

Le Droit menacé par le “tsunami” législatif

« *De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des moeurs, le palladium (*) de la prospérité et la garantie de toute paix publique et particulière.* » Portalis, Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil, 1804.

Autrement dit la force de la loi doit se substituer à la loi du plus fort. C'est ce qui fait sortir de l'arbitraire ou du chaos. C'est la condition d'un ordre social cohésif et cohérent obéissant à des normes et à des principes communs, qui permettent à chacun de savoir ce qu'il peut ou doit faire en connaissance de causes et où le Pouvoir se soumet lui-même à ces règles communes. C'est ce qu'on appelle l'Etat de Droit. L'expression “*lois civiles*” dans la phrase de Portalis laisse entendre qu'il s'agit de lois humaines et non de lois divines ou de toutes lois qui échapperaient à la volonté des hommes, c'est ce qu'on appelle l'Etat de Droit sécularisé et humaniste. Enfin quand ces lois sont édictées par les représentants du Peuple dans l'intérêt général, on est alors dans un Etat de Droit sécularisé et démocratique.

Pour autant, la loi contraint et donc peut apparaître comme une atteinte à la liberté. Ainsi, la formule du même Portalis « *La loi permet, ordonne ou interdit* » apparaîtrait à beaucoup aujourd'hui comme la marque du caractère liberticide, voire tyrannique, de la loi. En réalité il faut la lire avec soin : tout ce que la loi permet est garanti par elle, en particulier contre tout autre pouvoir (religieux, idéologique, économique...), ce qu'elle n'ordonne pas n'est pas obligatoire et tout ce qu'elle n'interdit pas est autorisé.

Le principe de l'Ecole républicaine en est la meilleure illustration :

Elle **permet** à tous de s'instruire et le garantit par la gratuité

Elle **ordonne** l'obligation pour tout enfant d'être scolarisé, pour que personne ne puisse faire obstacle à ce droit

Elle **interdit** les manifestations philosophico-religieuses en son sein pour qu'elle soit commune à tous.

Il est intéressant de noter, à partir de cet exemple, que face à cette Ecole publique il y a ce qu'on appelle justement l'Ecole *libre*... C'est-à-dire payante et confessionnelle, autrement dit qui ne permet l'enseignement qu'à ceux qui peuvent payer et appartiennent à la bonne confession. Ce qui montre que la liberté sans la loi n'est pas nécessairement la liberté. Ce qu'énonce Lacordaire :

« *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.* »

« *La liberté n'est possible que dans un pays où le droit l'emporte sur les passions.* »

Mais, la formule de Portalis énonce aussi un autre principe : la loi permet, ordonne et interdit, mais ne gère ni même n'administre. Elle offre un cadre, des limites à l'intérieur desquelles chacun et tous (individuellement et collectivement) gèrent et administrent dans une diversité et une complexité propres à toute vie sociale. Idée en adéquation avec le principe humaniste de la liberté individuelle qui fonde le Droit lui-même, mais aussi principe de bon sens, car si la vie sociale est par nature diverse, complexe et même parfois obscure, la loi doit être universelle, simple et éclairante. Une bonne législation est donc une législation économe de lois, posant des règles générales relativement stables et d'interprétation évidente pour tous.

(*) Palladium : Statue de Pallas considéré par les Troyens comme le gage du salut de leur ville (Bouclier, garantie, sauvegarde) “*La loi civile est le palladium de la propriété*” -Montesquieu.

Or, nous sommes dans une situation qui ne répond à aucun de ces critères : inflation législative, obsolescence accélérée des lois et illisibilité des textes. Ce qui fait dire aux juristes (entre autres le Conseil d'Etat) que nous sommes face à une très grande insécurité juridique.

Inquiétude qui touche le Pouvoir Politique lui-même, ainsi que le souligne le rapport du Gouvernement sur les mesures de simplification de l'année 2003 : « *La complexité croissante de notre droit est devenue une source majeure de fragilité pour notre société et notre économie. [...] Elle peut détruire la lisibilité des décisions prises par le Gouvernement et le Parlement et ainsi conduire les Français à douter de l'efficacité de la décision politique.* »

Le Conseil d'Etat de son côté écrivait déjà en 1991 dans un rapport consacré à cette insécurité juridique :

« *Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite.* »

Quinze ans après, la situation ne s'est pas améliorée, bien au contraire, et le Conseil d'Etat, dans un louable entêtement, a publié un nouveau rapport en 2006 :

« *Malgré la détermination politique affichée par les circulaires successives des Premiers ministres appelant, depuis trois décennies, à l'évaluation rigoureuse, ex ante, des réformes législatives et à un effort de sobriété, et malgré les observations sans cesse réitérées du Conseil d'Etat, les trente dernières années se caractérisent par une accélération du rythme normatif, sous le regard désabusé du citoyen, et résigné de la doctrine ainsi que des praticiens.* »

Rapport qui souhaite introduire dans notre corpus juridique le principe de la sécurité juridique, rappelant ce que ce concept signifie :

« *Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles.* »

Où l'on retrouve presque mot pour mot ce que j'énonçais précédemment comme étant tout simplement une bonne législation. Principe qu'on pouvait trouver, il y a plus de deux siècles, sous la plume de Montesquieu : « *Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires.* »

Tout le monde semble donc d'accord pour énoncer les mêmes principes d'une bonne législation, mais aussi pour dénoncer le désordre actuel en ce domaine. Alors comment expliquer que nous soyons dans une telle situation (insécurité juridique pour reprendre la formule du C d'E) ? Qu'est-ce que cela révèle de notre société ? Peut-on envisager de revenir à des pratiques juridiques plus vertueuses ou est-on en train de vivre une mutation culturelle remettant en cause la notion même d'Etat de Droit ?

Pour tenter d'éclairer ces questions, on distinguera d'une part les aspects juridico-politiques et d'autre part les aspects culturels.

*
* *
*

I Aspects juridico-politiques

« *Nous avons en France plus de lois que le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure... Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers et à y attacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion avec l'infinie diversité des actions humaines. La multiplication de nos inventions n'arrivera pas à la variation des exemples. Il y a peu de relation de nos actions, qui sont en perpétuelle mutation, avec les lois fixes et immobiles. Les plus désirables, ce sont les plus rares, simples et générales ; et encore crois-je qu'il vaudrait mieux n'en avoir point du tout que de les avoir en tel nombre que nous avons.* »

Montaigne, Essais, livre III, chapitre 13 (1580-1588).

A la fin du XVI^{ème} siècle, Montaigne dénonçait déjà cette inflation législative et énonçait les principes d'une législation vertueuse : rareté, simplicité et généralité. Mais, en même temps, sa première phrase pointait ce qu'on ne cesse d'évoquer aujourd'hui : l'exception française. Si exception française il y a, ce n'est évidemment pas inscrit dans nos gènes et ce n'est pas non plus le fait d'une quelconque référence idéologique, qui aurait traversé plusieurs siècles et qui serait étrangement commune à la diversité des régimes politiques qui se sont succédé. Il faut donc la rechercher dans des données objectives et structurelles à la fois géographiques et historiques. Cependant, dans les dernières décennies de nouvelles données à la fois politiques et culturelles ont accentué cette tendance lourde.

1 Le poids de la géographie, le choc de l'histoire

Valéry disait de l'Europe "*qu'elle était en réalité un petit cap du continent asiatique*". Or, tout au bout de ce cap, au "finistère", il y a la France, où se sont déversées, depuis toujours, des vagues migratoires successives, présentant ce pays comme "une Europe, voire plus, en réduit", ce qui faisait dire à Lucien Febvre "*que la France se nomme diversité*", formule que reprit Fernand Braudel comme titre du premier chapitre de son volumineux ouvrage "L'identité de la France". Cette exceptionnelle diversité de peuples dans un espace relativement réduit et clos (pendant longtemps l'océan fut l'ultime frontière), où tous s'y retrouvent et nul n'en sort, offre toutes les conditions d'un désordre plus ou moins violent : "*Le feu peut toujours prendre à la maison : un historien tranquille, Marc Ferro, affirme même que la France aurait la vocation de la guerre civile.*" (F. Braudel op cit). Sartre dans son journal écrivait que la France est "inunifiable" ; constat à la fois pertinent et erroné, l'unité politique et culturelle française ayant été l'une des premières sinon la première à se réaliser en Europe.

Ce fut l'œuvre de la Monarchie, dont les instruments furent la langue française (langue écrite qui se superpose aux langues maternelles) et le Droit (Droit écrit qui se superpose aux coutumes). Unité nationale qui tutelle des peuples sans les fondre ni même jamais vraiment les pacifier. La langue du Roi ou de l'Académie puis de la République est celle de la France (et d'ailleurs, la France est le pays des écrivains), mais les langues régionales, dialectes et patois perdurent longtemps y compris après l'alphabétisation de masse. Le Français est la langue qu'on écrit, pas celle qu'on parle, elle est la langue de référence, la langue commune pas la langue courante.

C'est aussi l'œuvre du droit, mais ce droit ne se confond pas avec les mœurs qui resteront longtemps coutumières et donc diverses. Cette diversité de l'espace social, souvent conflictuelle, conduit le législateur non seulement à énoncer les principes généraux mais aussi à "descendre" au niveau de la vie quotidienne pour unifier et pacifier les relations sociales. D'autant que ces "enfants de la Patrie" particulièrement turbulents et bagarreurs, en appellent systématiquement au père, l'Etat, pour faire la loi, autrement dit faire des lois ; comme pour la langue, le droit est la référence. On sort le dictionnaire ou le code pour prouver que l'on a raison. Dès le XVII^{ème} siècle Molière se moquait des "femmes savantes" qui condamnaient ceux qui ne parlaient pas Vaugelas et Racine brocardait les « Plaideurs ». L'Académie et le Code Civil sont les deux piliers symboliques d'une société inunifiable et au volontarisme unitaire constant : unité comme cible toujours visée parce que jamais atteinte.

Ce juridisme traditionnel fut renforcé par la Révolution. Ce n'est pas la conception britannique de la démocratie fondée sur le respect de règles du jeu, comme l'auraient souhaité Montesquieu, avant, et Benjamin Constant, après, mais la conception rousseauiste de la Souveraineté populaire qui prévalut alors. Or, cette souveraineté populaire s'exprime à travers

la loi. Si bien que la loi n'est plus celle du "père" à laquelle les enfants turbulents font appel, toujours prêts cependant à le contester, elle est désormais celle de la fratrie, qui s'impose elle-même des règles communes. Mais, cette fratrie ne se pacifie ni ne s'homogénéise pour autant. Ainsi le concept d'intérêt général, encore une spécificité française, ne cumule pas les intérêts particuliers, il les transcende. Les communautés et groupes sociaux ou idéologiques, dans leurs luttes incessantes, ne souhaitent pas s'éliminer ni se séparer, ils tentent de faire voter une loi qui corresponde à leur vue singulière mais qui s'appliquera à tous. D'où, au gré des fluctuations politiques et idéologiques, une superposition de lois, plus ou moins semblables ou franchement contradictoires, qui brouillent l'objectif originel, ce qui oblige à prendre de nouvelles lois pour y voir plus clair et qui, bien sûr, opacifient d'autant le propos.

Récemment, la loi sur les trente-cinq heures a été la caricature de ce processus. A l'origine, il y a la loi de Robien en 96, le changement de gouvernement en 97 conduit à la loi Aubry, véritable copier-coller de la précédente, mais qui déclenche le tollé de la part de ceux qui avaient applaudi la première ; et il n'y aura pas moins de sept autres lois ensuite pour l'amender, c'est-à-dire rendre obscur le corpus juridique et l'application confuse. Au final, l'ensemble fait l'objet de critiques de tous bords, mais sans que personne n'ose l'abolir, car la loi c'est sacré, d'où, ici comme dans bien d'autres domaines, la stratification de lois successives qui se chevauchent plus ou moins contradictoirement, ce qui fait les beaux jours des avocats et autres conseillers juridiques ou fiscaux.

Cette tendance profondément inscrite dans nos comportements nationaux est aggravée sous l'effet de mutations profondes qui ont redessiné les structures politiques et juridiques de la France depuis quelques décennies

2 Les nouvelles structures politiques et juridiques

D'une part, on assiste à une modification du cadre institutionnel et, d'autre part, on observe une évolution de la vie politique.

• Multiplication des sources de droit

Jusqu'alors, la source du droit était l'Etat. Le Parlement pour les lois, le pouvoir exécutif pour les ordonnances et les décrets selon une délimitation des compétences prévue par la Constitution. Or aujourd'hui, ces sources se sont multipliées, d'une part par le haut avec la construction européenne, et par le bas avec la décentralisation, ce double phénomène entraînant une prolifération normative.

Pour illustrer cette nouvelle donnée, je me contenterai de citer le dernier rapport du Conseil de 2006, cité plus haut.

Les récents développements du droit communautaire

Parmi les évolutions majeures figure le développement du droit communautaire et l'extension de son champ d'application à la suite des réformes institutionnelles successives.

Les étapes de la construction européenne ont conduit à modifier des secteurs entiers de l'économie et de la société françaises. Elles ont permis un développement de notre compétitivité, attesté par la croissance de nos exportations vers les autres États membres, et la croissance de nos investissements à l'étranger, au sein comme à l'extérieur de l'Union européenne. Elles ont cependant été marquées par une prolifération de normes, liée à la nécessaire adaptation de pans entiers de notre droit.

La libre administration des collectivités territoriales

Avant même la réforme constitutionnelle relative à la décentralisation, le principe de la libre administration des collectivités territoriales résultant de l'article 72 de la Constitution a rendu nécessaire l'intervention de la loi chaque fois qu'est en cause l'encadrement de l'action de ces collectivités. Il en résulte des ajustements permanents de la législation applicable pour les différentes compétences transférées. Des ajustements qui, par-delà leur excessive fréquence, n'ont pas contribué

à dessiner un paysage administratif lisible pour le citoyen.

D'autant que la décentralisation s'est réalisée dans une incroyable imbrication de collectivités. Aux 36 000 communes françaises (à comparer aux 74 210 communes au sein de la Communauté européenne lorsqu'elle comptait 15 membres), viennent en effet s'ajouter 100 départements, 26 régions, 18 500 groupements de communes et 344 « pays ». Ce « mille-feuille administratif », outre les surcoûts notamment de fonctionnement qu'il entraîne, est à l'origine d'une grande complexité.

Il faut ajouter à ces deux mutations institutionnelles, la mondialisation et l'interdépendance économique qu'elle implique, qui multiplie les conventions internationales (bi ou multilatérales) et oblige à des adaptations continues du droit national.

• L'évolution de la pratique politique

-Le gestionnisme

Après la Deuxième Guerre mondiale, l'Etat ne s'est plus contenté d'encadrer la vie sociale, il y participa directement : interventionnisme économique, régulation sociale, aménagement du territoire etc.... Il n'est plus seulement administrateur, il est devenu gestionnaire. Il est facile de comprendre l'effet multiplicateur que cela a eu dans le domaine législatif.

Effet accru depuis quelques années avec l'apparition de nouveaux domaines de législation parfois complexes et difficiles : le droit de la concurrence, le droit monétaire et financier dans un contexte ouvert, les biotechnologies, l'économie numérique, les nouvelles approches de la propriété intellectuelle, la protection de l'environnement... Le tout contribuant à la multiplication et à la révision fréquente des normes.

-Le paradoxe : le désengagement de l'Etat.

Dans le cadre interventionniste, l'Etat avait directement en charge certains secteurs économiques et sociaux, ce qui le dispensait de légiférer pour ce qui est de la gestion proprement dite. Le désengagement de l'Etat depuis les années 80, sous la forme des privatisations ou par la délégation de certaines missions sociales ou éducatives au secteur privé ou à des associations, oblige au contraire à légiférer pour réguler ces activités.

« Dans le domaine économique, la libéralisation de secteurs entiers tels que les transports, les télécommunications, ou bientôt l'énergie, appelle la fixation de règles de conduite des opérateurs dans des domaines par nature techniques et évolutifs, et justifie l'apparition d'un nouveau type de régulation caractérisé par de constantes adaptations » (Conseil d'Etat, op cit)

-La «réformite» communicationnelle

Il n'est pas d'homme politique qui ne promette de faire des réformes, pas un ministre qui, prenant son poste quel qu'il soit, ne s'engage dans une réforme. Bien que régulièrement les opposants ne manquent pas de critiquer ces « effets d'annonce », ils s'empressent d'en faire autant dès que la majorité vient à changer. C'est devenu un mode de gouvernement systématique, largement induit par la médiatisation de la politique. Tout ce que je pourrais dire à ce sujet est connu et je vais plutôt laisser la parole au Conseil d'Etat dont la sévère pertinence de l'analyse en ce domaine est remarquable.

« Les caractéristiques propres aux sociétés démocratiques, et notamment la nécessité de communiquer autour de la loi, la portée symbolique qu'elle revêt, les remises en cause dont elle est fréquemment l'objet à l'occasion de changements de majorité contribuent enfin, tantôt légitimement, tantôt de façon pathologique, à l'instabilité de la norme.

Ces dernières contraintes peuvent en effet, quand elles ne sont pas maîtrisées, conduire à des dérives, et à un dévoiement de l'usage de l'instrument normatif, soit qu'une préséance excessive soit donnée au souhait de communication, soit qu'en vue de satisfaire des groupes de pression ou l'opinion en général, on fasse voter des réformes avant de les avoir suffisamment pensées, ou bien encore qu'on se propose de faire jouer à la loi un rôle qui n'est pas le sien, dans une société sensible aux symboles.

De cette situation, le législateur est la première victime. Ses marges de liberté pour décider des sujets qu'il convient de traiter se révèlent de plus en plus restreintes. Et il en vient à ne plus exercer sa mission dans les conditions lui permettant d'élaborer des textes de qualité. Cela conduit en outre à sa dépossession.

Mais c'est surtout la société qui en pâtit. Le droit, au lieu d'être un facteur de sécurité, devient un facteur d'inquiétude et d'incertitude. La démarche de simplification court après ses objectifs. Les juges ne sont eux-mêmes pas toujours en état d'y remédier, et sont parfois conduits à prendre leur part de l'aggravation de la complexité.

(...)

2. L'« intempérance normative », source d'instabilité et de complexité.

Plusieurs facteurs, de nature plus sociologique et politique que juridique, viennent s'ajouter aux causes objectives de complexité et d'instabilité normative pour en aggraver les effets.

2.1. L'impératif de communication médiatique

La relation de l'homme politique à l'électeur s'opère principalement à travers les médias : la pression s'exerçant sur le Gouvernement en faveur de nouveaux textes se voit ainsi amplifiée, appelant, à un rythme largement dicté par l'événement, des réponses de plus en plus rapides.

L'impossibilité pour le Parlement d'adopter des résolutions, à l'exception des positions sur les affaires européennes, le conduit en outre, en certaines circonstances, à voter des lois purement déclaratives ou incantatoires.

2.1.1. Pas d'existence politique sans communication médiatique

Alors que la communication institutionnelle s'était développée à la fin des années 1970 pour mieux informer l'opinion publique sur les projets de réforme du Gouvernement, la logique s'est depuis lors inversée en raison de l'emprise croissante des médias.

(...)

L'annonce d'une réforme constitue en effet la démonstration que le Gouvernement agit et réagit rapidement, plus particulièrement dans un pays où la force symbolique de la loi est une constante, tant pour l'opinion que pour les médias.

On a pu aller jusqu'à dire, avec une pointe d'excès et une part de vérité, par référence à la télévision, que « Tout sujet d'un "vingt heures" est virtuellement une loi » 89. Une fois annoncée, la réforme suscite des attentes qui contribuent à la rendre urgente.

Un projet de réforme conduit parfois, en raison de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement, soit à l'introduction d'amendements gouvernementaux dans un projet de loi d'ores et déjà en discussion soit, parfois, à la rédaction d'une ordonnance fondée sur une habilitation déjà existante ou portée par un amendement, gouvernemental ou parlementaire, dans un projet de loi en cours de discussion."

*

* *

*

II Aspects culturels

Il pourra sembler étrange à certains de commencer cette nouvelle approche par une réflexion sur les notions de Droit et de Loi. C'est que ces notions ne revêtent pas seulement un aspect juridique stricto sensu, mais révèlent des conceptions philosophiques (ou idéologiques) qui construisent les fondements d'une culture et donc induisent des comportements sociaux spécifiques. Entre autres, on insistera sur la distinction très nette entre la culture française (qu'on retrouve avec quelques nuances dans d'autres pays européens) et la culture anglo-saxonne.

Mais, depuis quelques décennies, on assiste à une interpénétration de ces deux conceptions, et plus précisément à une évolution de la société française vers le modèle anglo-saxon. Nous vivons une période de transition, c'est-à-dire de crise d'identité, qui ne fait qu'aggraver la confusion législative, pour ne s'en tenir qu'à ce qui nous intéresse ici.

1 Le Droit et la Loi

Le Droit est l'instrument par lequel une société, du moins en Occident, ordonne les règles de vie que les hommes s'imposent eux-mêmes. *“Il est l'héritier du ius romain, qui désignait les formules par lesquelles s'exprime la justice, mais, construit sur l'idée de direction (directum), il joint à l'idée de justice celle de ligne de conduite, déjà présente dans la regula (règle) ou la norma (équerre) latine. Règle, équerre, lignes et angles droit : avec le Droit, la justice devient une affaire de tracé géométrique plus que de casuistique ; elle procède davantage d'un arpentage que d'un arbitrage.”*(Alain SUPPIOT *“Homo juridicus”*, Le Seuil 2005)

La loi est affaire de religion et de science (la Loi divine ou les lois scientifiques), c'est ce qui s'impose aux hommes de manière indiscutable, non-négociable.

Distinction qu'on ne retrouve pas dans les sociétés anglo-saxonnes (GB et USA). Le mot Droit se traduit par Law, et la source du droit ne se trouve pas dans un code (construction) mais dans des précédents. Law désigne à la fois la Loi divine ou scientifique et la common law, mais dans ce deuxième cas, cela ne s'impose pas, cela s'établit par la pratique -coutumes et traditions- ou se négocie -affaire du juge (arbitre) et des avocats davantage que du législateur-. Par contre, on y accepte volontiers le caractère indiscutable de la loi divine ou de la loi scientifique, en particulier aux Etats-Unis. Pour ce qui concerne la loi divine, on ne va pas insister sur l'importance, outre-Atlantique, de la référence à Dieu. Pour ce qui concerne les lois scientifiques, on peut constater que toute découverte scientifique est immédiatement appliquée par des laboratoires, parfois avant même qu'elle soit pleinement accréditée par la communauté scientifique, et surtout sans que le législateur ait à l'autoriser et sans qu'il y ait un véritable contrôle du pouvoir politique.

Mais, comme à ce niveau il ne peut y avoir négociation entre l'un et l'autre de ces deux types de lois indiscutables, ces deux croyances coexistent de manière plus ou moins conflictuelle, ou se synthétisent dans un étrange œcuménisme. Un exemple de la coexistence conflictuelle : des universités enseignent le créationnisme, à l'exclusion de l'évolutionnisme et d'autres ont une position exactement symétrique, sans que l'Etat ne se sente autorisé à trancher. Quant à la synthèse œcuménique, on peut en voir une manifestation avec le dogme actuel de ce qu'on nomme le néolibéralisme, fondé sur les lois du marché. Ces lois sont censées être énoncées par la science économique, et donc ont le statut de lois scientifiques, mais sont présentées hors de la portée des hommes, y intervenir serait porter atteinte à l'ordonnement naturel des choses, assimilable à un sacrilège, et donc elles ont aussi un statut divin. La référence à la fameuse “main invisible” ne peut pas ne pas évoquer la main de Dieu.

En France, on conjugue à la fois la construction du Droit (les codes) et la Loi indiscutable, non négociable (règne sacré du législateur).

Effet de notre histoire. La tradition catholique et donc du Droit romain (les codes construits) d'une part et la sécularisation précoce du Pouvoir Royal, d'autre part ; en s'autonomisant vis-à-vis du Pape (gallicanisme) le Roi est législateur suprême et fait **la** Loi (*“L'Etat c'est moi”*, l'absolutisme). Lorsque la souveraineté passe du Roi au Peuple, c'est ce dernier qui devient législateur, avec la même idée d'être à l'origine de **la** Loi. Ainsi, les députés (du latin deputatus : délégué) ne sont limités par aucune norme supérieure parce qu'ils sont le Verbe du souverain absolu, le Peuple.

La vie sociale n'est pas affaire de common law ni de négociation, mais s'inscrit dans l'architecture rigoureuse et subtile des codes. Le juge n'est pas un arbitre s'appuyant sur les expériences précédentes, il doit appliquer le code, voir les choses sous l'angle du droit ; ne pas arrondir les angles mais affirmer la rigueur de l'angle droit (norma). Quant à la Loi (dans

l'acceptation religieuse ou scientifique), c'est la loi civile elle-même qui en fait office. Tout croyant peut certes obéir à la loi de Dieu, à condition qu'elle ne soit pas en contradiction avec la loi politique, c'est la fameuse laïcité à la française. Pour ce qui est des lois scientifiques, le pays de Descartes et d'Auguste Comte, de Lavoisier et de Pasteur est évidemment particulièrement respectueux de celles-ci. Cependant, deux traits caractéristiques montrent que s'il y a respect il n'y a pas sacralisation. Sur le plan pratique d'abord, chaque fois qu'une innovation scientifique ou technologique modifie sensiblement l'ordre social, on parle de vide juridique pour expliquer ce désordre, montrant par là que la loi (juridique) doit nécessairement intervenir pour finaliser la nouvelle loi scientifique et en contrôler l'application, elle fait office, en quelque sorte, d'imprimatur. Par ailleurs, si le scientifique, le savant, est admiré et solennellement honoré, le "pouvoir scientifique" est vu avec réserve, voire avec suspicion, un peu comme un clergé enfermant en son sein des apprentis sorciers. Et l'on demande à la loi de le tutéler au nom de la prudence (précaution) ou de l'éthique, en fait, inconsciemment, pour lui rappeler qu'il est, lui aussi, quelle que soit la force de ses énoncés scientifiques, soumis au seul souverain : le peuple législateur. Il en va de même pour les lois économiques évoquées plus haut, la France étant présentée (dénoncée par certains) comme le pays viscéralement interventionniste en ce domaine.

Deux conséquences, qui pourraient paraître paradoxales si l'on ne tient pas compte de ce que j'ai déjà dit de la notion de souveraineté absolue (du législateur) :

- Au niveau de la hiérarchie du Droit

- Pérennité de la loi fondamentale (Constitution) dans les pays Anglo-saxons et une douzaine de constitutions de France
- Le juge américain, par exemple, peut ne pas appliquer une loi qu'il juge inconstitutionnelle (exception d'inconstitutionnalité)
- La loi ordinaire a été considérée, en France, comme supérieure jusqu'à la Vème République (pas de contrôle de la constitutionnalité des lois jusqu'en 1958). Mais même depuis, ce n'est pas le juge qui tranche, mais le Conseil Constitutionnel, instance plus politique que juridictionnelle –ses membres sont nommés par la Présidence de la République, l'Assemblée Nationale et le Sénat. Par ailleurs, contrairement à l'exception d'inconstitutionnalité américaine le contrôle se fait avant le vote de la loi. Une fois votée la loi doit nécessairement être appliquée, marquant toujours son caractère sacré, tant qu'elle n'est pas abolie par une autre loi.

- Au niveau des comportements sociaux

Dans tous les rapports sociaux, on se réfère d'abord à la loi. A L'argumentation négociée on préfère l'argument d'autorité :

- Avantages : la force de la loi s'impose contre la loi du plus fort, contrairement à ce qui se passe le plus souvent lors d'un contrat.
- Inconvénient : rigidité ; entre autres, le bon sens d'un argument peut être détruit par la référence légale, parfois inadaptée à la situation concrète.

[Exemple : dans les rapports de travail, la loi (ou les conventions collectives qui ont force de loi) est à la fois une protection du salarié, en position de faiblesse contractuelle face à l'employeur, et une source parfois de rigidité pour les adaptations singulières et ponctuelles.]

Tout naturellement, un tel comportement se manifeste, en amont, par une revendication législative systématique. Tout problème, toute situation nouvelle, même très particulière, se

traduit par le souhait de voir établir une loi. D'où l'avalanche de textes, d'autant plus perturbante que le caractère très construit du Droit français (code) ou bien oblige à réaménager l'architecture d'ensemble, ou place la nouvelle loi en conflit avec d'autres textes. D'où la fameuse illisibilité juridique évoquée au début, illisibilité qui peut parfois entraîner la fabrication d'une autre loi tentant de régler cette contradiction.

La force symbolique de la loi reste prégnante dans la culture juridique française. Il en résulte une demande sociale importante tant est ancrée la croyance selon laquelle la loi vient à bout des difficultés, qu'elle est une solution, une garantie ou, en quelque sorte, une thérapeutique. (Conseil d'Etat, op cit)

Il faut rappeler avec insistance qu'un tel comportement n'est évidemment pas inscrit dans nos gènes. Nous n'entretenons pas davantage la tradition du droit romain ou de l'absolutisme monarchique. Nous évoquons au début l'éclatement de la société française à l'origine, cela s'est perpétué jusqu'à aujourd'hui. Si nous ne cessons d'affirmer notre opposition au fameux communautarisme, c'est justement parce que nous sommes profondément communautaires et que nous sentons bien le danger que cela représente pour la cohésion sociale. D'où le colbertiste (que certains incultes nomment jacobinisme) qui fait contre-feu à notre tendance naturelle à la division et résiste à la force centrifuge, d'où aussi le culte de la Loi.

Nous sommes une société excessivement divisée en communautés jalouses de leur identité et en opposition radicale entre elles -communautés régionales, corporatistes, religieuses, idéologiques...- Et malgré l'exceptionnel effort d'enseignement du Français nous ne parlons pas le même langage, les mots n'ont pas le même sens pour tous (voire même les principes censés nous réunir comme liberté égalité fraternité). Cet état de choses rend difficiles la communication et la négociation. On s'en rapporte donc à l'Etat, à travers la loi, pour établir le lien social commun à tous, y compris en tentant systématiquement d'universaliser une revendication particulière (comportement aggravé par la division culturelle dans le champ politique : "famille" de droite et "famille" de gauche).

Cependant, depuis plus d'une trentaine d'années, la société française a vécu une formidable mutation (comme on dit dans les médias) qui aggrave considérablement la situation. La structure sociale et le mode de vie ont profondément changé et sont désormais en contradiction objective avec ce que l'on vient de décrire, mais les comportements inconscients sont restés les mêmes, d'où un très grand désordre, propre aux époques de transition.

2 Une société en transition

-Les données objectives

- La restructuration géo-démographique

Durant la deuxième moitié du XXème siècle, la population française est passée de 40 millions à plus de 60 millions d'habitants, soit une augmentation de 50%. Cet accroissement, rapide et exceptionnel dans notre histoire, s'est accompagné d'une non moins rapide et profonde modification de la répartition de la population sur le territoire. D'une population majoritairement rurale et dispersée dans tout l'hexagone, on est passé à une très forte concentration urbaine : plus de 80% des Français vivent désormais dans des centres urbains et près de 20% d'entre eux se concentrent dans l'Ile de France.

D'une part, cela a multiplié les besoins de services de toutes natures, entraînant une abondante législation pour les organiser et réguler. D'autre part, les relations sociales ne s'établissent plus selon les règles coutumières, dans des rapports de proximité au sein d'une

communauté où chacun se connaît, mais selon des lois et règlements, dans une promiscuité anonyme, où non seulement les causes de conflits augmentent mais prennent systématiquement un tour judiciaire (la fameuse judiciarisation des rapports sociaux).

- La société de consommation de masse

Inutile de rappeler l'exceptionnelle révolution opérée lors des fameuses "trente glorieuses" : triplement du niveau de vie moyen, accroissement exponentiel de l'équipement, voire du suréquipement des ménages, explosion des besoins de services (enseignement, santé, banques, assurances, loisirs...). Mais au-delà de ces données quantitatives, on a assisté à une modification profonde du mode de vie, tant au niveau des comportements privés qu'au niveau de la structuration sociale.

Au niveau des comportements d'abord. Une société de consommation n'est pas seulement une société où l'on consomme beaucoup, mais une société où les individus sont soucieux prioritairement de consommer (on ne parle plus de salaire mais de pouvoir d'achat), mais, surtout, sont déterminés, identifiés par l'acte de consommation. Or la consommation c'est le négoce, donc le lien social ne s'établit plus dans l'interdépendance plus ou moins solidaire ou l'affrontement collectif, mais passe par la négociation. Dans un pays sans tradition de *common Law* et de *fair-play*, ce nouveau type de rapports déstabilise les acteurs et stimule paradoxalement le réflexe "juridiste", d'où le recours à une surabondance de textes législatifs ou réglementaires pour les réguler.

Au niveau structurel ensuite. Cette révolution est directement induite par la production de masse, c'est-à-dire standardisée. A une production standardisée correspond une consommation standardisée et donc un mode de vie et des réflexes conditionnés standardisés. C'est ce dont rend compte le concept de "moyennisation" de la société. A ne pas confondre avec l'égalité : avoir une vieille Fiat d'occasion n'est pas avoir un 4x4 flambant neuf, avoir ses enfants dans un LEP de Bobigny n'est pas les avoir à Henri IV, se meubler à Conforama n'est pas se meubler chez un antiquaire... Cependant, si cette standardisation maintient, voire aggrave parfois, les inégalités, elle a brouillé les frontières sociales et a considérablement affaibli, voire éteint, le sentiment d'appartenance à un groupe social (ce que certains appellent la conscience de classe). D'une société structurée, on est passé à une société de masse, c'est-à-dire à une société où les individus sont atomisés. Dans cet isolement et cette fragilité, l'individu, ne pouvant plus compter sur les soutiens de proximité, s'en remet directement à la loi et donc participe aussi pour cette raison à l'inflation législative.

- La libéralisation des rapports de travail

Jusqu'aux années 60, les rapports de travail, hors Administration, s'établissent selon trois modes. D'abord, des rapports domestiques (au recensement de 1954, 1/3 des actifs étaient des non-salariés). Ensuite des rapports directs de proximité fondés sur des règles traditionnelles (l'essentiel des salariés étaient dans des petites entreprises artisanales, des fermes ou domestiques dans les familles). Enfin, des rapports de force collectifs pour les salariés des grands secteurs industriels. Seuls les derniers, et depuis peu, étaient vraiment régulés par le droit.

La généralisation de la salarisation (plus de 90% aujourd'hui), l'industrialisation, le développement des grands services privés et publics ont fortement contribué à l'élaboration d'une législation aussi abondante que complexe dans ce domaine. Cependant, l'influence dominante des grandes unités de production dans l'industrie comme dans les services a, dans un premier temps, maintenu le rôle des rapports de force collectifs et favorisé une législation relativement généraliste et cohérente : lois-cadres et grandes conventions collectives.

Depuis une trentaine d'années l'expansion du tertiaire, de plus en plus spécialisé et donc de plus en plus éclaté en petites entreprises, la déconcentration fonctionnelle des grandes

entreprises en petites unités de production dispersées, la pratique systématique de la sous-traitance, la robotique, l'informatique, la télématique... sont autant de météorites qui se sont abattues sur la planète travail, qui a éclaté en mille morceaux. Aux rapports de force collectifs se sont substitués des rapports de soumission individuels, suscitant des peurs paniques (vis-à-vis de la précarisation, du chômage, des délocalisations, des plans de restructuration...). Le tout sous l'influence des nouvelles lois "divines" (voir plus haut) d'un marché autorégulé.

Le paradoxe, en France du moins, de cette situation est que cette déstructuration fondée sur l'autorégulation suscite une nouvelle vague législative pour calmer les peurs et panser les plaies, d'autant plus inflationniste qu'elle ne rassure en rien et a autant d'effet qu'un emplâtre sur une jambe de bois.

-Effets et contre-effets

On ne va pas reprendre ce qui a déjà été évoqué précédemment, on va simplement synthétiser en pointant trois grands traits génériques :

- La fragilisation du lien social et la perte d'influence des institutions intermédiaires (familiales, locales, syndicales...).

Inutile d'insister, on l'a déjà évoqué et cela fait l'objet d'une abondante littérature sociologique. Je me contenterai de citer une excellente remarque de Miguel Benasayag :

"Le lien social ne disparaît pas totalement), mais il continue d'exister seulement dans ses dimensions utilitariste, sécuritaire ou de profit."

Miguel Benasayag, dans un dossier de la revue du Secours populaire
« Convergence » consacré en mars 2007 aux solitudes modernes".

- Individualisme et judiciarisation

Il faut rappeler les deux conceptions de l'individualisme. Celle, humaniste qui émancipe l'individu de ses appartenances, ethniques, religieuses, sociales et le hausse au niveau du citoyen capable de concevoir (dans les deux sens du mot : appréhender et déterminer) l'intérêt général, qui accroît à la fois la sécurité et les intérêts propres de tous, à travers la loi commune justement. Celle, issue de la philosophie utilitariste, reprise en partie par les pères du libéralisme économique et caricaturée à l'extrême aujourd'hui par le néolibéralisme. Pour ce dernier, l'individualisme est la manifestation de l'égoïsme calculateur qui aboutit à l'intérêt de tous, non par la loi mais par la confrontation libre des égoïsmes individuels (la fameuse autorégulation).

Dans la société anglo-saxonne, américaine principalement, nourrie depuis toujours de la deuxième conception, cette confrontation des égoïsmes qui nécessairement ne cesse de faire alternativement, du moins en théorie, des gagnants et des perdants, est acceptée comme une fatalité, y compris par les perdants qui n'y voient qu'un état provisoire, dont on doit pouvoir sortir par ses propres (pas toujours très propres parfois) moyens. Dans la société française, nourrie depuis très longtemps à l'autre source, cette alternance est bien évidemment acceptée par les gagnants, qui souhaitent donc le moins de limitation légale possible à leur réussite, mais est insupportable aux perdants. Or, si un exploité peut combattre son exploiteur, un perdant ne peut pas se battre contre le gagnant, tout au plus peut-il l'envier. D'où, encore une fois, une demande de législation pour compenser les pertes ou pour aider à gagner.

Cet individualisme compétitif, c'est aussi la substitution des conflits collectifs, de nature sociale et politique, par les conflits individuels, de nature judiciaire. Dans le cadre de la tradition française, cela se traduit par une demande législative accrue.

- Néo communautarisme

L'individualiste égoïste qui refuse la solidarité collective commune ne peut cependant pas, sauf exception, se passer totalement de solidarité, impératif anthropologique oblige. Aussi, en revient-il aux solidarités de proximité (famille, corporation, églises...), bref au clan. Si l'individualiste humaniste entre en solidarité par adhésion avec les autres, l'individualiste égoïste est en solidarité par appartenance aux siens. Ce qu'on appelle aujourd'hui le communautarisme moderne est en réalité ce retour à l'esprit de clan.

Or là encore, dans le cadre de la tradition française, cette évolution se traduit par une demande législative de la part des différentes communautés. Il ne s'agit plus de cette volonté de faire prévaloir sa conception de la société générale par des groupes idéologiques en conflits, comme on l'a vu plus haut, mais de faire reconnaître son identité et de bénéficier de droits spécifiques de la part de communautés qui ne souhaitent pas s'affronter dans la détermination de l'intérêt commun, mais désirent coexister dans une juxtaposition indifférente (le fameux droit à la différence). Et, bien entendu, cela ne fait que multiplier et compliquer la législation.

*
* *
*

Notre société ressemble donc de plus en plus à une société anglo-saxonne. Communautarisme, contractualisation, judiciarisation... Cependant, rappelons les caractéristiques de ce type de société autour de la notion de loi : la common Law, la jurisprudence et la négociation d'une part, la loi divine et la loi scientifique de l'autre, y compris synthétisées dans le cas des lois du marché comme on l'a vu précédemment. En contradiction avec la tradition française.

On pourrait donc avancer que la France est objectivement dans une économie de marché et subit ces lois, et donc tend à évoluer vers une société de type anglo-saxon, mais il y a résistance :

- Antilibéralisme, au moins déclaré, presque général

- On veut moins d'Etat, mais on ne cesse de faire appel à lui pour régler tous les problèmes sociaux

- On répugne aux contributions, mais on réclame plus de services publics et d'aides publiques

Résistance confuse donc, qui explique largement le désordre juridique actuel. On est donc bien dans une période de transition.

Comment sortira-t-on de cette transition ?

Sur le plan strictement technique, les juristes (Conseil d'Etat, Conseil Constitutionnel, Cours de Justice européennes) proposent d'élaborer un droit supérieur de sécurité juridique

Il n'est d'autre solution, dans cette perspective, que de mettre en place des dispositifs propres à faire efficacement contrepoids aux facilités et aux tentations, et de faire en sorte qu'ils ne tombent pas promptement en désuétude. Aussi bien, si une partie des stratégies proposées appelle essentiellement des efforts d'organisation, une autre ne peut-elle entrer dans les moeurs, et infléchir celles-ci, qu'au prix de l'énoncé solennel, par la voie constitutionnelle si nécessaire, de disciplines qui resteront, sinon, vœux pieux et lettre morte.

Des pays où le droit écrit dispose d'un moindre crédit qu'en France s'en sont à l'évidence avisés, et n'ont pas hésité à édicter, malgré tout, un droit écrit de l'élaboration du droit, destiné à éviter que l'intempérance normative ne débouche sur l'insignifiance des normes.

On ne saurait, par conséquent, tenir pour dérisoire que, pour arracher les lois au désordre, en faire moins,

et de meilleures, il faille encore écrire une loi. Surtout pas dans une société où la loi revêt une portée symbolique. Y renoncer reviendrait à s'abandonner à des fatalités dont on a assez dit les conséquences perverses pour mesurer l'urgence de les conjurer. (Conseil d'Etat, op cit)

Mais le problème n'est pas seulement ni principalement technique, reste donc la spécificité culturelle française. Il est vraisemblable que, comme toujours dans une société profondément conflictuelle, après une période de transition, la nouvelle société sortira d'une crise aiguë. Deux réalités et deux conceptions continuent de coexister ou de s'affronter : pour schématiser, le marché et la privatisation d'un côté, la régulation et le "public" de l'autre. Les deux présentent des défauts très perceptibles :

- Précarisation, inégalités, loi du plus fort, égoïsme compétitif pour l'un
- Rigidité, relative paralysie, lourdeur bureaucratique, poids des prélèvements... pour l'autre

Celui qui l'emportera n'est pas celui qui a le plus de vertu, mais celui qui restera parce que l'autre n'aura pas résisté à la crise liée à ses propres défauts.

Le premier devrait normalement perdre à terme puisqu'il est inamendable par nature (refus d'intervenir dans les lois du marché), mais il peut cependant gagner si le second ne fait pas un effort considérable de restauration.

Cela ne se décrètera pas (autrement dit ce n'est pas l'Etat ni la loi qui permettront cette réforme), cela nous concerne tous. On ne peut vouloir plus de solidarité et refuser la contribution. On ne peut vouloir maintenir les services publics et ne pas envisager de les réformer et d'en assumer les contraintes (à la fois en tant que salariés et usagers). On ne peut pas vouloir plus de cohésion sociale et défendre avec entêtement ses avantages ou ses spécificités de tous ordres, s'ignorer ou se rejeter au nom de fantasmagoriques oppositions idéologiques, empêchant par ailleurs la confrontation.

Prévision ? On ne va pas lire dans une boule de cristal, mais l'histoire nous apprend qu'après chaque période de transition et de désordre, la France est sortie avec un nouvel ordre qui n'était pas prévisible et qui mêlait à chaque fois rupture et continuité, mais cela après une crise violente, tout aussi imprévisible dans sa chronologie que dans les facteurs déclenchants.

La France est aussi le pays de la gastronomie. Alors, pour arrêter là cet exercice de futurologie à laquelle je ne crois guère, et quitter ce ton trop grave, je vais oser une image culinaire : l'omelette lie harmonieusement le blanc et le jaune, pourtant nettement séparés au départ... mais cela ne se fait pas sans casser les œufs.

Jean-Claude COIFFET
Président du Cercle Condorcet de Bordeaux
Chargé de Conférences à Sciences Po Bordeaux
Mars 2007

