliquée au droit, elle conduit à une approche spécifique du phénomène qui se caractérise par son objet d'étude : il consiste dans la manière dont le droit se modifie dans son ensemble. En tant que tel, cet objet place l'observation à un niveau d'abstraction supérieur à celui de la simple réforme. Ainsi l'étude du changement en droit ne distingue pas selon les sources de droit, il intègre sa

---

6 V. notamment : M. VAN DE KERKOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre* (PUF 1988) ; M. ZAMBONI, From "Evolutionary Theory and Law" to a "Legal Evolutionary Theory", *German Law Journal* 9-4 (2008) 515-546 ; J. HILL, *Comparative Law, Law Reform and Legal Theory*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 9-1 (Spring 1989) 101-115 ; M. DAVIES *Legal theory and law reform – Some Mainstream and critical Approaches*, *Alternative Law Journal* 28-4 (2003) 168 ; A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change* (London 1991) ; *id.*, *Sources of Law, Legal Change and Ambiguity* (Philadelphia 1998) ; M. SCHWARTZBERG, *Democracy and Legal Change* (Cambridge 2007).

pratique par les usagers et en particulier celle du droit infra-litigieuse. Son objectif ultime est de savoir comment le modifier de manière à ce qu'il adhère aux transformations sociétales, le focus est mis sur ces transformations, plus que sur le mécanisme même de l'adaptation du droit à son environnement.

Cette question, si fondamentale soit-elle, reste en dehors du périmètre de notre étude car il se situe à un niveau d'abstraction supérieur : il s'intéresse à ce qu'est et comment se renouvelle le droit, comment il intègre de nouvelles valeurs sociales. Analyser la réforme en tant que notion juridique à part entière tend en revanche à comprendre ce qu'il faut faire afin qu'un changement législatif soit à la hauteur de l'objectif initial qui lui a été assigné.

A cet égard, l'aptitude du Droit est interrogée. Certains auteurs estiment qu'il possède une plasticité suffisante qui lui permet de se transformer et donc de s'adapter. Ainsi Margaret Davies<sup>7</sup> observe l'aptitude du positivisme juridique à faire place aux changements sociétaux. Elle analyse ainsi les effets de cette conception du Droit en ce qu'elle se réclame d'un droit « pur », distingué de la morale et du politique. La séparation de ces champs conduit à laisser à chaque spécialiste la légitimité de s'exprimer dans son domaine : le politique pour les questions politiques, le sociologue pour les questions sociales et le juriste pour la technique juridique. Le positivisme, dans sa quête de neutralité, tend à éloigner l'ordre juridique du choix des valeurs sociales qu'il met en œuvre. Plus encore, il dénie aux juristes la légitimité d'opérer ce choix de valeurs.

Cependant l'effet collatéral de cette approche est de rendre l'appareil juridique perméable aux courants de pensée, éthiques, philosophiques, sociologiques, religieux etc., qui s'immiscent de manière plus ou moins consciente dans l'ordre juridique et en conséquence de manière plus ou moins contrôlée. L'histoire en a produit un exemple extrême au travers du droit national-socialiste. Les juristes de l'époque, en particulier Karl Larenz pour le droit privé, clamaient la transformation du droit au moyen de l'interprétation juridique et ils lui assignèrent l'objectif d'introduire les valeurs nazies au sein du droit positif, telles que le racisme et le communautarisme. Cet épisode a ainsi démontré le danger d'une conception neutre du positivisme, puisqu'il a fait place et légitimé l'introduction à dessein de valeurs néfastes dans l'appareil juridique.<sup>8</sup>

La perméabilité aux valeurs qui intéressent les autres sciences sociales reste cependant un atout important de cette structure immatérielle qu'est le Droit. Elle n'est pas nécessairement synonyme de licence ou d'aveuglement et il incombe aux juristes de porter à ces immixtions une attention particu-

---

7 DAVIES, *supra* note 6, 169.

8 O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours nazi* (Paris 2017).

lière. Ceci est, du reste, l'une des préoccupations majeures du droit public contemporain et de la théorie des droits fondamentaux qui veille à leur encrage au sein de nos systèmes juridiques. Cette perméabilité permet justement au droit positif de s'adapter et par conséquent de survivre aux transformations qui l'entourent, sans succomber, en évitant la révolution contre le système, car « réforme » a pour antonyme « révolution ».

### *b) La révolution juridique*

Le positivisme juridique a permis l'évolution et l'adaptation du droit contemporain. Parmi de nombreux exemples, la transformation du droit des personnes et de la famille, démontre à elle seule l'aptitude du droit positif à intégrer de profonds changements sociaux. Mais ceci a eu lieu au prix de nombreuses résistances, ce qui conduit divers courants de pensée, dont certains émanent du féminisme juridique, à penser que le Droit n'est pas capable de faire face à l'ampleur du changement nécessaire. L'inaptitude du droit, en tant que structure sociale, serait systémique, mieux vaudrait le rejeter en tant que structure étatique. Les tenants de ce discours radical prônent ainsi une destruction du système, une révolution.<sup>9</sup>

Or, il existe une opposition manifeste entre révolution et réforme. Celle-ci comporte une certaine temporalité et elle évoque un mouvement partiel et progressif de l'ordre social, tandis que la révolution promet de remettre à plat les structures par leur destruction puis leur reconstruction ; la réforme, en revanche, est guidée par le maintien des fondements acquis, alliés à la recherche d'une transformation des conséquences qu'ils produisent. Ainsi, la différence entre réforme et révolution se manifeste en ce que la première promet la pérennité substantielle de la construction juridique, tandis que la révolution promet le renversement structurel et la rupture paradigmatique.

Ce faisant, toute réforme porte en elle une promesse intrinsèque de continuité et l'assurance de la stabilité institutionnelle.

## *2. Réforme et stabilité*

Non seulement la réforme rejette toute idée de révolution, de rupture, mais encore, elle promet le maintien de l'essentiel, la préservation rassurante de la stabilité institutionnelle. Ceci est l'une des bornes de la notion de réforme : elle ne peut être menée à bien que dans la préservation de la sécurité juridique.

Graveson observe un « cycle de changement et de stabilité qui existe dans une société et dans son droit ». Celui-ci cite Roscoe Pound, qui insiste

---

<sup>9</sup> DAVIES, *supra* note 6, 168.

sur la nécessaire stabilité du droit, bien qu'il ne puisse demeurer statique. Graveson en conclut :

« néanmoins, le dilemme demeure, et la société, qui a besoin d'une réforme du droit pour instituer le mécanisme qui réglera ses nouveaux problèmes, a aussi besoin d'une stabilité juridique qui soit compatible avec la solution effective de ses problèmes ».<sup>10</sup>

L'auteur expose ainsi la dynamique qui anime la réforme : elle oscille entre nécessité de changement et besoin de stabilité. Il rappelle en outre que Pound a montré que le caractère de certitude de la loi n'est pas incompatible avec le changement du droit. Il s'agit alors de savoir comment modifier le droit sans porter atteinte aux droits acquis, sans mettre en péril les repères légaux qui encadrent l'action de l'usager du droit.

Il en résulte que toute réforme en droit ne peut se dérouler que dans le cadre d'un solide maintien d'éléments qui restent dans la continuité de ce qui est déjà institué. Il peut s'agir de principes fondamentaux qui offrent des valeurs cardinales, fruits d'un consensus plus ou moins général ; ils constituent le socle commun à la construction juridique. A cet égard, les travaux préparatoires du droit des obligations montrent que la réforme entretient une relation ambivalente avec ces principes. Elle devient le lieu de les exprimer, et ce faisant, elle emporte le risque de les réduire, de raidir leur contenu, de cliver en désagrégeant l'accord implicite sur lequel ils reposent. Plus encore et paradoxalement, les énoncer conduit inévitablement à les renouveler et à les transformer. Les réformes japonaise et française ont été confrontées à ces difficultés, la première a finalement renoncé à les insérer tandis que la seconde a choisi de les exprimer et a ainsi accentué le caractère novateur de la réforme.

La stabilité structurelle peut aussi émaner de la préservation d'institutions juridiques ancestrales, façonnées par le temps, les esprits et l'expérience passée. C'est ainsi que s'expliquent les fortes résistances rencontrées lors des réformes du droit des obligations. De telles institutions, par exemple d'origine romaine, ont fait l'objet de profondes remises en question : le droit français a rejeté la cause,<sup>11</sup> le droit japonais a fait disparaître les adages « à l'impossible nul n'est tenu » et « *res perit domino* »,<sup>12</sup> le droit allemand de la vente a vu disparaître la garantie des vices de la chose au profit de l'institution générale qu'est l'inexécution du contrat. La continuité du système peut aussi provenir du maintien de techniques juridiques : dans les méthodes d'application du droit ou dans le mode

---

10 GRAVESON, *supra* note 1, 357.

11 Cf. la contribution de S. TAKENAKA dans ce même numéro, 39 *et seq.*

12 Cf. la contribution de M. NOZAWA dans ce même numéro, 31 *et seq.*

d'organisation des règles, ce sont des aspects qui ont été mis en question lors de la réforme japonaise.<sup>13</sup>

Surtout, la stabilité est garantie par la pérennité du fond du droit, par la volonté de ne pas perturber les solutions pratiques acquises. C'est un point de convergence des trois réformes. Le législateur français comme le législateur allemand ont réussi ce tour de force en redistribuant l'assise légale des solutions acquises, au sein de règles reformulées et restructurées. La réforme japonaise a fait de même mais dans le cadre d'un choix fondamental : le maintien de la numérotation du code. Le contenu des articles a été étendu, déployé, il inclut désormais le droit prétorien, mais les numéros continuent de correspondre aux institutions juridiques qui y ont été insérées en 1898. Ce faisant, l'exemple japonais démontre que la stabilité juridique peut aussi être attestée par la texture même de la loi. Le législateur français, à rebours des efforts passés du Doyen Carbonnier, y a renoncé. Pour le droit des obligations, il a choisi de faire place à une nouvelle structure de la discipline, privilégiant la cohérence d'ensemble à la tradition en œuvre depuis 1804.

La stabilité juridique s'inscrit dans un *continuum* qui se matérialise dans ce que les comparatistes appellent la « tradition juridique ». Elle vient à s'exprimer à l'occasion de réformes qui touchent aux institutions les plus fondamentales des systèmes juridiques. En maintenant la numérotation du Code civil, la réforme japonaise en apporte un exemple éclatant et digne d'être cité en exemple. Sa cohérence initiale, qui date de 1896, est préservée et même magnifiée. Le législateur érige ainsi le Code civil japonais en élément identitaire de sa tradition juridique.

Ainsi que nous venons de le voir, la réforme juridique porte en elle une promesse à la fois de changement et de stabilité, c'est cette tension entre ces opposés qui en fait la dynamique. Cependant, fruit d'un subtil équilibre entre maintien et nouveauté, elle se doit de participer à l'amélioration du droit positif.

## II. L'AMÉLIORATION

Pour reprendre l'interrogation posée par Jhering dans son ouvrage « Zweck im Recht » (le but dans le droit),<sup>14</sup> quel doit être le but d'une réforme juridique ? La sémantique répond : l'amélioration du droit, la volonté de le rendre meilleur. Ce qui fait appel à un référent implicite. Mais à quoi se référer lorsque l'on souhaite un « meilleur » droit ? Un changement positif ne peut se jauger qu'à l'aune d'une situation antérieure estimée défailante.

---

13 JALUZOT, *supra* note 3.

14 R. JHERING, [MEULENAERE, O. de, traducteur], L'évolution du droit [Zweck im Recht], Traduit sur la 3<sup>e</sup> édition allemande (Paris 1901).

Cet état insatisfaisant doit être constaté, les besoins de réformes doivent être identifiés et énoncés dans un premier temps (1.). Dans un second temps, afin de mesurer l'évolution réalisée, il faut prendre du recul et la rapporter à son but, à l'objectif qu'elle poursuit. C'est alors qu'une appréciation d'ensemble devient possible, elle permet de vérifier si le changement positif escompté est survenu et aussi d'évaluer si des correctifs sont nécessaires (2.).

### 1. Réforme et besoin

Une réforme voit le jour par la décision des pouvoirs publics de changer la loi et seule une conjonction de facteurs à la fois de nécessité, de légitimité et d'opportunité, conduit le pouvoir exécutif à ordonner de telles réformes. Dans un premier temps, une insatisfaction à l'égard d'un état du droit émerge, exprimée de telle manière qu'elle mobilise les pouvoirs publics, qui estiment une réforme nécessaire. Dans un second temps ils décident de saisir le législateur afin de réaliser la réforme.

#### a) Les nécessités de la réforme

L'appréciation selon laquelle le traitement juridique d'une situation est défailtante concerne à la fois les usagers du droit qui expriment leur insatisfaction et les pouvoirs publics à qui appartient la décision de réformer. Celle-ci est en conséquence le fruit, à un moment donné, de la convergence d'intérêts, objectifs et subjectifs.

Les premiers correspondent à des besoins qui posent une difficulté manifeste, laquelle nécessite d'être résolue. Il en va ainsi de problèmes de technique juridique,<sup>15</sup> du besoin d'adapter le droit national à une norme supranationale, ou encore de problèmes sociétaux importants qui multiplient les conflits et menacent le tissu social. Les besoins subjectifs sont liés à des choix, à des partis pris opérés par certains acteurs en fonction de l'opinion publique et du contexte international. La modification de la loi correspond alors à cette stratégie dont la motivation est parfois tout à fait extérieure aux stricts besoins juridiques.

Ces intérêts sont d'autant plus subjectifs, qu'il est difficile de distinguer le besoin en lui-même des individus qui l'expriment. Car pour être pris en compte, le besoin de réforme doit être exprimé publiquement. Ainsi au Japon, la réforme du droit des obligations est née d'une volonté académique qui s'est exprimée lors du centenaire du Code civil japonais.<sup>16</sup> C'est donc la doctrine juridique qui a pris la parole et a été entendue. Elle invo-

---

15 GRAVESON, *supra* note 1, 357.

16 HOSHINO, *supra* note 2, 91

quait la nécessité d'une réforme depuis plusieurs décennies, estimant que le droit des obligations ne correspondait plus aux besoins du XXI<sup>e</sup>, le mot d'ordre est devenu la « modernisation du droit ».

Des besoins objectifs de réforme faisaient effectivement l'unanimité : il était nécessaire de rénover plusieurs mécanismes devenus obsolètes, notamment la durée de la prescription et le mode de calcul de l'intérêt légal. L'obsolescence d'institutions juridiques anciennes est un phénomène naturel éprouvé par toute législation, la France et l'Allemagne ont été confrontées à des difficultés identiques. D'autre part, les juristes japonais souhaitent introduire dans le droit écrit l'importante construction élaborée hors du Code, par le droit prétorien et les lois spéciales, ce qui touche un très grand nombre de règles. En outre, le Japon avait besoin d'harmoniser son droit avec la convention de Vienne qu'il avait ratifiée en 2008. Ces mêmes besoins s'observent aussi dans les réformes allemandes et françaises et de manière beaucoup plus générale : la nécessité de transposer des directives européennes, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'adoption de conventions internationales telles que celles du Conseil de l'Europe, sont à l'origine de bien des réformes. La nécessité d'une réforme peut ainsi naître de l'interférence des sources supranationales dans les droits nationaux.

Par ailleurs, les juristes japonais ont été mus par des facteurs subjectifs, en particulier ceux de prestige national et de sentiment de concurrence internationale : il s'agissait de faire la démonstration de la qualité du droit japonais et de sa modernité au monde entier. Ces arguments sont de ceux qui sont à même de toucher les pouvoirs publics, et plus particulièrement au Japon, toujours en quête de reconnaissance internationale, en particulier au travers de son système juridique. Cependant, force est de constater que certains outils de mise en concurrence mondiale<sup>17</sup> provoquent de nombreuses réformes dont la pertinence peut être discutée. Elle pousse les pouvoirs publics à mettre en avant un objectif absurde qui vise plus celui d'un rang dans un classement – et donc d'une image mondiale – qu'une réelle efficacité pratique.

En somme les motifs de réforme sont liés à des nécessités objectives et à des choix subjectifs, à des partis pris opérés par certains acteurs et cette stratégie, dont la motivation peut être tout à fait extérieure aux stricts besoins juridiques, conduit à la modification de la loi.

---

17 Par exemple le rapport Doing Business de la Banque mondiale.

b) *Les méthodes de la réforme : le choix législatif*

Opter pour une réforme législative ne va pas de soi. Une réforme juridique peut tout autant émerger d'un changement jurisprudentiel, ainsi Ronald Graveson, qui était britannique, l'observe en 1965.<sup>18</sup> Dans certains domaines le législateur français a laissé et laisse encore le juge faire le droit et les qualités de souplesse et d'adaptabilité du droit prétorien ont pu être louées,<sup>19</sup> tel est le cas du droit international privé ou de la responsabilité civile. Or justement dans ce dernier domaine, les limites de cette voie de réforme ont été atteintes dans notre pays et la jurisprudence et la doctrine se sont faite le porte-parole d'un besoin de réforme législative. En effet, le juge peut corriger certaines règles mais il ne peut ni toucher à la structure de la loi, à ses principes fondamentaux, ni uniformiser de manière globale un ensemble de mécanismes, pour ceci la main du législateur est indispensable.

L'ampleur du domaine choisi laisse à penser que les méthodes de travail doivent être adaptées. On ne peut travailler de la même manière si l'on réforme un point de droit dysfonctionnel, une branche du droit ou un système juridique tout entier. L'exemple que nous avons choisi s'attèle à une branche du droit, ce qui nécessite de penser l'ensemble de la branche, en particulier au regard des principes fondamentaux cohérents qui la structurent et de sa coordination avec les autres parties du code. Les principes servent à instaurer un guide qui permette de respecter l'homogénéité du texte, d'éviter les contradictions d'interprétation préjudiciables au justiciable. Toutefois, aborder le débat par la question des grands principes<sup>20</sup> risque de cliver les discussions et de les bloquer pour des raisons abstraites, peu légitimes si elles s'opposent à des enjeux concrets.

En premier lieu, le législateur doit répondre aux réels besoins de réforme. Ici le juriste ne peut agir seul ici, il doit recourir aux professionnels du secteur et aux spécialistes d'autres disciplines des sciences sociales. Le réformateur qui forge un outil destiné à certains usagers du droit doit écouter ses utilisateurs. Ainsi si le droit des baux d'habitation doit être réformé, il semble nécessaire d'entendre les partenaires professionnels concernés, ainsi que les usagers, représentés par des groupes de défense de leurs intérêts. Il en va de même lorsque la réforme touche au social ou au politique. De ces échanges naît alors une vision plus ou moins claire, plus ou moins souple de l'objet qui va être réformé. Il est nécessaire, non pas tant de conceptualiser abstraitement que d'avoir une *vision* de la chose à réformer et de la partager. C'est ici que

---

18 GRAVESON, *supra* note 1, 258.

19 A. ALVAREZ, (trad. L. B. REGISTER), *Methods for Scientific Codification*, in : *Science of Legal Method. Select Essays by Various Authors* (Boston 1917) 429–497, 465.

20 HOSHINO, *supra* note 2.

l'interaction entre les juristes, les sociologues, politologues, psychologues, historiens etc. s'avère nécessaire. Refuser cette coopération emporte le risque d'une construction sur un sol meuble, dont les défauts se révéleront à l'usage et emporteront l'effondrement de l'édifice.

Le résultat se traduit par un texte législatif dont la technique même mérite l'attention. Cette préoccupation avait fait l'objet d'un courant doctrinal au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>21</sup> et d'éminents auteurs s'étaient penchés sur l'étude de la technique législative dans le domaine du droit civil.<sup>22</sup> Pour reprendre les questionnements de Gény,<sup>23</sup> les sujets tels que la qualité des concepts employés, de leur caractère plus ou moins abstrait ou concret, la polyphonie de la lettre de la loi – qui lui laisse une souplesse suffisante afin de respecter une grande variété d'intérêts –, les méthodes d'interprétation, notamment l'interprétation téléologique de la loi, la logique qui organise les dispositions légales – du plus général au plus spécial –, la division entre les matières, toutes ces questions font peu débat de nos jours. Ainsi le législateur français a-t-il bousculé la structure fondamentale du code civil, sans beaucoup de critiques ; il a multiplié les codes, regroupant l'organisation législative autour de matières et renonçant à la structure quasi-pyramidale qui régnait en droit civil français. Si de telles transformations ont pu avoir lieu, n'est-ce pas parce que le législateur français n'avait pas de vision suffisamment claire de ce que doit être une réforme du code civil et du but qu'elle doit poursuivre ?

## 2. Réforme et but

Le but premier de la réforme est de répondre à l'objectif qui lui a été assigné. Cette évidence appelle deux observations d'ordre différent : quel est ce but ? Comment apprécier l'adéquation de la réponse ?

### a) Le but

Le but poursuivi par toute réforme se situe à deux niveaux : de manière immédiate apporter une réponse technique à des difficultés pratiques et de manière plus large, de répondre à l'attente sociale qui accompagne toute promesse de réforme.

---

21 P. VALLINDAS, *Considérations de science législative sur la codification, spécialement en droit privé*, *Revue internationale de droit comparé* (1956) 28–38 ; F. GENY, *La technique législative dans la codification civile moderne dans le code civil*, in : *Livre du centenaire* (Paris, 1904) 989–1038.

22 GENY, *supra* note 21 ; A. ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil* (Paris 1904) et *supra* note 19.

23 GÉNY, *supra* note 21.

La réponse aux besoins immédiats passe par une mise en contact directe du législateur avec les usagers. La République réalise cette aspiration dans l'attribution de la mission législative aux représentants du peuple, les Parlementaires. Au début du XXe, constatant l'impossibilité de confier la tâche au seul Parlement, face à l'ampleur de celle-ci et à l'accélération des transformations sociales, la question de la préparation des textes de lois a été longuement débattue. Désormais, en majorité elle provient du pouvoir exécutif à qui revient la mission de saisir les besoins des usagers. Il s'efforce d'institutionnaliser ces liens afin de les objectiver.

Le processus mis en place pour concrétiser cette réponse est bien connu. Graveson en évoque les premiers pas, qui se traduisent par une « enquête : normalement organisée par un ministère de la Justice, ou sur une base interministérielle avec consultation des personnes et des corps intéressés ». Le ministère prépare ensuite un projet, qui est soumis aux parlementaires lorsqu'il entre dans les matières de sa compétence – pour le droit français celles prévues par les articles 34 et 37 de la Constitution française. Le dispositif légal est finalisé par l'élaboration de décrets et arrêtés par le pouvoir réglementaire. La phase finale est la mise en œuvre de la nouvelle réglementation par les juges, qui achèvent l'adaptation du texte à la vie courante.<sup>24</sup> Au Japon, une commission permanente de réforme du droit civil est instituée auprès du ministère de la Justice, ses méthodes de travail diffèrent de celles du ministère français. La Commission constate le besoin juridique, puis elle nomme une commission *ad hoc* afin de préparer le projet de loi. A l'occasion de la réforme du droit des obligations, l'établissement de ce besoin s'est traduit par des liens très resserrés avec une commission issue du monde académique, la commission Uchida, qui a énoncé les points clés de travail et formulé des pistes de solution. Dans un second temps, le ministère de la Justice a nommé officiellement une commission de réforme du droit des obligations, dont la composition était très proche de celle constituée par T. Uchida. Elle a eu à charge de préparer le projet de loi et a mobilisé pratiquement l'ensemble de la doctrine japonaise, ainsi que différents représentants des usagers : consommateurs, banques, PME etc.

Les méthodes employées ici se démarquent des pratiques françaises, en particulier du point de vue de la transparence. Les travaux japonais faisaient l'objet d'une communication publique remarquable, tenue à jour au fur et à mesure des travaux et des interventions des rapporteurs. Tant les auteurs que le contenu et l'évolution des travaux étaient connus. Cette volonté de transparence traduit le désir du législateur japonais de répondre à l'attente sociale suscitée par la promesse de la réforme du droit des obligations.

---

24 GRAVESON *supra* note 1, 356–357.

Cette attente se trouve à un niveau plus général d'expectative, car toute réforme promet de répondre à une attente sociale. C'est ce que formulent les pouvoirs publics en annonçant un « progrès », une « modernisation » du droit. Cet objectif ultime a été exprimé par François Gény en 1904 : le droit [civil] doit être compris principalement comme un corps de règles positives qui gouvernent les êtres humains dans leurs relations sociales,<sup>25</sup> la technique juridique est tenue de se développer et *de changer suivant les changements successifs* de la société.<sup>26</sup>

En conséquence, la réforme doit répondre aux besoins de la société civile, lesquels sont formulés de manière plus ou moins directe. Les juges sont à même d'observer les dysfonctionnements de la loi, mais ces besoins peuvent aussi être exprimés par un « rapport émanant d'un organisme professionnel » ou encore par le mécontentement populaire dont les médias se font écho.<sup>27</sup> Se rencontrent ainsi trois catégories d'observateurs : les experts en droit, les groupes d'intérêts professionnels, l'opinion publique. D'emblée, cette énumération fait apparaître le risque de biais qui les touche : ce qui est clamé au nom de l'intérêt général peut tout autant être motivé par un intérêt spécifique au détriment d'autres groupes moins bien représentés car réduits à une position de faiblesse. En somme les motivations de chacun sont susceptibles d'être *conformes et animées par l'intérêt général*, ou bien biaisées par des intérêts particuliers. Or tout texte législatif en réponse à cette attente sociale, se doit de faire primer l'intérêt général sur les intérêts particuliers. C'est là que résident la stabilité et la fiabilité dans la loi et dans le système juridique tout entier.

Dès lors, la justesse de la réponse législative nécessite d'être évaluée et même corrigée si besoin est.

#### b) *L'évaluation de la réforme*

Qu'est-ce qu'une réforme réussie ? A l'évidence, de manière intuitive, il s'agit d'une réforme qui atteint son but, qui réalise ses objectifs. Or la réussite d'une réforme est confrontée à de nombreux obstacles sur lesquels les juristes ont peu de moyens d'action. En outre, la réforme, une fois en vigueur, doit continuer d'être adaptée aux besoins d'une société en évolution permanente.

Les obstacles à la réussite d'une réforme relèvent notamment de facteurs psychologiques qui déterminent la réceptivité au changement mais peuvent

---

25 GÉNY, *supra* note 21 ; *id.* (trad. Ernst BRUNCKEN), *The Legislative Technic of Modern Civil Codes in : Science of Legal Method. Select Essays* (Boston 1917), 498–557, 501.

26 GENY, *supra* note 25, 504.

27 GRAVESON, *supra* note 1, 357.

aussi stimuler la propension naturelle à y résister.<sup>28</sup> Toutefois le juriste peut contribuer à cette réceptivité par la préparation des justiciables à la nouvelle réforme, à la diffusion dans le public des nouvelles règles, à l'explication de la démarche du législateur. Il peut aussi former les praticiens qui vont manipuler ces règles, les aider à mieux maîtriser le nouveau mécanisme.

Par ailleurs, cette réussite est un jugement, fruit d'une évaluation. Ainsi le résultat de la réforme doit être rapproché de son objectif initial. Son appréciation se pose donc du point de vue politique, sociologique, économique et psychologiques. Il incombe au juriste de s'interroger sur l'adéquation juridique de la loi à ces objectifs hors de son champ d'action et de veiller à ce qu'elle réponde aux besoins de nos sociétés contemporaines. Cette mission appartient aux juristes en général et à la doctrine plus particulièrement.

Dans ces limites, tout juriste détient une part de responsabilité, celle de veiller à ce qu'un texte de réforme soit et reste adapté aux besoins. Pourtant, la réforme, une fois entrée en vigueur, semble échapper à ses auteurs. Dès la promulgation, il revient au juge de mettre la loi en œuvre, le suivi d'une réforme s'arrête souvent à la porte des tribunaux.

Mais n'appartient-il pas aux auteurs du texte de le suivre et d'en observer les résultats ? Les moyens de cette observation proviennent en premier lieu de l'activité judiciaire suscitée par loi nouvelle. Les litiges sont-ils nombreux, sur quels points portent-ils ? Comment sont-ils recensés, les décisions de justice établissent-elles suffisamment le lien avec le texte source afin de permettre d'identifier les rédactions défectueuses ? Quelles sont les études statistiques et selon quelles méthodes ? Comment ces informations remontent-elles des tribunaux et des usagers vers le niveau supérieur, doctrine et législateur ?

Cependant, il ne faut pas se contenter de la seule manifestation judiciaire comme critère d'efficacité d'une loi. Seuls les dysfonctionnements les plus patents sont ainsi relevés, elle ne permet pas à elle seule de vérifier l'efficacité du dispositif quant à son objectif initial. C'est dans la mise en œuvre non litigieuse de la loi que réside la réponse à l'attente sociale. Encore faut-il qu'il y ait des comités de suivi des lois, des analyses de terrains, une récolte de données. Ces divers aspects retiennent assez peu l'attention des chercheurs.

Le juriste peut et même doit accompagner ce mouvement, il lui faut rester à l'écoute des usagers et mesurer les résultats produits dans un souci d'amélioration postérieure du texte. Les observations doivent ensuite être rassemblées, traitées afin de pouvoir servir de base à des propositions d'amélioration, qui aboutiront à la correction du texte fondamental. A cet

---

28 GRAVESON, *supra* note 1, 357.

égard, dispose-t-on suffisamment de mécanismes souples qui permettent de corriger les effets négatifs au plus près de leur survenance ?

In fine, il s'agit de confronter la réforme à la question de l'ajustement du droit à la société.<sup>29</sup> Portalis l'avait confié aux juges, cette conception s'avère aujourd'hui trop rigide et trop limitée. Elle fait partie des missions sociales du juriste et incombe plus particulièrement à la doctrine juridique.

#### CONCLUSION

Déclarer une réforme, c'est faire l'annonce d'une promesse, une promesse de changement mais aussi celle d'une amélioration. L'intuition qui a guidé notre étude est celle de quelque progrès à gagner dans une analyse ontologique de la réforme et à s'interroger sur son « devoir être ».

Nous avons observé que la réforme en droit est le fruit d'un changement dans les limites rassurantes du respect de la continuité institutionnelle. C'est elle qui forge la tradition juridique d'une Nation.

En outre, la réforme en droit civil porte la promesse de répondre aux attentes sociales. Elle doit susciter la satisfaction de l'opinion publique. Il incombe au juriste d'accompagner le changement, et de faire en sorte que des correctifs puissent être apportés afin de respecter au mieux l'objectif fixé.

En conséquence le but de toute réforme relève de la bonne gouvernance des relations sociales. Or, le droit n'est pas une discipline autonome, il est intimement dépendant de la psychologie, de la sociologie, de la politique et de l'économie etc., et il a pour vocation d'interagir avec ces disciplines.

---

<sup>29</sup> ALVAREZ, *supra* note 19, 467 *et seq.*