



Chapitre de livre

2006

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique

Flückiger, Alexandre; Delley, Jean-Daniel

How to cite

FLÜCKIGER, Alexandre, DELLEY, Jean-Daniel. L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique. In: Le législateur et le droit privé : colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre. Christine Chappuis, Bénédicte Foëx, Luc Thévenoz (Ed.). Genève : Schulthess, 2006. p. 123–143. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:5366>

L'élaboration rationnelle du droit privé: de la codification à la légistique

ALEXANDRE FLÜCKIGER ET JEAN-DANIEL DELLEY

Professeurs à l'Université de Genève

Plan

I.	Introduction	123
A.	Le souci de la qualité du droit	123
B.	La légistique	125
1.	La légistique matérielle et formelle	125
2.	Les repères historiques	126
C.	L'élaboration de la loi: un art ou une science?	128
II.	La codification comme démarche légistique?	129
A.	Le code comme instrument de rationalisation législative	129
B.	La décodification progressive du droit privé: un besoin accru de légistique	130
1.	La codification: une logique de conservation	130
2.	Les techniques d'adaptation du code à la modernité	131
3.	L'idéal d'exhaustivité du code	133
C.	La démarche légistique: une solution à la décodification du droit privé?	134
III.	La légistique et le droit privé	136
A.	Le Code civil suisse comme modèle de légistique formelle	136
B.	L'obligation juridique de suivre une démarche légistique en droit privé	138
C.	La pratique légistique en droit privé	140
IV.	Conclusion	142

I. Introduction

A. Le souci de la qualité du droit

«Ecrits dans une langue simple, précise, ponctués avec soin, divisés en alinéas courts et peu nombreux, ses articles sont faciles à lire et à comprendre, même pour des personnes non versées dans la science du Droit. Clarté, précision, concision, mesure, ce sont là les qualités qui le distinguent, et en font un modèle qui n'a jamais été surpassé. [...] Malheureusement ces belles qualités de notre Code sont en train de disparaître, et cela par la faute du législateur

moderne. Depuis une vingtaine d'années, le Parlement a voté un grand nombre de lois touchant au Droit civil, et, plus spécialement, au Droit de la famille, qu'il a incorporées aux textes même du Code, et ces lois, votées sans une préparation suffisante, sont tellement imparfaites qu'elles déparent ce monument législatif, comme des adjonctions maladroites faites sans souci du style d'un édifice en détruisent la beauté et l'harmonie.»¹

Voilà ce qu'Henri Capitant écrivait en 1917 au sujet du Code civil français de 1804 dont il attribuait le succès «extraordinaire [...] pour une large part, au soin que ses auteurs ont apporté à sa rédaction»².

De tels propos ne pourraient-ils pas être tenus aujourd'hui ?

D'une part, l'œuvre-clef du droit privé suisse, le Code civil, a très tôt été louée pour ses qualités rédactionnelles. Raymond Saleilles écrivait ainsi en 1904 que, «pour retrouver l'analogie de certaines formules du Code civil français, il faut en arriver à l'avant-projet de Code civil suisse, cette œuvre admirable de M. le professeur Huber»³. D'autre part, fort nombreux sont aujourd'hui les auteurs à déceler un déclin de la loi contemporaine: une «pathologie de la loi»⁴, une «crise de la loi»⁵, une «loi malade»⁶.

La critique n'est cependant pas toujours aisée à synthétiser, car elle porte sur des points de nature aussi différente que l'inintelligibilité et l'obscurité des normes⁷, la prolifération ou l'inflation législatives⁸ ou encore

¹ CAPITANT, Henri, «Comment on fait les lois aujourd'hui», *Revue politique et parlementaire*, vol. 91, 1917, p. 305.

² CAPITANT 1917 (note 1), p. 305.

³ SALEILLES, Raymond, «Le Code civil et la méthode historique», *Le Code civil 1804-1904: livre du centenaire*, Paris 1904, t. 1^{er}, p. 95 ss, 103. Le Code civil suisse a également reçu dès son origine un certain nombre de critiques portant en particulier sur la concision excessive qui laisserait une trop grande liberté à la doctrine et à la jurisprudence. La louange ne fut donc pas unanime (GÉNY, François, «La technique législative dans la codification civile moderne», *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris 1904, p. 989 ss, 1034 ss [cité in GMÜR, Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Zurich 1965, p. 42]).

⁴ MATHIEU, Bertrand, *La loi*, 2^e éd., Paris 2004, p. 71 ss.

⁵ VIANDIER, Alain «La crise de la technique législative», *Droits*, n° 4, 1986, qui en souligne également la «décadence» (p. 75) (cité in DUPRAT, Jean-Pierre, «Genèse et développement de la légistique», in DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris 2005, p. 11).

⁶ LASSERRE-KIESOW, Valérie, «Comment faire les lois? L'éternel retour d'un défi», in DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris 2005, p. 209.

⁷ Sur l'intelligibilité, voir ci-dessous ch. III.A.

⁸ Chateaubriand n'écrivait-il pas en 1816 déjà que «c'est un vice capital de notre législation que les articles innombrables de nos projets de lois: ils amènent de force des discussions interminables et des amendements sans fin» (CHATEAUBRIAND [DE], François-René, *De la monarchie selon la charte*, Imprimerie nationale, 1993, t. 2, p. 458, cité in MATHIEU 2004 [cit. note 4], p. 76). Pour une perspective historique plus générale sur le thème de l'inflation législative, voir MERTENS, Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 17 et 406 ss. Pour une discussion plus récente du sujet, voir MORAND, Charles-Albert, «La croissance normative:

l'ineffectivité ou l'inefficacité de l'action législative, pour n'en citer que les plus saillants⁹.

La légistique s'est développée dans ce contexte, dans l'idéal de mieux légiférer.

B. La légistique

1. La légistique matérielle et formelle

On peut définir la légistique comme une méthodologie de la conception de l'action publique et de sa traduction normative, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application de la norme¹⁰. Visant à rationaliser la production normative, la légistique prend appui sur les sciences sociales pour appréhender la réalité et sur les sciences de la communication et du langage pour formuler les normes¹¹.

Le développement contemporain de la légistique accompagne celui de l'Etat interventionniste, l'Etat des grandes politiques publiques qui ambitionne, si ce n'est de révolutionner la société, du moins d'en influencer le cours, que ce soit en matière économique (stimuler la croissance, maîtriser l'inflation), sociale (combattre les inégalités, éviter l'exclusion) ou de formation (promouvoir une part déterminée d'une classe d'âge à un degré explicite de formation) notamment.

On comprend aisément que de telles ambitions impliquent une approche rationnelle de l'action publique: une connaissance précise du terrain d'intervention, de sa logique de fonctionnement, un diagnostic explicite de la situation qui met en évidence non seulement le but poursuivi, mais encore les

comment faire face à une masse de droit considérable?», *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung* 1986, n° 8. Pour une bibliographie actuelle, voir DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris 2005, p. 238.

⁹ Pour une liste plus détaillée, voir par exemple MATHIEU 2004 (note 4), p. 75 ss: prolifération des lois, lois instables, éphémères et trop techniques, lois illisibles, lois « faiblement parlementaires » (c'est-à-dire accordant un rôle trop important au gouvernement dans la procédure législative), présence dans la loi de dispositions réglementaires ou non normatives, concurrence d'autres normes supra ou infra-étatiques, semi-publiques ou privées, lois inappliquées.

¹⁰ CHEVALLIER, Jacques, « L'évaluation législative: un enjeu politique », in DELCAMP, Alain *et al.*, *Contrôle parlementaire et évaluation*, Paris 1995, p. 15; MORAND, Charles-Albert, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in MORAND, Charles-Albert (dir.), *Légistique formelle et matérielle – Formal and Material Legistic*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1999, p. 18 ss. Voir également WINTGENS, Luc, *The justification of legislation: an introduction to legisprudence, a new theory of legislation*, thèse, Bruxelles 2005, qui préfère utiliser la notion de « legisprudence ».

¹¹ MORAND 1999 (note 10), p. 28 ss.

objectifs qui le concrétisent, l'élaboration d'une stratégie efficace, son évaluation aussi bien prospective que rétrospective et, le cas échéant, les corrections qui s'imposent.

On distingue la légistique *matérielle*, qui porte sur le contenu de la matière à réglementer et la manière de concevoir l'action, de la légistique *formelle*, qui porte sur la mise en forme normative de l'intervention¹².

2. Les repères historiques

Sans remonter à l'Antiquité – Platon déjà évoque la nécessité de réviser régulièrement les lois pour les adapter à leur temps¹³ –, on rappellera que les auteurs du XVIII^e siècle se sont autant si ce n'est plus intéressés à la formation de la loi qu'à son application¹⁴. Ainsi la préoccupation majeure de Jeremy Bentham a été de développer une théorie cohérente de la législation¹⁵. Pour y parvenir, Jeremy Bentham prône le recours à la codification, conçue comme un corps complet de législation élaborée selon certains principes¹⁶. Il s'intéresse de près à l'élaboration des lois et confectionne le premier ouvrage de légistique formelle sous le titre « *Nomography or the art of inditing Laws* »¹⁷. Il envisage de créer une école internationale de législation regroupant les juristes du monde entier afin de rédiger les textes de lois sur le modèle du code intégral (*pannomium*)¹⁸. Même si la construction en a été plus empirique, les études de légistique matérielle actuelles, centrées sur l'impératif d'efficacité, renouent avec cette logique benthamienne.

Il faut encore mentionner l'apport de Gaetano Filangieri¹⁹. Ce comte napolitain, auteur d'une monumentale « *Science de la législation* »²⁰, a théorisé l'évaluation législative, une démarche centrale pour la rationalisation du processus législatif. Il imagine un quatrième pouvoir, le « *censeur des lois* », qui doit tout

¹² MORAND 1999 (note 10), p. 17 s.

¹³ MERTENS 2004 (note 8), p. 275.

¹⁴ L'ouvrage de MERTENS 2004 (note 8) est précisément consacré aux auteurs du XVIII^e au XX^e siècle. Voir ég. DUPRAT 2005 (note 5).

¹⁵ OST, François, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in GÉRARD, Philippe / OST, François / KERCHOVE (VAN DE), Michel (éd.), *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Bruxelles 1987, p. 163 ; DUPRAT 2005 (note 5), p. 16 ss.

¹⁶ BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1^{re} publication en 1789 (et revision par l'auteur en 1823).

¹⁷ BENTHAM, Jeremy, « Nomographie or the art of inditing laws », in BOWRING, John (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3, Londres 1838-1843. Voir Morand 1999 (note 10), p. 24.

¹⁸ OST 1987 (note 15), p. 177 s.

¹⁹ MORAND 1999 (note 10), p. 24.

²⁰ FILANGIERI, Gaetano, *La scienza della legislazione*, Milan (Prima edizione Milanese) 1784.

à la fois remédier à la multiplicité des lois et veiller à leur adaptation aux circonstances nouvelles :

« Consacré à la garde des lois, instruit de l'état de la nation, attentif à démêler et à saisir toutes les causes du désordre, il aperçoit le premier les erreurs de la législation ; et la nature du mal une fois connue, il sauroit employer les moyens les plus propres à le détruire. »²¹

Deux évolutions vont toutefois contribuer à affaiblir ces tentatives d'élaboration d'une véritable science de la législation. Tout d'abord la conception libérale de l'Etat, qui s'impose au XIX^e siècle, restreint la sphère de l'activité publique aux seules tâches de police. Par ailleurs l'amour immodéré des lois manifesté par les Lumières débouche, après la Révolution, à leur sacralisation. Pour garantir l'objectivité du droit, lui assurer le statut de science, le positivisme juridique postule la dissociation du droit d'avec les valeurs et se concentre sur les méthodes concourant à une application correcte des lois, au détriment de celles qui devraient présider à leur élaboration²².

Toutefois on peut retrouver jusqu'à nos jours ce souci de prendre en compte la réalité sociale – ce « matériau » pour reprendre l'expression d'Eugen Huber²³ –, présent comme un fil rouge dans la théorie, si ce n'est dans la pratique législative²⁴. Ainsi au XIX^e siècle, la théorie allemande de la législation souligne le rapport étroit qui doit se nouer entre l'acte de légiférer et l'état de la situation à laquelle va s'appliquer la loi. La nécessité de soumettre le droit en vigueur à des révisions régulières pour l'adapter aux changements sociétaux, déjà exprimée par Platon, est reconnue et justifie l'évaluation législative²⁵.

Au début du XX^e siècle, Ernst Zitelmann évoque les différentes étapes d'une démarche méthodique que doit parcourir le législateur²⁶:

« Zunächst nun die inhaltliche Seite: in welcher Weise findet der Gesetzgeber den Inhalt der Gesetze? Da sieht man sofort: alle Gesetzgebung gebraucht Befehle und Verbote, um damit auf das Verhalten der Menschen nach bestimmten Richtung hin einzuwirken, die gesetzgeberische Arbeit ist also Zwecktätigkeit: sie setzt sich bestimmte Zwecke und wählt die Mittel zu ihrer Erreichung, in nichts anderem kann sie bestehen, wie denn auch die inhaltliche Kritik des Gesetzes notwendig nach diesen beiden Seiten hin erfolgen muss. »

²¹ FILANGIERI, Gaetano, *Œuvres*, vol. I, Paris 1822, p. 89.

²² NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 18 ss. ; LUHMANN, Niklas, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin 1965, p. 11; MORAND 1999 (note 10), p. 25 s.

²³ HUBER, Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Bâle 1925, p. 281.

²⁴ MERTENS 2004 (note 8), p. 42 ss.

²⁵ MERTENS 2004 (note 8), p. 274 ss.

²⁶ ZITELMANN, Ernst, *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresde 1904, p. 7.

Une démarche que rappelle Jean-François Perrin en 1977 : tout d'abord connaître les opinions et les pratiques, ce qui permet de mettre en évidence le possible ; puis, à partir du possible, construire le souhaitable, fruit d'une collaboration pluri- et transdisciplinaire²⁷.

C. L'élaboration de la loi : un art ou une science ?

Il n'est pas rare d'entendre que l'élaboration de la loi relèverait de l'art plutôt que de la science²⁸. N'y aurait-il place dans ce cas que pour les qualités attribuées d'ordinaire aux artistes : l'instinct, le goût, le génie, l'émotion ? Le développement méthodique et raisonné de la législation, comme le propose la légistique, est-il concevable, réaliste ?

François Gény écrivait en 1904, à propos du droit privé français, qu'« il s'agit, avant tout, de savoir s'il est bien nécessaire, voire même utile, que le législateur prenne conscience d'une méthode, dont il soit résolu à suivre fidèlement les directions, ou s'il ne serait pas mieux qu'il s'en remît tout simplement aux vagues suggestions de l'instinct ou aux directions indéterminées de la tradition, pour lui inspirer les procédés les plus adéquats à son but. Et l'exemple du Code Napoléon peut faire hésiter sur ce point, par cela que ses rédacteurs, à peine influencés par les préoccupations d'une technique vraiment sérieuse, ont su trouver en eux-mêmes et dans l'acquis de leur passé tous les éléments indispensables à la viabilité et au succès de leur œuvre. – Toutefois, je ne crois pas qu'il y ait là matière à une objection de quelque valeur contre la supériorité d'une technique réfléchie. »²⁹

François Gény visait, il est vrai, la partie de la légistique que nous qualifions de formelle : « Celle-ci [la technique législative] présente un « côté substantiel ou interne », d'une valeur autrement fondamentale, parce qu'il a trait, de quelque façon que soit constitué et fonctionne son organe créateur, au contenu même de l'œuvre législative. En laissant de côté le fond proprement dit de cette œuvre, que la science (sociologie), dirigée par un postulat moral, permet seule d'apprécier, il s'agit de savoir comment, en la forme, elle devra être conçue et réalisée, pour embrasser aussi pleinement et dominer aussi efficacement que possible les rapports juridiques, méritant règlement légal, bref pour constituer une loi ou un code, qui, au point de vue de la mise en œuvre du Droit positif, réponde aux exigences de la vie pratique. »³⁰

²⁷ PERRIN, Jean-François, « Utilité et limites de la sociologie juridique au service de la législation de droit privé » *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 76 s.

²⁸ NOLL 1973 (note 22), p. 14 ; MERTENS (note 8), p. 3 s.

²⁹ GÉNY, François, « La technique législative dans la codification civile moderne », *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris 1904, p. 987 ss (1019).

³⁰ GÉNY 1904 (note 29), p. 987 ss (995 en relation avec 1019).

Nous montrerons que cette conclusion doit être étendue à la légistique matérielle également.

II. La codification comme démarche légistique ?

A. Le code comme instrument de rationalisation législative

En droit privé, la codification est, traditionnellement, considérée comme l'instrument privilégié de la rationalisation législative³¹ :

« Depuis les débuts de l'époque moderne, s'affirme une volonté de simplification et de clarification du droit, comme si l'édification et le développement d'un Etat en voie de sécularisation comportait comme condition à sa réalisation une organisation normative rationnelle. Pour cela, le procédé de la codification apparut rapidement comme une condition nécessaire à satisfaire ».

Les buts visés par la codification – à savoir régler aussi complètement que possible une matière en tentant d'éviter d'être lacunaire tout en assurant la sécurité et l'accessibilité du droit, dans un souci de stabilité et de permanence³² – contraignent évidemment leurs auteurs à rédiger une législation plus réfléchie, et, partant, en principe de plus grande qualité. Pour Jean Carbonnier, la méthode législative du Code civil est celle du refus de légiférer par « passion » :

« Le Code civil, justement, avait clos en France le temps des passions législatives. On pensera peut-être que c'était un simple effet mécanique : parce qu'il était soulé de textes, le pays n'avait plus soif ; toutes les lois paraissant faites et bien faites, et pour longtemps, il était possible de donner congé à la législation. Mais ce serait s'arrêter à la surface de l'événement de 1804 : avant d'être production saturante de règles, la codification avait été le choix d'une méthode législative, et ce choix impliquait l'exclusion des législateurs par passion. »³³

Deux écueils guettent cependant le codificateur : celui de s'abstraire des réalités sociales et politiques en privilégiant la perspective intellectuelle de son œuvre et celui, bien connu depuis la critique de Friedrich Carl von Savigny envers la codification du droit allemand³⁴, de figer et de scléroser le droit.

³¹ DUPRAT 2005 (note 5), p. 13.

³² DUNAND, Jean-Philippe, « Entre tradition et innovation : analyse historique du concept de code », in WINIGER, Bénédicte / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 10 ss.

³³ CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois ?*, Paris 1979, p. 219.

³⁴ SAVIGNY (VON), Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 71 s. et 81 s.

Alors que le premier obstacle ne peut être surmonté que par des méthodes de légistique matérielle (analyse de la réalité sociale par l'apport des sciences humaines), le second l'a été dans un premier temps par des procédés de légistique formelle qui, aussi ingénieux qu'ils fussent (en particulier rédaction de normes ouvertes pour laisser place à l'évolution jurisprudentielle et adoption de lois spéciales pour les domaines nouveaux), ont montré leurs limites dans le contexte d'un mouvement que d'aucuns ont qualifié de décodification³⁵.

B. La décodification progressive du droit privé : un besoin accru de légistique

1. La codification : une logique de conservation

La codification, dans son esprit, obéit essentiellement à une logique de conservation³⁶. Dans son Discours préliminaire au Code civil français, Portalis notait ainsi « qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir »³⁷. Huber, à propos du Code civil suisse, affirmait de même que « dans une codification il vaut mieux conserver qu'innover »³⁸, bien que son projet ait instillé de nombreuses innovations dont il a préféré minimiser la portée³⁹.

Une fois codifiée, la matière tend à se figer. Un tel constat n'est pas nouveau :

« Aussi, assez vite, se creuse un décalage entre le contenu du code [Napoléon] et la situation réelle du pays »⁴⁰.

En 1837 déjà, un professeur à la Faculté de droit de Paris pouvait écrire que « la société nouvelle commence à éprouver quelque gêne et à ne plus

³⁵ Réf. cit. in KRAMER, Ernest, « Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts », *Revue de droit suisse* 2005 I p. 423 s., qui préfère parler de recodification et d'un renouveau de la codification (p. 424 s.).

³⁶ DUNAND 2005 (note 32), p. 32 ss.

³⁷ Réf. cit. in DUNAND 2005 (note 32), p. 36, note 104.

³⁸ HUBER, Eugène, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne 1901, p. 5. DUNAND, Jean-Philippe, « Le code civil de Eugen Huber : une loi conçue dans l'esprit de la démocratie ? », in TSCHANNEN, Pierre (éd.), *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*, Genève, Zurich, Bâle 2005, p. 57.

³⁹ DUNAND 2005 (note 32), p. 40.

⁴⁰ BART, Jean, « Le code Napoléon », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 75.

se sentir complètement à l'aise dans les limites posées par nos codes... Le Code (civil), image fidèle d'abord de la société rajeunie, perd tous les jours un peu de cette fidèle ressemblance»⁴¹. Un siècle plus tard, en 1948, Julliot de la Morandière notait que «le Code [civil français] est toujours là ; sur son fronton il est toujours écrit «Code civil». En réalité, il est comme ces vieux palais qui, dans le quartier Saint-Germain, sont toujours en apparence le siège d'un ministère... Mais leur façade a été mutilée, déformée par mille réparations, leur intérieur a été bouleversé sans ordre et sans plan»⁴². L'idée directrice selon laquelle seule une matière stabilisée, dont les contours ont été définis, rôdés et expérimentés par le temps, est susceptible d'être codifiée est largement présupposée. Tel est par exemple l'avis de la *Law Commission* anglaise de 1965, dont le plan de travail contenait la recommandation d'effectuer une recherche concernant la codification du droit des contrats. Cette commission estimait que seul un droit des contrats stabilisé pouvait être codifié⁴³. Or, il s'est avéré rétrospectivement que le droit anglais des contrats n'était pas encore fixé à cette époque. Un président subséquent de la *Law Commission* a affirmé que la codification ne permettrait plus au droit d'évoluer⁴⁴. Eltjo Schrage résume cette idée d'une formule catégorique :

«La codification fige la situation actuelle ou la fixe tel du béton.»⁴⁵

2. *Les techniques d'adaptation du code à la modernité*

Certains grands codificateurs ont pourtant pris leurs précautions.

D'une part, la relégation de la réglementation des domaines nouveaux au champ d'application de *lois spéciales* est une technique qui devait garantir que la codification ne systématiserait que des solutions pérennes, éprouvées par le temps et qui ne soient pas sujettes à des changements incessants. Ne sont dès lors codifiées que les règles stabilisées, c'est-à-dire celles dont le potentiel de transformation future est le plus faible. Tel est la philosophie explicite du Code civil suisse notamment, qui a exclu pour ces motifs de son champ d'intervention la propriété littéraire et artistique, les marques de fabrique, les brevets d'invention et le contrat d'assurance :

⁴¹ Réf. cit. in BART 2005 (note 40), p. 75, note 18. Voir également Discours d'ouverture aux conférences de l'Ordre des avocats par le Bâtonnier Chaix d'Est-Ange, du 26 novembre 1842, in *Discours et plaidoyers de M. Chaix d'Est-Ange*, t. 1, 1877, p. 234-235 [cit. in DUPRAT 2005 (note 5)].

⁴² Réf. cit. in Dunand 2005 (note 32), p. 41.

⁴³ SCHRAGE, Eltjo J.H., «Résistances à l'élaboration et à la diffusion du Code», in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 87.

⁴⁴ KERR, Michael, réf. cit. in SCHRAGE 2005 (note 43), p. 88.

⁴⁵ SCHRAGE 2005 (note 43), p. 88.

« Quand une institution, et pour des raisons parfois très artificielles, s'était acclimatée dans une portion de notre territoire et avait été jugée bonne à l'épreuve, il convenait de lui faire place dans le futur code civil, à moins qu'on eût d'impérieux motifs de la rejeter. [...] Un code civil doit, en principe, embrasser tout le droit privé. Mais il est nécessaire d'admettre des exceptions à cette règle; le projet en connaît d'assez importantes. Elles concernent, en première ligne, les lois spéciales actuellement en vigueur dans le domaine du droit civil fédéral; [...] celles qui ont trait à la propriété littéraire et artistique, aux marques de fabrique, aux brevets d'invention, au contrat d'assurance, ont été laissées en dehors du projet, pour les mêmes raisons que celles qui les avaient fait exclure du code fédéral des obligations; il s'agit ici de matières relativement nouvelles, où des solutions d'une valeur permanente ne sont pas encore trouvées et où se produisent des changements incessants, qu'il est plus aisé d'opérer sous le régime de la législation spéciale que sous celui d'une codification intégrale; bien plus, ces matières ne peuvent être élucidées d'après les mêmes méthodes que les parties du droit privé qui sont au bénéfice d'expériences séculaires et qui ont reçu leurs formes en quelque sorte définitives. »⁴⁶

D'autre part, la rédaction de *normes à texture ouverte*, laissant une certaine marge de manœuvre à l'évolution jurisprudentielle, devait permettre à la pratique de s'adapter en s'ouvrant à l'innovation. Une telle conception n'est pourtant pas exempte de défauts au regard de l'idéal de sécurité du droit, puisque la rédaction de dispositions juridiquement indéterminées accroît l'autonomie du juge, qui assure dès lors l'adaptation du code à la réalité. Ce pouvoir normatif de la jurisprudence, qui « reste un mystère difficile à accepter même pour des civilistes contemporains »⁴⁷, est un élément concourant à la décodification⁴⁸ dans la mesure où, paradoxalement, selon Philippe Rémy à propos du code français, « la jurisprudence est [...] assez forte pour défaire le système du Code, mais pas assez pour fixer l'interprétation de ses textes essentiels »⁴⁹. En se fondant sur une comparaison du droit suisse et du droit des Etats-Unis d'Amérique, Thomas Probst a, dans le même sens, habilement démontré que la sécurité juridique n'était pas fondamentalement due à l'existence d'une codification, mais bien plus à la stabilité de la jurisprudence qu'un système de *common law* est plus à même d'assurer en raison de la force obligatoire des précédents (*doctrine of stare decisis*)⁵⁰.

⁴⁶ Conseil fédéral suisse, *Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, Feuille fédérale*, vol. IV, no 24, 1904, p. 10 s.

⁴⁷ RÉMY, Philippe « Le Processus de « dé-codification » », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 207.

⁴⁸ RÉMY 2005 (note 47), p. 207.

⁴⁹ RÉMY 2005 (note 47), p. 209.

⁵⁰ PROBST, Thomas « Civil law et Common law : Code contre case? », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 227.

3. *L'idéal d'exhaustivité du code*

En outre, la prolifération des lois depuis un siècle a eu raison de l'idéal d'exhaustivité des codes. Même si le concept benthamien, largement utopique, du *pannomion*, un code complet censé regrouper toutes les règles de droit, n'a jamais été concrétisé comme l'exemple, parmi tant d'autres, du Code civil suisse le montre⁵¹, la particularité des codes civils a toujours consisté « dans le fait qu'ils ne se limitent pas à des recueils de lois, mais qu'ils codifient un système de règles en tant qu'ordre juridique complet et entier. »⁵² Le Code civil devient un code parmi les autres, une loi parmi les lois, subordonnée même au droit constitutionnel et conventionnel, une loi désacralisée⁵³. Comme le résume en substance Jean-Philippe Dunand, « les codes civils des Etats européens ne remplissent plus une fonction centrale et prééminente dans leurs ordres juridiques respectifs. »⁵⁴

L'évolution du droit de la responsabilité civile illustre en particulier l'incapacité du Code civil à conserver sa cohérence à un droit qui éclate au gré des besoins nouveaux qui se font jour dans la société :

« En marge du code civil, l'évolution législative a cependant suivi un cours qui semble s'être entièrement déconnecté de la codification principale ; ce phénomène s'est d'ailleurs prolongé jusqu'à notre époque, et il est symptomatique de la conception, ou plutôt de l'absence de conception qui a longtemps régné dans le domaine de la responsabilité civile. Cette observation est notamment illustrée par les premières normes instituant une responsabilité objective qui ont été introduites, une à une – et pratiquement sans rapport entre elles – dans le cadre de différentes réglementations spéciales »⁵⁵.

Constatant « la lente et constante érosion du droit de la responsabilité civile », les auteurs mettent en cause tant « la jurisprudence, forcée à repousser progressivement les limites immanentes au droit positif, que le législateur qui rapièce au coup par coup « une structure juridique successivement dépassée »⁵⁶.

⁵¹ DUNAND 2005 (note 32), p. 14.

⁵² SCHMIDLIN, Bruno, « Le mouvement des codifications en Europe: la formation du système du code civil français », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 46.

⁵³ RÉMY 2005 (note 47), p. 212 ss.

⁵⁴ DUNAND 2005 (note 32), p. 42.

⁵⁵ WIDMER, Pierre / WESSNER, Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile: Rapport explicatif*, sans date ni lieu, p. 20 (texte disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice).

⁵⁶ WIDMER/WESSNER, sans date ni lieu (note 55), p. 28.

C. La démarche légistique: une solution à la décodification du droit privé ?

Il est hors de question ici de déplorer ce constat de décodification progressive du droit privé. S'il est théoriquement et intellectuellement concevable d'envisager une recodification intégrale de la totalité du droit privé suisse pour systématiser l'éparpillement de la matière, personne en doctrine ne se hasarde à le proposer sérieusement. Seules des codifications partielles semblent réalistes. Mais sont-elles vraiment la panacée ? Ne risquent-elles pas d'être encore plus rapidement obsolètes que leurs ancêtres ? En droit privé comparé, on observe en revanche un mouvement de recodification et de renouveau de la codification⁵⁷. L'inclusion de tels projets dans une démarche légistique s'impose dans toutes les hypothèses avec la plus grande vigueur. Non seulement dans une perspective formelle, mais matérielle surtout, afin de replacer la question dans un cadre méthodique qui prenne en compte les faits et s'adapte à la réalité autrement que par les arrêts circonstanciels des cours de justice. Il faut admettre qu'aujourd'hui « la législation moderne est une création continue », selon l'expression de Jean Carbonnier⁵⁸.

On prendra à titre d'illustration de cette évolution en Suisse le droit de la société anonyme: alors que ce domaine du droit n'a pas connu de révision majeure entre 1936 et 1991, une nouvelle réforme portant sur la gouvernance d'entreprise, les structures du capital, les règles comptables et le fonctionnement de l'assemblée générale s'impose dix ans à peine après la grande révision de 1991⁵⁹. De même, à peine entré en vigueur en 2000, le nouveau droit du divorce fait déjà l'objet de demandes de modification. Une initiative parlementaire⁶⁰ a proposé un an plus tard que la durée de séparation des conjoints préalable à une demande de divorce soit ramenée de quatre à deux ans. Cette modification est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004⁶¹. Simultanément, un postulat⁶² réclame du gouvernement un rapport sur l'expérience qu'ont faite les praticiens avec le nouveau droit du divorce. Son auteur évoque des problèmes liés aux caisses de pension, au délai de réflexion imposé pour le divorce par consentement et à l'autorité parentale conjointe⁶³. Dans un autre domaine, celui du droit des successions, on observe que les règles de trans-

⁵⁷ KRAMER 2005 (note 35), p. 424 ss.

⁵⁸ CARBONNIER 1979 (note 33), p. 242, note 8.

⁵⁹ Office fédéral de la justice, *Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable*, Berne, 2 décembre 2005.

⁶⁰ Initiative parlementaire Nabholz (01.408) du 20 mars 2001.

⁶¹ RO 2004 2161 s.

⁶² Postulat Jutzet (00.3681) du 20 mars 2001.

⁶³ Jutzet 2001 (note 62).

mission du patrimoine, parce qu'elles ne sont plus adaptées à la situation démographique, ne servent peut-être plus les objectifs du législateur. En raison de l'augmentation considérable de l'espérance de vie, les enfants, héritiers légaux privilégiés, ont en général déjà atteint l'âge de la retraite lorsqu'ils bénéficient du patrimoine de leurs parents. La conjugaison des règles de droit et de la réalité démographique affaiblit la fonction distributive de ces règles ; elle défavorise les générations plus jeunes qui ont à faire face à des besoins financiers plus aigus que leurs aînés⁶⁴. Compte tenu d'un tel contexte, l'analyse des faits et l'évaluation continue du corpus législatif et jurisprudentiel devraient devenir les éléments directeurs du nouveau droit civil afin de s'assurer que, adapté à la réalité, le droit puisse effectivement être appliqué :

« Si l'art législatif d'autrefois se confiait au postulat optimiste qu'étant faite pour être appliquée, la loi le serait à cent pour cent, l'art législatif d'aujourd'hui a appris à traiter comme naturels les phénomènes d'inapplication, totale ou partielle, et à les intégrer dans ses calculs. »⁶⁵

Pour illustrer cette posture optimiste du législateur, on peut évoquer la révision du Code civil relative à la dette alimentaire (art. 328 CC) qui n'a (encore) pas permis d'harmoniser la grande diversité des pratiques en la matière⁶⁶.

Il ne faut cependant pas attendre d'une telle démarche de nouveaux miracles. La dissolution du Code civil est très certainement la marque de changements fondamentaux dans la société et dans les relations de celle-ci avec l'Etat, d'aspirations que le code unique ne peut plus satisfaire dans un environnement plus complexe, plus individualisé, plus diversifié et en mutation toujours plus rapide. Bruno Schmidlin esquisse adroitement la problématique :

« La dissolution du code civil unique à laquelle nous assistons n'est pas seulement une conséquence fatale de la dégradation de l'art législatif par des administrations prépotentes, habituées à produire des lois sans système ni cohérence. Elle a une raison plus profonde. Le système unidimensionnel de l'égalité et de la liberté des citoyens ne répond plus aux attentes de la société moderne. »⁶⁷

⁶⁴ DÉPRAZ, Alex, « Une fortune sous le matelas », *Domaine Public* n° 1645, 13 mai 2005, p. 4.

⁶⁵ CARBONNIER 1979 (note 33), p. 241. Voir également CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, Paris 1994, p. 278, plaidant pour une « sociologie postlégislative » instaurant à la suite d'une nouvelle loi un appareillage de statistiques et un calendrier d'enquêtes pluriannuel dans le but de repérer les ineffectivités et les dysfonctionnements afin de les corriger.

⁶⁶ MASMEJAN Sylvie, *Dette alimentaire : notions générales et réception dans les cantons de Genève, Vaud et Valais*, Zurich 2002, p. 101.

⁶⁷ SCHMIDLIN 2005 (note 52), p. 63.

III. La légistique et le droit privé

A. Le Code civil suisse comme modèle de légistique formelle

Les principes de rédaction du Code civil suisse développés par Eugène Huber sont à l'origine de la légistique formelle moderne. Eugène Huber estimait que le Code civil devait être une « *législation populaire* » rédigée non pas à l'attention des juges mais de tous les citoyens. Les lois se doivent d'être *intelligibles* (*leges intellegi ab omnibus debent*⁶⁸):

« Les lois modernes ne sont pas rédigées dans le seul but d'enseigner aux juges comment ils auront à procéder, le cas échéant. La loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire. Les commandements du législateur doivent, dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligibles pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, à se familiariser avec le droit. Les règles établies doivent avoir un sens même pour le profane, ce qui n'empêchera pas le spécialiste de leur découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond que le profane. C'est là ce que l'on entend par les mots de législation populaire. »⁶⁹

Afin de rendre le Code civil suisse intelligible, Eugène Huber préconisait différents principes de lisibilité qu'il a mis systématiquement en pratique.

Ses premiers préceptes visaient à produire un *texte concis*: chaque article devait comporter trois alinéas au maximum; les alinéas devaient être rédigés en une seule phrase; les phrases devaient être brèves et les subdivisions être rares:

« En dehors des énumérations [...], nous avons réussi presque constamment à n'avoir jamais plus de trois alinéas par article. Les alinéas sont en général composés d'une seule phrase; ils seront toujours assez brefs, pour qu'une personne, même peu habituée à consulter les lois, puisse se rendre compte à première vue de leur contenu. Les subdivisions sont rares, et nulle part l'article n'a été divisé en paragraphes. On obtient de la sorte une orientation facile et on simplifie les citations »⁷⁰.

Plus concisément dit, il s'agit de « *tout dire, brièvement* »:

« Si l'on jette un coup d'œil sur le projet, ceci en apparaîtra comme l'une des particularités extérieures les plus originales: il dit tout, brièvement. Et cette brièveté n'est pas un leurre; on n'a pas, comme dans d'autres œuvres similaires, compensé le petit nombre des articles par leur longueur; le projet

⁶⁸ *Corpus iuris civilis*, 1.14.9.

⁶⁹ HUBER, Eugène, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne 1901, p. 10 s. DUNAND 2005b (note 38), p. 63 ss.

⁷⁰ Huber 1901 (note 69), p. 12.

est court, absolument et relativement. Il est aisé de concevoir combien l'étude et le maniement de la loi en deviennent plus aisés.»⁷¹

Le rédacteur ne devait pas craindre de reprendre les mêmes termes pour désigner les mêmes notions, et *éviter ainsi d'utiliser des synonymes*, même s'il en résultait une certaine monotonie :

« En tant que cela paraissait compatible avec les exigences de la langue, nous avons désigné toujours par les mêmes termes les notions qui se répètent [...]. L'application des lois existantes a surabondamment démontré dans quelle perplexité une simple divergence de texte, due à l'inadvertance du législateur, peut plonger le juge. »⁷²

L'exigence de lisibilité ne concernait pas le texte pris dans son ensemble seulement, mais devait s'appliquer à chaque article pris isolément. Ce qui nécessitait d'éviter autant que possible les renvois. En cas de nécessité, le renvoi devait s'effectuer par une phrase reflétant le contenu, et non par une indication du numéro d'article :

« En seconde ligne, on a visé à rendre intelligible ou du moins lisible chaque article pris isolément. De là, la nécessité de faire autant que possible abstraction des renvois. Lorsque ceux-ci ont paru inévitables, on y a pourvu non par l'indication d'un numéro d'article, mais par une phrase claire, donnant le contenu du renvoi. [...] On a fait l'expérience que ces renvois avec indication de numéros d'article entre parenthèses provoquent souvent des difficultés dans la pratique, car ils peuvent facilement présenter des lacunes ou des erreurs embarrassantes pour les juges. Voir par exemple Arrêts du Tribunal fédéral, vol. XXII, page 342. »⁷³

Eugène Huber estimait qu'une *structure clairement conçue* améliorait l'intelligibilité du texte :

« L'ordre adopté dans la suite des articles se référant à une matière déterminée est en général celui-ci : Les règles générales viendront en premier lieu, puis, les prescriptions concernant la constitution et l'extinction d'un rapport de droit, et enfin celles qui en régissent les effets. Cette méthode [...] donne au projet une disposition claire et facile »⁷⁴.

« Le législateur ne s'est pas borné à s'espacer sur certaines matières essentielles ; il a tout ordonné d'après un plan facile à embrasser d'un regard. »⁷⁵

L'intelligibilité du texte de loi, sa simplicité, peut enfin être atteinte en recourant à des expressions *claires* :

⁷¹ HUBER 1901 (note 69), p. 17.

⁷² HUBER 1901 (note 69), p. 14.

⁷³ HUBER 1901 (note 69), p. 13.

⁷⁴ HUBER 1901 (note 69), p. 13.

⁷⁵ HUBER 1901 (note 69), p. 17.

« Rien ne contribue davantage à la simplification des lois que l'art de condenser les préceptes juridiques en des principes clairs et nets. »⁷⁶

Ces principes ont été repris dans les directives de technique législative actuellement en vigueur en droit suisse et qui s'imposent aux rédacteurs de textes normatifs fédéraux⁷⁷; même si, en réalité, la technicité de certaines matières a pour conséquence qu'aujourd'hui, en droit fédéral helvétique, les textes de loi sont en pratique rédigés de manière à être accessibles à leur public cible d'abord, et non pas nécessairement au grand public en général⁷⁸.

B. L'obligation juridique de suivre une démarche légistique en droit privé

La légistique, dans son sens matériel, n'est pas une méthode applicable exclusivement ou prioritairement au droit public, pas plus d'ailleurs qu'au droit pénal. Si cette démarche s'est plus facilement imposée dans le cadre de l'élaboration et de la mise en œuvre des grandes lois de droit public, c'est parce que ces dernières mettent explicitement en jeu les moyens nécessaires à la poursuite des buts et objectifs visés⁷⁹. La norme, dès lors qu'elle s'inscrit dans une logique de l'action, revêt un caractère instrumental. Or l'instrument a vocation à servir la fin visée. Il doit être pertinent par rapport à cette fin; il est susceptible d'être modifié si les résultats espérés ne se manifestent pas. On reconnaît là les phases essentielles de la démarche méthodique présentées ci-dessus⁸⁰.

En Suisse, ni la Constitution fédérale et ni la législation, dès lors qu'elles font référence aux exigences d'une démarche méthodique dans le processus législatif, ne distinguent entre droit public et droit privé. En droit fédéral, le fondement de la légistique – matérielle – se trouve dans l'obligation faite à l'Assemblée fédérale de veiller à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération soit évaluée (art. 170 Cst.) consacrant un nouveau principe

⁷⁶ HUBER 1901 (note 69), p. 8.

⁷⁷ Concision: Guide de législation 2002, p. 349; renvois: Guide de législation 2002, p. 353; principes généraux de structuration: Guide de législation 2002, p. 345 ss.

⁷⁸ BERTAGNOLLO, Fabienne / LAURENT, Caroline, « Unkraut vergeht nicht: la corédaction dans l'administration fédérale suisse », in GÉMAR, Jean-Claude / KASIRER, Nicholas (dir.), *Jurilinguistique – Jurilinguistics: entre langue et droit – Between Law and Language*, Bruxelles et Montréal 2005, p. 119 ss, 123 s. On ne saurait cependant suivre ces deux auteures lorsqu'elles prétendent que « personne n'avance plus guère l'argument selon lequel les textes législatifs devraient être rédigés de manière à être accessibles au public », l'accessibilité des lois devenant de plus en plus utopiques selon elles (BERTAGNOLLO/LAURENT 2005, p. 123).

⁷⁹ MOOR, Pierre, *Droit administratif*, vol. I, Berne 1994, p. 37 ss.

⁸⁰ Voir ci-dessus ch. I.B.1.

constitutionnel: celui d'efficacité⁸¹. Cette disposition inclut dans son champ d'application tant l'activité du Conseil fédéral, de l'administration, des tribunaux fédéraux, ou encore les mesures prises par les cantons dans la mise en œuvre du droit fédéral⁸², que l'ensemble des tâches et des activités de l'Assemblée fédérale⁸³, y compris l'activité législative du parlement⁸⁴. Il en résulte que le droit privé n'est pas exempt de cette obligation. La loi sur l'Assemblée fédérale⁸⁵ explicite cette dernière aux articles 27 (évaluation de l'efficacité), 44 al. 1^{er} let. f (prise en compte des résultats des évaluations de l'efficacité par les commissions parlementaires) et 141 (contenu du message accompagnant un projet d'acte législatif) notamment. Cette dernière disposition contraint le Conseil fédéral à faire figurer dans le message accompagnant tout projet d'acte notamment « les points de vue et variantes discutés au stade préliminaire de la procédure législative et leur appréciation par le Conseil fédéral » (art. 141 al. 2 let. c), « les modalités de mise en œuvre du projet, l'évaluation à laquelle cette mise en œuvre donnera lieu et les possibilités de mise en œuvre qui ont été examinées au stade préliminaire de la procédure législative » (art. 141 al. 2 let. d), « les conséquences économiques, sociales, environnementales du projet » (art. 141 al. 2 let. g). Cet article fait référence à l'essentiel de la démarche méthodique proposée par la légistique: élaboration des stratégies possibles, faisabilité, évaluation aussi bien prospective que rétrospective.

Par ailleurs, on trouve une obligation d'évaluer les effets de tout ou partie d'un acte normatif dans plus d'une soixantaine de lois et d'ordonnances fédérales⁸⁶. Cette obligation a le plus souvent précédé celle de l'article 170 Cst. On notera pourtant qu'aucune législation de droit privé ne dispose formellement pour l'instant d'une telle clause d'évaluation⁸⁷.

Ce constat ne signifie néanmoins pas que ce domaine du droit est resté totalement imperméable à cette démarche. Certaines branches du droit privé,

⁸¹ Sur la nature de ce principe, voir FLÜCKIGER, Alexandre, « Le droit administratif en mutation: l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, p. 93-119.

⁸² AUBERT, Jean-François / MAHON, Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 1291.

⁸³ EHRENZELLER, Bernhard / MASTRONARDI, Philippe / SCHWEIZER, Rainer J. / VALLENDER, Klaus A. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich 2002, p. 1680.

⁸⁴ Office fédéral de la justice, *Efficacité des mesures prises par la Confédération: propositions de mise en œuvre de l'art. 170 de la Constitution fédérale dans le contexte des activités du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*, Rapport du Groupe de contact interdépartemental « Evaluations de l'efficacité » à la Conférence des secrétaires généraux de la Confédération suisse, Berne, 14 juin 2004, p. 11.

⁸⁵ RS 171.10.

⁸⁶ On trouve la liste de ces actes sous l'intitulé « Clauses d'évaluation » sur le site de l'Office fédéral de la justice (www.ofj.admin.ch, onglet: thèmes, rubrique: documentation, sous-rubrique: documentation; état au 1^{er} janvier 2005, consulté le 2 janvier 2006).

⁸⁷ Selon la liste précédente.

en particulier celles qui ont suscité l'intérêt de la recherche sociologique, n'ignorent pas les exigences méthodologiques de la légistique.

C. La pratique légistique en droit privé

Historiquement, le Code civil suisse n'a pas été élaboré sur la base d'analyses de terrain méthodiques. Le rédacteur du Code s'est parfois fondé sur des enquêtes menées auprès d'experts dans les domaines techniques ou médical et effectuées à la fin du XIX^e siècle en relation avec certaines matières précises⁸⁸.

Ce défaut d'analyse légistique peut encore être observé aujourd'hui. Un examen des travaux préparatoires des principales révisions législatives de droit privé entreprises ces deux dernières décennies montre qu'en règle générale les légistes ne peuvent pas s'appuyer sur des analyses très fouillées de la réalité qu'ils sont conduits à réglementer. Certains domaines, à l'instar du *droit de la famille*, font cependant exception. La révision du *droit du divorce*, entreprise dans les années 1990, a ainsi mobilisé des compétences pluridisciplinaires en bénéficiant de nombreuses études sociologiques⁸⁹. La commission d'experts, même si elle ne réunissait que des juristes, a d'emblée accordé une grande importance au dialogue interdisciplinaire⁹⁰. Elle a organisé des auditions avec des experts de la médecine, de la psychologie, de la sociologie, du travail social et du conseil conjugal. Grâce aux travaux mandatés par l'Office fédéral de la justice et aux études de sociologie du droit réalisées dans le cadre du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de l'Université de Genève, à une enquête auprès de jeunes de parents divorcés, à une analyse de droit comparé et à l'évaluation des expériences étrangères, la commission d'experts a disposé de données substantielles sur la nature du problème⁹¹. De même la récente adaptation du droit du divorce a pu prendre en compte les résultats d'une vaste consultation des praticiens, juges, avocats et médiateurs⁹².

⁸⁸ MERTENS 2004 (note 8), p. 49. Voir ég. DUNAND 2005b (note 38), p. 60 s.

⁸⁹ Voir en particulier PERRIN, Jean-François / TRICOT, Laurence, « Pratique judiciaire du divorce... Une recherche à finalité législative », Genève, 1986, *Travaux CETEL n° 28*; BASTARD, Benoît / CARDIA-VONËCHE, Laura / PERRIN Jean-François, *Pratiques judiciaires du divorce. Approche sociologique et perspectives de réforme*, Lausanne 1987; KELLERHALS, Jean et al., *Mariages au quotidien : inégalités sociales, tensions culturelles et organisation familiale*, Lausanne 1982; KELLERHALS, Jean / TROUTOT, Pierre-Yves, *Quelques lignes de relation entre divorce et modèles matrimoniaux*, Genève 1981.

⁹⁰ RICHLI, Paul, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung : ein Beitrag zur Rechtssetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle, Genève, Munich 2000, p.30-31.

⁹¹ RICHLI 2000 (note 90), p.30-31.

⁹² Office fédéral de la justice, *Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs*, mai 2005.

Ce même souci de connaître empiriquement le terrain se retrouve dans le dossier de la *maltraitance infantile*. Le groupe d'experts, composé en majorité de praticiens, a fait procéder à trois grandes enquêtes empiriques et a auditionné aussi bien des experts scientifiques que des militants engagés dans la lutte contre les violences conjugales⁹³. De même les travaux de révision du *droit de la tutelle*, dernière étape de la grande révision du droit de la famille, ont été conduits par des commissions d'experts interdisciplinaires, appuyés par une recherche financée par le Fonds national de la recherche scientifique et soumis à une très large consultation des praticiens⁹⁴.

Ces exemples restent pourtant l'exception. Dans la plupart des révisions législatives portant sur le droit privé, les travaux préparatoires sont confiés à un nombre très restreint de personnes, essentiellement de formation juridique (professeurs, avocats, juges,...). Ces experts se réfèrent d'abord à leur expérience personnelle et les destinataires finaux ne sont pratiquement jamais consultés. Et lorsque le cercle des personnes engagées dans le processus s'élargit, c'est pour permettre la représentation des intérêts organisés et non pour associer des représentants de disciplines scientifiques pertinentes quant à la matière⁹⁵. A titre d'exemple, on peut mentionner la révision du *droit de la responsabilité civile*, réservée à des experts juristes⁹⁶. Par contre, lorsqu'il s'est agi de revoir la *législation sur les cartels* ou celle sur la *concurrence déloyale*, c'est aux représentants des intérêts organisés qu'on a fait appel⁹⁷. Paul Richli, sur la base d'un examen de la phase préparatoire du processus législatif au cours des vingt dernières années portant sur un large échantillon (droit de la famille, droit des sociétés, droit de la concurrence, droit constitutionnel, droit de l'organisation de l'administration, droit de la santé et droit pénal)⁹⁸ conclut que l'élaboration normative en Suisse reste une activité fort éloignée de la multidisciplinarité en écrivant que «les différentes disciplines scientifiques sont sollicitées de manière ponctuelle et sans conception explicite»⁹⁹.

Le droit y détient une position dominante. C'est dire que le législateur, et le légiste avant lui, ne disposent pas de toutes les informations utiles à la connaissance du domaine dans lequel il veut intervenir.

⁹³ Office fédéral de la justice 2005 (note 92), p. 32-33.

⁹⁴ Commission d'experts pour la révision totale du droit de la tutelle, *Protection de l'adulte: Rapport relatif à la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, juin 2003.

⁹⁵ RICHLI 2000 (note 90), p. 37, mentionne par exemple la commission d'experts pour la révision de la loi fédérale sur la concurrence déloyale qui comptait 13 membres dont 10 représentants d'organisations socio-économiques; ou encore la commission chargée de la révision totale du droit des cartels avec 7 représentants d'intérêts sur 18 membres.

⁹⁶ WIDMER/WESSNER, sans date (note 55).

⁹⁷ RICHLI 2000 (note 90), p. 37 s.

⁹⁸ RICHLI 2000 (note 90).

⁹⁹ Traduction personnelle, RICHLI 2000 (note 90), p. 78.

Les remarques critiques de Paul Richli ne s'adressent pas seulement à l'élaboration de projets relevant du droit privé. L'absence, ou la présence trop rare, de spécialistes de la matière susceptibles d'apporter une information objective, illustre les lacunes méthodologiques dont souffre également la conception des législations de droit public, aussi bien pour ce qui est de l'analyse de la réalité, du choix de la stratégie d'action que de l'évaluation prospective des projets.

IV. Conclusion

L'exigence de rationalité dans l'élaboration des lois est née à l'époque contemporaine de l'esprit des Lumières. Certes nous ne pouvons plus aujourd'hui accepter l'axiome selon lequel les bonnes lois font les sociétés bonnes. Mais nous savons que l'action publique, si elle veut conjuguer efficacité et légitimité, se doit de connaître les caractéristiques de la réalité à laquelle elle s'applique et de choisir les moyens adéquats aux objectifs visés.

Cette exigence ne vaut pas exclusivement ou en priorité pour l'un ou l'autre des grands secteurs du droit. La Constitution fédérale, lorsqu'elle prescrit l'évaluation de l'efficacité des mesures étatiques, ne distingue pas. Le droit privé peut d'autant moins se soustraire à cette exigence qu'il n'est plus destiné à régler les rapports sociaux au sein d'une société stable. En témoignent la multiplication des lois spéciales, qui viennent perturber la systématique close des grandes codifications, ainsi que le développement jurisprudentiel. Dans cette optique, la codification n'est pas la panacée.

Certes une démarche méthodique semble à première vue plus indiquée et plus pratiquée pour l'élaboration des législations de droit public. Il faut chercher les raisons de cette relative avance méthodologique dans le fait que les objets normativement saisis par le droit public – mais également par le droit pénal – ont une existence indépendante du droit: l'environnement, le territoire, la maladie, la vieillesse, la criminalité ne sont pas principalement des faits juridiques. Et ce n'est pas un hasard si l'élaboration du droit de la famille tient largement compte des connaissances sociologiques dans ce domaine. Cette sociologie «trait d'union», comme la qualifie Peter Noll¹⁰⁰, celle qui explore les mêmes objets que certaines branches du droit, fait cruellement défaut ou n'est que très peu développée dans les branches du droit dont l'objet n'a d'existence que juridique, comme le contrat ou la personne morale.

A l'instar de la sociologie de la famille pour le droit de la famille, ou de la criminologie pour le droit pénal, les différentes branches du droit privé,

¹⁰⁰ NOLL 1973 (note 22), p. 68.

si elles veulent remplir leur rôle de « *science normative thérapeutique* » (*normative « therapeutische » Wissenschaft*), doivent collaborer avec leurs homologues voués au diagnostic¹⁰¹. Cette collaboration implique la reconnaissance préalable du fait que ni la compétence juridique ni le point de vue des représentants d'intérêts ne suffisent à établir les fondations empiriques d'un édifice normatif.

Certes il ne faut point attendre de miracle d'une démarche législative rationalisée. Légiférer restera toujours une hypothèse posée quant au rapport entre des moyens mis en œuvre et des objectifs visés. Cette incertitude résulte de notre capacité limitée à connaître la réalité sociale, la complexité des relations entre les acteurs sociaux. De plus, les exigences méthodiques de la légistique ne doivent pas faire oublier que la législation reste un enjeu politique, c'est-à-dire marqué par les intérêts, les passions, les idéologies et les émotions. Malgré ces limites, la démarche méthodique se révèle indispensable, telle une référence dont on sait qu'elle ne pourra jamais être respectée, mais qui en appelle inlassablement à la raison.

¹⁰¹ NOLL 1973 (note 22), p. 68.