

Rapport au Premier ministre

Le droit du côté de la vie

Réflexions sur la fonction, juridique de l'Etat

*Patrice Maynial
Conseiller à la Cour de cassation*

Rapport officiel

© La **documentation Française**
*En application de la loi du 11 mars 1957
(art. 41) et du code de la propriété
intellectuelle du 1^{er} juillet 1992.
toute reproduction partielle ou totale
à usage collectif de la présente
publication est strictement interdite
sans autorisation expresse de l'éditeur
Il est rappelé à cet égard que l'usage
abusif et collectif de la photocopie
met en danger l'équilibre économique
des circuits du livre.*

ISBN 2-11-003732-6
ISSN 0981-3764
DF 54078-1
Paris, 1997

Le Premier ministre

Monsieur Patrice Maynial,
*président de la chambre
à la cour d'appel de Paris
2-4 boulevard du Palais
75001 Paris*

Paris, le 7 février 1996

Monsieur le président,

Je souhaite vous confier une mission d'évaluation de la fonction juridique au sein des administrations centrales.

En effet, les services centraux de l'État jouent un rôle majeur dans la production normative, qu'il s'agisse de la rédaction des projets de loi et des actes réglementaires, de l'interprétation du droit par le biais des circulaires et des réponses aux questions parlementaires ou encore du contrôle de l'application des textes.

Les critiques nombreuses et souvent justifiées concernant la prolifération des normes, leur instabilité, leur absence de nécessité et leur caractère incantatoire doivent conduire à mener une réflexion sur les conditions dans lesquelles s'élaborent, au sein des administrations centrales, les règles du droit. Dans la partie de son rapport public de 1991 consacrée à la sécurité juridique, le Conseil d'État avait d'ailleurs formulé quelques recommandations en ce sens. Il proposait notamment de rapprocher, au sein des ministères, les fonctionnaires qui élaborent la règle de droit de ceux qui en contrôlent l'application, d'associer davantage les gestionnaires aux rédacteurs dans la phase de préparation des textes et de renforcer la formation juridique des agents.

Depuis 1991, certains départements ministériels ont entrepris des efforts pour améliorer la production normative de leurs services. De nombreuses instructions ont été données par mes prédécesseurs et par moi-même afin que les administrations veillent à la correction juridique des textes et résistent à la tentation de transcrire des déclarations d'intention sous forme de lois ou de décrets. La récente circulaire du 21 novembre 1994 relative aux études d'impact s'inscrit dans ce cadre.

Cependant, il ne sera possible de progresser dans ce domaine que si l'on parvient à modifier en profondeur les habitudes et les réflexes administratifs.

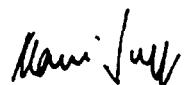
Je souhaite que vous me fassiez des propositions concrètes en ce sens. Il vous appartiendra notamment d'évaluer les méthodes d'élaborations des textes mises en oeuvre dans les ministères et de recenser les efforts faits par les différentes administrations pour améliorer la qualité de leur production normative. Je souhaiterais également que vous étudiez

les questions concernant la formation, la documentation, les méthodes de recherche et de collecte des données juridiques et, de façon générale, toutes les procédures qui permettent à l'administration d'assurer une fonction de veille juridique et de vérifier s'il est bien nécessaire de modifier l'ordonnancement juridique pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés.

Votre mission devra s'effectuer en liaison étroite avec le Secrétariat général du Gouvernement et le Commissariat à la réforme de l'État.

Vous voudrez bien me faire parvenir un rapport d'étape pour le 15 mai 1996 et m'adresser vos conclusions définitives avant le 31 décembre 1996.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le président, l'expression de mes sentiments les meilleurs.



Alain Juppé

Sommaire

Le droit du côté de la vie Réflexions sur la fonction juridique de l'État	7
Introduction	9
 Chapitre 1 Quelques réflexions sur la production normative de l'Etat	13
 Chapitre 2 Fonction juridique - fonction juridictionnelle	47
 Chapitre 3 Les structures centrales de l'État et la fonction juridique	67
 Chapitre 4 Fonction juridique et communication	85
 Chapitre 5 Gestion des ressources humaines	103
Conclusion	117

Synthèses des principales propositions	119
Index	125
Table des matières	129

Le droit du côté de la vie

Réflexions sur la fonction juridique de l'État

Introduction

Le droit joue un rôle croissant dans notre société. Le temps de la responsabilité a succédé à celui de l'autorité. Une expression de notre langage de tous les jours a fait son apparition qui en dit long sur le désir de transparence et d'équité ainsi que sur l'exigence d'une justice indépendante : l'État de droit.

De nombreuses études portant à la fois sur le système juridique de l'État et sur l'aptitude de ses cadres à remplir cette fonction suscitent des sentiments mélangés : une activité de plus en plus intense, mais brouillonne, une formation juridique en éveil, mais qui cherche sa légitimité sociologique entre le tout économique et l'excellence mathématique.

Les choses auraient pu évoluer sans bruit si la demande de droit « sociétal » et de justice, l'arrivée en majesté du droit européen, les mesures régulatrices liées aux épreuves économiques et sociales, les « cohabitations » développant le souci d'appliquer strictement la règle n'avaient placé le droit au centre même de l'engagement de l'État. Cet État, à la recherche d'une nouvelle alliance avec les citoyens, qui, confronté à des difficultés croissantes, est pour beaucoup encore l'*« ultima ratio »*, qui joue son destin dans une Europe supra nationale, a, sous l'impulsion du Premier ministre, décidé d'ouvrir le chantier de sa propre rénovation.

La réforme des méthodes d'élaboration des normes permettra à l'État d'avoir une relation plus authentique avec le Peuple, de jouer au mieux son rôle de régulateur de la vie sociale et économique.

L'état des lieux que nous avons tenté de dresser nuance la critique convenue. Il montre à la fois que l'État dispose d'une liberté de manœuvre plus faible que celle que l'on pourrait imaginer de prime abord et que les utilisateurs du droit sont moins hostiles qu'on veut bien le dire à la qualité de la production normative qui les concerne directement, dès lors qu'ils ont été associés au débat. C'est souvent davantage une question de méthode que le fond du droit qui est en cause.

« L'État-gouvernement » féconde un essaim normatif parmi bien d'autres. La critique de la norme renvoie aussi au rôle du Parlement,

aux institutions européennes, aux producteurs de normes privées à commencer par ceux qui élaborent les conventions collectives du travail.

L'espace d'initiatives en matière normative de l'« État-gouvernement » va en diminuant.

La production normative ne pourrait pas être appréciée pour ce qu'elle doit être si l'on omettait d'évoquer le rapport entre la pensée et l'action, entre l'énonciation d'une règle et les mécanismes opérationnels qui lui donnent vie.

Le rapport souligne le rôle du temps qui s'enrichit de la réflexion et des échanges. Il relève l'intérêt des études d'impact.

Mais l'effort le plus ambitieux devrait être fourni en faveur de la communication des mesures entrées dans le droit positif.

Pour bien communiquer avec les citoyens, l'État doit se comporter à la fois en entrepreneur soucieux de réussir à diffuser sa production, puis en inlassable pédagogue. Et peut-être attelé à ces deux fonctions, la seconde légitimant la première, en viendra-t-il à parler moins pour être mieux entendu.

La seconde série de réflexions a trait à l'évaluation de la fonction juridique au sein des administrations centrales.

Notre histoire porte des contradictions que projette une lumière froide sur ce sujet. L'inventaire de l'héritage de la Révolution et de l'Empire fait une place de choix à la fonction législative, créatrice d'un ordre universel qui prend d'abord la forme de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, puis des grands codes, le premier d'entre eux étant le Code civil.

La science juridique s'appuyait alors sur de robustes humanités et la connaissance du droit romain était un viatique essentiel pour prétendre s'occuper du bien public. Solon et Cicéron étaient immortels, Keynes n'était pas encore un prophète. Progressivement, les élites se sont éprises d'autres disciplines. Avec le recul du temps, d'aucuns pourront trouver étrange que le Président Raymond Poincaré ait hésité longuement entre la présentation au concours à l'École polytechnique et l'inscription à la Faculté de droit. Il devint avocat. On sait que l'attrance pour les sciences exactes et la gestion plus que pour le droit et les lettres a contribué à façonner « l'honnête homme » moderne. Et si le scientifique issu d'un excellent vivier est confronté au doute dans les domaines les plus avancés de la recherche, en revanche, lorsqu'il lui arrive de contribuer à définir des mesures réglementaires, il aborde l'affaire avec l'assurance du profane, la considérant comme un sous-produit de l'opérationnel.

S'il est vrai que le droit est devenu au sein des administrations centrales omniprésent comme la prose de Monsieur Jourdain, il est manifeste que l'intérêt généralement porté à cette discipline est insuffisant par rapport aux enjeux. Le traitement des dossiers juridiques est trop souvent confié à des services effacés pour ne pas dire marginalisés et, la nature ayant horreur du vide, c'est souvent un conseiller technique au

cabinet du ministre ou un fonctionnaire en détachement qui relève le défi du droit. Il y aurait beaucoup à dire sur le face-à-face entre le juriste et le gestionnaire.

Cette situation contraste avec la politique constante de renforcement de l'éveil juridique du Gouvernement qui s'est manifesté par l'influence croissante du Secrétariat général du Gouvernement devenu un organe indispensable à la bonne marche de l'État.

En vérité, le fameux ministère de la loi évoqué en 1975 par M. Olivier Guichard, garde des Sceaux, c'est sous la V^e République le Premier ministre lui-même qui en exerce les véritables attributions.

Il serait injuste de passer sous silence le rôle du Conseil d'État qui, en plaçant chaque texte dans la perspective cavalière de l'ordonnancement juridique, cache les effets trop voyants du sous-équipement juridique des administrations centrales.

Ce qui est également frappant, ce sont les conséquences culturelles du dualisme droit public-droit privé qui a enfanté deux familles de pensée. La considération mesurée de la haute administration pour le droit privé qui inclut le droit pénal, est l'une des causes qui sans doute a incité nombre de magistrats à s'inspirer de l'esprit des parlements de l'Ancien Régime.

On s'attarde quelque peu sur ce dualisme, qui a entraîné et nourri une partition révélée par la sociologie administrative, pour mieux souligner l'importance des efforts à accomplir si l'on veut rapprocher deux mondes qui s'ignorent. Il faut pour cela vouloir entreprendre une véritable démarche en faveur de la formation au droit de ceux qui y consacrent leur vie professionnelle. Et si l'on juge nécessaire d'ouvrir portes et fenêtres pour renouveler - ou refonder - l'esprit de la fonction juridique, il faut en même temps associer à cette réforme - au sens plein du terme - les professions juridiques, à commencer par les professeurs de droit et les avocats qui sont souvent, à leur corps défendant, de lointains spectateurs de la vie administrative.

Le présent rapport appelle à une approche nouvelle par l'État de sa propre fonction juridique.

Paris, septembre 1996

Chapitre 1

Quelques réflexions sur la production normative de l'Etat

Selon les termes mêmes de la lettre de mission du Premier ministre, les services centraux de l'Etat jouent un rôle majeur dans la production normative. A ce titre, l'Etat encourt des critiques nombreuses et souvent justifiées concernant la prolifération des normes, leur absence de nécessité et leur caractère incantatoire.

La première partie de ce rapport est consacrée à l'analyse de cette proposition. L'Etat est considéré sous ses différentes facettes : l'« Etat-Gouvernement » qui, mettant en oeuvre sa politique normative, dispose à cet effet du concours des services centraux ; l'« Etat-administration » qui, assujetti à des obligations de transparence, de neutralité et de permanence s'attache à donner un souffle à cette production et à prendre les mesures d'ajustement et l'« Etat-juge » qui est chargé de rendre la norme efficiente.

De même seront évoqués le rôle de plus en plus présent du droit européen dont la norme nationale n'est souvent que l'ombre portée et celui des opérateurs qu'ils soient publics ou privés, d'origines nationale et étrangère.

Imputer la production normative aux seuls services centraux conduirait à une impasse. Une prise de conscience sur les ressorts de l'offre et de la demande en matière de mesures et de normes nouvelles, sur les contraintes qui entachent leur élaboration d'imperfections, sur la nature aléatoire de toute démarche prospective montre combien les responsabilités dénoncées sont partagées. Mais tout d'abord, on peut s'interroger sur la pertinence des critiques de commande articulées à l'encontre de la production normative. On ne peut passer sous silence la connivence qui lie les intéressés pour qu'en définitive les méthodes et les réflexes soient conservés. En tout cas, la résignation constatée ne peut être vaincue par quelques recettes de pure forme.

On s'interroge sur le point de savoir si la situation décriée traduit un déclin de notre organisation politique ou si, au contraire, elle révèle une démocratie attentive à l'ensemble des problèmes portés sur la place publique. Les institutions majeures de l'Etat souffrent de surchauffe normative et s'en plaignent, mais considèrent que leur devoir est de

poursuivre dans cette voie ; ce qui montre bien qu'elles ont fait leur choix. Les invités à la rentrée solennelle de la Cour de cassation, les lecteurs du rapport d'activité annuel du Conseil d'État savent d'avance que le contentieux né de la prolifération des textes se poursuit avec des hauts et des bas au fil des ans.

Le Parlement, subit de plein fouet l'épreuve de l'encombrement et de la précipitation en dépit de l'instauration de la session unique qui a pourtant augmenté de trois mois la période des débats publics. Et lorsque la presse déclarait en avril dernier : « *Le Parlement reprend ses travaux. D'aucuns se demandent comment les députés vont pouvoir faire face à un ordre du jour extraordinairement chargé* », personne ne pensait à imputer cette situation à la fécondité naturelle des services centraux de l'État. Cette situation exprime aux yeux de tous le contrat qui unit le pouvoir aux citoyens.

Les différents points de vue qui vont être développés, font apparaître des problèmes structurels de corrélation entre les divers visages de l'État, d'où cette tendance à remettre sur le métier les textes dès qu'ils semblent, au travers d'un événement quelconque mais monté en épingle, ne plus convenir.

La logique des différents pouvoirs constitutifs de l'État ne lui permet pas de conduire ses efforts de manière synchrone. Et puis l'État, épris de sa fonction normative, pourrait avoir comme devise : « *Je légifère, donc je suis* ».

* * *

A titre liminaire, la fonction juridique de l'État invite à une réflexion sur les rapports entre l'idée de progrès, le droit et la production de normes par l'*« État-gouvernement »*.

Progrès, droit, production normative

De l'État, les citoyens attendent une capacité de prévision et d'organisation qui facilite l'éclosion de progrès. La production normative est au service de cette fonction. Est-elle, elle-même, en progrès ? L'expression de « production normative », qui évoque l'idée de rendement, traduit la précarité de l'objet produit : la loi est un bien de consommation. C'est pourquoi, s'éloignent du droit proprement dit - tout en le polluant - les textes procédant d'une telle approche. Le « droit » sous-tendu par des principes est malmené par la législation et la réglementation. Cette divergence est parfois soulignée par les cours suprêmes qui sont là pour rappeler la primauté des principes de droit sur la contingence des textes issus de circonstances particulières.

Tout en favorisant des progrès, c'est-à-dire des réponses mieux adaptées aux innombrables difficultés et aux demandes d'arbitrage dont il est saisi, l'État peut, de bonne foi, promouvoir la décadence de son

ordonnancement juridique surtout lorsque les mécanismes mis en place ne sont pas rationnels, qu'ils sont constitués de règles incertaines de telle sorte que les progrès qui se manifestent dans de nombreux domaines ne sont pas compatibles avec une régression de la législation au regard du droit.

Dès lors, s'il a l'ambition d'associer le progrès du droit à ceux de la société, le producteur de normes doit formuler des règles nécessaires qui s'inscrivent logiquement dans l'ordonnancement juridique. On peut se risquer à suggérer que la remise fréquente des textes sur le métier n'est pas en soi le signe d'un progrès, mais une tentative toujours déçue de réparer les défauts de la production antérieure.

Pour échapper à cette pesanteur nuisible à l'image d'un État moderne, le Premier ministre entend que l'appareil producteur de normes et de codification concourt au progrès du droit.

* * *

Une certaine nostalgie d'un droit stable, accessible à l'ensemble de la communauté juridique transparaît dans les critiques écrites à l'encontre de l'évolution de l'ordonnancement juridique. Deux facteurs de bouleversement parmi d'autres, méritent d'être soulignés : les lois actuelles sont généralement destinées à des publics spécialisés :

- Des lois pour qui ?
- Publics spécialisés, et l'État manque actuellement de temps pour s'assurer du bon achèvement d'une réforme :
- La phase préparatoire d'une norme et le temps.

Des lois pour qui ?

Une impression d'intemporalité et d'universalité se dégage des codes Napoléon et des textes législatifs publiés jusqu'à la moitié de notre siècle. L'emploi de termes généraux, l'économie des adverbes, des cas particuliers et des dérogations, la solennité du style pour tout dire, sont autant de signes indiquant que le législateur s'adresse au peuple français dans sa diversité et dans son unité. C'est lui qui investit de la fonction légiférante la représentation nationale. En retour, celle-ci s'adresse à lui.

Aujourd'hui, la loi conçue à l'intention d'un ensemble de catégories finement répertoriées, qu'on dénomme parfois publics spécialisés, reflète l'évolution de la relation de l'État à l'individu. S'affranchissant de la prise en compte d'un peuple abstrait, l'État se réfère aux catégories qui ont une existence réelle. Il y est aidé par l'émergence des groupes de pression dont certains vont même jusqu'à proposer des projets de loi prêts à être inscrits à l'ordre du jour d'une des deux assemblées, et par le développement des sondages et des statistiques. On se rapproche

à grands pas du *lobbying* américain dont le poids influence la nature même de la fonction juridique de l'État.

Faut-il institutionnaliser le rôle des groupes de pression ? En tout cas, l'Assemblée de l'Union européenne envisage de se prononcer sur les rapports entre la fonction d'élu et les intérêts manifestés par les groupes de pression. Deux textes y sont en cours d'examen : le premier concerne la déontologie parlementaire et le second se propose de prévoir l'encadrement de ces groupes de pression. Notre pays ne pourra pas se tenir longtemps à l'écart de ce type de mesures de transparence. En attendant, dès lors que les « forces vives » sont représentatives, il est nécessaire que les producteurs de normes aient connaissance de leurs points de vue.

Publics spécialisés

Il faut, selon les termes même de la circulaire du Premier ministre, « *s'engager dans une démarche visant à améliorer, à simplifier et à sécuriser au plan juridique... les procédures de décisions de l'État-central* ». Cette démarche concerne la production normative elle-même et les moyens mis en oeuvre pour en assurer la divulgation.

L'achèvement à échéance de quelques années de la codification à droit constant, la rédaction des textes à partir des études d'impact et sous leur forme consolidée, la présentation exhaustive d'une réforme sous forme d'un bloc juridique comprenant loi, décrets, arrêtés et circulaires d'application, une communication faisant appel à l'ensemble des moyens technologiques disponibles sont autant d'initiatives allant dans la bonne voie. Mais il faut aller au-delà en prenant appui sur l'intérêt concret des usagers pour une réforme en particulier. C'est parce qu'ils existent que l'on peut substituer à la diffusion anonyme une démarche pédagogique ciblée. Certaines administrations le font déjà : les contributions directes font parvenir à chaque assujetti un résumé des règles fiscales applicables à son cas. Ainsi se constitue le public spécialisé. Car même si une réforme semble avoir une portée générale, elle s'adresse en réalité à un public précis. Si la réforme de l'adoption concerne, dans son principe, l'ensemble des citoyens, en réalité, seuls quelques uns sont concernés par ce sujet. En dépit de leur non appartenance à un milieu socio-culturel, c'est leur sensibilité à ce sujet qui les prépare à recevoir le message juridique de vulgarisation. Ce qui permet sans cesse et à propos de tout à l'État de se constituer des groupes d'usagers du droit qui justifient une approche différenciée.

La majorité des mesures sont destinées à des publics spécialisés formés à comprendre une langue technique, comme chaque famille qui a ses rites et ses codes. Prenons l'exemple de la loi sur la maîtrise d'oeuvre publique. Sont d'abord concernées les professions qui concourent à la construction immobilière, puis celles qui ont vocation à servir ces activités : juristes spécialisés, experts-comptables, banquiers, maires etc.

Dans cette optique, on peut mettre en avant le rôle des circulaires et des commentaires, une certaine vulgarisation du contenu des mesures nouvelles, une procédure pratique destinée à l'ensemble des acteurs concernés (professionnels, clients, collectivités territoriales etc.). Des études ont montré que la majorité d'un public spécialisé aborde la connaissance d'une mesure par le biais de commentaires et d'exégèses publiés par des ordres professionnels ou des chambres syndicales. Tout autant que la mesure énoncée, ce qui importe c'est la présentation de son insertion dans un ordre préexistant et sa mise en oeuvre pratique. Cette démarche, qui combine références de jurisprudence, commentaires doctrinaux, renvois à d'autres textes, fait depuis un siècle et demi la fortune d'éditeurs de codes.

En reconnaissant les besoins spécifiques des publics spécialisés, l'État-producteur de normes doit viser à favoriser en priorité l'accueil des réformes auprès d'eux.

La phase préparatoire d'une norme et le temps

L'intérêt d'une réforme peut naître de la nécessité pour l'État d'apporter une solution à un problème d'actualité.

Le fond des textes et leur qualité formelle nécessiteraient des délais qui ne peuvent pas toujours répondre à l'impatience de l'opinion publique. L'annonce du projet crée une attente parmi les publics spécialisés. L'aboutissement de la réforme leur paraît imminent lorsque le projet est adopté en Conseil des ministres. Ce sentiment d'urgence constraint d'abréger les délais nécessaires à une élaboration approfondie, laquelle nécessiterait la consultation d'experts, des « forces vives », des ministres contresignataires, des organismes publics concernés et compromet la réalisation d'une étude d'impact approfondie. Pis encore, s'il s'agit d'un projet de loi, à ces délais s'ajoutent ceux de la procédure parlementaire qui sont en moyenne d'une durée de six mois. Or la présentation du travail parlementaire à l'opinion est déroutante. On annonce que l'Assemblée nationale a voté une mesure. Mais on passe sous silence les contraintes du bicaméralisme (qui impliquent plusieurs lectures et des modifications de texte à chaque étape de la discussion).

D'une manière générale, la phase de consultation interministérielle pâtit de cette urgence et lorsqu'une discussion est demandée par des ministres contresignataires, celle-ci fait souvent l'objet d'une conclusion précipitée, sans consultation des services déconcentrés de l'État ; d'où un manque de coordination des points de vue des ministères juridiquement associés et une évaluation insuffisante de la portée réelle des mesures instaurées. Or, l'expérience montre que moins la préparation d'une mesure est consensuelle, moins le dispositif ainsi institué emporte l'adhésion et s'avère efficace.

L'État se doit d'exprimer des signes parmi lesquels certains sont transmués en normes. Par sa volonté, l'idée devient loi. Le problème est que tout ne se décrète pas, que toute solution ne ressortit pas à l'ordre du discours politique :

Le verbe et l'État

Dans sa panoplie de moyens pour gouverner, le plus sûr dont dispose l'État est le verbe. Selon les circonstances et les besoins, le discours devient norme, le verbe se fait loi, l'État transforme la promesse en réglementation. Alors l'écoute devient autre. En se faisant droit, le verbe interpelle le citoyen à la manière de Guy Chapman faisant montre de cynisme : « *Les gens qui se paient de mots aimables et détestent l'iniquité, oublient en général qu'une réforme consiste à enlever un os à un chien* ».

Une réforme est souvent à cheval sur plusieurs domaines, juridique, fiscal, économique, technique. Face au développement de ces champs culturels, l'État éprouve les difficultés propres au langage de la compétence. La langue comprend un système de mots pour saisir un univers en une infinité d'événements singuliers. D'où l'utilisation par les juristes d'expressions qui montrent que le mot utilisé n'est pas satisfaisant pour décrire le réel (*cf. Les mots qui ne vont pas de soi, boucles réflexives et non-coïncidence du dire*, par Mme Jacqueline Authier-Revuz). Ce qui explique l'insertion de nombreuses locutions qui tendent à donner une représentation plus précise de l'intention du rédacteur (exemples : notamment, tels que, sous réserve, à condition que..., au sens de...).

Il ne faut pas imputer par principe aux producteurs de normes le caractère approximatif d'une langue qui nécessite parfois d'être décryptée tandis qu'elle gagne en précision par la méthode du renvoi à d'autres normes déjà défrichées. Il faut, en revanche, débusquer les causes critiquables des incertitudes du langage. Ce peut être, au niveau d'un décret, une réduction sournoise du domaine de liberté ouvert par la loi, une interprétation controvée des possibilités reconnues par un texte de niveau supérieur, une perte de vue de l'objectif d'une réforme, un équilibre hésitant entre l'espace des libertés individuelles et celui de leur réglementation, une volonté de privilégier « l'effet de vitrine » sur le fond de la réforme etc.

Parfois la norme est bâtarde et vaine parce que le problème en jeu n'est pas réductible au traitement normatif. Prenons l'exemple de la délinquance en milieu scolaire. L'un des désordres constitué par l'intrusion d'individus n'appartenant pas à l'établissement d'enseignement était prévu par la loi anti-casseurs du 8 juin 1980 abrogée le 17 décembre 1981 qui punissait ce fait d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 8 000 F. Une réflexion est actuellement en cours sur l'intérêt à prévoir une incrimination similaire. Le Gouvernement pourrait s'orienter vers la création d'une contravention de 5^e classe réprimant un tel fait d'une amende de 10 000 F. Mis à part le cas de l'intrusion, l'arsenal répressif contenu dans le Nouveau Code pénal est amplement suffisant

pour traiter de l'ensemble des désordres et des violences en milieu scolaire. Pourtant, force est de constater que les Pouvoirs publics abordent cette situation comme si elle s'inscrivait dans un vide juridique au point qu'un syndicat d'enseignants exige « *des mesures concrètes qui font cruellement défaut* ».

Un autre exemple de surinvestissement juridique est fourni par les autorités municipales prohibant certains comportements marginaux sur la voie publique. Comme l'a indiqué un communiqué du Premier ministre, « *on ne peut mettre fin par arrêté aux multiples causes de la mendicité* ». A l'évidence, l'arsenal des textes suffit à réprimer les comportements qui poussent certains maires à prendre des arrêtés : ivresse, tapage nocturne, violences, etc. Au-delà, les mesures réglementaires se heurteraient au droit lui-même. Mais en réalité, les mesures sont prises pour leur effet « d'affichage ». Leur illégalité est sans grande portée pratique dès lors que les forces de sécurité à compétence générale sont nationales (police et gendarmerie) et non municipales.

Pour autant, l'opinion confiante dans la puissance de l'État est demanderesse de normes et de mesures nouvelles pour répondre aux problèmes qu'elle rencontre ; la pire attitude étant pour elle « l'inertie des Pouvoirs publics » :

La croyance dans les ressources de la production normative

La science et ses applications ont vocation à répondre à la majorité des besoins matériels de l'homme. Nos concitoyens se montrent pressants tant auprès de l'État que de la communauté scientifique lorsque les limites de la connaissance ou des capacités industrielles ont des conséquences dramatiques. L'exemple de la production pharmaceutique et des besoins des malades atteints du sida est loin d'être unique.

Il existe par conséquent dans nos démocraties exigeantes sur les plans de la sécurité et du confort des liens de connivence entre les consommateurs de technologies, la recherche scientifique et l'industrie. Attentifs à la situation de dépendance au bien-être que procurent à l'homme d'aujourd'hui les fruits de la science, les partenaires scientifiques et économiques lui tiennent un discours de séduction et de sécurisation.

L'attente des usagers du droit à l'égard des solutions que celui-ci est de nature à apporter est-elle comparable ?

Une part de la production du droit procède de l'actualité, c'est-à-dire de cas fortuits qui n'ont pas nécessairement de caractère répétitif, mais qui, en raison de leur écho dans l'opinion, doivent avoir une traduction normative. C'est ce qui donne à l'enchaînement des réformes son aspect événementiel et décousu. Il n'empêche qu'en répondant à l'actualité, l'on traite aussi de problèmes permanents. Le scandale de Panama a fait naître la société anonyme par action. L'opinion est

sensibilisée, par le biais de faits divers, à la relation entre le milieu scolaire et la délinquance, au caractère dangereux de certaines sectes, au dénuement des sans-abri et de nombreuses catégories d'exclus, aux fraudes au mariage pour acquérir un titre de séjour, aux mères porteuses, aux immigrés en situation irrégulière, au fait que leurs enfants peuvent être français, etc. A ces interpellations quotidiennes, les Pouvoirs publics apportent une double réponse, soulignant à la fois les possibilités juridiques existantes et les pratiques généralement suivies et organisent un débat qui porte en germe la promesse de nouvelles normes. C'est d'ailleurs cette perspective d'innovation qui permet d'éviter d'éventuelles défaillances opérationnelles.

Le citoyen affiche un scepticisme de principe qui cache sa foi dans les effets bénéfiques du droit qui naît du débat public et dans son processus permanent de création pour assurer la régulation du corps social. Il est possible que celui-ci n'ait souvent qu'un effet placebo. Mais peu lui importe, c'est parce qu'il croit dans le progrès de la société, quand bien même le sens de l'Histoire aurait cessé d'être lisible, qu'il attend de l'ordonnancement juridique une évolution incessante destinée à accompagner ce progrès. Il pense que l'État est l'horloger de la société. Rien ne serait pire pour lui que le vide. Sa foi dans la capacité de l'État invite à méditer sur la relation de l'individu à son propre corps telle qu'elle a été décrite par René Barjavel dans la *Faim du Tigre*: « *L'individu ne s'est pas fait, il n'a pas voulu sa vie [...] C'est une organisation totalement indépendante de sa conscience et de ses décisions qui le maintiennent en vie. Son intelligence est trop faible, son attention trop instable, son ignorance trop grande pour qu'il puisse assurer cette tâche, même pendant quelques instants [...] Le gouvernement d'un monde aussi complexe que le corps humain réclame une connaissance totale des ressources de la matière et des lois de notre univers. Il exige un éveil perpétuel, une attention ininterrompue, une capacité de réception, de coordination et de décision qui ne laisse en dehors du circuit de la vie aucune parcelle de l'organisme* ».

Placé dans la situation de l'individu par rapport à sa propre vie, l'Etat ne peut détruire le citoyen sur son pouvoir.

* * *

L'« État-stratège » doit concilier deux types de rapports au droit qui procèdent de logiques distinctes : une approche organique, concrète et circonstancielle et une vision idéaliste.

Les racines du droit

Notre société est ouverte à la communication des idées et des biens matériels et immatériels. Ce mouvement touche de plein fouet notre ordonnancement juridique. La norme doit s'adapter pour assurer l'équilibre des relations entre les acteurs économiques et sociaux.

De la fonction normative, l'État moderne a à la fois une approche organique et une vision idéaliste. La norme mondiale - qui est un modèle de circonstance - cohabite avec la norme universelle. Ce dualisme est illustré par le dilemme des droits de l'homme et de nos chômeurs à propos duquel M. Jean d'Ormesson déclare : « *Je crois que la contradiction est plus forte que jamais entre nos aspirations proclamées et la réalité. A chaque pas, nous devons nous tenir à égale distance de leurs tentations meurtrières : le cynisme qui nous ferait tout accepter, et l'angélisme qui nous précipiterait dans un enfer pavé de bonnes intentions* ».

Cette double approche est nourrie de la mémoire de notre droit. Les acteurs de la production normative doivent être imprégnés de la genèse du droit ainsi que de ses principes et de son langage.

L'objet même du droit n'évolue-t-il pas vers une approche plus incitative qu'impérative ? A ce sujet, Michel Foucault disait : « *S'orienter vers une conception du pouvoir qui, au privilège de la loi substitue le point de vue de l'objectif; au privilège de l'interdit, le point de vue de l'efficacité tactique; au privilège de la souveraineté, l'analyse d'un champ multiple de rapport de forces où se produisent des effets globaux mais jamais totalement stables, de domination ; le modèle stratégique plutôt que le modèle du droit* ».

Les conséquences de la mondialisation de l'économie et du marché du travail sur le droit, qui ne peut plus avoir d'assise territoriale limitée à celle d'un État, offrent d'innombrables illustrations du propos de ce philosophe. La redistribution des forces économiques rend nécessaire la protection de la société contre des chocs auxquels elle n'est pas naturellement préparée. C'est l'un des objets des législations européenne et nationale. Il n'en demeure pas moins qu'il faille tempérer l'approche empirique et circonstancielle du créateur de règles par une expression respectueuse des principes juridiques. L'harmonieuse imbrication d'une nouvelle mesure dans un ordonnancement juridique qui s'appuie sur une armature sans cesse renforcée de principes protecteurs des libertés, assure la prise de la greffe. A défaut, on assiste à une mésentente entre les juristes et les producteurs de normes ou, si l'on veut, entre le droit et la loi.

Il faut combiner la vision transcendante du droit avec une gestion de l'immanence.

C'est par sa capacité à trouver des normes justes à la fois dans les domaines concurrentiels où prennent position les opérateurs privés, nationaux et internationaux, et dans la sphère sociétale, que l'État justifie son indépassable utilité. De même, doit-il trouver sa place dans la relation évolutive régions-État-Europe en énonçant des normes qui apportent une plus-value aux besoins de solidarité et de sécurité. Cependant, à la différence de l'Espagne, l'Italie ou l'Allemagne, compte tenu de la tradition étatique française et de la force centripète de notre Constitution, on ne peut pas réellement parler d'un transfert du pouvoir normatif de l'État vers les collectivités territoriales.

Cela étant, il importe de bien distinguer le droit de pétitions de principe qui expriment une conception irénique des rapports sociaux et de la relation de l'individu à la nation :

Le périmètre incertain du droit

Poser des règles qui touchent à l'organisation des relations économiques et sociales, dont le respect peut être garanti par le juge, relève à coup sûr de la production juridique.

De quel droit s'agit-il ?

A considérer de près la sémantique du droit, des nuances apparaissent. Ainsi sur la forme, les confusions sont fréquentes entre les objectifs poursuivis et le contenu juridique proprement dit. Est-ce à dire que l'annonce de la finalité d'un texte soit sans valeur ? Sans doute pas, car elle peut éclairer le juge sur le sens d'une disposition dont l'interprétation apparaîtrait équivoque. En revanche, le risque de la déceptivité d'un texte tient à l'emploi inexact d'un terme, à commencer par celui de « droit » : « droit » à la sécurité, « droit » à la santé... On associe deux acceptations différentes d'un même terme : l'une qui est un engagement de l'État mais qui ne constitue pas en soi une créance juridique, l'autre qui est sanctionnée par le juge. Par exemple, « le droit au logement » est d'une nature différente du droit à demeurer dans les lieux reconnus aux occupants d'un local d'habitation par la loi du 1^{er} septembre 1948. L'annonce d'un droit, tel que dans la loi de 1982 « le droit au logement », est une invitation à agir à l'adresse des Pouvoirs publics. Le professeur Jean Carbonnier, dans son ouvrage *Droit et passion du droit sous la Ve République*, voit là l'émergence d'une morale d'État qui se traduit par la pulvérisation du droit en droits subjectifs toujours en projet.

Il n'en demeure pas moins que des proclamations non suivies d'effets mettent l'Etat en situation difficile et nuisent à la sécurité juridique. Le monde juridique s'accommodait de ces approximations jusqu'à ce que certains problèmes sociaux aient pris de l'ampleur : présence importante d'étrangers en situation irrégulière, difficultés de l'école, pratique massive du squat, progression du chômage, de la population nécessitant des soins médicaux lourds, etc. La sémantique du concept « droit » manipulée par des forces provocatrices met en difficulté les Pouvoirs publics et fragilise la cohérence de leur action. C'est par ce biais que certains groupes de pression veulent transformer un droit fondamental en un droit juridiquement protégé. Et parfois même, on assimile un droit fondamental à un objectif en matière d'hygiène publique. Ainsi le projet de loi sur la qualité de l'air, en posant le principe du droit « *de respirer un air qui ne nuise pas à sa santé* », ne crée pas une nouvelle catégorie juridique. Mais là encore, cette annonce n'est pas sans risque. Que répondre à un citoyen qui, établissant qu'une affection respiratoire dont il est atteint est due à la mauvaise qualité de l'air qu'il respire, assignerait l'Etat en responsabilité ? L'annonce d'engagements politiques

sous une apparence normative peut, à terme, créer des problèmes juridiques et des surprises juridictionnelles.

Le droit et la loi

Il est difficile au non-juriste de concevoir le droit au-delà des textes, c'est-à-dire que le droit puisse exister indépendamment des lois et règlements. Pourtant nombreux d'exemples montrent le rapport subtil entre le droit et la norme. Chacun a, en effet, présent à l'esprit l'abus toujours possible de l'exercice d'un droit ou encore l'application d'une législation tenue en échec par des principes qui sont la quintessence du droit.

Le débat auquel donne lieu ce sujet est inépuisable. Ainsi imaginons un juge d'instruction qui se transporte sur les lieux. Au préalable, il doit en aviser le procureur de la République. S'il satisfait à cette obligation juste avant de se livrer à l'opération envisagée, sans prendre les convenances de son collègue du parquet, peut-on en déduire qu'il recherche l'effet de surprise, manifestant de la sorte de la défiance à l'égard de celui-ci ? Sauf à être justifiée par des circonstances particulières, cette attitude est-elle acceptable au plan déontologique ? Dans la négative, elle s'inscrit dans le périmètre du droit. Quelles conséquences en tirer ? Cet exemple illustre l'existence d'un univers du droit bien au-delà de prescriptions légales prises au pied de la lettre.

De même, les principes déontologiques énoncés dès 1918 dans la charte des devoirs professionnels des journalistes français, aux termes desquels ceux-ci doivent garder le secret professionnel, ont constitué une source de droit qui n'a pu qu'influencer le législateur. En effet, l'article 109 du Code de procédure pénale, modifié par la loi du 4 janvier 1993, dispose : « *Tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine* ».

* * *

Si l'on s'accorde sur quelques critiques relatives à la production normative de l'« État-gouvernement », on en vient généralement à les imputer à un défaut de perspective dans les méthodes de travail qui traduisent une insuffisance de culture juridique.

En réalité, il est difficile aux non-juristes d'admettre que l'élaboration de règles juridiques est un exercice complexe. Et pourtant, toute réforme modifie un équilibre de principes et de mesures d'application dont l'inventaire est délicat à faire. C'est la méconnaissance de ces effets collatéraux qui créent des chevauchements surtout lorsque se combinent les règles des droits public, privé, pénal et fiscal, sans compter celles tenant à la procédure :

La difficulté de la fonction juridique : chaque norme fait partie d'un tout

Pas plus d'ailleurs que le fait de juger une affaire criminelle ne requiert de la part des jurés de cour d'assises de capacités particulières, l'aptitude à l'élaboration de la loi n'est associée à l'idée de compétence, mais à la légitimité élective ou à la position d'autorité d'un responsable administratif. Bien sûr, dans la réalité, les choses sont plus nuancées. Pourtant combien de fonctionnaires qui assistent leur ministre au Parlement en qualité de commissaires du gouvernement, n'ont-ils pas été témoins du succès d'amendements d'origine parlementaire ne reflétant pas une profonde orthodoxie juridique. Ainsi s'impose l'idée que tout esprit bien fait peut, sans y avoir été préparé, rédiger un texte.

Rédiger des textes, veiller à leur application sont des fonctions difficiles qui font appel à des compétences techniques et à la culture du droit. Les insuffisances dans ce domaine sont révélatrices de l'évolution de la relation de l'État aux citoyens. Ce qui fait que la fonction normative est de plus en plus liée à la fonction contentieuse et qu'ainsi la fonction administrative est accouplée à la fonction juridictionnelle. A ce sujet, dans son livre *Le temps des juges* M. Patrick Devedjian déclare : « *La montée de l'individualisme, la conviction que l'homme a des droits contre un État qui se trompe si souvent, le déperissement de l'État affronté de plus en plus à des normes internationales qui le dépassent ou à l'aspiration du citoyen d'être administré au plus près, tout cela tend à transférer la charge du lien social d'un État mythifié à un État de droit. C'est-à-dire à un État qui doit se soumettre lui-même de plus en plus à la loi* ».

Toute nouvelle réglementation s'inscrit dans un cadre général qui apporte déjà une certaine solution au problème posé. Il s'ensuit que la marge de liberté du producteur de normes est bien plus réduite qu'il n'y paraît. Des lois mal rédigées peuvent provoquer des situations où l'Etat semble en conflit avec la loi alors qu'il n'existe en réalité qu'un mauvais ajustement entre la situation que l'État entend organiser et l'application qui est faite de ladite loi (*cf.* notamment la législation sur les étrangers en situation irrégulière). Une formulation inadéquate ou mal interprétée, ce qui revient au même, ne crée pas un antagonisme, au sens politique, entre des compétences étatiques indépendantes les unes des autres, mais un dysfonctionnement qu'il faut corriger pour que du malentendu ne surgisse pas le conflit.

L'actualité donne un exemple de la mise en perspective de la responsabilité du producteur de normes : la traduction normative de la transmissibilité de l'encéphalopathie spongiforme bovine à l'homme. La communauté scientifique n'est pas encore en mesure d'apporter son verdict sur ce point. Si les recherches confirment la possibilité de la transmission de cette maladie à l'homme, le Gouvernement devra prendre des mesures permanentes. Sinon, les ministres concernés courraient le risque de voir leur responsabilité pénale recherchée par les ayants-droit des victimes. Cet exemple montre que la réglementation prise pour parer à un risque sanitaire avéré s'emboîte dans un cadre juridique plus général, celui des responsabilités administrative, civile et pénale.

De même, le droit relatif aux conditions de séjour des étrangers n'est pas uniquement fixé par l'ordonnance du 2 novembre 1945, mais, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans son avis du 22 août 1996, par un ensemble de règles et de principes qui incluent le préambule de la Constitution de 1946 et la Convention européenne des Droits de l'Homme. Quelle que soit l'éventuelle réécriture de cette législation, sont « incontournables » le principe du droit à une vie familiale normale et celui relatif à la gravité exceptionnelle des conséquences d'une mesure éventuelle d'éloignement.

La fonction juridique requiert la capacité pour les décideurs à apprécier la position du problème à résoudre dans l'ensemble de l'ordonnancement juridique.

* * *

De même que la peinture contemporaine ne saurait se réduire à un catalogue d'oeuvres, un chiffre d'affaires et une communauté de créateurs, de même le droit est davantage qu'une somme de règles et de mesures : il en est la mémoire et la combinaison. L'appréciation de cette richesse est la première condition d'une approche plus respectueuse de cette discipline qui est non seulement une science humaine et une culture mais aussi, dans son application, un art :

- Le droit : élément de l'actif national.
- Le droit : élément du passif national.

Le droit : élément de l'actif national

Expression d'une organisation sociale, de ses valeurs, d'un rapport à des ordres logique et politique, le droit est un atout culturel. Il traduit les forces et les faiblesses d'une civilisation. Il est l'une des facettes de sa langue, de sa capacité à la rigueur. Par conséquent, au-delà de la prise en compte des besoins juridiques de l'actualité, l'Etat a la mission de veiller à la qualité de son ordonnancement juridique.

Peut-on dire qu'en raison de la prégnance du droit de l'Union européenne et du rapprochement des modes de pensée au sein de cette communauté d'États, le droit français conserve ce qui en a fait jadis un modèle pour les nations les plus évoluées ? Rappelons-nous l'époque où le professeur Boissonnade offrait au Japon son Code de commerce.

Le rayonnement du droit pris comme élément du patrimoine culturel mérite d'entrer dans le champ des préoccupations politiques. Au-delà de sa dimension culturelle, le droit constitue un atout économique dans les relations internes et internationales. Le droit, en tant que tel, n'est pas créateur de richesses. Il a une fonction d'incitation, d'organisation et de prévision. Il sert à maîtriser une partie des incertitudes de l'avenir.

Dans la vie économique internationale, le rayonnement d'une législation est mesurable à son application lorsque celle-ci est laissée au choix des parties contractantes. Ainsi, dans le cadre de l'Union européenne, deux partenaires ressortissants de deux États membres sont amenés à désigner la loi de l'un de ces pays pour régir leurs relations. Dans ce cadre contractuel, le rayonnement d'un droit national dépend du poids économique des ressortissants de cet État et aussi de sa commodité et de l'accessibilité de sa justice. C'est pourquoi, dans ce domaine ouvert à la concurrence, la combinaison de la qualité du droit, de l'avocat et du juge qui en sanctionne l'application, est primordiale. De même que l'on parle de la place financière de Londres ou de Francfort, on pourrait parler de la place judiciaire de Paris.

En matière de coopération, le droit constitue un enjeu culturel, économique et politique. Prenons l'exemple du Liban. Du fait d'une longue guerre, ce pays a pris un grand retard en matière juridique. Son ordonnancement juridique doit être modernisé. « *La garantie d'un climat économique propice est une condition nécessaire mais non suffisante pour les investisseurs. Il leur faut aussi une législation moderne et stable* » affirme son ministre de la Justice M. Bahige Tagbarah. Quant à maître Vatier, bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris, il déclare : « *Il faut maintenir la culture juridique française au Liban. Et pas simplement pour des raisons culturelles. C'est aussi une manière d'accompagner plus facilement les entreprises françaises dans leurs négociations de marchés à l'étranger* ».

Le droit : élément du passif national

L'on doit éviter que par sa précarité, sa formulation ou ses contradictions, le droit n'entretienne des incertitudes ou des désordres.

L'évolution de l'ordonnancement juridique, suscitée par la logique administrative, aboutit trop souvent à la mise en place de procédures de plus en plus lourdes jusqu'à former des écheveaux indémêlables. Elle investit la vie du contribuable au point d'aller jusqu'à mobiliser toute son attention pour accomplir de véritables rites compliqués et stériles sur le plan du rendement de l'impôt. C'est ainsi qu'un numéro spécial du 2^e trimestre 1996 du Centre d'information civique, consacré à une table ronde sur les impôts et le civisme, souligne tous les efforts de compréhension et de rassemblement des justificatifs demandés à ceux qui doivent remplir les imprimés de déclaration alors que l'élévation de certains seuils de déclaration forfaitaire simplifierait le travail des déclarants sans priver l'État de ressources.

Il serait bon d'évaluer le coût pour les agents économiques de la difficulté d'accès au droit. Considérons le courant annuel des modifications des règles fiscales, sociales et de celles touchant à l'objet social de l'opérateur économique. Évaluons, par exemple, l'effort ainsi demandé à une petite ou moyenne entreprise à quelques centaines d'heures, sans compter les recherches et démarches induites (constitution de dossiers, de justificatifs, etc.), les déclarations et les réponses aux demandes d'investigations. Nous voyons que ce dialogue contraint avec l'administration

consomme énergie et richesse. Offrir une déduction fiscale de 10 000 F en contrepartie d'une trentaine d'heures de recherches et de démarches est sans intérêt. C'est là sans doute une cause importante de la faible utilisation des dispositifs incitatifs.

Le temps demandé aux assujettis et aux administrés a un coût : modifier le droit équivaut à lever un impôt. C'est par le biais de ces dévotions à l'administration que l'image de la production normative est altérée.

L'on doit également mesurer les effets de règles inadaptées, surtout dans un cadre juridique ouvert sur l'Europe. Notre ordonnancement juridique doit répondre aux besoins de ses utilisateurs. A titre d'exemple, on peut citer le droit des sociétés auquel ses utilisateurs font le reproche de régir de la même façon les sociétés fermées et celles faisant appel public à l'étranger. Or, cette inadaptation juridique aux besoins conduit certains opérateurs à délocaliser leurs intérêts dans d'autres pays de l'Union européenne, plus accueillants à l'égard de rapprochements de partenaires européens. Citons à ce sujet un extrait d'un article intitulé : « Économie : avantage aux services » par M. Jean-Pierre Raffarin, ministre des Petites et Moyennes Entreprises, du Commerce et de l'Artisanat (cf. le *Figaro* daté du 20 août 1996) : « *Une partie des métiers de services paraît aujourd'hui suréglementée. D'autres sont, au contraire, très libéralisés. L'internationalisation des marchés de service remet en question certaines barrières réglementaires (exemple : le monopole du droit). Les règlements alourdissent, dans certains cas, le coût des prestations (exemple : agences immobilières). Le trop libre exercice professionnel est parfois contesté (exemple : services Internet) avec un appel pressant à de nouvelles réglementations, nationales ou communautaires* ».

* * *

La définition de nouvelles normes ne saurait être une activité banale, confiée aux bons soins de la « technocratie ». Par essence, il s'agit d'une activité politique qui s'inscrit dans la liturgie républicaine. C'est pourquoi, une meilleure adhésion de la population à la règle passe par la revendication de paternité normative de la part des organes politiques et par une pédagogie du sens même des mesures :

- Valoriser le sens et la paternité de la production normative.
- Fonction politique et fonction juridique.

Valoriser le sens et la paternité de la production normative

L'« État-stratège » doit inscrire la plupart de ses réformes dans un projet global dont le mérite ne peut être exclusivement technique. On ne saurait reconnaître à la technocratie une double nature, à la fois système intellectuel et système de pouvoir.

Pour sa part, M. Luc Ferry, auteur de *L'Homme-Dieu ou le sens de la vie*, soutient que les hommes seraient prêts à faire des sacrifices beaucoup plus grands qu'on ne l'imagine s'ils en percevaient le sens. Par définition, le sens ne peut être de l'ordre de la technique, ni défini par des clercs. Selon cet auteur, tandis que dans leurs rapports à la cité, les citoyens sont plus préoccupés par les questions affectives que par de simples aspects matériels, ils ont le sentiment d'une évolution réductrice de la politique vers la technique, que l'une et l'autre tendent à se fondre, ce qui aboutit à valoriser les moyens au détriment des finalités et des objectifs.

L'« État-stratège » exerce, à cet effet, son autorité tutélaire sur les administrations centrales dans le cadre de règles qui leur ont été fixées. L'ébauche d'un projet de texte, qui s'inscrit dans l'axe d'une volonté gouvernementale, devient un acte politique à partir du moment où il est connu de quelque manière que ce soit de l'opinion. La protection de la confidentialité est donc impérative pour que le Gouvernement conserve à la fois sa liberté de choix face à l'administration qui se borne à faire des propositions et des relations de confiance avec elle. En matière de réformes, le pouvoir exécutif et l'administration ne font qu'un. **La société a besoin de faire confiance à ses élites politiques, administratives et juridictionnelles. Ce sont elles qui incarnent la permanence de l'Etat.** Mais cela étant, l'opinion doit savoir que seuls sont légitimes pour produire des normes les organes politiques investis à cet effet par la Constitution ; qu'il n'existe pas un pouvoir administratif qui imposerait ses décrets. Certains responsables politiques de très haut niveau l'admettent parfois avec humour. Selon un quotidien qui aurait recueilli ses confidences, en tant qu'ancien sénateur M. Jean Arthuis, ministre des Finances, aurait admis avoir été « complice de la complication administrative » lorsque une réforme en faveur de quelques dizaines de contribuables, dont il était l'auteur, avait nécessité deux pages de formulaires supplémentaires dans la déclaration des revenus.

La production normative est une activité d'essence politique, ce qui pose le délicat problème des prérogatives en matière d'élaboration de normes dégradées par les autorités administratives indépendantes. Bien désigner le rôle du politique dans l'exercice de cette fonction, c'est rapprocher le citoyen de la loi. Il prend alors conscience de ce que lui-même ou ses représentants peuvent prendre part au débat et que lorsque l'État agit, il engage la responsabilité de chacun des citoyens.

Les citoyens doivent être convaincus que le travail de préparation des normes s'inscrit dans le cadre d'objectifs dont la définition relève des seules autorités politiques et qu'il n'y a donc pas de place pour une logique d'affrontement entre elles et les administrations.

Certes les juristes désapprouvent les rédactions « politiques » qui se traduisent par l'insertion de déclarations et de pétitions de principe dans le corps même du texte normatif. **Mais on pourrait envisager de publier, en accompagnement du texte lui-même, son exposé des motifs.** Ce serait une manière d'officialiser l'insertion de toute nouvelle norme dans un ordre juridique en application d'un projet politique. La mesure

nouvelle ne serait plus perçue comme contingente et dérangeante, mais comme une pierre d'un édifice dont les lignes de force s'imposent.

Fonction politique et fonction juridique

En demandant, à propos de la nouvelle politique de défense, aux ministres de se comporter « en ministres tout court », c'est-à-dire avec une vision globale de leur fonction et non pas en porte-parole d'une branche de l'économie ou de la société, le Président de la République touche à une difficulté identitaire de la fonction ministérielle, difficulté qui est l'une des causes de l'inflation réglementaire. Chaque ministre considère qu'il doit, en priorité, répondre aux attentes des catégories de citoyens, des acteurs sociaux et économiques et des personnels relevant de sa tutelle. C'est pourquoi, l'intérêt général requiert que d'autres ministres concourent à l'analyse du bien-fondé de la réforme proposée. C'est notamment le ministre des Finances qui tient cet emploi. Mais si le projet de réforme ne comporte pas de risque de contagion financière, ni de coût exorbitant au regard des enjeux politiques, qui prend la parole pour défendre l'orthodoxie juridique? Le garde des Sceaux est d'une certaine manière le ministre du Droit, mais il n'a pas pour cela de moyens suffisants (*cf. infra*).

On cite en exemple certains États, la Suède entre autres, pour avoir pris des initiatives tendant à brider leur inflation juridique qui sont allées jusqu'à réduire d'un tiers leur production. Dans notre tradition, cette conception arithmétique de l'énonciation du droit ne laisse pas de surprendre. Il n'en demeure pas moins qu'il faudrait que les ministres aient la possibilité de distancier leur rôle des affaires dont ils ont la tutelle en prenant davantage en compte la notion du temps. Car la fabrication du droit précaire - notamment en matière pénale - procède du dialogue en temps réel avec l'opinion publique mobilisée au gré des circonstances et des crises. De là naissent les réformes pendulaires, en décalage par rapport aux besoins. C'est ainsi que M. Jacques Toubon, garde des Sceaux, estime que le Nouveau Code pénal a été une « *occasion manquée* », en ce sens qu'il est trop répressif et trop prolix en matière économique. Faisant observer que la majorité « *des incriminations ne sont pas sanctionnées une fois par an* », il suggère « *une approche rigoureuse du concept de la pénalisation* ».

Les études d'impact devraient introduire cette distance par rapport à l'actualité.

En même temps, l'élaboration de la norme doit être un temps fort de la participation des « forces vives » à la vie publique :

Légitimer la norme

Les hommes de lettres, les créateurs de spectacles ne peuvent être assurés à l'avance de l'accueil que le public réservera à l'oeuvre. L'État promoteur de réformes est face à la même incertitude mais, lui, n'attache pas toujours suffisamment d'intérêt à l'accueil d'une réforme par son public.

Pourtant, ce n'est pas parce qu'un texte doit s'imposer à peine de nullité ou de sanctions pénales ou fiscales, ou encore qu'il clôt un débat politique, que la partie est gagnée. Le droit pénal, pour ne citer que celui-là, est une forêt encombrée d'arbres morts. Devient même politiquement sérieuse la situation lorsque les prescriptions ne sont pas respectées, qu'il se développe une culture d'impunité et que les juges interviennent alors dans le tumulte médiatique. Ce n'est donc pas parce que l'État s'attache des publics spécialisés, qui sont en quelque sorte des clientèles captives, qu'il peut se désintéresser de l'impact des mesures normatives qu'il énonce. Le succès n'a pas de recette sûre. Au moins posons-nous la question : comment légitimer une norme ? Il faut au niveau de l'élaboration d'un texte si modeste soit-il créer une dynamique de transparence en instaurant une communication.

L'un des reproches récurrents des « publics spécialisés » porte sur le fait que les « bureaux » ne leur demandent pas leur avis. Il importe de consulter les « forces vives » intéressées par la réforme. C'est la transparence de l'élaboration de la norme qui enrichit la démocratie participative, en ce qu'elle oblige à présenter à la discussion les principes et les objectifs poursuivis. Il faut convaincre les personnes intéressées que la réforme naît d'un besoin réel et qu'elle prend forme grâce à un brassage d'idées et d'intérêts, en bref après un débat.

Les communautés scientifiques peuvent avoir leur mot à dire même si l'expérience invite à accueillir avec prudence toute affirmation préremptoire, en particulier en matière de sciences humaines. Combien de projets de réforme pénale ont prôné des mesures d'exclusion ou de réinsertion fondées sur de simples hypothèses biologiques, sociologiques, psychiatriques, génétiques ! La pensée scientifique est, elle aussi, sensible aux effets de mode et s'éprend de solutions doctrinaires pour après les répudier. Parfois au contraire, elle est perplexe, et sa perplexité accroît le trouble des populations (par exemple, la maladie de la « vache folle »). S'il est bon que la communauté scientifique éclaire les autorités normatives sur l'état des connaissances, elle ne doit leur dicter sa loi en aucune circonstance. A propos des incertitudes du progrès, M. Thomas Ferenczi affirme : « *Le triptyque même de Comte se trouve mis en question. Science, prévoyance, action : les trois termes ne se déduisent plus aussi facilement l'un de l'autre, la "science" ne rime plus aussi bien avec la "prévoyance", ne s'accorde plus aussi aisément avec l' "action". Entre le savant et le politique la collaboration est problématique, le savoir et le pouvoir divergent...*» (Le Monde du 20 août 1996).

L'autorité politique doit savoir parfois imposer ses vues à l'administration qui trouve naturellement beaucoup de confort au discours scientifique, variante du discours technocratique.

Cette dernière doit rechercher le « succès » de ses investissements normatifs. Or trop souvent, l'intérêt des Pouvoirs publics pour le texte qu'ils ont conçu fléchit dès sa publication alors que se joue le sort de son insertion dans le droit positif, c'est-à-dire son accueil par la pratique, son application par le juge, ses effets utiles et négatifs.

D'où l'intérêt des études d'impact préalables à la réforme et les études d'impact après la réforme.

* * *

Les juristes se plaisent à citer le dicton : « *Trop de droit tue le droit* ». Le droit pourrait-il connaître le destin du catoblepas, ce monstre qui se nourrit en se dévorant ? S'il paraît plausible à un esprit non averti qu'un droit trop ancien puisse ne plus être à même de satisfaire les besoins de l'actualité, il a intérêt à faire preuve de la même circonspection à l'égard du droit en croissance permanente et désordonnée. Créer du droit suppose de régler la cohérence entre les différents étages de l'édifice. Sinon, c'est méconnaître sa vocation à être l'ordre au service d'un sens, c'est-à-dire :

Le droit du côté de la vie

Le droit positif pourrait-il devenir une langue morte ? La situation exemplaire du droit du travail permet d'ébaucher une réponse. L'évolution de ce droit fait perdre de vue ses principes et sa fonction par rapport aux besoins actuels de la société. A son sujet, M. Alain Supiot, professeur de droit, déclarait dans *Le Monde* du 26 juin 1996 : « *Le droit est le reflet d'une société en mouvement. S'il se contente de collecter les choses inertes, sans préfigurer les scénarios d'avenir possible, il devient mortifère* ».

En s'écartant des objectifs clairs et cohérents qui en forment le socle, le droit du travail s'est hypertrophié. Cet embonpoint, qui paraît sans limite, se nourrit de l'accumulation des systèmes dérogatoires qui diluent la référence à une finalité au profit d'une production normative au service de la gestion, dans un domaine pourtant marqué du sceau de l'ordre public. C'est pourquoi, les représentations juridiques du rapport au travail telles qu'elles se sont construites à partir de la Libération sont désormais dépassées... mais non remplacées.

Lorsqu'il ne pénètre pas la culture commune des publics spécialisés, le droit est alors confronté à un véritable défi de survie. Ses adversaires sont la complexité déstructurante et l'ignorance. Il est menacé par un foisonnement de dérogations nichées dans les maquis réglementaires à l'image d'une « *sorte de note de service à réitérer sans répit* », selon l'expression du professeur Jean Carbonnier. Et surtout, son principe de réalité est mis en cause lorsque, privés de connaissances réelles de la règle du jeu, des acteurs économiques, au demeurant de plus en plus nombreux, vivent en marge du droit avec le consentement tacite de leurs cocontractants (à commencer par leurs salariés). Quand bien même l'application des dispositions impératives serait garantie par des sanctions sévères, le droit n'existe que lorsqu'il est au service de la vie, c'est-à-dire d'une réalité qui rend compte des rapports de forces. S'il ne remplit pas ce rôle, le droit tend à devenir fictif.

Comment alors lui restituer sa raison d'être, sachant que les publics spécialisés préfèrent souvent un système en lambeaux plutôt que d'accueillir une réforme qui rogne symboliquement des terrains conquis ? Le droit ne peut survivre que lorsqu'il est le trait d'union entre la conservation et l'imagination.

* * *

Tel l'empereur d'Autriche faisant reproche au *Don Juan* de Mozart de comporter trop de notes, certains considèrent que la production normative est trop abondante et, par voie de conséquence, compliquée et obscure. Qu'en est-il ? Existe-t-il une suffisance idéale ?

La complexité croissante de toute construction normative n'est pas étrangère à cette abondance. A mesure qu'une société évolue, elle fait appel au droit qui en épouse la vie de plus en plus imaginative et foisonnante :

- Des règles nombreuses, tatillonnes, complexes et obscures.
- Réglementation et auto-contrôle.
- La norme et le déclin de l'autorité.

Des règles nombreuses, tatillonnes, complexes et obscures

Des règles nombreuses

La production normative frappe par son abondance. Selon le Conseil d'État, on dénombrait en 1991 7 500 lois, 82 000 décrets et 21 000 règlements. Le Premier ministre, M. Édouard Balladur commençait ainsi un discours prononcé le 8 novembre 1993, lors de l'installation de la Commission supérieure de codification : « *Plus de 8 000 lois, dit-on, sont aujourd'hui applicables en droit positif français. Près de 400 000 textes, décrets et règlements interministériels, seraient aujourd'hui en vigueur* ». L'épaisseur des *Journaux officiels* montre que si le flux tient la promesse du stock, la crue poursuit son oeuvre un peu plus sagement. Comme tout mode de communication, la production de droit qui, comme l'ensemble de cette activité humaine combinant raison et sentiments, est en développement constant.

Dans sa fonction consultative, le Conseil d'État a examiné les projets suivants :

	1991	1992	1993	1994	1995
Lois et ordonnances	118	122	118	116	85
Décrets réglementaires	660	822	717	659	730
Total	778	944	835	775	815

S'il y a pléthore, ce qui contribue à l'entretenir, c'est la versatilité de l'« État-gouvernement ». Ainsi au cours de la période du 4 juillet 1992 au 18 août 1993, 1 650 modifications directes de dispositions du Code général des impôts sont intervenues (dont 44 nouveaux articles, 689 modifiés et 65 abrogés). Pour la période du 19 août 1993 au 2 septembre 1994, le nombre total de modifications directes n'est plus que de 1 149 !

Peut-on mettre un frein à la création du droit par l'État ? Sans doute, mais dans une faible mesure par des recettes qui consistent à compliquer le processus normatif d'élaboration normative. Ainsi est-il sûr que l'élargissement du domaine législatif consenti par le Gouvernement contribue à freiner le rendement, que les organes de contrôle de plus en plus influents usent de leur pouvoir de police sur cette activité : c'est, à des titres très divers, le rôle du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, du Secrétariat général du Gouvernement, du Conseil économique et social et, dans des cas précis, des autorités administratives indépendantes. L'action de ces autorités contribue à stabiliser la productivité normative.

Des règles tatillonnes

On ne saurait perdre de vue que l'énonciation de normes nationales est, et sera pour une part croissante, induite de la construction de l'Europe. Or les quinze Etats-membres n'ayant pas les mêmes traditions juridiques, la démarche intégratrice passe par l'homogénéisation des droits internes dans le domaine qui relève du traité de Rome. C'est ainsi que domine une méthode d'élaboration qui intègre l'ensemble des situations susceptibles de se présenter. Cette volonté d'exhaustivité se conjugue avec l'harmonisation de concepts juridiques qui n'ont pas partout le même sens (par exemple, la force majeure, la bonne foi...).

La production normative est, par essence, bourgeonnante. Toute règle tend à s'affiner et à se ramifier pour des raisons intrinsèques et extrinsèques. Cette tendance, que l'on retrouve aussi bien dans la nature que dans l'art, exprime, dans notre société, une philosophie libérale.

La réglementation demeure le fruit d'une culture et plus précisément d'une relation de connivence avec le public auquel elle est destinée. S'inscrivant dans un dialogue permanent, elle fait partie du jeu social. Elle traduit le souci d'égalité de traitement entre les citoyens et le désir exprimé notamment par les opérateurs économiques soucieux de sécurité juridique, d'anticiper les réponses de l'administration et de la justice. C'est pourquoi, par exemple, le Code de la route étalonne les excès de vitesse ou les taux d'alcoolémie. Ainsi en est-il également de la législation qui impose, dans les restaurants, une répartition entre fumeurs et non-fumeurs. Dans la mesure où il est avéré que le tabac nuit à la santé, il aurait été plus expédient d'interdire purement et simplement de fumer dans les lieux publics. Mais il est bien évident qu'une société fondée sur le primat de la liberté ne saurait adhérer à des mesures aussi catégoriques.

Il est vrai que l'approche casuistique tend à compliquer la réglementation qui finit par ressembler à un jeu de questions-réponses. Mais contrairement à une idée reçue, c'est par son caractère précis que la réglementation tend à préserver un espace de liberté. C'était l'essentiel de l'argumentation de Royer-Collard dans son fameux discours sur la liberté de la presse : « *C'est à dire, Messieurs, qu'il faut poursuivre à la fois, qu'il faut ensevelir ensemble sans distinction, le bien et le mal. Mais pour cela, il faut étouffer la liberté, qui, selon la loi de la création, produit nécessairement l'un et l'autre* ».

De même, la mutualisation des risques individuels peut-elle légitimement conduire les Pouvoirs publics à s'immiscer dans l'appréciation de comportements privés, mais qui sont de nature à exposer les deniers publics. La presse danoise, qui stigmatise la réglementation tatillonne de ce pays, n'est pas toujours convaincante : ainsi selon M. Kjelb Nillson, correspondant à Paris de l'hebdomadaire *Billet-Blader*, un homme de 64 ans était monté sur le toit de sa maison pour le réparer quand un passant se présentant comme l'inspecteur de la surveillance des travaux lui intima l'ordre de descendre. Devant son refus, la police a été requise. En France, nous en sommes là dans un domaine qui concerne aussi la sécurité : le port obligatoire de la ceinture de sécurité dans une automobile. Après tout, est-on seul juge de sa sécurité lorsque les conséquences d'un accident hautement prévisible sont supportées par la collectivité ? De même, ce journaliste cite-t-il le litige qui oppose une mère au ministère des Affaires ecclésiastiques de ce pays au motif qu'elle voulait que son fils se prénommat Christopphher (avec deux ph). Mais qui souffrirait du caractère ridicule de cette orthographe sinon celui-ci ?

On ne dit pas assez qu'en réglementant, l'État protège les libertés. Il lui revient, en effet, de brider les initiatives contractuelles qui, paradoxalement, seraient souvent bien moins libérales que le législateur le plus interventionniste. Ainsi lorsque l'on soutient que « *le signe d'une société ouverte est de laisser l'initiative s'épanouir* », c'est méconnaître la réalité conventionnelle et les abus qu'elle peut sécréter. Ce qui justifie à la fois une réglementation protectrice des cocontractants et la mise en place d'autorités chargées de veiller au maintien de l'équilibre des relations contractuelles (*cf.*: Conseil national de la concurrence, Commission nationale des clauses abusives).

La contractualisation des rapports professionnels va également dans ce sens. Sait-on par exemple que la convention collective des gardiens d'immeuble limite leur ascension sur les escabeaux à trois marches, ce qui n'empêche pas les parties concernées de faire grief à ladite convention collective d'être imprécise sur le sens à donner à « *petits travaux de serrurerie et de plomberie* » ?

Bref, l'État, en intervenant dans des relations de droit privé, allège l'étau contractuel, mais, par cette fonction arbitrale, crée un effet d'affichage en sens contraire. C'est pour cela qu'au-delà de l'image métaphorique du labyrinthe des lois et règlements, un allégement véritable des règles produites par l'État débouche sur un débat de philosophie politique qui porte sur la finalité de l'État et une certaine conception des

rapports sociaux dont il est porteur. Si le droit est un labyrinthe, celui-ci n'est pas conçu pour qu'on s'y perde.

Des règles complexes

La complexité des règles reflète celle des sujets traités en considération de principes, d'intérêts et de libertés difficiles à combiner entre eux : liberté du commerce ou de l'industrie, sécurité, dignité de l'être humain, intérêt de la recherche scientifique, etc.

L'élaboration de ces règles s'inscrit parfois dans un contexte politique sensible de sorte que celles-ci apparaissent, dans leur expression volontairement maladroite, comme des compromis. Elles sont aussi la manifestation d'une matière scientifique ou économique imparfaitement maîtrisée et qui, en tout état de cause, est appelée à connaître des mutations rapides. Elles peuvent aussi refléter une incertitude éthique, comme en matière de fécondation *in vitro*. Citons quelques exemples, les deux premiers soulignant les difficultés de la stratégie juridique qui tient à l'imprévisibilité de la perturbation créée par le droit nouveau et à la politisation des effets induits par la réforme ou la mesure.

Lorsque l'accroissement du rôle du juge et le durcissement des règles de procédure sont présentés comme une meilleure protection des libertés individuelles

Tel est le sens de l'évolution de la législation sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France au terme de laquelle il est demandé au juge de se porter fort pour l'administration en l'autorisant à prendre des mesures coercitives. Compte tenu de l'augmentation de la population étrangère entrant et demeurant sur le territoire dans des conditions irrégulières et de la brièveté des délais de saisine du juge, il a fallu organiser les juridictions civiles et administratives de première instance et d'appel à cet effet. Cette réponse fonctionnelle ne peut être qu'insuffisante, comme l'ont montré les événements de mars 1996 où un groupe de plusieurs dizaines d'immigrés ayant investi un lieu de culte a été déféré au juge de « l'article 35 bis de l'ordonnance de 1945 ». C'est dans le cadre d'un tel engorgement, fortement médiatisé, que les avocats présentent une défense « de rupture » à l'encontre du droit positif et par conséquent de l'État lui-même.

La logique judiciaire, inadaptée au traitement de contentieux de masse, n'est pas toujours compatible avec la logique administrative. Des ajustements réglementaires sont nécessaires pour concilier ces deux approches ; ce qui ne va pas de soi, car bien que la gestion des flux migratoires illégaux relève par nature de l'action administrative, la loi a confié au juge le soin d'apprécier *a priori* et au cas par cas le temps nécessaire à l'administration pour exécuter sa mission de reconduite à la frontière des étrangers en cas de séjour irrégulier. Cette fonction ne ressortit pas au domaine de compétence naturelle du juge; d'où le syndrome du juge-alibi ou du juge-rebelle provoqué par l'exercice de cette

fonction qui nuit aux images respectives de l'« État-gouvernement », de l'« État-administration » et l'« État-juge ».

Les lois de police s'articulent sur des éléments stricts et factuels : passeport, certificat d'hébergement, titre de transport, justification de ressources etc. Aussi la difficulté de cette stratégie réglementaire est d'organiser une riposte au refus d'adhésion d'une partie de la population concernée : perte du passeport, revente du billet d'avion, certificat d'hébergement de complaisance, mauvaise volonté des consulats étrangers : ce qui entraîne une complexification du système (on légifère alors pour « les derniers de la classe »). De là, la nécessité de remanier en permanence un système qui concilie difficilement l'efficacité et l'humanitaire.

Lorsque l'usage se transforme en norme écrite

En 1980, les rédacteurs du projet de loi « Sécurité-Liberté » avaient relevé que le contrôle et la vérification de l'identité pratiquée par les forces de sécurité depuis des lustres ne reposaient sur aucun texte législatif. De fait, le fondement juridique de cette banale opération de police administrative relevait du droit coutumier et la population s'y pliait. Car le droit préexiste à la norme et sa légitimité est mieux enracinée. En l'espèce, toucher à ce point de droit a provoqué une véritable cancérisation normative. Il a fallu bien des réformes successives agrémentées de polémiques pour répondre à l'ensemble des difficultés pratiques susceptibles de se poser. Aujourd'hui, le contrôle et la vérification d'identité sont régis par les lois des 10 mai 1983, 3 septembre 1986, 4 janvier et 19 juillet 1993. Et ayant considéré que le contrôle d'identité par la police et la gendarmerie ne pouvait intervenir que dans des conditions précises et sous le contrôle du juge ou à l'initiative du parquet, le législateur a clairement dissocié celui-ci du contrôle des documents autorisant un étranger à séjourner sur le territoire. Ce qui a posé une autre série de difficultés que la pratique n'a pas entièrement réglées.

Pourquoi tant de textes pour organiser une opération apparemment simple ? Parce que la société n'est pas dans un rapport de confiance avec les Pouvoirs publics. Ces variations normatives interprètent la volonté populaire de n'accorder à la police qu'une compétence liée et d'inviter l'autorité judiciaire à s'en porter garante ; ainsi s'allient l'aveugle et le paralytique. Elles se veulent des réponses à des situations qui, après avoir été signalées par des médias et analysées par le juge, soulignaient les lacunes des textes précédents.

Le besoin de confiance de la population à l'égard des divers visages de l'Etat doit être au centre de la réflexion sur la réforme de l'Etat.

Lorsque le virtuel s'inscrit dans la pensée juridique

L'exemple suivant souligne la complexité des rapports du droit et du progrès scientifique surtout lorsqu'il ouvre des horizons nouveaux à l'univers mental de l'homme, ce qui est notamment le cas de la technologie du virtuel.

La société contemporaine est l'héritière d'une époque où une part importante des biens économiques était tangible, où les individus nouaient essentiellement des relations de proximité. Le droit réglait des rapports facilement intelligibles, le domaine de l'immatériel se limitant pour l'essentiel à la monnaie scripturale. Sous la poussée de la technologie, le monde actuel s'évade de cette réalité-là pour gagner le royaume de la virtualité. Les causes de la chute de la banque Barings en sont une illustration saisissante. Sont devenus virtuels les marchés internationaux, les bourses avec leurs innombrables instruments financiers, les réseaux Internet, les rapports des actionnaires avec les sociétés cotées en bourse, les relations des partenaires au sein d'organismes paritaires, tout comme le seront le substitut aux essais nucléaires pour notre force de dissuasion, ou les autoroutes de l'information et la compression numérique pour la télévision de demain. Il existe même un individu virtuel que recueillent dans leurs filets les statistiques et les études de marché.

Le virtuel modifie la représentation de la loi. Il est lui-même cause de production normative. D'où les règles de plus en plus abstraites et difficiles à ancrer dans la conscience collective. Le problème surgit avec acuité lorsque c'est l'objectif même de ces ensembles normatifs qui échappe à la compréhension de leurs publics spécialisés. Jamais les hommes n'ont été à la fois si informés au niveau planétaire et si séparés des spectacles dont ils sont gavés par le miroir du virtuel, c'est-à-dire par une « interface » entre la réalité et la fiction, entre le sens et l'illusion. Le risque, c'est qu'une partie des citoyens ne s'y retrouvent plus et qu'à son tour, ce soit l'esprit des lois elles-mêmes qui leur paraissent virtuelles. Tout se passe alors comme si la société était duale, une face qui relève de leurs connaissances expérimentales et l'autre plus irréelle qui ne s'inscrit plus dans leur univers mental.

Cette société est d'autant plus partagée qu'une partie croissante des acteurs économiques méconnaissent les règles non parce qu'elles sont trop complexes - ce qu'on avance en guise d'alibi - mais parce qu'ils estiment qu'elles ne peuvent être faites pour eux. Ceux-ci nient la loi.

C'est notamment le cas des entreprises qui recourent au travail clandestin. Le rapport sur les fraudes de MM. Léonard et de Courson, députés, remis au Premier ministre le 9 mai 1996, présente une évaluation économique de ce dédoublement sociétal. Notre pays n'est pas victime d'une délinquance généralisée, mais il est constitué d'une partie de plus en plus importante de ses citoyens qui se mettent « *hors-la-loi* », et en particulier d'individus et d'entreprises qui inscrivent leur environnement juridique « *ailleurs* » avec le consentement tacite d'une partie importante de la population et peut-être aussi des Pouvoirs publics. Il se développe en effet, au sein de certaines petites entreprises en difficulté, une stratégie tendant à ne plus payer que les dettes à risque. Elles sont de plus en plus nombreuses à ne plus détenir de justificatifs, ni de comptabilité régulière. De sorte que les parquets, l'administration des impôts et les caisses de recouvrement des charges sociales, mus par des considérations de facilité et d'efficacité, orientent les poursuites aux fins d'obtenir des sanctions pénales, fiscales et des interdictions commerciales à l'encontre des

commerçants qui respectent approximativement les règles, de préférence à ceux qui se placent hors de tout espace juridique.

Une étude sur la sociologie de l'exclusion dans le monde de l'entreprise serait utile à l'État pour lui permettre d'affiner sa stratégie, de contrecarrer ainsi le développement d'une économie souterraine et de faire respecter la règle de droit avec discernement.

Lorsque les libertés individuelles sont concernées par les technologies du virtuel

L'avenir de notre société s'inscrit dans le développement des productions issues de virtualités. L'objet des mesures qui accompagnent cette métamorphose est de plus en plus éloigné des représentations sensibles, de la relation simple de l'homme à la chose.

Ainsi, à propos de l'avenir des technologies de l'information, M. François Fillon, ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace déclare : « *Le développement des réseaux pose des problèmes complexes à résoudre en matière de déontologie et de protection des droits d'auteur [...] cet extraordinaire outil de communication n'est-il pas déjà détourné de sa vocation originelle par des groupes (terroristes, extrémistes) qui mettent à profit la possibilité de communiquer, en toute confidentialité, ou en toute impunité, à travers les réseaux ? Ces derniers ne se prêteront-ils pas, dans un avenir proche, à la tentation de manipulation de l'opinion, à l'échelle internationale ?* ».

Cette évolution irrépressible entraîne une réglementation de plus en plus technicienne. Il faut préparer l'opinion à ce mouvement et non lui donner l'impression d'une fatalité qu'elle doit subir, tout en protégeant chaque citoyen contre les menaces que cette technologie fait peser sur ces libertés.

C'est la raison d'être de la Commission nationale de l'informatique et des libertés que de veiller au respect des règles strictes en matière de fichiers pour concilier progrès et protection des libertés. Elle impose à la fois des contraintes productrices d'une réglementation complexe (certaines autorisations de création de fichiers devant être prises par décret en Conseil d'État) et des structures administratives dotées de personnels plus nombreux pour pallier la réduction intentionnelle des performances de la technologie. Ce rapport à la technologie est à opposer à la révolte des canuts lyonnais. La fonction « inhibitrice » de cette autorité indépendante bride l'efficacité des contrôles administratifs. Le prix à payer, c'est une possibilité accrue de développement des fraudes.

Lorsque la complexité de la norme tend à assurer la représentativité des intermédiaires entre les publics spécialisés et les Pouvoirs publics

N'existe-t-il pas un décalage entre la volonté de simplifier l'ordonnancement juridique exprimée dans sa circulaire précitée par le Premier ministre, celle de l'administration qui subit des pesanteurs, celle des représentants des « forces vives » et celle des destinataires finaux du droit ? Ce sont des réalités sociologiques bien connues de la Commission

de simplification des formalités administratives où même des mesures destinées à faciliter la vie pratique et frappées au coin du bon sens se heurtent à de fortes réticences. Ainsi, à l'heure actuelle, la déclaration et le paiement des cotisations sociales sont effectuées auprès de plusieurs destinataires (au minimum quatre ; on dénombre, en effet, près de 250 régimes de retraite complémentaire). L'idée d'une déclaration et d'un paiement uniques s'impose à l'esprit. S'il semble que l'on puisse prochainement aboutir à la déclaration des charges sociales à un guichet unique, en revanche, l'ensemble des partenaires intéressés s'opposent au paiement des cotisations entre les mains d'une seule caisse parce que cette simplification supprimerait le contact direct de la caisse avec ses ressortissants et mettrait en cause une relation de pouvoir. C'est en effet un ordonnancement compliqué qui érige en organisation responsable un interlocuteur du pouvoir. Son statut dépend largement de sa reconnaissance par les administrations de tutelle. Cette situation est peu réductible à une politique de simplification.

Plaidoyer pour la complexité

Complexification peut aller de pair avec simplification. Tout système croît en complexité. La production normative se doit de traduire cette évolution afin d'ajuster au mieux les relations des sujets de droit. Pour autant, cette complexification n'est pas synonyme de complication. Au contraire, plus un système devient complexe, mieux il s'adapte à son environnement pour accomplir plus simplement ses fonctions nécessaires. La technologie nous en offre d'innombrables exemples, à commencer par l'informatique.

Il faut par conséquent que, tout en adaptant l'ordonnancement juridique aux besoins de la société, l'État s'attache à en simplifier l'application, ce qui conduit par exemple à mettre en cause des procédures lourdes fondées sur des contrôles *a priori* telles que les demandes d'autorisation préalable. Et formellement, s'imposent une langue et une logique accessibles au plus large public possible. C'est en recherchant la simplification que l'État justifie la complexité d'un système juridique. Ce qui est critiquable, c'est une réglementation compliquée parce qu'elle est mal rédigée, incertaine, lacunaire, contradictoire, c'est-à-dire en déficit de complexité. A la limite, une insuffisance de normes crée une situation juridique confuse.

Des règles obscures

Faisons justice du reproche d'obscurité. Résulte-t-elle d'une maladresse de plume ou d'une incertitude sur le sens même de la mesure ? Les contradictions ou les embarras qu'exprime une règle confuse résultent aussi du compromis. Il n'en demeure pas moins que la phase de conception d'un texte mérite souvent une évaluation plus précise. Les études d'impact paraissent une bonne réponse à ce point de fragilité. Elles constituent des bancs d'essai où tous les aspects d'une mesure ou d'une réforme doivent être soumis à l'épreuve de l'esprit critique.

Si la démocratie a tout à gagner à instaurer des rapports plus transparents, il n'est pas sûr que l'État rencontre dans l'accomplissement de cette volonté l'adhésion des publics spécialisés. Une demande de simplification des règles formulée par ceux-ci n'est souvent qu'un prétexte pour obtenir des avantages supplémentaires (cas fréquents en matière de régimes de retraite et d'obtention de droits sociaux). Toutes revendications mises à part, les publics spécialisés adhèrent globalement au droit positif. Ils souhaiteraient plutôt un renforcement du maillage des textes pour dissiper tout risque d'interprétation. Quant aux syndicats, ils sont attachés au foisonnement du Code du travail.

Réglementation et auto-contrôle

En énonçant des normes contraignantes, la société crée des obligations qui ont pour objet d'assurer sa pérennité. L'État a une fonction civilisatrice qu'il mène à bien lorsque les greffes qu'il pratique sont assimilées par l'inconscient collectif et s'inscrivent dans l'auto-contrôle individuel. C'est ainsi que le Code de la route doit être vécu pour assurer l'intégrité de la communauté des usagers de la route. De même que tous les conducteurs conduisent à droite, de même les mesures restrictives en matière d'absorption de boissons alcoolisées auront porté leurs fruits lorsque les conducteurs les auront intégrées dans leur comportement, que leur volonté de les respecter ne dépendra plus de la seule peur du gendarme.

Avant d'édicter des interdits, l'État doit multiplier les précautions, car la production normative peut avoir des effets pervers. Plus une réglementation est effervescente et moins elle est prise au sérieux, moins elle reflète une démocratie fondée sur la confiance. La norme, qui ne fait pas appel aux facultés assimilatrices, soulève l'indifférence quand elle n'incite pas à la fronde. Préférons des lois douces et appliquées aux lois sévères qui traduisent, dans un but d'affichage, une relation trop rude entre l'État et les citoyens ou encore un parti pris à l'égard d'une catégorie socio-professionnelle.

A titre d'exemple, l'article L. 483-1 du Code du travail dispose que toute entrave apportée au fonctionnement régulier d'un comité d'entreprise sera punie d'un emprisonnement de un an et/ou d'une amende de 25 000 F. En cas de récidive, les peines seront doublées. La jurisprudence précisant la portée de ce texte considère que le défaut de convocation à la réunion du comité d'entreprise des membres suppléants, même si ces derniers sont indisponibles ce jour-là, est constitutif du délit. Le législateur, qui met en place un outil répressif excessif, s'en remet au pouvoir modérateur du juge qui peut aussi, à son tour, l'aggraver. Faut-il vraiment faire des lois terrifiantes, c'est-à-dire des lois dont nul n'attend que leur extrême sévérité soit mise à exécution ?

La réussite du couple civilisation-réglementation repose sur l'aptitude des citoyens à l'auto-contrôle. Faute d'auto-contrôle suffisant de la part de la population, l'« État-gouvernement » va être incité à étreindre les libertés individuelles dans des carcans, tout en souhaitant que l'administration et le juge apportent des tempéraments à ces contraintes.

La norme et le déclin de l'autorité

Le déclin de la relation d'autorité contribue à l'expansion de la norme

A la légitimité du commandement de l'autorité, le citoyen préfère celle de la norme. La norme objectivise les relations des individus entre eux. Ce n'est plus au supérieur hiérarchique, à l'employeur, au policier, au professeur que l'on doit obéissance mais à un ordre émanant de lui, et ce à condition qu'il soit conforme à un ordonnancement juridique préexistant. Cette distance, qui - et cela peut passer pour un paradoxe - réduit l'affrontement direct, permet d'en référer à une autorité tierce - le ministre, le président-directeur général, le juge - afin qu'elle apprécie la conformité de l'ordre à une norme. Le déclin social des détenteurs d'autorité a pour contrepoids l'influence grandissante du rôle du juge.

Où la réglementation est le fruit d'un consensus incertain sur la valeur des principes

Faute de refléter une adhésion à des principes clairement définis, nombreux sont les textes complexes et changeants, sans idée directrice, ou qui posent un principe aussitôt battu en brèche par de nombreuses dérogations. L'exemple de la substitution du permis de construire à une simple déclaration de travaux illustre, par ses réticences, l'hésitation de l'État sur le bien fondé de la restriction au principe d'autorisation. De proche en proche, aussi bien le producteur normatif que la population elle-même perdent de vue le point de départ de la règle : régime de liberté ou régime d'autorisation administrative préalable ?

Cette incertitude reflète un doute sur les valeurs qui fondent la cohérence d'un ordonnancement juridique.

Où le déclin de l'autorité de l'État entraîne celui de la norme

Souvent la portée d'un texte dépend des mesures budgétaires qui assurent la viabilité du projet de réforme. Lorsqu'une politique est marquée par l'austérité, les textes ont tendance à être plus « bavards » qu'« opérationnels ». Ou encore l'État sape lui-même son autorité lorsqu'il ne s'assure pas des moyens nécessaires pour exercer pleinement les attributions qu'il s'est données. La réforme devient facteur de régression lorsque le mauvais fonctionnement d'une nouvelle procédure provoque des discriminations. On est alors fondé à parler de loi injuste.

On peut citer, à titre d'exemple, le cas de la Commission nationale de contrôle des comptes de campagne et des financements politiques. Lorsque cette autorité qui dispose d'un délai de six mois pour instruire une procédure contradictoire, constate une irrégularité sur des comptes de campagne, elle doit statuer dans ce délai et transmettre le dossier au juge administratif qui déclarera le candidat élu démissionnaire d'office et inéligible pour un an. Faute de disposer d'un nombre suffisant de rapporteurs-adjoints, la Commission vient de se prononcer, dans le cadre des dernières élections municipales, sur une partie seulement des dossiers. Certains élus se trouvent ainsi écartés de la vie publique, d'autres échappent aux filets du juge.

L'État doit s'assurer que son administration, ainsi que les autorités administratives indépendantes aient les moyens d'assurer pleinement leurs fonctions. A défaut, une schizophrénie s'installe entre l'« État-stratège » et l'« État-opérateur », entre l'« État-gouvernement » et l'« État-administration ». A elle seule, cette exigence de bonne application des règles juridiques justifie le projet d'allègement et de simplification de l'État central présenté par M. Perben, ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation.

A *contrario*, faute de moyens suffisants, l'État diffère une réforme pourtant largement souhaitée. Ce parti pris est loyal. Ainsi, en va-t-il du débat sur la détention provisoire qui bute sur des obstacles essentiellement budgétaires et sur la révision de la carte judiciaire, qui est un sujet tabou.

* * *

La production normative de l'État s'inscrit dans un ensemble plus vaste au sein duquel les sources du droit interagissent. Il est évident que l'intelligibilité de la production normative nationale, qui reprend formellement à son compte quelque 1 700 directives européennes, est tributaire de la construction communautaire :

La communauté de destin des productions normatives nationale et européenne

Le public concerné par des mesures nouvelles ne fait pas la distinction entre celles qui procèdent de l'initiative nationale et celles qui portent un label européen. L'amélioration de l'image de la production normative est solidaire de celle qui émane de l'Union européenne.

D'ailleurs, consciente de la « nécessité de rechercher les meilleurs moyens pour accroître l'efficacité, la cohérence et la légitimité des institutions européennes », la Conférence intergouvernementale d'avril 1996 s'est penchée sur les moyens destinés à simplifier les procédures législatives et à les rendre plus claires et plus transparentes. La simplification administrative, à laquelle est invitée la Commission, s'inscrit dans la foulée de la politique poursuivie par le Conseil des ministres de l'Union européenne (marché intérieur) et par chaque État. D'ores et déjà, se manifeste une décelération de la production normative européenne. En application du *Livre blanc pour un marché unique*, environ 300 textes ont été publiés au cours de la période 1985-1992 contre dix-neuf seulement en 1996.

La norme européenne qui répond à des exigences politiques, culturelles et institutionnelles, invite à s'interroger sur l'influence française dans son élaboration. Il semblerait, selon M. Laurent Cohen-Tanugi et M^{me} Joëlle Simon, que « *dans la négociation, comme au contentieux, l'Administration défende insuffisamment ses positions et ses dossiers aux*

plans juridique, économique et technique, et tende à avoir une attitude réactive dans le quotidien des affaires communautaires ».

Pour sa part, M. Renaud Denoix de Saint-Marc, vice-président du Conseil d'État, relevant qu'une part importante de notre production normative est imputable à la construction de l'Europe, fait valoir qu'elle n'y a pas gagné en clarté, en cohérence et en permanence et qu'il serait souhaitable que les institutions communautaires posent le principe d'une hiérarchie des normes, comme en France où la Constitution est supérieure à la loi, la loi au décret et le décret à l'arrêté. De la sorte, un organe, à l'image du Conseil d'État dans ses attributions consultatives, indépendant des institutions européennes comme des États-membres, pourrait introduire davantage d'ordre et de cohérence dans les textes. La démocratie a tout à gagner à ce que l'ordre juridique soit structuré d'une manière logique. Il semblerait cependant que le Gouvernement ne soit plus aujourd'hui favorable à une hiérarchie des normes qui aboutirait à renforcer la Commission et le Parlement européen au préjudice du Conseil.

L'influence du droit communautaire sur le droit national est comparable au rôle joué par la lune et le soleil sur les marées. On estime que plus de la moitié des normes qui enrichissent notre ordonnancement juridique sont d'origine européenne. Même si la subsidiarité et la simplification administrative sont devenues parties intégrantes de la culture communautaire et des États-membres, l'évolution du champ de compétence de l'Union vers le droit sociétal affectera le domaine de compétence des États. Le mémorandum social français déposé le 29 mars 1996 par le Président de la République à la conférence gouvernementale de Turin renforce cette évolution. Peut-être en prenant position dans ce nouveau domaine, la Cour de justice des Communautés européennes pourrait-elle connaître une évolution comparable à celle suivie par la Cour suprême des États-Unis.

Quant au principe de subsidiarité du droit communautaire, il doit produire un effet redistributif des compétences normatives. Si chacun connaît la conception descendante selon laquelle la Commission se dessaisit de compétences au profit des États-membres, il faut aussi prendre en considération les effets ascendants de la subsidiarité qui font obligation aux États de se dessaisir au profit de l'Union. Il importe que chacun des États fassent de cette règle une application identique.

* * *

Les États producteurs de normes, et même les producteurs privés de normes élaborent des modèles qui ont parfois une traduction dans l'ordonnancement juridique national :

- Le modèle de l'étranger.
- La vie internationale et la marge de manœuvre de l'État producteur de normes.
- La création de nouveaux concepts juridiques ne peut laisser l'État indifférent.

Le modèle de l'étranger

L'exemple de l'étranger est un aiguillon stimulant la production de textes, le modèle crée la mode : *Nul n'est prophète en son pays*. Les réformes entreprises, surtout lorsqu'elles sont associées, soit à l'idée d'un progrès social, soit à une avancée technologique, soit encore à de nouvelles prestations (par exemple commerciales et bancaires), sont souvent chez nous prises pour paroles d'évangile.

Ainsi, les réformes adoptées par le ministre de la Condition féminine dans les années 80 étaient la reprise fidèle des avancées juridiques réalisées dans les années 60 dans des pays modèles, tels les États-Unis, la Suède et le Canada, contre les discriminations, le harcèlement sexuel et en faveur de divers droits sociaux. Tarder à insérer ces mesures dans notre droit aurait été interprété *ipso facto* par les mouvements féministes comme une attitude plus conservatrice que celles des pays modèles. Ce qui aurait été politiquement critiquable et aurait été la négation de l'objet même de ce ministère.

L'idée du bracelet électronique, comme substitut à la détention provisoire ou de courte durée, procède de la même approche. Son adoption dépendra pour une large part des expériences menées à l'étranger.

Suivons l'évolution dans différents ordres nationaux du couple homosexuel.

Souvenons-nous que le mouvement qui a conduit à l'abrogation de la peine de mort s'appuyait sur le fait que l'ensemble des démocraties modernes, certains états des États-Unis exceptés, avaient en droit ou en fait renoncé à cette sanction.

L'un des motifs de l'extrême prudence manifestée par l'État en matière de réformes touchant aux libertés tient à ce que la permanence est une qualité essentielle de la loi ; celle-ci n'est pas, dans notre tradition politique, le cadre adapté pour mener des expériences. Rares sont les lois qui, comme la loi sur la fécondation *in vitro* des couples infertiles, prévoient une sorte d'échéancier permettant leur remise en cause sur le fondement de l'expérience acquise. C'est pourquoi, les juristes prêtent attention au ban d'essai des législations avant-gardistes étrangères.

La vie internationale et la marge de manœuvre de l'Etat producteur de normes

Par ailleurs, les ajustements internationaux ont une traduction juridique : les distorsions économiques et sociales causées par des régimes différents appellent à long terme une unification des règles de droit au sein d'ensemble régionaux cohérents. L'un des objectifs de l'« Europe sociale » est d'aligner les systèmes de droit du travail et de la protection sociale. C'est l'une des conséquences de la mondialisation de l'économie et du marché du travail.

Il serait intéressant d'évaluer le domaine de l'ordonnancement juridique qui, en pure logique institutionnelle, a vocation à demeurer spécifiquement national. Le destin du droit national est lié à celui de l'État.

La création de nouveaux concepts juridiques ne peut laisser l'Etat indifférent

On assiste à l'émergence d'une langue juridique mondiale. Cette évolution va de pair avec la mise en place d'une comptabilité unique mondiale. C'est pourquoi, qui reproche à l'État de trop légiférer et réglementer méconnaît sa faible marge d'autonomie. Sans même évoquer le pouvoir normatif de Bruxelles, relevons que l'État est souvent à la remorque juridique des créations d'origine privée.

La créativité des producteurs de normes privées apporte à la vie juridique de nouveaux espaces où l'État intervient à son tour pour protéger et déterminer une règle de jeu (on peut citer l'exemple de l'offre publique d'achat d'une société cotée en bourse et la multiplication des instruments financiers issus des notions d'action et d'obligation).

L'État dispose alors de nombreux éléments de réflexion : les demandes des professions concernées, les décisions des cours de justice européennes, la doctrine et une infinité de signaux moins officiels qui lui commandent d'agir. Ceux-ci peuvent venir de la communauté d'affaires internationale. Prenons l'exemple de la revue *Droit et Patrimoine* de janvier 1996 qui vante sous la signature de maître Bernard Monassier, notaire, les avantages de la « *defeasance* », technique apparue aux États-Unis permettant à une entreprise donnée d'atteindre un résultat équivalent à l'extinction d'une dette figurant au passif de son bilan par le transfert de titres à une entité juridique distincte chargée du service de la dette.

Ainsi l'État doit-il prendre à son compte la réalité du foisonnement juridique national et international pour l'introduire dans son ordonnancement juridique ou le rendre compatible avec celui-ci (cf. paragraphe sur « Les règles tatillonnes » p. 33). A défaut, menacé d'obsolescence, il s'avérerait décalé par rapport aux besoins des utilisateurs du droit.

Chapitre 2

Fonction juridique - fonction juridictionnelle

M. Alain-Gérard Slama, dans le cadre d'une enquête pour le *Figaro* intitulée « Le malaise dans la justice », déclare : « *Le conflit qui ne cesse de s'aggraver entre les magistrats et les hommes politiques s'explique moins par la partialité, inévitable, des uns et la corruption, occasionnelle, des autres que par la montée d'un juridisme de plus en plus arbitraire et intolérant* ». Selon ce journaliste, la production normative sature le droit qui, à son tour, contamine le système judiciaire.

S'il est vrai que les fonctions juridiques et juridictionnelles sont interdépendantes, il n'en demeure pas moins qu'elles se réfèrent à des logiques qui peuvent parfois conduire à leur délégitimation réciproque. Pour mieux éclairer les enjeux de la fonction juridique, il a paru intéressant de se pencher sur les relations complexes des activités de création normative avec celles tendant à dire le droit et à en sanctionner la transgression. Il faudrait que d'un côté le juge ait les moyens d'accomplir sa mission, que ses décisions soient exécutées avec l'aide de l'administration et que, de l'autre, son rôle apparaisse clairement comme étant inscrit dans le cadre général des attributions de l'État, qu'il soit, en quelque sorte, l'*« État-juge »*.

Identifier les dysfonctionnements produits par cette relation conduit à mieux valider les réponses du droit positif et à rechercher un équilibre institutionnel qui pourrait faire l'économie d'une partie de la production normative. En se recentrant sur les acquis existants - un ordonnancement juridique sous-utilisé et des juridictions administratives et judiciaires, sans doute de qualité, mais encombrées -, l'État validerait d'une manière plus convaincante ses propres capacités et serait à même de mieux valoriser l'impact des nouvelles mesures.

* * *

La fonction juridique de l'État est affectée par le dualisme droit public-droit privé qui se projette dans le dualisme juridictionnel. Cette répartition de compétences intellectuelles et de fonctions n'est-elle pas devenue une partition, c'est-à-dire une mutilation ? N'engendre-t-elle pas une complexité qui dessert la cause du droit et l'autorité des juges ? Alors qu'aujourd'hui le véritable défi sociologique auquel est confronté

le monde du droit concerne l'improbable rencontre entre juristes et gestionnaires :

- Vers l'unité du droit.
- Vers l'unité des ordres juridictionnels ?

Vers l'unité du droit

L'unité du droit, c'est l'unité de ses valeurs, de ses méthodes de création et d'interprétation. C'est là que, selon l'expression même de M. Marceau Long, vice-président honoraire du Conseil d'Etat, se situe sa force créatrice, celle qui donne un sens aux relations les plus concrètes. Pour que l'évolution de la production normative, qui n'a que trop tendance à émietter le droit, s'oriente vers son unité, il faut d'abord entreprendre un effort de formation. Les magistrats de l'ordre judiciaire connaissent mal le droit public général, même si les candidats au concours d'entrée dans ce corps sont souvent titulaires du diplôme d'un institut d'études politiques ou d'une maîtrise de droit public.

Or cette division culturelle n'entame que trop la force de conviction des juristes qui se présentent désunis face au monde des gestionnaires. Car, il ne faut pas perdre de vue que ce qui menace l'influence du droit, c'est la communauté des gestionnaires qui reçoivent une formation éloignée de la pensée juridique. Il est temps de rassembler les familles de juristes autour d'un seul foyer qui reste à créer : l'unité du droit. Présentant un front solidaire, celles-ci pourront mieux faire vivre, aussi bien au sein de l'administration que dans les entreprises privées, le principe de réalité du droit.

Comment dépasser le clivage droit public-droit privé qui est le fruit de l'histoire, mais aussi de la pensée administrative tout autant que d'une formation forcément lacunaire ? De nombreuses disciplines relèvent de plus en plus difficilement de cette vision dualiste. C'est le cas du droit des affaires, de nombreux aspects du droit pénal, et même du droit communautaire lequel touche tout autant les publicistes que les privatistes. Car ce droit-là est celui des échanges, de la circulation des biens et de la réduction des interventions de l'Etat. De même, la frontière est de plus en plus floue entre le droit international privé et le droit international public. Quant au droit des étrangers qui prévoit notamment des mesures d'expulsion, d'extradition, de refoulement et de reconduite à la frontière, il donne lieu à un contentieux qui relève aussi bien des juridictions de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif.

Les principes directeurs du droit positif dégagés par la jurisprudence judiciaire rejoignent les principes généraux du droit énoncés ou rappelés par le Conseil d'Etat. Certes, en matière de responsabilité pour faute - et c'est sans doute la divergence philosophique majeure - les publicistes ne retiennent que la cause dominante tandis qu'en droit privé et en droit pénal, on considère que tout fait imputable à une personne qui participe à la survenance d'un dommage engage sa responsabilité. Ce

qui, en matière d'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle, conduit à rechercher la responsabilité pénale ou quasi-délictuelle de décideurs publics, là où le droit administratif ne décèlerait pas de faute génératrice du préjudice. On sait qu'un projet de loi en cours de discussion tend à limiter la possibilité de rechercher la responsabilité sur le fondement d'une « *obligation de sécurité ou de prudence imposée par les lois et règlements* ». Le législateur entend faire évoluer le droit pénal en direction du droit public. De son côté, ce dernier entr'ouvre la porte à la notion civiliste de « bonne foi » qui se traduit par une obligation de transparence et de concertation. Et cette même notion se combine avec celle, publiciste, de « l'imprévision » jusqu'alors ignorée du droit des obligations.

Vers l'unité des ordres juridictionnels ?

L'unité des ordres juridictionnels presuppose que n'est pas irrévocablement constitutionnalisée la dualité de juridictions en vertu de la « conception française de la séparation des pouvoirs ». Et certains d'avancer qu'il serait difficile d'envisager la suppression du Conseil d'État sans toucher à l'indépendance de la juridiction administrative, laquelle est distincte de celle de l'autorité judiciaire. D'autres soutiennent que l'institution d'une cour suprême unique procédant de la fusion du Conseil d'État et de la Cour de cassation, et non de leur suppression, accroîtrait la force morale du juge sans pour autant l'exposer au reproche de démesure souvent fait à la Cour suprême des États-Unis. Et surtout, même si l'on ne peut méconnaître la portée de ses décisions des 23 janvier 1987 et 28 juillet 1989, ce qui paraît relever de l'appréciation souveraine du Conseil constitutionnel, c'est l'affirmation de l'indépendance de la juridiction administration et non son existence distincte de celle de la juridiction judiciaire.

Soutenir que la dualité de juridictions reflète « la conception française de la séparation des pouvoirs » tend à assurer l'intangibilité d'une organisation qui perpétue la dispersion du contentieux sans bénéfice convaincant pour les justiciables. L'existence même du Tribunal des conflits n'est-elle pas la preuve d'une administration perfectible de la justice ? Implicitement, le Conseil constitutionnel admet que cette situation ne saurait être érigée en modèle puisqu'il reconnaît l'effet bénéfique de mesures palliatives : « *Lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement compétent* » (décision des 22 et 23 janvier 1987).

Si une volonté de tendre vers l'unité du droit se fait jour, la fusion des deux ordres juridictionnels ne sera plus une chimère. C'est même cette fusion qui, en retour, facilitera l'unité du droit. La coexistence de deux justices, tantôt complémentaires, tantôt concurrentes, déroute

l'usager du droit : elle se traduit par des lenteurs, des incertitudes, des renvois et des coûts. Les questions préjudiciales, les arrêtés de conflit, les déclarations d'incompétence, les irrecevabilités soulevées d'office sont autant de douloureux obstacles. Ce qui n'empêche pas, chaque jour, les praticiens d'enrichir cette relation dialectique de nouvelles questions. Ainsi, à quelle juridiction doit s'adresser le plaideur qui entend faire un recours contre une ordonnance de taxe rendue par le tribunal des pensions constitué de magistrats de l'ordre judiciaire ?

L'état d'esprit des magistrats des deux ordres juridictionnels se rapprochent. Leurs règles déontologiques évoluent de pair. Pour leur part, les membres des tribunaux administratifs revendiquent un statut comparable à celui des magistrats de l'ordre judiciaire. Ils ambitionnent de devenir des magistrats au sens constitutionnel du terme. **Il convient de poursuivre les efforts de rapprochement des conditions des magistrats de l'ordre judiciaire et ceux de l'ordre administratif.**

Quant au Conseil d'État, il fonde sa singularité sur sa fonction consultative. Quand bien même, en dépit de l'évolution du droit européen qui fait porter la critique sur la dualité consultation-contentieux au sein d'une même institution, l'on estime que cette fonction est indispensable à la satisfaction des besoins juridiques et normatifs de l'État, on voit mal en quoi la fusion de deux ordres en une cour souveraine unique serait un obstacle à ladite fonction consultative. Après tout, la prépondérance du droit européen dans notre ordonnancement juridique, la consécration des principes posés par la Cour européenne des Droits de l'Homme ont constitué une révolution d'une toute autre ampleur que celle que constituerait la fusion de deux ordres juridictionnels, chacun d'eux étant aujourd'hui soumis à la dure critique de l'opinion publique.

Les magistrats de l'ordre judiciaire doivent pouvoir se soustraire au confinement qui résulte de leur condition si particulière. En raison de leur influence croissante dans les affaires sociales, morales et économiques de la cité, il paraîtra un jour peu adapté aux exigences de leurs fonctions qu'ils puissent les exercer dans leur plénitude pendant trois ou quatre dizaines d'années sans avoir connu d'autres univers professionnels. C'est d'ailleurs pourquoi une évolution se dessine : insensiblement, sous l'effet de réformes annoncées à partir de 1980, les magistrats sont de plus en plus nombreux à être accueillis dans des emplois de détachement. Ils sont présents aussi bien dans des fonctions juridiques (par exemple au sein des directions des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, de l'Assistance publique de Paris ou comme conseiller juridique du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne) que dans les emplois opérationnels - une quinzaine d'entre eux occupent des emplois de sous-préfet -. Ils constituent un volant d'environ 3 % du corps judiciaire.

La proposition développée ci-après de création d'un «cadre de magistrats aux administrations centrales» tend à inscrire d'une manière permanente leur présence dans les «pôles juridiques» des ministères où, à présent, cette structure fait défaut.

Par ailleurs, il faudrait poursuivre le recrutement au Conseil d'État de magistrats de l'ordre judiciaire par le tour extérieur. Chacun s'accorde à reconnaître qu'ils contribuent à renforcer la capacité de cette haute assemblée à approfondir les sujets relevant du droit privé. Après tout, qui mieux qu'un magistrat ayant une longue pratique de la vie judiciaire aussi bien à Paris qu'en province peut contribuer à renforcer la fonction consultative du Conseil d'État saisi d'un projet de loi sur la Cour d'assises ?

En contrepartie, il serait souhaitable d'accueillir à la Chancellerie davantage de fonctionnaires, y compris dans les services de conception du droit, et d'ouvrir plus largement les possibilités de recruter dans la magistrature au tour extérieur des cadres supérieurs de l'État, et ceci à tous les niveaux de l'organisation judiciaire. A titre d'exemple, la nomination à la Cour de cassation d'un professeur de médecine serait un apport utile pour le traitement des affaires qui touchent à la bioéthique, la responsabilité médicale et le droit des expertises. **De même, ne serait-il pas temps de donner une vigueur accrue au recrutement dans certains emplois de personnalités « en service extraordinaire » ?**

* * *

Voyons, dans le recours à la justice, la manifestation d'une adhésion au contrat social et non une aventure individuelle, qui serait une énième version des *Plaideurs* de Racine :

Production normative et accès à la justice

La production normative est l'inscription de la volonté politique dans l'espace juridique. Le juge la révèle, presqu'au sens photographique, en assurant l'interprétation et la sanction. Les règles édictées doivent être largement connues de leurs destinataires, toujours applicables et généralement appliquées. De ce fait, l'accès au droit est inséparable de l'accès à la justice. C'est dans cette perspective qu'une mission sur l'amélioration des règles de fonctionnement de la justice civile a été confiée par M. Jacques Toubon, garde des Sceaux, ministre de la Justice à M. Jean-Marie Coulon, président du tribunal de grande instance de Nanterre.

Quel grief peut-on essentiellement adresser aux deux ordres juridictionnels ? Comme toujours l'absence de prévisibilité de la date de la fin du litige, son coût et l'inefficacité de la décision rendue. Ces attentes et ces désillusions mobilisent contre l'État ; elles constituent une cause du divorce des citoyens d'avec lui. Une justice peu accessible, c'est un État qui prend du champ avec une responsabilité majeure ; c'est une société qui se refuse de se donner tous les moyens pour évacuer ses violences, qui ne garantit pas la primauté de la paix

civile, laquelle va bien au-delà de l'ordre public. Enoncer du droit sans s'assurer qu'il puisse recevoir une sanction, c'est battre de la fausse monnaie (d'où peut-être l'inflation des textes). Il ne faudrait plus lire dans la presse des expressions banales telles que « *marathon judiciaire* », « *gâchis judiciaire* ». Car, du fait même de son existence, l'État s'oblige à l'égard des justiciables. Il leur doit intérêt, compassion et diligence, un peu à la manière d'un médecin qui est lié par le serment d'Hippocrate. C'est à ce prix que les citoyens peuvent avoir de lui une représentation pacificatrice. En effet, bien résoudre les conflits, que ce soit entre particuliers ou entre ceux-ci et les personnes de droit public - au premier rang desquels prend place l'État -, c'est répondre à une exigence de paix civile et à une condition de l'adhésion des citoyens à la loi républicaine. Ainsi, ce serait renforcer la crédibilité de l'État de droit que d'admettre que le paiement d'une dette à une entreprise commerciale est, aux plans économique et social, aussi nécessaire que celui d'une dette au fisc.

Les citoyens, même les mieux informés, font l'amalgame entre les fonctions de production normative et les fonctions qui en garantissent l'application. Les dérapages sémantiques sont significatifs. Ainsi le Comité national d'information sur la drogue publie-t-il dans sa lettre d'information de mars 1996 un article intitulé « La France est-elle encore un État de droit ? ». Il signale l'existence d'une revue destinée aux enfants qui incite à l'usage de la drogue et interpelle ainsi le garde des Sceaux : « *Qu'attend le procureur de la République pour faire interdire (ce mensuel) à la vente et appliquer à l'éditeur les sanctions prévues par la loi ?* »

L'accès par le coût est une difficulté sérieuse à laquelle répond, en partie, l'aide juridictionnelle. Il faut aller beaucoup plus loin. **Pourquoi ne pas envisager, comme en Allemagne, que les frais d'auxiliaires de justice et de consultants soient déductibles des revenus imposables !** L'État montrerait ainsi l'intérêt qu'il porte à la connaissance du droit et à la saisine de la justice, et en particulier à l'initiative des parties civiles.

La production normative peut faire déborder la justice de son lit. Chacun conserve présent à l'esprit les effets de la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. Il en est de même des réformes de procédure pénale qui, alors qu'elles sont destinées à accroître les garanties du justiciable, se traduisent dans de nombreux cas par l'allongement de la durée des procès, voire des détentions provisoires ; de même encore du sort fait à la peine de travail d'intérêt général, peine substitutive de l'emprisonnement qui, faute de moyens suffisants, n'est pas prononcée ni appliquée comme elle devrait l'être.

Les études d'impact, qui accompagnent tout projet de loi et de décret, devraient évaluer l'incidence de la mesure sur le fonctionnement de la justice au regard des objectifs d'amélioration de cette dernière.

Les rapports entre l'« État-gouvernement » et l'« État-administration » d'une part et l'« État-juge » de l'autre sont perfectibles. La situation faite au juge qui s'inscrit dans notre histoire, évolue aujourd'hui dans un contexte nouveau dans la mesure où les citoyens des démocraties avancées en appellent systématiquement à lui :

- L'héritage de Colbert.
- Montée en puissance du juge pénal et production normative.

L'héritage de Colbert

Le rapport des personnes de droit privé à l'administration et à la justice est marqué par l'histoire. Jadis, l'« État-gouvernement » et l'« État-administration » embrassaient un vaste champ de compétences largement orientées vers l'économie, les affaires sociales et la sécurité. Investi des fonctions normatives et administratives, l'État répondait de la relation de l'individu à la collectivité nationale, le premier énonçant la loi, le second l'appliquant. La justice était une autorité supplétive, un recours, le lieu du traitement de l'accident. Ressentie comme une force plus mutilante que constructive, elle connaissait, selon l'expression consacrée, « *des litiges entre particuliers* » et le domaine habituel du droit pénal était ce qu'il est convenu d'appeler la délinquance de droit commun.

La conception traditionnelle de l'État n'incline pas volontiers à reconnaître le primat de la règle de droit. Le droit, dans sa création continue, restait subordonné aux desseins opérationnels de l'administration. Il venait en appui d'une politique. De même, le système faisait du juge un régulateur de conflits, mais non un « décideur ». Colbert plaçait l'administrateur devant le juge. Le souci d'une organisation tutélaire primait sur un État de droit. Crémon l'emportait sur Antigone.

L'énergie cinétique produite par ce mouvement est en voie d'épuisement. Il en reste des traces dans la représentation collective de l'État de droit.

Mme Blandine Kriegel cite l'exemple du sang contaminé : « *Tous les pays européens ont commis la même erreur en matière de prévention du sida. Mais chez nos voisins, dès que les administrations ont compris qu'elles s'étaient trompées, elles ont reconnu leur erreur et elles ont indemnisé les hémophiles et les transfusés. En France, selon le vieux principe selon lequel le roi ne peut mal faire et que l'État ne se trompe pas, l'administration de la Santé n'a admis aucune compensation monétaire pour les victimes* » (*Figaro*, 15 février 1996).

Cependant, l'édifice dessiné par Colbert se lézarde. A l'image des démocraties occidentales, la société française est enserrée dans un réseau normatif de plus en plus dense. On parle à ce sujet d'une société « *hyperjuridicisée* », ce qui ne signifie pas que la culture juridique ait gagné tous les milieux socio-professionnels, mais ce qui est, sans conteste, la cause directe de la « *judiciarisation* » de la vie sociale et politique. L'influence anglo-saxonne au sein des Nations-unies favorise cette

évolution. L'époque où le pouvoir d'administrer primait celui de juger est révolue. Cette judiciarisation, qui a pour elle d'être formidablement médiatique dans le monde entier, montre la relation ambiguë des juges avec l'opinion. Ainsi la conscience démocratique, révélée par les médias, opère-t-elle un nouveau classement des valeurs : quand celles-ci s'affrontent, la légitimité du droit tend à l'emporter sur la légitimité de la gestion. La justice doit désorganiser, quand elle le juge nécessaire. C'est la force de cette conscience annoncée par Theilard de Chardin qui donne leur véritable légitimité au tribunal pénal international à La Haye et à ses décisions dont, désormais, nul État démocratique ne saurait méconnaître la portée. Le droit s'insinue dans des logiques politiques, diplomatiques et économiques jusqu'à devenir inexpugnable.

La démocratie exige que les conflits trouvent leur solution d'une manière logique et prévisible. Or, paradoxalement, c'est au tour de la justice, prise à revers, de voir son domaine de compétence concurrencé par l'autorité administrative qui s'impreigne de la culture judiciaire. L'on pense d'abord aux autorités administratives indépendantes telles que la Commission des opérations de bourse qui se comportent en parquets, mais cette évolution prend parfois des formes plus discrètes.

Revenons à l'exemple du traitement de la violence à l'école : dès lors que l'objectif éducatif est d'éviter l'exclusion, même en cas de délinquance avérée, les conseils de discipline, qui sont des instances éducatives, deviennent des substituts administratifs au juge pénal. Le déplacement de compétences aboutit à la mise en place de circuits de dérivation (d'autant plus admis qu'y sont invités les représentants du ministère public) et tend à méconnaître la fonction irremplaçable du juge, garant de la liberté individuelle et du droit. Car il ne faut perdre aucune occasion pour fonder l'autorité, notamment auprès des plus jeunes (*cf. Protection de la jeunesse et délinquance juvénile* rapport du sénateur Michel Ruffin).

Si, à l'aube de notre histoire contemporaine, la fonction administrative était prépondérante, elle tend désormais à céder du terrain à des instances régulatrices au sein desquelles la justice occupe une place parmi d'autres. L'administration centrale ainsi que certaines autorités administratives indépendantes investissent à leur tour le champ du juridictionnel, quand elles ne sont pas les postes avancés de la justice elle-même (par exemple : le Conseil de la concurrence). Cette évolution pose aux citoyens un problème d'identification des rôles respectifs des autorités. Elle contribue ainsi à brouiller l'image des différents visages de l'État. Quand le juge administre et l'administration juge, à la critique sur la qualité de la production normative s'ajoute le flottement des repères institutionnels.

Montée en puissance du juge pénal et production normative

M. Alain-Gérard Slama, dans son article « Le malaise de la justice » déjà cité, pose ainsi la question de la concurrence entre deux

sources normatives - celle de l'« État-gouvernement » et celle de l'« État-juge»- : « *Qui, du législateur ou du juge doit être la source principale du droit ? [...] La tradition républicaine française a investi de cette fonction le législateur. La conception anglo-saxonne a répondu par le juge. Comme cette dernière est dominante en Europe, la pression qu'elle exerce sur notre "exception" explique en grande partie le trouble de notre justice* ».

Le juge est devenu un régulateur de la vie sociale de premier plan. Sa promotion dans la conscience collective, qui lui a assuré la reconnaissance de sa fonction, est indépendante d'une volonté supposée de rivaliser avec les pouvoirs exécutif et législatif dans le dessein de conquérir une plus grande influence dans la production normative. Au demeurant, le rapport de la Cour de cassation pour 1995 indique clairement la contribution normative de la Justice. En vérité, celle-ci répond aux questions et comble les lacunes de la réglementation. L'exemple européen est intéressant : la production de textes provoque un choc en retour au plan jurisprudentiel.

Il est vrai cependant qu'à côté de la réglementation qui ajuste l'ordonnancement aux besoins concrets et changeants de la société, il existe une demande d'énonciations de grands principes qui relèvent davantage - plus naturellement - des autorités juridictionnelles. C'est le domaine de prédilection de la Cour de justice des Communautés européennes, de la Cour européenne des Droits de l'Homme et, en France, du Conseil constitutionnel et des cours suprêmes auxquelles tout citoyen a accès.

Le cas de la loi du 13 juillet 1990 (dite « loi Gayssot »), qui a modifié la célèbre loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, est exemplaire. Il aurait été plus satisfaisant pour l'esprit des juristes que le Conseil constitutionnel ait été mis à même d'émettre une appréciation au sujet de la préservation des libertés fondamentales : liberté d'opinion et d'expression (article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) et liberté de communication des pensées et des opinions (article 11). Tout se passe comme si la législation touchant aux grands principes n'était parfaite qu'après avoir été entérinée par les autorités juridictionnelles. Peut-être est-ce là une des dernières traces de la fonction politique des parlements de l'Ancien Régime.

On assiste ainsi à un rééquilibrage des autorités émettrices de normes qui prend en compte la sensibilité de l'opinion publique : le juge est investi d'une dimension éthique, qui tient à son indépendance et à son impartialité. Pour sa part, le juge judiciaire jouit davantage d'une influence morale qu'il ne s'érigé en source de droit dominante. L'« État-gouvernement » doit, quant à lui, apporter des réponses pratiques et rapides. C'est lui qui disperse le champ pénal dans tous les horizons du droit, faisant ainsi du juge répressif un censeur omniprésent de la cité. Car ce n'est pas le juge qui s'approprie son pouvoir. Il le reçoit de la loi et, sauf cas particuliers, en fait usage avec discernement. Mais si tout ce sur quoi déteint le droit pénal vient naturellement à la connaissance du juge, qu'y peut-il lorsque le tumulte du prétoire éclipse le désordre de la

transgression ? La justice pénale se situe au point focal de l'intérêt de l'opinion. Elle est le révélateur émotionnel de la loi.

Les causes de la montée en puissance du droit pénal économique sont nombreuses. En voici quelques-unes :

1) Le droit pénal est souvent associé au droit fiscal lui-même en expansion.

2) Les plaignants de faits constitutifs d'infractions économiques ont intérêt à s'adresser au juge pénal plutôt qu'au juge civil, commercial ou prud'homal. Car le ministère public et le juge d'instruction seconcent leurs efforts dans la recherche de la vérité, y compris dans le cadre d'un procès destiné à créer une pression psychologique pour inciter à la négociation.

3) La mésentente entre associés se traduit généralement par un dépôt de plainte pour abus de biens sociaux (*cf. affaire d'abus de biens sociaux Tranchant-Tapie*).

4) La législation sociale et économique s'appuie sur des incriminations pénales dont les conditions d'ouverture sont souvent trop larges, imprécises et non conformes à la philosophie du droit pénal.

5) Les catégories d'associations habilitées à déclencher des poursuites en se constituant parties civiles sont en expansion, ce qui dessaisit le ministère public de ses prérogatives de décider des classements sans suite.

6) Les difficultés économiques favorisent les contentieux (par exemple : banqueroute, abus de biens sociaux, abus de confiance etc.).

7) La réforme du Code pénal a contribué à cette évolution en créant une nouvelle catégorie de justiciables - les personnes morales - et des incriminations qui « ratissent » largement : le délit de favoritisme créé en 1991 est plus facile à établir que celui de corruption et permet de sanctionner l'ensemble de la procédure illicite, et non plus seulement certaines de ses manifestations ou certains des procédés utilisés pour dissimuler l'illégalité.

Nombre de juristes pensent que la société est victime d'un excès de droit pénal et de l'incertitude de ses définitions. Ils voient un lien de causalité entre l'enrichissement quotidien du dispositif répressif et l'accroissement du rôle du juge notamment dans des domaines où il était jadis peu présent. La société économique et tous les acteurs qui l'aident à prospérer y sont particulièrement sensibles. Par ailleurs, la conjoncture économique et le poids des habitudes (*cf. supra* : l'auto-contôle et la loi - p. 40) accroissent les effets de la pénalisation.

Pour autant, les acteurs socio-économiques réclament, non pas des coupes claires, mais un droit plus ajusté à la diversité des situations. Pour répondre à leur attente, une sorte de dialogue s'instaure entre les différentes sources normatives. Citons à titre d'exemple le principe du « devoir de loyauté » qui vient d'être dégagé par la Cour de cassation (arrêt du 27 février 1996) lequel s'impose au dirigeant d'une société au

profit de tout associé. Relevons qu'en introduisant ce concept bien connu du droit américain (*fiduciary duties*) dans notre ordre juridique, la Cour suprême tend la main à l'« État-gouvernement » qui, dans le cadre d'une réforme du droit des sociétés, pourra expliciter ce concept. Cet exemple illustre le vaste domaine de coopération en matière de production normative entre les diverses expressions de l'Etat.

* * *

L'« État-gouvernement » ne doit pas donner l'impression de subir cette évolution contre son gré. Au contraire, parce qu'il doit favoriser des relations plus transparentes et plus conviviales, il lui appartient de réévaluer sa relation au droit :

Une nouvelle culture juridique : prendre la loi au sérieux

Les propos de M. Antoine Garapon, directeur de l'Institut des hautes études judiciaires, méritent d'être relevés : « *On aime faire des lois, on aime moins les respecter. Ce que dit Tocqueville dans l'Ancien Régime et la Révolution est d'une actualité brûlante : "Les institutions françaises, c'est une règle rigide et une pratique molle. On parle désormais de l'activisme des juges. Est-ce qu'on dénonce suffisamment l'activisme parlementaire qui fait à tour de bras des lois inapplicables et surtout inappliquées ? Lorsqu'elles deviennent applicables, parce que les juges se mettent à faire leur métier jusqu'au bout, on assiste à ce que l'on voit aujourd'hui. Mais la machine marche toute seule et on ne sait plus l'arrêter"* ».

Aux États-Unis, « enfreindre la loi » se traduit par « *To break the law* », expression qui, par sa force sémantique, exprime bien, au-delà du cas particulier, la rupture du contrat social, la manifestation maligne d'un comportement incivique qui dépasse de beaucoup l'objet même de la transgression. Le cas d'un commandant de bord d'un aéronef américain, qui décide de modifier son plan de vol parce qu'un passager refuse d'obéir à une interdiction de fumer, est révélatrice de cette relation à la règle.

En France, la distanciation entre la norme qui fixe une obligation et le devoir de la respecter constitue un vrai problème de société. Ce qui explique à la fois que la plupart des obligations impératives posées par la puissance publique soient assorties de sanctions pénales et qu'en même temps un pourcentage peu important d'infractions dénoncées au parquet soient poursuivies. Il faut veiller à ce que la culture de l'impunité ne soit plus au nombre des obstacles à la crédibilité de la production des normes pénales.

Il n'est pas non plus souhaitable de donner l'impression que les infractions banales ne sont généralement pas davantage sanctionnées. Il s'agit de souligner non seulement l'importance du chiffre noir (le

pourcentage des délits, tels que le vol, qui ne sont pas portés à la connaissance des autorités de police judiciaire), mais aussi la vanité des recherches de la police judiciaire et des procédures pénales mises en oeuvre à cet effet lorsqu'on sait qu'une proportion considérable de poursuites pénales, qui aboutissent à des condamnations, ne peuvent être portées à la connaissance des justiciables concernés. Par exemple, dans le ressort du tribunal de grande instance de Nanterre, sur cent infractions dénoncées au parquet (lesquelles sont affectées d'un chiffre noir particulièrement important), six seulement étaient, ces dernières années, poursuivies et moins encore amenées à exécution.

Les exemples, somme toute inévitables, de lois inappliquées ou insuffisamment respectées, démoralisent les forces de sécurité qui usent leur crédibilité, ainsi qu'ils indignent les « honnêtes citoyens ». Ceux-ci, en leur qualité d'automobilistes, d'usagers des services publics ou encore de contribuables, sentent le poids d'une répression dirigée contre eux. La comparaison qu'ils font entre un excès de vitesse puni d'une amende lourde ainsi que d'un retrait de points du permis de conduire et le traitement judiciaire des délits de droit commun, créateurs d'insécurité, procède du spectacle quotidien offert à l'opinion publique. Elle pose le problème de l'impunité et de l'effectivité de la répression ainsi que celui de l'égalité des citoyens devant la loi pénale.

L'État doit avoir la volonté et la capacité de faire respecter les dispositions pénales qu'il édicte. Rien n'est plus dérisoire qu'un épouvantail sur lequel caquettent les oiseaux. On pourrait faire le point sur les causes de l'absence de poursuites sur le fondement de plus des 9/10e des infractions créées.

* * *

La loi fixe les attributions de l'administration et du juge. Mais au-delà des textes particuliers, demeurent les principes fondamentaux qui assignent au juge seul le soin de trancher des conflits ou d'infliger des sanctions pénales et civiles. Il convient donc de veiller à ce que chaque autorité se situe dans son domaine naturel de compétence ; en d'autres termes, il faut éviter d'instituer entre elles des concurrences :

- Le droit pénal : le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire.
- Force doit rester à la loi : le double langage de la médiation.

Le droit pénal : le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire

Dès lors que l'État entend que ses prescriptions aient force obligatoire, il doit en préciser la sanction en cas de non respect. La sanction, ce peut être la nullité d'un acte, la perte d'un avantage fiscal, une amende civile ou administrative. Force est de constater que le recours

au droit pénal par l'État est devenu un réflexe au point qu'il s'est insinué dans tous les secteurs de la législation.

L'exemple de la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement illustre cette démarche systématique. Cette loi définit les procédures applicables aux installations soumises d'une part à autorisation et d'autre part à déclaration. Elle renvoie à une nomenclature établie par décret en Conseil d'État, puis prévoit que l'exploitant est tenu d'adresser une demande d'autorisation ou une déclaration en cas de... « *changement de procédés de fabrication entraînant des dangers mentionnés à l'article premier* ». L'article premier fait état de dangers possibles pour la santé, la sécurité, la salubrité publique, l'agriculture, la protection de la nature et de l'environnement, et la conservation des sites et des monuments. Les éléments légaux d'un délit, aussi généraux et imprécis, confèrent à l'administration les plus grands pouvoirs d'appréciation quant au dépôt de plainte. Ce qui constitue, en théorie, une menace sérieuse pour les libertés individuelles d'autant plus que les peines prévues sont lourdes : peine d'emprisonnement de un an et/ou amende de 500 000 F et obligation de remettre les lieux en état.

En instituant un délit qui énonce les peines auxquels s'exposent les contrevenants, l'État ouvre la possibilité à la justice d'en faire l'application qu'elle estime adéquate. Il n'y a pas conflit entre l'« État-gouvernement », l'« État-administration » et l'« État-juge ». Si l'État est légitime dans toutes ses fonctions, il n'empêche que l'imprécision de la règle et la gravité de la sanction ont pour effet de donner à chacun des acteurs qui décident en son nom un pouvoir d'interprétation et d'appréciation trop large. Et l'expérience montre qu'un tel pouvoir inhibe l'administration. C'est l'effet pervers des lois inefficaces parce que terrifiantes. Ne s'écarte-on pas trop souvent des prescriptions de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen aux termes desquelles « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ».

L'autre travers d'une législation moderne conçue en marge des grands principes juridiques, c'est l'instauration en parallèle de sanctions administratives. Le représentant de l'État devient une autorité concurrente de la justice. Dans l'exemple cité, le préfet peut contraindre le contrevenant à exécuter les mesures qu'il a prescrites. L'État doit se donner les moyens coercitifs strictement nécessaires pour s'assurer du respect des normes qu'il énonce. Or lorsque l'État institue des procédures administratives et fiscales parallèles, il répartit le pouvoir de sanctionner entre le juge et l'administration : Colbert fait de l'ombre à Montesquieu. (cf. également la législation sur le délit d'initié et les pouvoirs respectifs de la justice et de la Commission des opérations de bourse). Ce qui est aussi souvent le cas des relations des juges des enfants avec les directions départementales des affaires sanitaires et sociales, une illustration parmi d'autres du propos de M. Paul Ricoeur : « *Le rôle de l'État n'est plus clair dans la conscience des citoyens* ».

Cette dualité d'autorités suggère au sujet du Code de la route à un journaliste, M. Jacques Chevalier commentant, le livre de MM. Didier

Gallot et Jean de Maillard *Les automobilistes politiquement incorrects* la réflexion suivante : « Comment oublier ces véritables tribunaux d'exception, qui au milieu des années 80, renvoient les préfets aux champs, le long des routes, pour ôter à des automobilistes médusés et néanmoins "bons pères de famille" leur triptyque rose ?... La sécurité routière a ainsi... réalisé la confusion des genres et bafoué les règles de l'équité ». La combinaison des compétences préfectorale et judiciaire en matière de suspension du permis de conduire qui procède de cet esprit, rend confuse l'action de l'État. L'automobiliste auquel le préfet suspend son permis à titre provisoire parce qu'il a commis une infraction ne peut s'empêcher de penser qu'il subit une sanction. Comment, du point de vue de l'automobiliste, le pouvoir administratif de suspension à titre provisoire s'articule-t-il avec le pouvoir du juge qui peut relaxer ou décider de prononcer une mesure moins sévère ? Une étude est en cours pour mettre fin à cette dualité de compétences.

Il faut assurer la cohérence entre les textes dans le respect des grands équilibres institutionnels, en évitant de créer des champs de concurrence entre l'administration et la justice.

Force doit rester à la loi : le double langage de la médiation

Lorsqu'un principe d'ordre public n'est pas directement en cause, libre aux parties de recourir à d'autres modes de règlements de leurs litiges. Ces espaces d'initiatives, hors du périmètre public, constituent une alternative à la justice de l'« État-juge ». La justice publique est parfois insuffisamment attentive aux besoins des justiciables, notamment en ce qui concerne les délais. Il lui est utile de disposer d'autres éléments que les statistiques annuelles sur l'opinion de la population à son sujet. A cet égard, les arbitrages, les conciliations et les médiations peuvent être autant d'aiguillons et d'indicateurs susceptibles de l'inciter à améliorer ses performances. Ces modes de règlement des différends et des litiges font appel à des talents irremplaçables de juristes et d'experts qui, par leur autorité, permettent souvent aux parties d'abréger leurs conflits, d'en limiter la portée et d'en préserver la confidentialité. Et même lorsque le contentieux a trait à des sujets relevant de l'ordre public, il peut être bon de préparer les décisions judiciaires par des accords sur des points précis procédant de médiations informelles. C'est pourquoi, l'université Paris II et le barreau de Paris, qui s'intéressent en particulier à ce sujet, ont mis en place une association présidée par le professeur Pierre Catala sur les modes alternatifs de règlement des litiges.

En revanche, lorsque l'État encourage ou organise des dérogations à la prévalence de la loi impérative, il porte atteinte au crédit de sa fonction normative. A quoi bon édicter des règles impératives si lui-même accepte qu'elles puissent ne pas être respectées ou du moins qu'elles ne jouissent pas de plus d'un meilleur crédit que des repères discutés. C'est ainsi que s'insinue le doute sur sa résolution. La norme obligatoire perd sa fonction pour devenir un élément de fait, une opinion

ou l'enjeu d'une confrontation politique. D'impérative, la norme devient indicative. On finit par perdre de vue l'idée que transgresser la règle, quand bien même il n'y aurait pas de victimes désignées, porte préjudice à la collectivité nationale.

C'est pourtant la voie sur laquelle s'engage parfois l'État en favorisant des méthodes de traitement des différends nés de la violation de règles impératives. La démarche médiatrice est convenable pour régler des conflits à condition de ne pas nourrir ainsi l'impression que tout est négociable et que la référence à l'autorité - celle de la justice par exemple - n'est qu'une procédure destinée à prévenir l'échec de pourparlers. Il faut veiller à ce que son recours ne nuise pas à la légitimité des institutions permanentes. Ainsi le lieu naturel du rappel à la soumission de chaque citoyen à la loi impérative doit rester le juge, qu'il soit judiciaire ou administratif.

La médiation présente aussi l'inconvénient de faire oublier que la fonction du droit est aussi de protéger les plus faibles, en particulier les victimes d'infractions pénales. Car devant le médiateur, il n'y a plus de règles de procédure et le fond du droit est mis entre parenthèses. Le rapport de forces qui s'instaure devant lui est d'une toute autre nature dans la mesure où il n'est pas un arbitre, mais un intermédiaire doté de pouvoirs équivoques.

Par conséquent, il faut veiller à ce que le recours à la médiation n'ait pour effet d'ébranler le respect qui s'attache à la force de la loi impérative et la légitimité des institutions chargées de la faire appliquer.

Le médiateur de la République

Toute autre est la situation du médiateur de la République dont la fonction procède de la loi. En effet, selon ses propres termes, son activité «*s'exerce dans le cadre d'une mission que lui a confiée le législateur et selon des principes strictement définis par la loi. Il lui appartient notamment d'identifier les cas où une administration n'aurait pas fonctionné conformément à sa mission de service public, n'aurait pas fait une exacte application de la loi, et d'intercéder auprès de celle-ci afin de rétablir les usagers dans leurs droits.* Le médiateur de la République peut également intervenir en équité auprès de l'administration en vertu des dispositions de la loi du 24 décembre 1976 modifiant la loi fondatrice du 3 janvier 1973 (articles 9 et 11). Ce pouvoir ne relève pas de principes supérieurs du droit. Le législateur a simplement voulu permettre au médiateur de la République d'apprécier les conséquences d'une loi, d'un règlement ou d'un jugement pour éviter que celles-ci soient inéquitables pour un membre de notre collectivité. Le médiateur de la République agit pour renforcer la cohésion sociale et c'est son pouvoir propre d'appréciation et d'application : il est seul à pouvoir invoquer l'équité et à formuler des recommandations.

« Ces recommandations doivent être faites dans le respect de l'État de droit, de l'esprit de la loi et sous réserve qu'un certain nombre de conditions soient réunies. Il convient notamment de s'assurer :

- que la décision administrative ait des conséquences inéquitables trouvant leur origine dans la lettre de la loi ou du règlement et non dans une erreur d'appréciation de l'administration ;*
- que cette inéquité soit certaine et suffisamment grave pour constituer une atteinte à la cohésion du groupe social et justifier une intervention fondée sur le devoir de solidarité ;*
- que la situation d'apparente inéquité ne soit pas la conséquence nécessaire et inéluctable du dispositif voulu par le législateur ;*
- que la mesure destinée à compenser l'inéquité soit conforme à l'esprit de la loi ;*
- qu'elle soit concrètement réalisable, c'est-à-dire, financièrement supportable par la collectivité publique concernée ;*
- enfin, qu'elle ne porte pas atteinte au droit des tiers.*

« En outre, la loi fixe les limites de ses compétences et notamment la loi du 3 janvier 1973 lui interdit de s'immiscer dans le domaine de la justice en intervenant dans une procédure engagée devant une juridiction ou en remettant en cause le bienfondé d'une décision juridictionnelle. Dès lors, son action ne peut être préjudiciable à celle de la justice ».

* * *

Refus d'expulser, refus de démolir... C'est surtout en ne prêtant pas à la justice son bras séculier que l'« État-administration » délégitime le juge et se porte tort à lui-même. Il s'y prend de plusieurs manières : il dispose d'une liberté d'appréciation pour concourir à l'exécution des décisions de justice. Mais, d'une manière plus subtile, il organise le chaos juridictionnel en instituant de nouvelles procédures qui permettent de renvoyer la conclusion d'une affaire aux calendes grecques :

Un cas classique de délégitimation de la justice par la concurrence des normes applicables et la confusion des rôles entre administration et justice

Évoquons un fait divers que relate le *Figaro* daté du 13 mars 1996 :

« La fin probable d'un lourd calvaire.

« Depuis quatre ans, F.L. veut vendre son appartement pour pouvoir soigner sa fille malade. Une issue est en vue pour reloger ses locataires "inexpugnables".

« "J'ai l'impression que cette fois-ci, il y a une solution. C'est peut-être sérieux" indique avec prudence F.L.... Depuis quatre ans, cette "mère-courage" se bat afin de récupérer le logement. L'argent de sa vente lui permettra alors de faire face financièrement à l'éducation de sa fille.

« En 1992, F.L. donnait congé à ses locataires, un couple au chômage avec trois enfants, dans les lieux depuis 1986. Ces derniers refusèrent de quitter l'endroit. Un conseiller de Paris intervint afin que les locataires ne soient expulsés qu'avec l'assurance d'un relogement. En avril 1995, une autorisation d'expulsion sera accordée par la préfecture de police. Elle ne sera pas exécutée et la préfecture reviendra même sur sa décision. Dernière solution : trouver une autre habitation aux locataires récalcitrants ».

On peut égrener une infinité d'exemples de même nature, tel le sort d'une dame âgée qui, s'étant adressée à justice pour obtenir l'expulsion d'individus ayant profité de son départ en vacances pour occuper son logement, a dû attendre à l'hôtel près d'un an, en dépit d'une décision de justice de référé, avant de pouvoir réintégrer les lieux.

Détentrice du monopole de la coercition légale, l'autorité administrative n'a cessé depuis le XIX^e siècle de prendre ses distances vis-à-vis de la force exécutoire des décisions de justice. Elle entend se faire juge à son tour, comme s'il s'agissait de dresser le fait contre le droit, l'équité contre la justice. L'article précité indique qu' « *une autorisation d'expulsion est accordée* ». Comment le justiciable peut-il comprendre que l'administration valide ou non une décision de justice ? Alors qu'au surplus, sur un plan général, l'État n'a de cesse que de placer des obstacles normatifs et administratifs destinés à relativiser l'efficacité de la justice et en même temps de fournir les fondements du développement du contentieux qui contribue à l'encombrement des prétoires.

La justice serait-elle le vent immobile ? Certains juges, estimant qu'à ce compte, le dernier mot revenant à la contingence administrative, affaiblissent encore la force de la loi en se comportant en administrateurs de l'équité. C'est ainsi qu'un juge des référés du tribunal de grande instance de Paris, saisi par la ville de Paris d'une demande d'expulsion de squatters, a considéré que celle-ci « *n'avait dans l'immédiat aucun projet précis d'utilisation ou de réhabilitation de l'immeuble* », donnant ainsi en quelque sorte un titre à la voie de fait.

L'idée qui scande la houle des réformes consiste à élargir l'éventail des voies procédurales afin de rendre inépuisable le recours à la justice. Un justiciable veut faire exécuter une décision d'expulsion : son huissier de justice se rendra à plusieurs reprises au domicile de la personne condamnée à quitter les lieux. Celle-ci conservera la possibilité de saisir le juge de l'exécution aux fins d'obtenir des délais qui pourront atteindre trois ans. Ces délais expirés, la mise en oeuvre de l'expulsion commencera par se heurter à des chicanes propres à ce type de voie d'exécution afin que, par cette procédure qui n'est encore qu'une simple pression, la personne condamnée puisse trouver à se reloger. Quand tout paraîtra enfin en règle, alors seulement l'autorité préfectorale appréciera discrétionnairement et sans débat l'octroi du concours de la force publique. Souvent, les grandes villes étant dans une large mesure parties prenantes au règlement de ce conflit dans la mesure où elles peuvent offrir un relogement, l'autorité préfectorale chargée d'octroyer le concours de la force publique différera sa décision jusqu'à l'aboutissement des

procédures d'attribution de logement social. Il faudra également veiller au respect de la suspension de l'effet exécutoire de la décision pendant la période hivernale. Ainsi est-il de plus en plus fréquent qu'un propriétaire qui veut recouvrer la libre disposition de son bien, engage une instance au fond devant les juges des premier et second degré, quand ce n'est pas devant la Cour de cassation, accomplies des démarches administratives pour pratiquer l'expulsion et, en cas de refus - toujours provisoire - de l'autorité administrative de prêter son concours, introduise deux actions indemnitàires, l'une devant le juge administratif et l'autre devant le juge de l'exécution, pour recouvrer des créances contre l'occupant et l'administration. Imaginons qu'une fois libéré, le local soit aussitôt squatté, en général par le même occupant, et c'est une nouvelle procédure qui va démarrer.

En 1991, le coût pour l'État des suspensions de concours de la force publique s'élevait à la somme de 175 MF.

Il est vain de critiquer la complexité et l'inefficacité de ces « bouquets » de contentieux si l'on ne s'interroge sur le déclin du droit de propriété et la primauté de la situation de fait sur la situation de droit. Mais prenant acte de cette évolution sociologique dont l'administration n'est qu'une interprète fidèle, il faudrait sans doute, si l'on devait instituer une taxation particulière de logements vacants, réévaluer le rôle de la justice et l'autorité de ses décisions.

Par nature, le juge est un contre-pouvoir. Mais, est-ce bien le rôle de l'administration de se faire à son tour le contre-pouvoir de la justice ? Ce qui présente aussi l'inconvénient de faire supporter à l'autorité administrative la responsabilité de la décision lorsque son exécution fait scandale.

Le sort d'un bénéficiaire d'une décision en justice constatant une créance n'est pas beaucoup plus enviable. Le concours que devrait lui apporter l'administration pour dénoncer les domiciliations bancaires du débiteur est accordé avec parcimonie.

L'ordre juridique doit procéder de la logique de telle manière que le traitement par l'État des conflits dont le saisissent les justiciables trouve une solution. Lorsque l'État légifère pour amoindrir l'efficacité de la justice et accroître les difficultés d'accès à celle-ci, il produit de l'insécurité. C'est une manière de désoler le justiciable que de « délégitimer » le juge.

Cela étant, le juge contribue à la fonction normative de l'État :

« État gouvernement » et juge : sources normatives complémentaires et concurrentes

Le rapport d'activité pour 1995 de la Cour de cassation exprime en filigrane l'idée d'une complémentarité de la fonction juridique entre l'« État-gouvernement » et l'« État-juge ». Le conseiller à la Cour de cassation M. Yves Chartier, rapporteur général du rapport d'activité annuel, déclare que le rôle de la Cour de cassation consiste non seulement à « *maintenir la règle du droit mais aussi à l'adapter...* »; et d'ajouter : « *La loi perdrait une partie de son efficacité et de sa nécessité si la jurisprudence était incertaine : seule une jurisprudence stable aux contours clairs peut éviter un immense contentieux ; "stabilité" ne veut pas dire pour autant "sclérose" et la Cour de cassation est sensible aux considérations économiques, sociales ou liées à de mauvais résultats dans l'application de la loi* ».

Pourtant des difficultés se manifestent qui résultent du fait que l'« État-gouvernement », l'« État-administration » et l'« État-juge » ont des missions procédant de logiques différentes et qu'il existe entre elles des relations dialectiques.

L'action judiciaire de polissage des textes, cette digestion de la loi par le juge qui lui donne ainsi sa dimension sociale (« *le juge est la bouche vivante de la loi* » disait Montesquieu) est pour l'administration source de maux. Le juge, dans son office, n'a pas à se préoccuper comme elle des effets « collatéraux » de sa décision : manque d'harmonie, effets indésirables, complexité inopportun, amoindrissement de l'effet incitatif ou dissuasif d'un texte. Et surtout l'enrichissement juridictionnel de la règle de droit est le résultat aléatoire du débat auquel donne lieu le procès et de l'intérêt que le juge y porte.

L'autorité administrative qui considère, pour sa part, qu'elle a fabriqué un produit fini, une pièce qui s'insère dans une composition plus vaste, n'apprécie pas le dérangement judiciaire. La simple incertitude sur un éventuel contentieux plane comme une menace.

Certes, l'évolution jurisprudentielle du droit échappe à toute programmation ainsi qu'à toute prévisibilité. Les circonstances qui ont pour noms « influence de la doctrine », « rôle des avocats », « nature de la question posée », « combinaison des talents au sein d'une juridiction collégiale », « médiatisation d'un conflit », « saisine du juge de cassation » sont autant de fruits du hasard qui participent à la création de la jurisprudence.

Hasard de la saisine du juge, incertitude sur sa réponse et le délai dans lequel il se prononcera : on n'empêchera jamais les relations justice - « État-gouvernement » de provoquer quelques éclats. Il arrive que le pouvoir normatif mette en cause une jurisprudence dont il juge les effets indésirables. Tel fut le sort d'une interprétation de la loi sur l'impôt

sur les grandes fortunes par la Cour de cassation qui, ayant été favorable aux contribuables dans une appréciation de l'usufruit, fut aussitôt remise en cause. En revanche, le fisc semble acquiescer à l'arrêt du 13 février 1996 aux termes duquel la Cour de cassation a donné raison à un contribuable qui avait pratiqué une décote sur l'évaluation de sa résidence principale en arguant du fait que l'occupation de l'immeuble par lui-même et sa famille le dépréciait⁽¹⁾.

L'« État-gouvernement » recherche de plus en plus naturellement un certain consensus avec la justice, et même son appui. C'est ainsi que la Chancellerie, à la demande du ministère des Finances, serait enclue, par l'intermédiaire des parquets, à voir fixer une jurisprudence concernant l'étendue des devoirs des responsables sociaux de la société-mère au sujet de la gestion des filiales, en particulier la sincérité de leurs comptes.

L'opinion qui, par le biais des médias, arbitre les divergences d'appréciation entre le Gouvernement et le juge, en même temps souhaite une meilleure coordination entre les Pouvoirs publics et le juge. C'est que le juge, lui aussi, incarne l'État. Juger des intérêts privés répond à une nécessité d'intérêt général. Le juge, dont les décisions sont rendues au nom du peuple Français, représente l'État de droit par excellence. Conscient de la portée de sa fonction, il doit prendre en considération l'ensemble des responsabilités assumées, des contraintes et des contradictions subies par l'État, fût-ce au prix de la censure de ses actes réglementaires ou individuels. Tout est question de mesure, d'état d'esprit et d'explication. Que ne voit-on pas qu'un juge, qui vivrait sa fonction comme une opposition à l'État, ajouterait au découplage entre celui-ci et la Nation.

Pour restaurer la place du juge au sein de l'État, celui-ci doit donner à sa mission de juger des moyens suffisants. Ce sont notamment les difficultés quotidiennes qui empêchent le juge d'être pleinement reconnu dans l'exercice de ses attributions et qui l'incite à prendre ses distances. L'« État-gouvernement » doit également veiller à ce que sa production normative ne donne pas l'impression de confier à la justice des tâches qui n'entrent pas véritablement dans son domaine de compétence.

Il faut autant que possible concilier la logique de la gestion et la logique de la juridiction. Pour cela, il faut redéfinir le périmètre naturel du juge.

(1) Au moment où ce rapport est mis sous presse, un arrêt du 13 février 1997 de la chambre sociale de la Cour de cassation qui, en application d'une loi de janvier 1993, déclare nuls les licenciements de salariés prononcés au terme d'une procédure nulle pour défaut ou insuffisance du plan social, renvoie ainsi à l'État-gouvernement la responsabilité de prendre l'initiative de réviser la législation. Les partenaires sociaux ont été surpris par cette décision bien que, selon la loi, la procédure de licenciement soit « nulle et de nul effet » tant qu'un plan social régulier n'a pas été présenté dans les formes légales aux représentants des salariés. On peut penser qu'en présence de cette « création jurisprudentielle » qui ne s'inscrit que dans une logique juridique, la commission d'experts déjà mise en place par M. Jacques Barrot, ministre du Travail, pour notamment « dégager des propositions d'évolution du droit actuel », se penchera sur cette question qui souligne une fois de plus que la complexité des textes n'est pas satisfaisante.

Chapitre 3

Les structures centrales de l'Etat et la fonction juridique

La crainte inspirée par le juge est la condition nécessaire d'une nouvelle approche de la fonction juridique par les administrations centrales.

L'intérêt croissant des citoyens pour les rapports de droit, qui n'est pas sans conséquence sur la production juridique, induit de nouvelles contraintes pour les administrations en termes de compétence et d'imagination juridiques. L'augmentation du contentieux reflète cette évolution. Les juridictions de l'ordre judiciaire ont, en 1994, rendu près de 2 millions de jugements civils et quelque 14 millions de décisions pénales. Les professions judiciaires ont connu une croissance démographique sans précédent, en particulier les barreaux. Ainsi à Paris, on dénombrait à la Libération quelque 200 avocats contre aujourd'hui 12 000.

Au demeurant, l'accès au droit ne passe pas par cette seule profession qui est loin d'être l'unique responsable de l'engouement pour cette discipline. On voit des cabinets d'architecture donner des consultations en droit de l'urbanisme ; de même les associations, dont certaines ont des compétences pointues telles que celles qui militent pour la défense des étrangers ou de l'environnement, les syndicats et les ordres professionnels rapprochent les citoyens du droit. Mais surtout, toutes les couches de la société sont invitées à emprunter le chemin du tribunal grâce à l'extension de l'aide juridictionnelle qui, dans certains ressorts, en raison des revenus des justiciables, est accordée à un plaideur sur deux et aux conventions d'assistance juridique proposées par les banques et les compagnies d'assurance moyennant de modestes primes (environ 400 F par an).

Ainsi s'est « judiciarisée » la société. Et les rituels sondages sur l'image de la justice à laquelle seule une minorité de citoyens déclare faire confiance obscurcit la compréhension de ce phénomène commun à toutes les sociétés développées, phénomène qui a largement contribué à l'évolution du droit. En tant que producteur de normes, l'État n'a de cesse que de répondre à cette attente, ne serait-ce qu'en élargissant le cercle des justiciables (par exemple, les associations habilitées à se constituer partie civile), la gamme des juridictions (parmi les dernières nées : le juge de l'exécution, le juge aux affaires familiales), des procédures (surendettement des particuliers) et des infractions pénales. Les instances juridictionnelles

ne sont pas en reste. Le Conseil constitutionnel qui a développé son rôle dans le contrôle de l'exercice du pouvoir législatif est devenu, selon l'expression de M. Didier Maus, « *un véritable régulateur de la continuité juridique* ». La procédure a élargi le droit d'agir des groupements, ce qui fait d'eux en quelque sorte des procureurs privés, dépositaires de la défense d'intérêts collectifs, pour ne pas dire parfois généraux : il s'agit de procédures inspirées du modèle américain des « *class actions* ».

Cette évolution n'est pas, selon certains, exempte de risques. Ainsi, dans la revue *Philosophie politique* n° 7/1995, le professeur François Terre affirme-t-il : « *Force est même de constater que, depuis une cinquantaine d'années, tout un mouvement législatif a abouti à accroître le rôle du juge dans la société française. Il est loin d'être demeuré, sur le modèle de l'acte de dire le droit (juris-dictio), le serviteur de la loi. En tous domaines ses missions se sont multipliées. Il administre des biens, il les évalue, il obtient la régularisation de situations, il gère des entreprises... Et s'il y a crise de la justice, c'est principalement parce que à l'augmentation des tâches n'ont pas correspondu l'accroissement du nombre des juges et la modernisation des palais de justice* ». (« L'américanisme et le droit français »).

Ce nouveau rapport au droit emporte des conséquences en termes d'organisation : des pôles de compétence se développent. La technicité, les contraintes économiques et la demande de la clientèle suscitent des regroupements et des spécialisations au sein de toutes les professions juridiques.

Ce qui explique que les administrations qui n'ont pas encore modifié leur approche minimaliste du droit, subissent les conséquences de leurs lacunes : la complexification normative devient un avantage pour l'usager du droit et un handicap pour celles d'entre elles qui sont sous-équipées. Dans l'administration traditionnelle, le juriste apparaît lorsqu'une affaire entre dans la phase précontentieuse. C'est le carabinier d'Offenbach. Mais, dans la vie de tous les jours, la fonction de ce responsable n'incarne pas un principe de réalité.

Dès lors, quelle doit être la stratégie des administrations centrales qui auraient tendance à prendre des libertés avec le droit au motif qu'elles constituent le soutien le plus proche de l'action gouvernementale et qu'à ce titre, elles se sentent hors de portée de la sanction juridictionnelle ?

Elles doivent faire remonter la place du juriste de la phase finale - le contentieux - vers l'amont jusqu'à l'associer à l'élaboration de la stratégie. A lui de démontrer, par la sécurité qu'il apporte au fonctionnement de l'administration et à l'évolution des missions de celle-ci, la légitimité juridique.

Cette opinion vaut également pour les représentants de plusieurs administrations centrales chargées d'élaborer une réforme lorsqu'il n'y a pas clairement de chef d'orchestre pendant la phase préparatoire ; ne partageant pas tout à fait les mêmes références culturelles et la même interprétation de l'intérêt général, chacun de ces représentants joue sa

petite musique (*cf.* le projet de loi contre l'exclusion où le ministère du Travail et des Affaires sociales qui n'apparaissait pas totalement en phase avec le secrétariat d'État à l'action humanitaire d'urgence).

C'est ainsi que l'univers du droit est traversé de forces centrifuges. D'où l'idée, pour remettre de l'ordre dans le discours juridique de l'État, d'instaurer des synergies entre ministères et entre services d'un même ministère. Après tout, dans notre monde si ouvert au dialogue et aux débats, la solitude d'une équipe ministérielle en charge d'une réforme, qui va présenter sa rédaction au Conseil d'État comme des élèves craignant les foudres du maître, ne laisse pas de surprendre.

Pour donner cet élan, il est proposé de faire de la Chancellerie le ministère du droit privé, de créer au sein de chaque ministère un pôle juridique, d'étendre autant que possible l'objet des études d'impact et de prévoir un suivi des textes, de créer un contrôle juridique rattaché au Secrétariat général du Gouvernement, d'ouvrir la possibilité au parquet général près la Cour de cassation d'émettre des avis, de faire davantage appel à des pré-rapporteurs du Conseil d'Etat et d'associer plus étroitement les professeurs de droit à la fonction juridique de l'Etat. Tout en conservant leurs attributions et afin de mieux les exercer, il est indispensable que les services opérationnels des ministères disposent de moyens juridiques adaptés à leurs besoins.

* * *

Il est proposé de créer des pôles juridiques qui, pour des raisons d'indépendance intellectuelle, devraient être constitués en directions :

Constituer un pôle juridique au sein de chaque administration centrale

L'une des contributions à l'amélioration de la fonction juridique pourrait consister en la création d'un pôle juridique au sein de chaque administration centrale. Le rôle de cette entité s'apparenterait à celui d'un avocat qui consulte, postule devant les tribunaux, rédige des projets d'acte, anticipe l'impact des mesures prises, en défend le bien-fondé, propose des transactions, transige et surtout éclaire l'autorité politique qui doit prendre des décisions en connaissance de cause.

Fonction de soutien

Seuls le ministre et les directeurs des administrations centrales devraient pouvoir saisir le pôle juridique afin de ne pas le détourner de sa mission essentielle de traitement des dossiers les plus délicats et surtout pour éviter à tout prix d'éloigner de la préoccupation juridique les fonctionnaires des autres services.

Cette structure ne serait donc pas investie de prérogatives opérationnelles au même titre que d'autres services et ne se situerait donc pas dans une logique de concurrence avec eux. Elle aurait pour fonction de formuler des avis, de mettre en forme juridique des décisions et d'ouvrir l'horizon du ministère à l'univers du droit et des juridictions. Elle aurait des relations habituelles avec le Conseil d'État, les facultés de droit, le monde de la justice, le barreau et tous les spécialistes des questions juridiques qui entrent dans la sphère d'intérêt du ministère. Le pôle juridique devrait également pouvoir suivre les grandes affaires contentieuses, du moins les plus délicates. Car l'activité de conception et d'évaluation nourrit celle liée au contentieux. Elles sont indissociables : celui qui donne un avis doit le défendre devant le juge.

Force de proposition

Dans le domaine juridique, l'administration était jadis un laboratoire d'initiatives et de propositions. M. Jacques Larche, président de la Commission des lois du Sénat, qui avait connu dans les années 60, alors qu'il était directeur au Secrétariat général du Gouvernement, les équipes de juristes de la Chancellerie, leur reconnaissait la maîtrise intellectuelle des matières relevant de leurs attributions (*cf. supra* la mémoire du droit). Il s'agissait, au sens plein du terme, de légistes capables d'évaluer le besoin ou l'intérêt d'une réforme à la fois parce qu'ils étaient à même de découvrir les lacunes et les difficultés concrètes d'une législation par le suivi attentif de la jurisprudence, de la doctrine et des questions écrites et qu'ils étaient en relation étroite avec les représentants des publics spécialisés.

S'il est vrai que d'excellents experts puisés dans le vivier des professeurs de droit et de grands praticiens - certains se souviennent encore de la connaissance du droit de l'urbanisme du notaire, maître Thibierge - débattaient, dans le cadre de commissions, des bases de grandes réformes, il n'en demeure pas moins que les juristes des administrations centrales concernées contribuaient à ce foisonnement intellectuel par la mise en forme des propositions. Or, cette connaissance profonde des dossiers, ce professionnalisme sont en déclin. Mais ce déclin, le Gouvernement l'accentue en recourant trop systématiquement à une force expertale extérieure aux administrations. C'est ainsi qu'il en ait venu à confier à des personnalités - parfois des parlementaires - des missions de réflexion sur des pans entiers du droit.

Il paraît souhaitable de restituer aux administrations centrales leur fonction d'aide à la stratégie juridique de l'État. Il importe pour cela de restaurer les conditions de compétence intellectuelle et de ne recourir qu'à bon escient à des alternatives comme des chargés de mission (les commissions et les groupes de travail auxquelles participent les services ne présentent pas le même risque de démotiver).

Un investissement de longue haleine

L'investissement ainsi proposé porterait ses fruits à terme puisque l'autorité de ce pôle juridique reposera moins sur des prérogatives inscrites dans les procédures décisionnelles que dans la démonstration de l'utilité de son rôle, à la manière d'un particulier qui trouve intérêt à se confier à un avocat ou à un notaire. Du temps est nécessaire pour que cette instance fasse la preuve du principe de réalité du juridique. Ce n'est, en effet, qu'après plusieurs années qu'un ministre dispose d'un recul suffisant pour mesurer l'intérêt d'une telle aide à la décision. Faire la démonstration de l'utilité du juriste nécessite donc une certaine stabilité ministérielle ! Cette stabilité, le maire de Paris l'a connue, qui a subi les conséquences de choix mal éclairés, sanctionnés par le juge administratif, jusqu'à ce qu'il crée la structure juridique qui, en jouant aujourd'hui pleinement son rôle, le prémunit contre les risques juridiques majeurs.

Relation de confiance avec le ministre

En effet, l'efficacité du pôle juridique dépend d'abord de la relation de confiance que lui manifeste le ministre et de l'intérêt qu'il trouve à son concours. C'est lui seul qui, en raison de sa fonction de coordination au sein de son département (en l'absence de secrétaire général), peut modifier la sociologie de l'administration en faisant jouer à ce service un rôle central. Le pôle juridique pourrait d'ailleurs avoir une fonction de coordination entre des directions qui n'ont pas le même point de vue pour traiter un problème à forte incidence juridique. C'est là une raison supplémentaire, même si elle est occasionnelle, qui justifie une structure horizontale. Au surplus, les administrations centrales souffrent de la sectorisation de leurs directions, laquelle les prive d'inspiration commune. Le pôle juridique faciliterait l'échange et la formulation d'une stratégie d'ensemble.

Une direction...

Pour renforcer l'importance de la fonction juridique au sein du ministère, il est souhaitable que cette équipe soit constituée en direction autonome. Elle doit être affranchie de toute relation tutélaire avec d'autres services. Ce pôle juridique n'impose rien, il informe, participe à la stratégie du ministère. Il a une stratégie de prestataire de services. En contrepartie, à l'image de l'avocat ou du juge préservé par son statut, la liberté de pensée et d'expression de cet organe est mieux assurée par sa structure directoriale. L'exemple de la ville de Paris est, sur ce point également, très convaincant.

... dotée d'effectifs peu nombreux

La crédibilité d'une Direction des affaires juridiques ne devrait pas être fondée sur l'importance numérique de l'équipe - car un service nombreux constituerait mécaniquement un contre-pouvoir - mais sur la qualité de ses membres. L'équipe pourrait comprendre le cas échéant un

membre du Conseil d'État, un ou deux magistrats de l'ordre judiciaire, des conseillers des tribunaux administratifs et des attachés d'administration centrale. A titre de référence, la Direction des affaires juridiques de la ville de Paris, qui a une importante activité - y compris en ce qui concerne les mesures réglementaires - dispose de trente-cinq agents (soit 1 % des effectifs totaux) dont vingt-quatre de catégorie A ou assimilés.

Les juristes devraient être sélectionnés sur la base d'une expérience pratique du droit, de savoir-faire dans la préparation des dossiers, de leur aptitude à pouvoir identifier le spécialiste compétent. Ils devraient avoir le sens du temps et parfois même de l'urgence, pouvoir aussi bien suivre méticuleusement un contentieux complexe qui évolue à son rythme que réagir à une demande d'avis très urgente.

Ces juristes devraient pouvoir :

- s'adapter à la psychologie de l'interlocuteur (ils sont à la disposition du ministre et des services) ;
- faire une appréciation politique de l'objectif ou des risques que comporte la solution préconisée ;
- développer la synergie des moyens en mettant à contribution des personnes extérieures au service, notamment au profit de la fonction d'anticipation.

...ouverte sur le monde du droit

Ainsi la ville de Paris, désireuse de s'ouvrir sur la communauté juridique nationale, a créé un Comité consultatif du contentieux où siègent des professeurs de droit. Cet exemple mérite d'être suivi.

Les ministères pourraient créer ou vivifier, sous l'impulsion de leur Direction des affaires juridiques, des comités de juristes capables de faire une évaluation des besoins nouveaux en droit, de donner un avis sur l'impact d'un avant-projet de réforme dans l'ordonnancement juridique.

A cet effet, pour affiner sa compétence ou valider son point de vue, cette direction devrait disposer de crédits de recherche et d'honoraires pour sous-traiter les dossiers qui excèdent sa compétence ou pour valider son point de vue.

Modèles existants

On émet des réserves à l'égard des structures mixtes qui, tout en se comportant en conseil juridique du ministère, gèrent un domaine opérationnel. Ce qui est le cas de la Direction des affaires juridiques et des libertés publiques du ministère de l'Intérieur qui comprend notamment la sous-direction des étrangers et de la circulation transfrontière.

De même l'approche du ministère de la Défense, qui confère l'exclusivité des relations juridiques avec l'extérieur à la Direction des affaires générales (qui relève du secrétariat général pour l'Administration), est démotivante pour les directions opérationnelles et les états-majors. Ainsi, lorsque la Direction des affaires criminelles et des grâces du

ministère de la Justice sollicite l'avis de la Direction générale de la gendarmerie sur un projet de loi en matière de procédure pénale, seule la Direction de l'administration générale est habilitée à donner un avis au nom du ministère.

Le modèle de la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères se rapproche de l'idée de pôle juridique qui vient d'être exposée. Mais, comme d'ailleurs la Direction des libertés publiques du ministère de l'Intérieur, elle souffre d'une insuffisance chronique de personnels. Membres du corps préfectoral et diplomates préfèrent être affectés à des tâches opérationnelles qui, selon eux, correspondent mieux à leur vocation. Elle est même amenée à sous-traiter un nombre trop important de dossiers.

Quant au modèle de la Direction des affaires juridiques de la ville de Paris, il appelle une réserve tenant à ce qu'elle est organisée sur la distinction droit-public-droit-privé.

En effet, il vaut mieux privilégier une vision croisée, une « structure-carrefour » où diverses formations juridiques se retrouvent et s'enrichissent mutuellement. Il paraît préférable, en effet, de développer des pôles de compétence en réponse aux centres d'intérêt du ministère. Ainsi, la Direction des affaires criminelles et des grâces, en définissant des secteurs qui ne reposent pas sur des spécialisations universitaires mais sur des priorités gouvernementales, accroît sa capacité d'aide au ministre pour lui permettre d'élaborer une doctrine d'ensemble. C'est dans cet esprit qu'elle a créé des bureaux orientés vers les sectes, la police judiciaire, la protection des victimes, la lutte contre le crime organisé et le blanchiment de l'argent.

Présence de la culture du droit privé au Conseil d'Etat et au Secrétariat général du Gouvernement

Le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement pourraient avoir intérêt à favoriser leur ouverture au droit privé en accueillant quelques magistrats supplémentaires. Le recrutement au tour extérieur du Conseil d'Etat, du moins en ce qui concerne les maîtres des requêtes, pourrait davantage s'adresser aux magistrats. Pourquoi ne pas créer un tour extérieur qui leur serait réservé ? Rappelons que sous la IV^e République, il appartenait au garde des Sceaux de sélectionner les maîtres des requêtes au tour extérieur. C'est l'époque où des directeurs à la Chancellerie, notamment des directeurs des affaires civiles et du sceau, et d'autres magistrats de haut niveau ont été ainsi invités à prendre place dans cette haute assemblée.

Quant au Secrétariat général du Gouvernement qui emploie deux magistrats, peut-être pourrait-il augmenter ses effectifs d'un ou de deux éléments pour répondre à la demande d'expertise en droit privé.

En même temps, le Gouvernement pourrait trouver intérêt à disposer d'un organe chargé du contrôle juridique, lequel serait constitué

de personnalités pour mener à bien un audit des capacités juridiques d'un ministère ou d'un service de l'État et traiter directement des dossiers pour faciliter le travail juridique interministériel :

Contrôle juridique

L'une des difficultés de l'évaluation de la fonction juridique tient à ce qu'aucun ministère n'est demandeur d'une mise à plat de ses capacités, que ceux qui s'appuient sur une tradition de compétence masquent la déficience de ministères plus démunis, que les cabinets ministériels, le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement constituent des soutiens qui pallient les insuffisances chroniques.

On ne doit pas sous-estimer, en effet, l'amour propre d'une administration, son désir d'autosuffisance, le poids de ses liens tutélaires avec ses administrés, la difficulté de recruter elle-même de meilleurs éléments du fait de sa cote auprès des élèves de l'École nationale d'administration, les conséquences de l'équilibre subtil entre les différents corps d'origine de ses serviteurs (notamment corps d'ingénieurs) et ses possibilités budgétaires d'accueillir des personnels de bon niveau en position de détachement. Mais la réponse à ces faiblesses, qui sont d'autant plus préoccupantes qu'elles sont latentes, renvoie à l'aptitude de l'État à se réformer. Or, celui-ci doit se donner les moyens d'évaluer sa fonction juridique et normative.

Un oeil extérieur peut apporter beaucoup d'amélioration : une mission d'audit effectuée par des spécialistes qui n'appartiennent pas à l'administration concernée et n'ont pas vocation à en faire partie, pourrait être source de progrès. C'est pour cela que de nombreuses entreprises privées jugent utile de recourir à l'audit juridique, soit dans des secteurs bien précis (exemple : propriété industrielle), soit sur un plan général, à la manière d'un médecin de famille. Les investigations portent alors sur l'ensemble des conventions, accords, contrats de travail, contentieux etc.

L'État ayant un devoir de contrôle juridique, comme il a celui de vérifier l'emploi des deniers publics et le recouvrement de ses créances. Il devrait pouvoir assurer cette fonction d'une manière pragmatique, c'est-à-dire sans créer une inspection ou un corps de contrôle supplémentaire.

Il pourrait confier cette fonction à une mission constituée de membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes. Il s'agirait d'une petite équipe de juristes rompus aux problèmes délicats que pose la fonction juridique à l'État. Celle-ci se verrait confier des audits portant sur l'organisation de la fonction juridique de l'État et sur les moyens mis, à cet effet, à sa disposition. Elle pourrait aussi donner son avis sur l'applicabilité de mesures nouvelles compte tenu des dispositifs administratifs mis en place. Elle apprécierait ainsi la cohérence entre une réforme en vigueur et les mesures concrètes mises en oeuvre par l'administration pour lui donner corps. Elle pourrait appeler l'attention du Gouvernement sur l'obsolescence des règles de droit ou, au contraire, sur les difficultés

pratiques de mise en place d'une réforme, par exemple celles qui concernent les procédures applicables aux entreprises en difficulté et les professions responsables de leur mise en oeuvre.

Cette mission pourrait être saisie par le Gouvernement, le vice-président du Conseil d'Etat, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes lorsqu'ils seraient amenés à enquêter sur des dysfonctionnements justifiant une appréciation portant à la fois sur l'application du droit positif et l'adéquation des structures administratives.

Par ailleurs, l'État devrait plus souvent faire appel aux moyens dont il dispose déjà ou qu'il peut aisément adapter à l'amélioration de la fonction publique :

- La fonction juridique de l'État et les professeurs de droit.
- Les pré-rapporteurs du Conseil d'Etat.
- Les avis de la Cour de cassation.

La fonction juridique de l'État et les professeurs de droit

Jadis, les professeurs de droit étaient associés aux réformes, soit en présidant des commissions « *ad hoc* », soit en étant, le plus souvent d'une manière informelle, des conseillers écoutés du Gouvernement. C'étaient des jurisconsultes dont les avis faisaient autorité.

Les choses ont, aujourd'hui, changé : ils se sont éloignés de la fonction juridique au sein de l'administration. Une meilleure contribution des professeurs de droit à la vie de l'*« État-stratège »* impliquerait que ceux-ci reconquièrissent l'image de légistes impartiaux que certains d'entre eux ont un peu voilée en orientant leurs consultations dans le sens d'intérêts particuliers et en faisant une part trop importante aux activités de conseil par rapport à leur contribution désintéressée à la doctrine.

Un État de droit a besoin du soutien des « intellectuels » et du concours actif, même s'il est parfois critique, des professeurs de droit. Nombreux sont les magistrats et les fonctionnaires qui regrettent le déclin quantitatif des grandes notes d'arrêt, lesquelles sont aujourd'hui essentiellement rédigées par de jeunes agrégatifs. On se souvient des notes signées des professeurs Capitant, Ripert ou encore Vedel, Rivero ou Laubadère. Cette moindre contribution à l'élaboration de la doctrine affaiblit son rayonnement. Le droit en souffre. La distance qui sépare le monde universitaire de l'administration centrale est préjudiciable à la qualité des réformes qu'engage l'Etat, même si l'on ne peut passer sous silence le fait que certains ministères entretiennent encore des relations étroites avec le corps professoral. Ainsi la Chancellerie fait encore volontiers appel à lui dans des domaines tels que la procédure, le droit pénal, l'état des personnes etc. Mais dans l'ensemble, on assiste à un éloignement progressif du monde universitaire qui, en privant l'Etat d'une possibilité d'améliorer la qualité de la production normative, nuit à son rayonnement,

notamment auprès des « intellectuels ». Le Gouvernement semble recourir plus volontiers à des « experts » provenant d'autres origines de la fonction publique et surtout à des parlementaires. Ceux-ci ne comblent pas le déficit de la contribution universitaire.

Il serait souhaitable d'associer plus volontiers les professeurs de droit à la réflexion sur la modernisation de l'État de droit, de leur confier le plus souvent possible des missions d'élaboration de réformes à forte incidence juridique (exemples : droits de l'urbanisme, du travail, de la propriété intellectuelle), de les consulter sur les contentieux dont l'issue importe à l'État, de les inviter à participer au sein de l'organe chargé du contrôle juridique à l'évaluation de la fonction juridique des administrations et à prendre place dans les conseils consultatifs du droit placés auprès de chaque ministre (*cf. supra*). Il convient, à cet égard, de citer, en partie, la conclusion du rapport intitulé *La participation de juristes universitaires aux activités des administrations et des juridictions administratives* adressé le 15 février 1995 par M^{me} Latournerie, conseiller d'État à M. le vice-président du Conseil d'État : « *Ce rapport est commandé par un souci de réalisme que renforce une conviction profonde en la validité de l'objectif de recherche de synergies entre administrations et juridictions administratives d'une part, juristes universitaires d'autre part. Expérimenter l'ouverture effective de la fonction de conseiller juridique à temps partiel rémunéré d'une administration centrale, leur offrir un éventail plus complet de voies d'accès aux fonctions administratives et juridictionnelles du Conseil d'État, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, normaliser le cadre juridique et les conditions financières de leur emploi temporaire à temps plein par des administrations centrales et déconcentrées, tel pourrait être le programme global à mettre en chantier* ».

De même, sur les plans départemental et régional, les préfets pourraient améliorer la qualité juridique des services déconcentrés de l'État, en leur prescrivant de consulter les professeurs de droit d'une manière habituelle. Saisis de problèmes juridiques notamment dans le cadre du contrôle de légalité ou pour anticiper les solutions que le juge peut apporter à l'application d'une règle dont l'interprétation est incertaine, les professeurs de droit pourraient contribuer à améliorer le respect du droit et par voie de conséquence la formation juridique des élus et des personnels concernés. L'exemplarité dans un cadre de travail équivaut à une action de formation continue.

* * *

Les pré-rapporteurs du Conseil d'État

L'amélioration de la production normative doit se traduire par une plus grande ouverture d'esprit de l'administration. De même qu'un

professeur de médecine est plus à même qu'un médecin de campagne à s'adresser à ses confrères les plus éminents, de même les administrations centrales mieux préparées à la fonction juridique peuvent plus aisément nouer des liens avec le monde du droit et, en particulier, avec le Conseil d'État. Cette démarche doit être d'autant plus encouragée que cette haute assemblée émet sur les projets des avis en opportunité juridique et si, à partir de la phase préparatoire, l'un de ses membres a connaissance des objectifs du Gouvernement, elle pourra disposer d'éléments suffisants pour apporter aide et conseil. Rappelons à ce sujet que l'opportunité étant entendue comme étant la cohérence de l'action du Gouvernement, le Conseil d'État veille à la conformité des projets aux règles de la bonne gestion administrative, à la capacité des Pouvoirs publics à mettre en oeuvre la réforme envisagée et à la compatibilité de la mesure avec d'autres qui existent déjà, prises ou à la veille d'être prises dans le domaine visé par le texte ou dans les domaines connexes. C'est pourquoi, la désignation de pré-rapporteurs accroît la sécurité que procure au Gouvernement le Conseil d'État, et assure en même temps la qualité rédactionnelle des textes.

Le pré-rapporteur du Conseil d'État peut veiller à la bonne exécution d'études d'impact et s'assurer que l'ensemble des services de l'État et des autorités compétentes ont bien été consultés. Il est, par excellence, celui qui s'assure que la production normative est une œuvre de collaboration. Au contact des fonctionnaires des différentes administrations concernées, il peut avoir auprès d'eux un rôle pédagogique rayonnant.

Les avis demandés par les juridictions à leur Cour suprême respective

Le Conseil d'État peut être saisi par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel « *d'une question nouvelle présentant des difficultés sérieuses et susceptibles de se poser en de nombreux litiges* ». Les avis au nombre d'une dizaine par an orientent le cours des instances. Cette procédure consultative tend à faciliter la solution de plusieurs milliers de dossiers dans les domaines les plus variés :

- préjudices commerciaux subis par la SNCF et les sociétés d'autoroutes à la suite de grèves et de manifestations interdisant la circulation ou le paiement du péage;
- supplément familial de traitement des agents publics ;
- interprétation relative au financement des comptes de campagne électorale de la notion de « candidat ».

S'inspirant de cette procédure de consultation, la loi du 15 mai 1991 a ouvert aux juges judiciaires la possibilité de saisir, pour avis, la Cour de cassation « *avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* ». Les avis tendent à améliorer la sécurité juridique en permettant d'anticiper la solution que pourra donner la Cour de cassation lorsqu'elle sera saisie d'un pourvoi fondé sur le point en

discussion (ou afin de prévenir la formation de pourvois). Depuis l'entrée en vigueur de cette procédure de consultation, la Cour de cassation a émis une soixantaine d'avis, qui, pour une part importante, sont relatifs à des questions de procédure. On assiste depuis quelques temps à une diminution du nombre de demandes d'avis.

Les questions posées par le Gouvernement au Conseil d'État

Un autre type d'avis a trait aux questions que se pose le Gouvernement sur des problèmes importants par leurs conséquences pratiques et dont la solution apparaît délicate.

L'ordonnance du 31 juillet 1945 donne au Gouvernement la possibilité de consulter le Conseil d'État « *sur toutes difficultés qui s'élèvent en matière administrative* ». On relève dans les dernières années des demandes d'avis portant sur l'étendue du domaine public, le crédit-bail, les tarifs du TGV, les marchés ou concessions de mobilier urbain, la vaccination obligatoire, l'aide sociale aux étrangers, la laïcité et le port du « foulard » islamique, etc. On relève également une demande d'avis sur le droit à régularisation de leur séjour pour certaines catégories d'étrangers et sur les conditions d'application de la loi pénale plus douce.

Les questions que devrait pouvoir poser le Gouvernement au Parquet général près la Cour de cassation

C'est précisément cette question de rétroactivité de la loi pénale plus douce qui invite à s'interroger sur l'intérêt qu'il y aurait pour le Gouvernement à solliciter l'avis du parquet général près la Cour de cassation.

Le choix du parquet, et non de la Cour elle-même, permet d'éviter que l'avis ne soit émis par des formations qui puissent être amenées à se prononcer au contentieux sur le point de droit soulevé. En même temps, magistrats du siège et du parquet travaillant en profonde osmose intellectuelle, les avis formulés par ces derniers seraient revêtus d'une grande autorité. En tout cas, les avis qui se rapporteraient aux matières juridiques relevant de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires, seraient plus « légitimes » que ceux émis par l'autre Cour souveraine à laquelle échappe l'aspect juridictionnel de la question. Pourquoi priver l'« État-gouvernement » de la faculté de faire appel à ce « gisement de compétence » ? Précisément, l'interprétation des dispositions d'une loi pénale plus douce incombe généralement aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Il en va de même de questions portant sur la procédure civile ou pénale, l'état des personnes, le droit de la nationalité... C'est en raison de sa contribution au contentieux, mais sans prendre part aux délibérés, que le parquet général près la Cour de cassation pourrait donner au Gouvernement des avis de nature à renforcer la sécurité du droit.

Ce serait aussi, au plan symbolique, un signe que la justice n'est pas un morceau du continent de l'État qui s'en éloigne, mais un partenaire de l'« État-gouvernement » qui l'aide à mieux assurer sa fonction juridique.

* * *

L'« État-gouvernement » devrait disposer d'une force opérationnelle de consultation et de co-rédaction pour tous les textes qui touchent au droit privé et au droit pénal. Dans ces domaines, la Chancellerie pourrait devenir le pôle juridique de celui-ci et l'associée du ministère qui prend l'initiative de la réforme :

La « babélisation » du droit et la chancellerie

Le droit, c'est d'abord une langue, une logique et une culture. Le droit, sous la pression du foisonnement dans l'ensemble des domaines de l'activité humaine, est conduit à se diversifier en spécialisations de plus en plus indépendantes. Pourtant, alors qu'ils devraient innover dans le respect du droit, pris dans cette acception, les Pouvoirs publics concourent pour une part importante à cette évolution destructurante.

Or, plus que jamais, il est nécessaire que l'État assure la police de l'évolution du droit, du moins dans son domaine propre de compétence. Il devrait disposer, à cet effet, de la collaboration de la Chancellerie pour les textes touchant au droit privé et au droit pénal. La Chancellerie deviendrait ainsi le ministère du Droit.

La Chancellerie devrait avoir une mission générale de notaire du Gouvernement pour l'élaboration de tous les textes qui créent des obligations à la charge des personnes de droit privé ou qui comportent des dispositions répressives. Il s'ensuit que les textes devraient être rédigés conjointement par le ministère qui a pris l'initiative de la réforme et la Chancellerie.

A l'heure actuelle, certains ministères ont tendance à éluder la saisine de la Chancellerie pour gagner du temps ou pour ne pas avoir à négocier le contenu juridique d'une réforme ; ce qui se produit parfois, entre autres, en droit commercial. Mais, il faut reconnaître que le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement veillent à ce que la Chancellerie soit consultée et c'est par ces canaux qu'elle est informée de certains projets élaborés à son insu et priée, dans la phase finale de la préparation d'une réforme, d'apporter sa contribution.

Il arrive aussi que la Chancellerie soit saisie en toute dernière extrémité. Elle dispose alors d'un trop court délai pour donner un avis suffisamment éclairé et motivé sur un texte qui peut compter plusieurs dizaines d'articles de sorte que son rôle se borne à vérifier si le texte soumis ne rencontre pas d'obstacle juridique majeur, que la disposition

pénale insérée institue une répression adaptée et que ses éléments légaux sont suffisamment précis.

Peut-être les ministères qui ont la responsabilité des réformes, verraient-ils dans cette collaboration renforcée à la fois une perte d'autonomie et la soumission à une discipline juridique étrangère au champ de leurs préoccupations. Mais ce binôme entre « bureaux » d'horizons différents serait très formateur pour les fonctionnaires pour lesquels le droit n'est qu'une culture d'appoint et surtout contraindrait les ministères à se référer à un corps de principes. Car seule une « doctrine » peut assurer une cohérence à la production normative au-delà des scissions politiques.

Il est temps, en effet, que les rédacteurs de textes s'affranchissent de cette vision limitée à un étroit domaine dont ils s'approprient l'extrême technicité pour cheminer, à partir d'une vision générale, vers la solution du problème à résoudre. La démarche préconisée, qui n'est pas sans rappeler le principe de l'entonnoir, assurerait aux textes une intelligibilité ouverte au plus grand nombre. La Chancellerie, par sa vocation générale et son découpage fonctionnel qui assure à chacun de ses bureaux une large vision sur des pans entiers du droit, est en mesure d'apporter ce souffle et cette clarté dont on déplore trop l'absence dans notre production normative.

C'est sous cette double responsabilité, celle du technicien d'un côté, celle du juriste de l'autre, que seraient assurées aux textes dès leur genèse plus de densité et une meilleure justification de leur raison d'être.

Bien sûr, une telle responsabilité impliquerait que la Chancellerie dispose de moyens suffisants. Deux de ses directions sont essentiellement concernées : la Direction des affaires civiles et du sceau et la Direction des affaires criminelles et des grâces. A l'évidence, l'état actuel de leurs forces respectives ne leur permet pas d'y faire face. Au-delà du nombre des magistrats à la Chancellerie, se poserait la question de leur sélection et de leur durée d'affectation (*cf. infra* p. 108).

Ajoutons à cela que la collaboration entre la Chancellerie et les ministères techniques faciliterait à la fois le travail du Conseil d'État et du Secrétariat général du Gouvernement. **En veillant à l'unité de l'ordonnancement juridique, cette méthode de travail réduirait le risque que les quelques quarante nouveaux codes prévus dans le cours du présent septennat soient autant de monuments juridiques indépendants et parfois discordants.**

* * *

L'opportunité d'une réforme ou d'une mesure devrait toujours être débattue au niveau interministériel. C'est tout l'intérêt des études d'impact, qui, au stade préparatoire, répondraient à un questionnement élaboré par les ministères concernés. Une fois la

mesure ou la réforme entrée en vigueur, son application devrait faire l'objet d'une évaluation :

- Les études d'impact préalables à la réforme.
- Les études d'impact après la réforme.

Les études d'impact préalables à la réforme

La solennité de la loi, qui sur le plan de la sémantique, est un discours général et permanent, convient mal à un pouvoir normatif incertain sur les buts et les méthodes. Face à des situations que la puissance publique n'est pas en mesure d'analyser avec certitude, les textes traduisent une approche empirique ; tantôt sans le dire, tantôt en le prévoyant par une disposition incluse dans le texte initial, l'Etat procède à une évaluation de l'application de la réforme et prévoit même de la confirmer par un nouveau texte la loi initiale (*cf.* législation sur l'interruption volontaire de grossesse).

La crédibilité des études d'impact repose sur des capacités d'analyse et d'évaluation et sur le temps donné aux administrations pour les mener à bien. Il est du plus grand intérêt de consulter les praticiens de la matière concernée (experts comptables, avocats spécialistes, banquiers, juristes salariés par les groupes de pression, etc.). Davantage qu'elles ne le font actuellement, ces études devraient prendre en considération les interrogations «des forces vives» qui participent d'une manière ou d'une autre au débat.

L'exemple des méthodes de travail de la commission de Bruxelles mérite attention même s'il n'est pas transposable tel quel. C'est parce que les gouvernements, invités à formuler des observations sur les projets de règlement, disposent d'un recul suffisant qu'ils contribuent d'une manière enrichissante aux études d'impact.

La dépendance d'une administration à l'égard de son ministre, lui-même tenu par des engagements et pressé de les tenir, conduit à penser qu'il serait préférable d'associer l'ensemble des ministres contresignataires à la définition de l'étude d'impact et même de permettre aux instances consultatives de demander de la complémenter.

Le cas de la grande distribution

A cet égard, l'actualité offre un sujet de réflexion : le projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales qui constitue un chapitre important d'une politique visant à maîtriser le développement des grandes surfaces.

L'intérêt du questionnement : cerner la problématique

D'un questionnement approfondi dépend l'intérêt de l'étude d'impact. La première démarche consiste à bien identifier l'objectif poursuivi et les effets négatifs que l'on veut écarter (par exemple : renchérissement des prix à la consommation). Les effets sociaux et économiques du texte doivent faire l'objet d'une évaluation précise. Le droit positif actuel ne serait-il pas suffisant ? Y aurait-il d'autres approches possibles pour aboutir à ce résultat notamment par l'instauration de mesures relatives aux prélèvements obligatoires ? De même, ne faudrait-il pas évaluer d'autres effets possibles ? Le maintien des petits commerces en centre ville contribue-t-il à la qualité de la vie, de l'environnement et à la sécurité ?... et dans quelle mesure ? Il faudrait présenter des enquêtes ou des statistiques pour éclairer ces sujets. Ne pourrait-on pas identifier des différences d'impact selon les villes pour avoir une représentation plus concrète du projet ? Est-il nécessaire d'introduire dans ce texte un dispositif pénal ? Est-il adapté aux faits ? L'incrimination telle qu'elle est formulée laisse-t-elle une image d'incertitude néfaste à la prise de décision en matière économique ? Quels sont les risques de détournement des investissements vers l'étranger ? Quels pourraient être les effets de cette réforme sur les importations ? Quelles sont les conséquences de cette réforme sur les services de contrôle et la justice ? Une étude de droit comparé serait-elle utile ?

A propos des études d'impact devant accompagner les projets de loi, MM. Jérôme Bignon et François Sauvadet, députés, déclarent : « *Cette évaluation rigoureuse, si elle est généralisée, conduira à la clarification et à la simplification souhaitées car elle permettra de se poser plus souvent la question des moyens* ». L'étude d'impact pourra être en effet l'occasion de formuler un questionnement permettant d'approfondir le débat et constituant un pas vers la pédagogie de la réforme en gestation. Elle permettra au Conseil d'Etat d'émettre un avis plus éclairé sur l'opportunité administrative et juridique des projets de texte qui lui sont présentés. Elle fournira au Parlement des éléments précis qui lui permettront de se prononcer dans un cadre intellectuel traduisant mieux la préoccupation du Gouvernement.

Dans son rapport public 1995, le Conseil d'État déclare à propos de la méthodologie de présentation des textes législatifs : « *Le divorce fréquemment observé entre l'ambition des exposés des motifs et les règles de droit positif énoncées dans le corps des projets de textes législatifs devrait prochainement être résorbé grâce à la mise en oeuvre des récentes directives du Premier ministre concernant les notices d'impact. Cela est en tout cas nécessaire pour éviter que la confrontation des uns et des autres ne suscite, de la part des usagers de la loi, des réflexes de surprise ou de déception* ».

Cependant, on peut déjà dire, à la lumière des expériences de cette haute assemblée, que les premiers résultats ne sont pas à la mesure des espoirs suscités par l'annonce de cette nouvelle méthode de travail.

Pour l'heure, il ne s'agit que d'un substitut fastidieux et faussement savant à l'exposé des motifs. Pour être pertinente et utile, l'étude d'impact devrait être très antérieure à la décision politique et menée par des esprits indépendants du ministère responsable. Mais un tel système complique la production normative et, en tout état de cause, tous les projets de loi ne sont pas justiciables d'une telle procédure. C'est la systématisation des études d'impact qui nuit à la crédibilité de cette initiative

Ainsi, à condition de ne pas être un exercice de style mais un approfondissement collégial mené avec conviction et transparence sur des sujets qui le justifient, l'étude d'impact renforcera l'efficacité de l'Etat et améliorera la transparence de sa fonction normative.

Les études d'impact après la réforme

Lorsqu'une mesure nouvelle est lancée dans la vie juridique, il est indispensable que l'autorité normative soit vigilante en ce qui concerne l'accueil qui lui est réservé.

Notamment en matière fiscale, l'administration se livre à des parties d'échecs avec les publics spécialisés. Consciente de l'enjeu, la Direction générale des impôts organise une veille juridique, en instituant un comité d'évaluation des risques de fraudes qui réunit des fonctionnaires de l'administration centrale et des directions des services fiscaux. Il s'agit d'un modèle d'évaluation en temps réel de la fonction normative, indispensable à l'effectivité des mesures fiscales. Les échanges auxquels donnent lieu ces réunions peuvent inspirer des instructions publiées au *Bulletin officiel des impôts*. Nombreux sont les ministres qui réunissent leurs responsables territoriaux pour évoquer l'ensemble des problèmes intéressant le niveau central et les services opérationnels, ceux qui préparent les normes et ceux qui sont chargés de les appliquer. Mais l'objet de ces réunions est trop général, les participants trop nombreux et l'agenda du ministre trop chargé pour donner à ces rencontres un véritable caractère d'échanges et de suivi des orientations.

Il paraît indispensable que les ministères qui énoncent des mesures touchant, par le biais du droit, aux grands équilibres économiques et sociaux, organisent périodiquement (une fois par trimestre au minimum) une rencontre des responsables administratifs de l'Etat central et des responsables opérateurs pour se livrer à une analyse de l'impact des mesures prises et de leur adéquation aux situations réelles. C'est l'expression la plus opérationnelle de la veille juridique.

Chapitre 4

Fonction juridique et communication

Dans les premiers temps de Rome, le droit était secret et religieux. « *Le droit civil était caché dans les sanctuaires des pontifes* », disait Tite-Live. Puis un mouvement plébéien obtint, en 449 avant notre ère, la divulgation des coutumes qui prirent la forme d'une loi écrite et publiée : la loi des XII tables que cet historien a qualifié de « *source de tout le droit public et privé* ». Mais seules les coutumes étaient révélées. Les formules et le calendrier judiciaire demeuraient encore secrets jusqu'à ce que Caeus Flavius les divulguât. Pour la première fois, aux alentours de 304 avant J.-C., soit une vingtaine d'années plus tard, un grand pontife plébéien, Tiberius Coruncanius, donnait des consultations de droit et c'est de cette époque-là que date la divulgation complète du droit.

* **

La volonté de communiquer tend à faire prévaloir le principe de réalité, que doit constituer la norme, sur un théâtre de fictions.

Communiquer avec les citoyens, c'est le signe que l'administration se met à leur service ; qu'elle a, à leur égard en leurs qualités d'assujettis, d'usagers et de consommateurs, un devoir d'information.

L'amélioration de la production juridique, conduisant insensiblement à une présentation simplifiée et plus cohérente de l'ordonnancement juridique, est une entreprise de longue haleine. Elle requiert, en même temps qu'une modernisation des méthodes de travail des administrations centrales, une volonté politique forte et... du temps. Des obstacles ne manqueront pas de se dresser : des habitudes de pensée, des contraintes politiques liées aux attentes des publics spécialisés et l'attitude conservatrice des corps et organismes intermédiaires représentatifs d'intérêts catégoriels qui croient trouver leur justification existentielle dans le maquis normatif.

Mais, dès à présent, les Pouvoirs publics devraient être invités à concevoir une stratégie de communication destinée à faciliter l'accès à la norme comme s'ils se devaient d'instaurer une communication directe avec chaque destinataire des textes qu'ils viennent de produire. Traditionnellement, la communication auprès des publics spécialisés se limite à la

publication de la norme au Journal officiel et, quelques mois plus tard, une fois publiés l'ensemble des textes instituant la réforme, à la rédaction d'une circulaire d'application principalement destinée aux administrations de contact et à la justice et occasionnellement aux usagers eux-mêmes. La pratique des retouches incessantes et inopinées des textes à peine sortis de leur matrice traduit à la fois une démarche empirique et le peu d'intérêt pour l'information en temps réel des destinataires du droit (c'est pourquoi l'information par CD-ROM mis à jour périodiquement est moins fiable que l'information télématique en ligne). Les exemples d'une série de modifications à l'objet peu substantiel dans un bref laps de temps d'un même texte abondent. Une véritable politique de communication sur la production normative rehausserait le respect dû à la règle tant par ceux qui sont responsables de son énonciation que par les citoyens auxquels elle est destinée.

D'un autre côté, au-delà de la simple information, la communication exprimant la volonté de tisser un lien, de nouer un dialogue, révélerait plus tôt à l'État la nature des résistances à ses réformes. Elle améliorerait l'aptitude de l'État à répondre aux besoins induits par ses réformes. C'est pourquoi, au moins pour les réformes importantes, un plan de communication devrait être joint aux dossiers présentant les projets :

Production normative et communication

Nous sommes entrés dans l'ère de l'information : on a produit plus d'information au cours des trente dernières années que pendant les dix mille ans précédents et l'on s'attend à son doublement tous les cinq ans. Il est normal que les productions normatives d'origines publique et privée connaissent, elles aussi, une remarquable expansion. Comme le montrent MM. Emmanuel Pateyron et Robert Salmon, dans leur ouvrage *Nouvelles technologies de l'information et l'entreprise*, « *aucune entrave d'ordre technologique ou économique ne peut nous empêcher de tirer profit du boom de l'échange d'informations. Cette croissance n'est limitée que par l'archaïsme des structures sociales et mentales de l'humanité* ».

La difficulté culturelle et sociologique que constitue l'adhésion du plus grand nombre de citoyens à toute forme de changement doit être surmontée par l'administration. Elle doit affiner sa stratégie de communication pour faire en sorte que les publics spécialisés puissent être de mieux en mieux informés. Elle doit combiner des actions directes auprès d'eux et s'appuyer en même temps sur les structures intermédiaires : associations, syndicats, chambres de métiers etc. et sur les médias.

La stratégie de communication tendant à rechercher l'adhésion du public sur un projet de réforme est d'une toute autre nature de celle qui vise à en assurer la connaissance et le respect, une fois qu'elle pénètre dans l'ordonnancement juridique. La première relève essentiellement du politique qui, par ce moyen, n'exclut pas d'atteindre un compromis et la seconde est de nature plus administrative. L'une des difficultés de communication tient à ce que la panoplie des projets passe par des représentations abstraites qui ne sont pas accessibles à tous. Les idées

neuves paraissent, en effet, toujours trop « abstraites ». M. Pierre Schapira, prenant la défense du conceptuel (*Le Monde* du 26 avril 1996), s'interroge : « *Est-ce que "abstrait" ne voudrait pas simplement dire "nouveau" et "concret" "bien compris, bien assimilé" ? Auquel cas, l'opposition entre les deux ne serait qu'un énième avatar de la lutte entre réaction et progrès, conservatisme et modernité ?* ».

La norme et l'instruction civique

L'effectivité de l'application de la règle suppose, certes, une relation de confiance entre l'Etat et les citoyens, mais d'abord que ces derniers aient une connaissance, ne serait-ce que sommaire, de la notion de loi, de décret, d'acte administratif pris par les différends niveaux de la puissance publique, du Président de la République jusqu'au maire. Or, la méconnaissance des réalités constitutionnelles et administratives de la part de la majorité du public constitue un obstacle à l'élosion d'un véritable consensus sur la nécessaire soumission à la règle de droit. Le progrès de la fonction juridique des administrations centrales n'apportera pas, à lui seul, de réelles améliorations dans le dialogue avec la population tant qu'une politique volontariste d'instruction civique n'aura pas porté ses fruits. A cet égard, les publications du Centre d'information civique qui pourraient être diffusées et commentées dans les établissements scolaires, seraient fort utiles.

La démarche explicative et persuasive

Nombreux sont ceux qui pensent que le débat sur la complexité de la loi perdrat de son acuité si l'autorité administrative se mettait à la portée de ses publics spécialisés par une communication véritablement professionnelle. Celle-ci a une mission de vulgarisation de la loi.

La complexité même de l'organisation sociale et économique, comme celle de nos structures institutionnelles, si elle justifie des normes très élaborées, commande en même temps un effort permanent de clarté qui doit se manifester tant par une rédaction plus limpide des textes que par une politique de communication. On pourrait faire un réel progrès dans cette voie si toute nouvelle réglementation était aussi bien présentée et expliquée que les règles applicables à l'impôt sur le revenu des personnes physiques grâce à la notice jointe aux formulaires de déclaration de revenus. Car le rôle de l'Etat ne fait que commencer lorsqu'une réforme pénètre dans le droit positif. Les circulaires interprétatives constituent un élément attendu de divulgation et de promotion d'un texte. Si dans la phase préparatoire, la valeur ajoutée de l'« Etat-Gouvernement » est prépondérante, le suivi de l'accueil du texte revient en priorité à l'« Etat-administration » qui devrait mieux intégrer cette mission dans le management quotidien.

Les administrations centrales doivent joindre leurs efforts à ceux des administrations territoriales pour assurer la divulgation d'une réforme ou d'une mesure importante. Elles doivent conserver leurs relations avec l'ensemble des partenaires qui ont été consultés lors de la phase préparatoire, pour évaluer la qualité de l'accueil réservé à la réforme et être en mesure de réagir. C'est d'ailleurs une démarche inspirée d'un souci du même ordre qu'a adopté la Chancellerie en proposant aux parquets le concours technique de la Direction des affaires criminelles et des grâces pour améliorer l'efficacité de la répression pénale en matière de marchés publics ; elle leur a adressé un document présentant le droit des marchés publics et des contrats ainsi qu'un inventaire des détournements le plus fréquemment constatés.

Pour intégrer la nécessité de la promotion d'un projet important dans la démarche réformatrice de l'Etat, il conviendrait que le dossier de présentation d'un projet de loi, qui comprend désormais, outre une note de présentation et un exposé des motifs, une étude d'impact, présente également un plan de communication destiné à la fois aux administrations et aux publics particulièrement concernés.

Les responsables de la fonction de communication doivent être clairement identifiés. Les compétences entre les services de conception et les services d'information et des relations publiques doivent être rigoureusement réparties, de même que celles de ces derniers et du Service d'information du Gouvernement. Reste la délicate répartition de la fonction de communication entre les services et les cabinets ministériels :

Communication juridique : cabinets ministériels et services

Pour asseoir leur influence, les juristes au sein des administrations centrales doivent être en relation habituelle et informelle avec les « forces vives » qui constituent le relais entre la puissance publique et les « usagers » du droit.

Or la situation actuelle montre que dans la plupart des ministères, ces juristes doivent reconquérir leur crédibilité. A titre d'exemple, des centrales syndicales font observer que, jusqu'à la fin des années 70, elles étaient en contact permanent avec les services du ministère du Travail. Puis, progressivement est intervenue une redistribution de ce rôle de liaison au profit des cabinets ministériels. Il en résulte des relations variables suivant l'intérêt, la formation et la disponibilité de ces partenaires... et parfois, lorsqu'une équipe ministérielle est remplacée, il arrive que ces contacts tombent insensiblement en déshérence, sous le regard d'une administration qui, ayant perdu l'usage de cette fonction, se sent illégitime à la relever. En effet, s'il est constant que les centrales syndicales et le Conseil national du patronat français sont en relation avec les services lorsqu'une réforme législative est envisagée, en revanche, dans la vie quotidienne, leurs rapports se sont espacés au point que

certains de ces partenaires sociaux disent n'avoir pas toujours connaissance de mesures telles que des circulaires interprétatives avant qu'elles aient été publiées.

Ainsi la fonction de communication de l'« État-administration » est mise en porte-à-faux par la pratique des cabinets ministériels qui font écran entre les services et leurs correspondants naturels. Cette communication doit porter sur l'échange de renseignements et s'appliquer à la concertation sur le droit applicable et les projets de mesures. Si elle est dépossédée de cette mission, l'administration centrale est progressivement délégitimée ; alors qu'au contraire, porteuse de la confiance du ministre, elle doit être en charge des relations extérieures au quotidien. Celles-ci, entretenues par une bonne connaissance de la variété des intérêts catégoriels, viennent éclairer la politique réformatrice du ministre et en facilitent l'accueil auprès de ses destinataires.

Le plan de communication devrait préciser les opérations de suivi et d'évaluation, la production de tous documents, les prestations de toutes natures, voire les campagnes d'information et définir le rôle de chacun des services concernés.

L'objectif est fonction de la mesure et du public concernés. Par exemple, une réforme touchant au Code de la route pourrait faire l'objet d'une distribution de fiches d'information aux péages d'autoroutes, tandis qu'une réforme relative au Code de la santé publique pourrait expliquée de la même manière dans les hôpitaux et les pharmacies...

La communication doit pouvoir être personnalisée. C'est le rôle de l'avocat d'individualiser l'explication du sens de la règle, mais c'est aussi celui des relais associatifs ou syndicaux. Cette fonction peut aussi relever, comme l'expose M. Cossin, conseiller référendaire à la Cour des comptes, de la responsabilité directe de l'administration : « *Il ne suffit pas de former et d'informer, mais de donner des possibilités de contact au contribuable, car il a besoin, non seulement d'écrits ou de renseignements par les médias, mais aussi d'être informé personnellement. Des contacts, que j'appellerais anonymes, sont importants, à savoir tout ce qui est téléphone et notamment les centres interministériels de renseignements administratifs (CIRA). C'est une nouveauté très appréciable et très appréciée, qui est remarquable du point de vue technique...* » (Revue du Centre d'information civique déjà citée).

Une communication doit se faire aussi sans gaspillage. A ce sujet, M. Cossin déclare : « *Il est important qu'il ne se produise pas de communication ostentatoire. Ce sont des petits détails. Il ne convient pas d'effectuer de grandes campagnes, car le contribuable réagit en disant : "On commence par gaspiller mon argent" .* ».

Pour susciter l'adhésion du public concerné, le sens et la portée d'un texte peuvent être soulignés à l'aide de moyens faisant appel autant à la raison qu'à l'affectivité. La communication offre un terrain d'imagination pour l'administration qui ne manifeste pas toujours une considération suffisante pour les fonctions d'explication et de « marketing ». C'est un art tout d'exécution, qui n'entre pas encore dans la formation de la

haute fonction publique. Il lui faut aussi franchir un obstacle culturel : « *Toujours brillantes lorsqu'il s'agit de décortiquer un problème complexe par un canevas rationnel ou de rédiger une note synthétique pour un responsable, nos élites administratives sont bien démunies quand il s'agit de convaincre d'une réforme, d'y associer les acteurs concernés, de la négocier avec des partenaires, de l'expliquer aux usagers et à l'opinion, de dynamiser une équipe, de mener à bien un projet. Du papier au terrain, il y a un gouffre qu'elles semblent incapables de franchir* » écrivait à ce sujet M. Jean-Michel Gaillard dans « Les élites publiques : la crise du modèle français » (*Revue politique et parlementaire*, décembre 1995).

* * *

Dans un système fondé sur le principe « *nul n'est censé ignorer la loi* », la circulaire est un moyen habituel d'éclairer le sens et la portée de la norme. Mais l'administration doit veiller à ce que ses circulaires servent bien le but recherché : clarifier le sujet pour accroître la sécurité juridique. Il faudrait qu'elle ait recours à des procédures consultatives qui puissent renforcer la sécurité offerte par ces circulaires interprétatives :

Lorsque la circulaire éclaire le sens de la loi

La démocratie a pour ambition que l'ensemble des citoyens connaissent et comprennent les lois qui les gouvernent. L'adhésion à la règle repose sur l'éducation, l'information et la formation. D'où, en contrepartie, l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Le déclin de l'écrit est une difficulté pédagogique supplémentaire de la norme face au déclin de l'écrit.

Il importe d'abord que les divers champs juridiques soient connus de leurs publics spécialisés. De fait, au plan de la paix civile, il n'est pas gênant qu'un propriétaire occupant son logement ignore le droit locatif auquel, par définition il n'est pas soumis, ou que le citadin, pour lequel la campagne n'est qu'un espace de loisir, n'ait pas de notion de droit rural. Mais le problème naît lorsque la complexité croît dans une mesure telle que seuls quelques initiés, qui concourent à l'élaboration de normes et à leurs commentaires, savent de quoi il en retourne. C'est ainsi qu'une grande partie des efforts accomplis par les technostructures nationales et européennes sont dédiés à la compréhension et à l'explication de normes qui constituent le droit positif. Elles jouissent ainsi d'une rente de technicité. (A cet égard, on note que les consultants de LEGI sont, pour près de 80 %, les administrations centrales). L'inverse peut aussi se produire : de grandes entreprises, des cabinets d'avocats spécialisés, des syndicats, des associations de défense connaissent parfois mieux un domaine juridique précis que des administrations ou des juges, lesquels, notamment dans des villes moyennes, ne disposent pas d'un soutien

logistique suffisant. Ce sont alors certains administrés ou justiciables qui disposent à leur encontre d'une rente de technicité. Cette situation n'est pas sans conséquences : le coût de la production du droit est très élevé, puisqu'à son élaboration proprement dite, s'ajoute la mise en place d'un « service après-vente ». Par ailleurs, sur un strict plan sociologique, ce n'est plus la norme supérieure qui constitue la référence concrète, mais des normes dégradées : décrets d'application, arrêtés, circulaires, voire fascicules destinés au grand public (*cf.* la documentation adressée aux employeurs pour favoriser l'embauche de certaines catégories des salariés).

Cette réalité concrète indique que la démarche explicative est nécessaire pour assurer à une mesure sa pleine efficacité. Mais il faut être attentif au fait que la distance par rapport à la norme de base peut aussi avoir des conséquences néfastes, par exemple en présentant l'objet sous un éclairage particulier, qui peut être réducteur ou tendancieux. Les élus ont présenté à l'esprit la circulaire interprétative de l'article L-52-5 du Code électoral contredite par la jurisprudence administrative et l'avis du Conseil d'État du 5 février 1996, selon lequel « le juge administratif » est tenu de déclarer le candidat tête de liste... inéligible pour un an. Alors, pour tenter de conjurer les effets funestes de cette contradiction entre la loi et la circulaire, qui peuvent toucher des dizaines d'élus et entraîner entre eux une discrimination, le Sénat avait proposé de tempérer le principe « *nul n'est censé ignorer la loi* » par un critère d'appréciation de la bonne foi, celle ayant été égarée par un acte administratif. Cette initiative est restée vaine, ce dont le juriste doit se féliciter. Car il importe que la circulaire purement interprétative demeure sans valeur juridique. Donner une traduction juridique à l'inexactitude de la connaissance de la règle, même en raison d'une circulaire inexacte, fragiliserait la règle elle-même. Admettre que la connaissance de la loi puisse être relativisée par une approche subjective de la situation constituerait une véritable menace pour l'effectivité du droit. Mais, en contrepartie, il y a là un motif supplémentaire pour l'administration à ne pas se résigner pas à être créatrice d'insécurité.

Parfois, l'insécurité juridique résulte de divergences d'interprétation entre ministères, telle celle révélée par les difficultés d'application de la loi du 31 décembre 1993 sur le coordinateur de la sécurité des chantiers. La question posée concernait la nature du contrat qui lie le coordinateur au maître d'ouvrage, laquelle commande le régime de responsabilité. Par deux circulaires distinctes, le ministère de l'Équipement, puis le ministère du Travail ont affirmé qu'il ne s'agissait pas d'un louage d'ouvrage et qu'en conséquence le coordonnateur n'était pas assujetti à l'obligation d'assurance des locateurs d'ouvrage tandis que, par une circulaire du 28 mai 1996, la Chancellerie adoptait la position contraire.

Pour parer à ce risque, il importe de s'assurer de la pertinence juridique des circulaires interprétatives et, en cas de divergence d'interprétation, de s'en remettre à l'avis de la Chancellerie.

Dans l'attente de la codification à droit constant qui facilitera l'accès à la règle de droit, le progrès que constituerait déjà l'énonciation

de la norme dans son intégralité chaque fois qu'elle subit une modification, mérite d'être souligné. Certes, les éditeurs privés structurent, sous leur responsabilité, les phases successives de construction d'un texte, procèdent à la mise en place dudit texte au sein de compilations improprement appelées « codes » (*cf.* la collection des « Codes Dalloz ») et, tant bien que mal, la communauté des spécialistes s'accommode depuis toujours de tels arrangements, même si les délais d'édition créent des incertitudes.

* * *

La codification reste la grande oeuvre juridique de clarification rappelée par le Président de la République, dans son message adressé au Parlement, le 19 mai 1995, en évoquant « *une remise en ordre de la législation par un exercice général de codification et de simplification des textes* ». Les efforts déjà accomplis méritent d'être soulignés :

Codifier : mettre de l'ordre et changer le droit

Un empire manifeste sa satiété de conquêtes lorsqu'il borne ses frontières d'une manière monumentale : le mur d'Hadrien et la grande muraille de Chine, traduit, sur un mode minéral grandiose, les limites d'un horizon. Un État proclame la perfection des règles qu'il a édictées, lorsque celles-ci deviennent intangibles ; intangibles comme les « Institutes » de Justinien ou le Code civil de Napoléon. Telle est l'ambiguïté qui s'attache à une démarche aussi « totalisante ».

Quel est l'objectif de la politique codificatrice, tel qu'il est présenté par le Gouvernement ? « *Un nouvel exemple de remise en ordre du droit qui pourra inspirer l'Union européenne et se répandra au-delà de ses frontières* ». Ainsi s'exprimait M. Dominique Perben, ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation, lors d'une communication faite le 21 février 1996.

L'on se doit d'être attentif à la lente réalisation de cette ambition, qui confère sa plénitude de sens à l'expression « *ordonnancement juridique* », lequel sera, en quelque sorte, enchâssé dans une soixantaine de codes ; l'objectif étant d'élaborer vingt-deux codes nouveaux et d'en refondre vingt autres. La codification passe par une remise en ordre des textes, leur simplification et leur harmonisation. Ce faisant, l'Etat s'engage dans deux voies de nature différente : d'une part, il met à jour les textes au regard des principes constitutionnels et du droit européen en distinguant les textes toujours en vigueur de ceux qui ont été abrogés implicitement et, en décelant au sein de ces derniers, les ambiguïtés et les contradictions (il s'agit de la codification à droit constant) et d'autre part, il entend moderniser le droit. Moderniser le droit, c'est de la chirurgie lourde. Rappelons l'adoption du Nouveau Code pénal : ce fut l'occasion d'ouvrir pendant plusieurs années un débat politique sur le droit pénal général.

L'obstacle n'est guère plus aisé à franchir lorsque l'entreprise de codification interfère avec une réforme qui porte sur le contenu du code en gestation ; c'est à ce double titre que le futur Code des marchés et des contrats d'intérêt général marque le pas, une première fois en raison de la loi sur la prévention de la corruption et, actuellement, dans l'attente d'un texte en préparation relatif aux marchés publics. Les difficultés peuvent également être imputables au Parlement. La Commission des lois de l'Assemblée nationale a, en effet, rejeté le projet de Code de commerce. Le sort du Code rural n'est guère plus enviable. L'Office parlementaire d'évaluation de la législation facilitera-t-il le processus d'adoption des codes à droit constant ?

La première étape, celle d'une codification « à droit constant », permet de dégager le champ opératoire d'une réforme de fond. Et une fois cette logique juridique mise en place, on dispose d'un dossier qui permet d'explorer d'autres voies mieux adaptées aux circonstances. Dans cette approche en deux temps, la codification est le préalable à la formulation d'un droit moderne. C'est seulement une fois ces deux tâches accomplies - codification à droit constant, puis modernisation du fond du droit -, que l'on pourra juger de la politique de clarification et de simplification des textes. Mais déjà, à elle seule, la codification à droit constant requiert l'engagement des meilleurs spécialistes. Le développement de logiciels est certes de nature à faciliter la tâche. Pourtant les difficultés abondent. Il faut articuler le code pilote et les codes suiveurs : par exemple, les textes relatifs à la procédure de règlement judiciaire doivent figurer à la fois dans les codes de commerce et de procédure civile et, demain, dans le Code des sociétés. Ce travail de construction et d'élagage demande la plus grande attention à peine de créer des situations surprenantes. C'est ainsi qu'une mauvaise évaluation des conséquences d'une abrogation a pu conduire, à la surprise générale, à la suppression du délit d'usure entre commerçants.

Par ailleurs, la codification à droit constant met en lumière des aménagements en marge des découpages prévus par la Constitution. Ainsi, depuis longtemps, le Gouvernement avait accepté, quand il ne l'avait pas proposé lui-même, que le domaine législatif empiète sur le pouvoir réglementaire. Il est vrai que, sur un plan pratique, les compétences normatives ne sont pas facilement sécables. Lorsqu'il reste cantonné à la définition de principes généraux, le Parlement n'a pas toujours ne serait-ce qu'une vision cavalière de la réforme soumise à son approbation. D'où l'évolution des champs de compétence des articles 34 et 37 de la Constitution. Or, l'œuvre codificatrice opère un reclassement entre les domaines législatif et réglementaire. Déporter vers la partie réglementaire nombre de dispositions adoptées par le Parlement conduit à nouveau à redéplacer les bornes du pouvoir législatif. Le Conseil constitutionnel devra être consulté pour que les résistances soient surmontées.

En outre, des incertitudes demeurent sur l'architecture de la codification qui, selon certains, tendrait vers la complexité et la redondance (cas, par exemple, du droit locatif et du droit des sociétés). Le découpage semble parfois s'inspirer autant de considérations politiques

que de nécessités juridiques proprement dites. Il donne l'impression que chaque ministère à compétences régaliennes devrait avoir « son » code à moins qu'il n'assure entre eux des équilibres politico-administratifs (cas du droit des sociétés, par exemple). M. Braibant, vice-président de la Commission supérieure de codification, dans un entretien donné au *Figaro* daté du 14 juillet 1996, lui-même constate : « *Ces répartitions peuvent donner lieu à quelques frictions. Car, "faire le code" pour un ministère signifie qu'il sera, par la suite, compétent pour le modifier.* ». En effet, la répartition du droit en codes conduit l'autorité codificatrice à proposer de distribuer le pouvoir entre administrations et à organiser un partage de compétences que la situation antérieure ne prévoyait pas. La nouvelle architecture de codification attribue des pans nouveaux de responsabilité juridique, notamment « *de lege ferenda* », à des services sans que l'organisation du travail administratif qui en découle, ait été évaluée en pleine lumière. Par contre, la proposition tendant à intégrer, dans des codes plus vastes, plusieurs codes existants, trop petits pour demeurer isolés, mérite d'être soutenue sans réserve.

L'œuvre de codification va « muscler » le droit dont le discours sera plus ordonné ; mais elle ne serait être une panacée qui puisse guérir tous les maux dont on accable la législation. Il ne serait sans doute pas inutile de donner des informations précises sur les limites de cette entreprise. N'est-ce pas, en effet, une présentation quelque peu déceptive que celle qui consiste à titrer, comme l'a fait le quotidien du matin précédent, auquel M. Braibant accordait un entretien au sujet du rapport annuel de la Commission supérieure de codification au Premier ministre : *Le bilan de la codification des lois et des décrets... Quand le droit est remis en ordre*, alors que ce n'est que l'accès au droit qui est amélioré et ce dans une mesure qui est loin de faire l'unanimité parmi les professeurs de droit et, pour d'autres raisons, au sein des parlementaires. En tout cas, la codification est une opération de chirurgie esthétique qui ne concerne pas directement l'adaptation du droit aux besoins de la société.

Quant à ce que l'on désigne par codification de droit européen, c'est essentiellement la consolidation d'un texte modifié dans sa version ultime et intégrale.

* * *

Il importe d'améliorer la stratégie de communication à l'égard des juristes pour leur faciliter l'accès au droit dans sa mue permanente. Cette fonction est au centre d'intérêts économiques importants. Quel peut-être le rôle de la puissance publique qui investit déjà beaucoup de ressources dans cette affaire ?

- La contribution des Journaux officiels à la fonction juridique de l'État.
- Autres accès informatisés au droit.

La contribution des Journaux officiels à la fonction publique de l'Etat

Production papier

Les Journaux officiels (les JO), outre les lois et décrets et le journal des débats des assemblées, publient des brochures thématiques qui constituent des recueils de textes ordonnés. Leur catalogue offre quelque six cents publications.

Deux points, qui amélioreraient la sécurité juridique, méritent d'être relevés : les brochures, assez généralement éditées et mises à jour par la voie informatique à partir de la base de données LEGI présentent toutes les garanties d'exhaustivité. Il faut cependant relever que n'y figurent pas, comme dans les collections de codes privés, les références de la jurisprudence. Ceci s'explique par le refus d'empiéter sur le secteur concurrentiel.

Par ailleurs, les JO, auxquels ont été confiées l'impression et la diffusion de la plupart des bulletins officiels des ministères, publient les circulaires. Mais il peut arriver que certaines administrations, qui confient leur bulletin aux JO ou à l'Imprimerie nationale, ne souhaitent pas - sans s'en expliquer - publier certaines circulaires.

Les bases télématisques de données juridiques

Le projet de modernisation des bases de données juridiques LEGI et LEX devrait avoir une forte incidence sur la consultation de ces bases, dont le décret du 31 mai 1996 continue de prévoir qu'elle fera l'objet d'une concession de service public. L'économie générale de ce projet, qui devrait être réalisé courant 1997, consiste dans l'articulation de la base LEGI, qui comprend à la fois le texte intégral et l'historique de ses modifications, avec la base LEX, qui donne les références des textes et les abstracts. Ce nouvel ensemble homogène offrira le double avantage d'une accélération, voire d'une quasi-automaticité du changement et des mises à jour, et d'une consultation beaucoup plus conviviale.

Participation à la consolidation des textes modifiés

M. Jean-Richard Sulzer, professeur à l'université Paris-Dauphine, témoigne : « *Nous assistons actuellement à un empilement de normes par stratifications successives... qu'il s'agisse du droit pénal (photocopillage) ou administratif (statut des enseignants chercheurs). Nous sommes obligés de procéder à un couper-coler permanent afin de connaître les règles en vigueur. Chaque établissement public opère isolément afin de reconstituer la version en vigueur. Pendant ce temps, l'administration centrale nous inonde de circulaires d'application sur des textes dont nous ignorons finalement la dernière mouture* ».

C'est pour mettre un terme à ces exercices compliqués et aléatoires que la circulaire relative aux études d'impact recommande aux

ministères de consolider les textes, c'est-à-dire de présenter dans leur forme finale des textes modifiés, et ce à un moment contemporain de la publication de la dernière modification. L'appui technique des JO, grâce à la base de données LEGI, peut permettre au Gouvernement de s'orienter progressivement vers la publication en instantané des textes consolidés. Au demeurant, il appartient au Conseil d'État de veiller à ce que cette consolidation puisse avoir lieu lorsqu'il est saisi pour avis du texte, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un projet de loi, en amont de la présentation de celui-ci aux assemblées parlementaires. Cette procédure laisse suffisamment de temps pour pouvoir mettre en mémoire le texte consolidé, en vue de sa publication immédiate, les modifications résultant d'amendements pouvant être prises en compte sans difficulté par leur transmission numérisée.

L'exemple de la publication en temps réel de la partie législative du Code des collectivités territoriales ouvre la voie à la mise en oeuvre de cette présentation améliorée.

Autres accès informatisés au droit

Initiatives du Conseil d'État

Le Conseil d'État a créé sa propre base de données juridiques qui inclue la jurisprudence administrative sur les dix dernières années avec un logiciel d'interrogation simple (ARIANE). Cette base de données est alimentée par trois maîtres des requêtes au Conseil d'État qui sélectionnent les décisions intéressantes et en rédigent les sommaires.

L'accès à cette base de données ne peut être ouvert qu'aux juridictions administratives. Le décret du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques prévoit que la diffusion externe de celles-ci ne pourra être réalisée que par le titulaire de la concession (sauf l'hypothèse théorique où le concessionnaire n'est pas à même de l'assurer). Sans doute aurait-il été intéressant que les administrations centrales disposent du logiciel d'interrogation ARIANE qui, par sa « convivialité », facilite la consultation par des usagers peu formés au droit administratif.

Initiatives privées

EDIDATA, créé par *La semaine juridique*, est subventionné par la Chancellerie. Des ateliers de jurisprudence composés de professeurs, de magistrats en retraite et d'avocats rédigent des abstracts et des sommaires des décisions qui méritent d'être publiés.

LEXIS édite tous les six mois des CD-ROM des arrêts de la Cour de cassation sans titre, ni sommaire.

Des éditeurs privés éditent des CD-ROM alimentés par le dépouillement de près de 150 revues.

La situation actuelle soulève des problèmes juridiques et économiques qui appelleront des solutions prochaines. En effet, le marché des banques de données en lignes est étroit. La production de CD-ROM mis à jour périodiquement, formule qui semble mieux convenir aux juristes, est une activité naturellement concurrentielle qui peut être délocalisée dans les pays où le coût de la main-d'œuvre est moins élevé.

* * *

La communication doit également être orientée en direction des administrations. En effet, bien souvent, l'un des objets d'une réforme est de l'inviter à modifier son comportement. Ce qu'elle feint parfois d'ignorer pour des raisons qui tiennent à l'insuffisance de moyens, à la complexité même de la réforme (c'est notamment le cas de l'ordonnance de 1945 sur les étrangers), mais aussi à une mauvaise communication ; la conséquence, c'est que l'administration relaie imparfaitement les actions de l'« État-gouvernement » :

- Les missions d'études et les administrations.
- Pourquoi la production normative est-elle parfois décevante ?

Les missions d'études et les administrations

Le rapport de M. Jean Picq sur la réforme de l'État souligne l'importance de la contribution des administrations centrales à la mise en œuvre de la stratégie du Gouvernement. Il suggère qu'elles doivent être davantage impliquées dans la réforme de l'État et l'élaboration de la production normative qui en est l'expression. Or, l'« État-gouvernement » s'est habitué à recourir à une force expertale constituée de « personnalités » chargées de missions d'études. Cette pratique s'étend et donne lieu à une production importante. L'avantage, c'est que les rapporteurs explorent des pistes, font des analyses sans engager le crédit du Gouvernement. Ils procèdent à des auditions qui permettent d'évaluer l'accueil pouvant être réservé à une réforme. Dans ces conditions, il y a lieu de favoriser une synergie entre eux et l'administration qui leur apporte des éléments utiles à leurs réflexions et peut être chargée de mettre en œuvre leurs propositions.

Or, il apparaît que les rapports de ces « personnalités » sont insuffisamment diffusés auprès des administrations. Au cours des enquêtes que nous avons menées, nombre de fonctionnaires qui, s'exprimant sur un sujet entrant dans le champ de notre mission d'évaluation avaient souvenir d'une étude qui avait déjà évalué un aspect d'une question, sans qu'ils puissent indiquer avec certitude le lieu de consultation du rapport auquel elle avait donné lieu. Il y a là une dissipation tout à fait regrettable de connaissances et de propositions. A l'évidence, il serait bon que les administrations centrales en charge d'une fonction juridique aient facilement accès à l'ensemble de ces rapports.

Dans cet esprit, on ne saurait trop insister sur l'importance de la sorte de « dépôt légal » dont la Documentation française est chargée (notamment par la dernière circulaire du Premier ministre du 10 avril 1995 relative à l'exploitation et à la conservation des rapports administratifs).

Il est clair que toutes les administrations, loin s'en faut, ne respectent pas cette obligation, non sans doute par mauvaise volonté, mais par ignorance de celle-ci. C'est pourquoi, le directeur de la Documentation française, a précisé qu'elle s'attacherait à étendre le champ effectif du dépôt des rapports, rappelant la richesse de ce fonds au service de l'ensemble des fonctions de l'Etat, à l'occasion de la création, en mars 1997, de la rubrique « littérature grise » sur « Internet » (site de la Documentation française : ladoctrançaise.gouv.fr) regroupant dès son ouverture quelque 150 rapports officiels non publiés. Ces rapports, précise-t-elle, seront mis en consultation gratuitement et télédéchargeables moyennant un prix modique.

Il serait bon d'accompagner cette démarche d'un envoi annuel aux administrations de la liste des rapports disponibles.

Pourquoi la production normative est-elle parfois décevante ?

Il existe plusieurs milliers d'incriminations pénales. A lui seul, le Code de la route en contient quelques centaines, sans compter toutes celles qui sont créées par des arrêtés préfectoraux et municipaux. La police et la gendarmerie nationales réunissent quelque 200 000 agents, compétents pour les constater. A ces forces, s'ajoutent les polices municipales et les polices judiciaires spécialisées (par exemple les fonctionnaires assermentés des Eaux et Forêts).

En dépit de ces communautés aussi nombreuses d'« agents verbalisateurs », une très faible partie de la typologie des infractions est réellement exploitée et celles qui le sont représentent peu de choses par rapport au gisement pénal proprement dit. A cela, on peut avancer trois raisons : une absence de véritable formation au droit nouveau de l'ensemble des agents, une résistance culturelle à réprimer des comportements qui ne leur apparaissent pas nuisibles et des difficultés techniques et budgétaires d'administration de la preuve.

Le droit répressif est, par excellence, le domaine d'une coopération nécessaire entre l'autorité normative et les services opérationnels. L'objet même du dispositif pénal doit imprégner leur culture. Ce qui n'est pas toujours le cas. On observe, par exemple, que ceux-ci sont peu sensibles à la commission d'infractions constituées par la pollution sonore ou gazeuse des véhicules et d'une manière générale par les atteintes à l'environnement. Tout semble se passer comme si ces agents plaquaient leur propre subjectivité sur la politique pénale de l'Etat. Du même côté de la barrière, opérateurs agissant au nom de l'Etat et usagers réagissent de la même manière à la complexité déroutante du monde actuel (*cf. également* : « Lorsque le virtuel s'inscrit dans la pensée juridique » p. 36) comme si la loi ne se « décrétait » pas sans eux. En accompagnement de toute réforme, il convient donc, pour lutter contre ce refus de la

complexité, qui est générateur de malaise, de fabriquer des modèles d'intervention qui représentent l'objet même de toute nouvelle norme.

Et surtout, la fonction juridique de l'État bute sur des obstacles sous-estimés par le niveau stratégique : les nouvelles normes sont fondées sur des critères objectifs dont la violation est scientifiquement délicate à relever. Un matériel sophistiqué est nécessaire : alcootest, éthylomètre, appareil mesurant la vitesse, le poids, les échappements de gaz, de sorte que l'affinement de la répression souhaitée par l'État n'est possible qu'à l'aide d'équipements de plus en plus complexes et coûteux. L'autonomie comptable des services qui identifient le coût de fonctionnement de certaines missions, par exemple la police de la route, oblige les opérateurs à faire des choix quitte à privilégier d'autres missions. La constatation des infractions coûte plus cher à l'Etat qu'elle ne lui rapporte sous forme d'amendes et surtout les services verbalisateurs ne sont pas budgétairement concernés par le produit fiscal de leurs efforts. D'où une application décevante de beaucoup de réformes faute de véritable motivation.

En matière de droit du travail, une tendance analogue est observée. Ainsi, lors de leurs enquêtes, les contrôleurs du travail se réfèrent dans 95 % des cas à une dizaine d'articles du Code du travail. Faudrait-il en déduire que les textes rarement appliqués sont inutiles et méritent d'être sacrifiés sur l'autel de la simplification ? Certains ne le pensent pas car, selon eux, comme pour le Code de la route, les textes en droit du travail dont l'application n'est pas contrôlée sont des points d'ancre pour tendre vers une meilleure protection.

Il n'en demeure pas moins que pour mobiliser les énergies, s'impose une stratégie de communication entre les niveaux de conception et opérationnel en prenant garde à ce qu'elle ne repose pas essentiellement sur le principe d'autorité.

Parfois le désintérêt d'un texte tient tout simplement à une mauvaise étude de marché. L'État lance de nouveaux « outils » juridiques dont il n'a pas mesuré s'ils répondent à des besoins véritables. C'est ainsi que des innovations restent sans lendemain. Tel est le cas des factures protestables que la pratique a toujours ignorées. Désormais, grâce aux études d'impact, l'administration devra pouvoir faire des évaluations sérieuses sur l'intérêt de toute réforme. Cette volonté d'améliorer la production normative dans le sens de la simplification offre l'occasion de donner un nouveau souffle à la participation des « forces vives » à la fonction juridique de l'Etat.

Il existe presque toujours des zones d'incertitude sur le sens et la portée du droit nouveau. Si l'amélioration de la culture juridique des administrations peut tendre à réduire la marge de flottement, notamment par une énonciation plus rigoureuse des normes, pour autant, l'aléa sur l'interprétation à laquelle se livre le juge ne sera jamais totalement dissipé.

En dehors de tout contentieux, la communication sur la portée d'une mesure au sein de l'administration et entre celle-ci et ses usagers accroîtra la sécurité juridique. Pour combler le fossé existant entre la lecture d'une norme et son application et pour hâter la maturation opérationnelle d'un texte, il faut développer un dialogue avec les publics spécialisés.

Un trait d'union entre la lecture et l'application de la norme

Dans sa circulaire relative à la préparation et à la mise en oeuvre de la réforme de l'État, le Premier ministre déclare : « *L'État légifère et réglemente trop et souvent mal : la sécurité juridique des citoyens est menacée et les entreprises pénalisées* ». On pourrait ajouter les collectivités territoriales au nombre des victimes de la production normative de l'Etat.

Les acteurs économiques et sociaux se plaignent de ce qu'il n'y ait rien entre leur analyse personnelle d'une nouvelle réglementation et le stade contentieux. Il existe, par conséquent, une forte demande de validation de points de vue qui peut même constituer un préalable à des prises de décision : va-t-on décider d'investir si l'objectif visé est incompatible avec le droit positif ? Les opérateurs économiques ont besoin d'avoir une bonne anticipation sur la portée du droit.

Les interventions publiques sont devenues si nombreuses et si décisives pour le sort des entreprises et des particuliers que l'État et les collectivités territoriales ne peuvent plus rester sur leur Aventin quand on attend d'eux de préciser les règles du jeu.

Pourrait-on imaginer, à l'exemple de la pratique américaine du « *ruling* », une sorte de procédure interlocutoire avec l'administration qui donnerait à un administré (par exemple un soumissionnaire dans le cadre d'un marché public) un accord *a priori* sur l'application de telle règle de droit ? Sans doute, ce dialogue est-il trop éloigné de nos mentalités. La procédure du « *ruling* » serait de nature à entraîner, à plus d'un titre, une rupture de l'égalité entre les citoyens, surtout lorsque la demande de garantie juridique constitue en réalité une demande de dérogation. En revanche, s'inspirer des nouvelles méthodes mises en place par l'administration en matière fiscale serait un progrès :

- L'administration fiscale doit répondre rapidement : c'est ainsi que saisie d'un projet de création d'entreprise nouvelle, elle dispose d'un délai de trois mois pour se prononcer sur l'exonération sollicitée. Passé ce délai, l'exonération est réputée accordée.

- Les interprétations de cette administration sont sources de droit dans la mesure où elles lui sont opposables par les tiers : elle est donc liée lorsqu'elle a pris position.

- Elle peut faciliter la prise de décision d'opérateurs économiques en leur adressant les lettres de confort, lesquelles, sans valoir engagement, définissent le cadre dans lequel peut s'inscrire une opération.

En outre, retenir le principe suivant lequel, passé un certain délai, le silence de l'administration vaut acceptation irait dans le sens de la rapidité et de la clarté des relations entre le public et la puissance publique, mais on ne peut nier que ce principe ouvrirait un vaste domaine de responsabilité aux cadres de l'État et des collectivités territoriales et qu'il comporterait des conséquences insupportables pour l'intérêt général.

On considère que cette suggestion qui a fait ses preuves en matière de permis de construire, ne saurait être généralisée sans risque majeur.

En ce qui concerne les collectivités publiques, les chambres régionales des comptes pourraient leur apporter une aide à la décision, et même les éclairer dans leurs orientations budgétaires. Il est regrettable qu'à l'heure actuelle, ces juridictions soient encore vécues par leurs « justiciables » sous l'angle du seul contrôle.

Le préfet lui-même a besoin d'avis indépendants notamment lorsqu'il lui importe d'anticiper l'application d'une règle incertaine par le juge. Il pourrait être intéressant pour lui de confier à un conseiller de tribunal administratif cette mission, à l'instar du conseiller de préfecture qui jadis était censé tenir ce rôle. **Le conseiller de tribunal administratif jouerait même un rôle d'éclaireur des réformes auprès du préfet qui, trop souvent, ne dispose pas au sein de son administration d'un concours technique suffisant.** Il va de soi que le conseiller de tribunal administratif, qui lui aurait apporté ses lumières, ne pourrait pas participer à la formation juridictionnelle appelée à connaître d'un contentieux mettant en cause une décision préfectorale qui s'était inspirée de son avis.

Si les textes envisagent bien cette collaboration, force est de constater qu'il s'est développé un état d'esprit qui, de fait, prive jusqu'à présent l'autorité préfectorale de la faculté d'y recourir. Il est vrai que ces magistrats sont, pour la plupart, occupés à temps plein par leurs activités juridictionnelles ; mais est-ce un argument suffisant pour ne pas pousser une porte que la loi n'a pas verrouillée ? Dans la mesure où certains des membres des tribunaux administratifs souhaitent intégrer l'administration active, on pourrait ainsi détecter ceux d'entre eux qui ont des aptitudes à la rejoindre.

On a évoqué supra la contribution que pourraient apporter les professeurs de droit à l'administration.

Un énorme effort de diffusion de la production normative à l'initiative des administrations s'impose notamment auprès des collectivités locales qui n'ont pas toutes, tant s'en faut, pris la mesure du facteur droit. Il faut rapprocher la rive des concepteurs de réglementations de celles de leurs destinataires. Ceux-ci ne doivent plus être face à des sphinx. On sait bien que le concours de juristes ne peut résoudre l'ensemble des problèmes de droit, mais seuls des spécialistes sont capables d'avoir une bonne connaissance de leur ignorance.

* * *

Une importante initiative en matière de communication pourrait consister à rapprocher l'administration du public (assujettis, clients et usagers) par la mise en place de chartes évoquées par la circulaire du Premier ministre du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en service de la réforme de l'Etat et des services publics. Quel pourrait-être l'objet de ces « chartes » ?

Chartre de l'administration

Les structures gouvernementales se mettent en place selon une logique politique qui peut compliquer l'action de l'administration. Le rôle de coordination entre délégations, missions et autres instances dérogeant à l'organisation traditionnelle de l'administration devient plus compliqué et offre le flanc aux contentieux administratif et pénal. Par ailleurs, le service public lui-même est en crise. Sur quoi l'Etat doit-il garder son contrôle ou sa maîtrise ? La décentralisation est-elle toujours faite au nom de l'efficacité ? A quoi doit s'appliquer la déréglementation ?

L'administration, confrontée à un défi identitaire, a besoin de concentrer son attention sur des valeurs mobilisatrices qui incluent le rapport au droit. D'où l'intérêt de chartes de l'administration avancée par la circulaire du Premier ministre du 26 juillet 1995. Ces « chartes » doivent être des outils majeurs destinés à témoigner d'un rapport de confiance.

Les chartes devront se référer aux rapports de droit de l'administration avec les usagers et non amalgamer ceux-ci à des valeurs qui n'en font pas partie. Autrement dit, une approche transparente commande de préciser ce qui relève du « projet d'entreprise de l'administration » et ce qui constitue un droit garanti par le juge. Il faudra y distinguer les objectifs des principes. Que, comme le suggère la circulaire précitée, l'administration soit plus rapide, accessible, participative et responsable, c'est annoncer des objectifs. Les principes, eux, demeurent identiques : neutralité et confidentialité des services, égalité de traitement des usagers, principe de continuité de la desserte de l'ensemble du territoire. Il faut saisir cette circonstance pour le rappeler. A cet égard, on doit prendre conscience d'objectifs incompatibles à mettre en oeuvre compte tenu des contraintes budgétaires. Ainsi en est-il du critère de qualité combiné à celui d'accessibilité. Par exemple, peut-on promettre au nom de l'accessibilité des services publics le maintien de quelque 3 700 brigades territoriales de gendarmerie, tout en améliorant la qualité du service lorsque, corrélativement la technicité, le volume des tâches et la croissance des droits sociaux des personnels commandent la recherche d'économies d'échelle ?

Ces chartes, portées à la connaissance du public dans les locaux où il a accès, pourraient avoir un impact considérable. L'exemple d'« une charte du gendarme » affichée dans les locaux des brigades de gendarmerie belge montre que ce document solennel est un engagement d'une meilleure qualité des rapports avec les administrés et la garantie que la contrainte, voire la coercition dont disposent les membres de cette administration, s'inscrit - aussi bien formellement que dans l'esprit - dans le strict respect de la légalité. Cette volonté gouvernementale de clarifier les relations entre "administration et le public, de rendre plus ouverts et disponibles les agents en charge d'un service public ne pourra qu'améliorer l'image de l'Etat.

Chapitre 5

Gestion des ressources humaines

Vouloir modifier les mentalités et les méthodes de travail au sein des administrations centrales est une oeuvre de longue haleine. Une approche nouvelle de la fonction juridique implique au premier chef les personnels concernés. Une évaluation de leur formation et de leur rapport au service s'impose.

A la croisée de préoccupations les plus diverses, la fonction juridique doit associer les personnels d'origines administratives variées ayant des expériences en rapport avec les sujets qu'ils traitent pour éviter le confinement si nuisible à l'image du juriste. Or, l'évaluation des compétences juridiques fait apparaître des situations très inégales entre les diverses administrations centrales. Une politique d'harmonisation conduirait à faire un effort interministériel de nivellation par le haut de la fonction juridique. La solution préconisée passe par l'ouverture du corps judiciaire à cette fonction.

Bien gérer les fonctions signifie aussi former les personnels qui en ont la charge. Une politique de formation applicable à l'ensemble des concours administratifs et des écoles d'application de la fonction publique doit donc intégrer le facteur-droit en fonction de l'environnement particulier de chaque corps et des besoins des administrations de tutelle.

* * *

La légitimité de l'action de l'État passe par une fonction juridique efficace et engagée dans la vie :

- Sensibiliser les personnels à l'importance stratégique du droit :
- par le travail de la mémoire ;
- par une pratique qui donne du droit une vision innovante ;
- par la recherche de synergies.

Sensibiliser les personnels à l'importance stratégique du droit

Dans son rapport général sur l'année 1986, le Conseil d'État relevait : « *Jamais au même degré, le Conseil d'Etat n'a eu à constater*

que, loin d'être une, l'administration française se divisait en deux catégories, qu'il y avait des services bien équipés et qui fonctionnent bien et d'autres démunis et connaissant des difficultés très sérieuses de fonctionnement. On pourrait parler sans exagération d'une administration duale. Le plus grave est que l'écart entre ces deux secteurs de notre administration s'accentue et on peut en voir de multiples risques ».

Le sentiment général incline à penser qu'en ce domaine, le secteur privé a opéré un redressement plus net que l'administration. La comparaison tourne à l'avantage de la « force de frappe » juridique des grandes entreprises, qui, au surplus, est renforcée par le barreau et le notariat. L'École nationale d'administration (l'ENA) qui, pendant de nombreuses années, avait exclu les disciplines juridiques des matières obligatoires, a modifié sa politique de formation (*cf. infra* p. 114) et développe notamment l'enseignement du droit communautaire. Pour sa part, l'enseignement de l'École nationale de la magistrature est lacunaire en ce qui concerne le droit public.

Le niveau moyen des attachés d'administration centrale est insuffisant en droit. Mais dans l'ensemble, des progrès sont observés, qui ne sont pas étrangers à l'amélioration continue du niveau général des candidats aux concours administratifs et à la perception par les grandes écoles du rôle croissant que jouent les régulations juridiques. Il n'empêche qu'un long chemin reste à faire pour que soit relégué au passé le constat suivant : « *Tant que les diverses filières juridiques resteront étroitement compartimentées, que l'accès aux grands emplois juridiques publics demeurera réservé via le Conseil d'Etat à une élite polyvalente, que la magistrature et l'université resteront des univers clos, le droit restera une carrière marginalement attractive pour les meilleurs étudiants* » (Laurent Cohen-Tanugi et Joëlle Simon, *L'État et le système juridique*).

Au début de l'année 1996, présentant les voeux des corps constitués au Président de la République, M. Denoix de Saint-Marc, vice-président du Conseil d'État, évoquait l'idée d'un « État modeste », entendant ainsi que l'État devait être le premier à se soumettre au droit qu'il avait lui-même énoncé. Les administrations ne pourront donner le meilleur d'elles-mêmes à la réforme de l'État qu'en améliorant leur fonction juridique. Les agents des administrations centrales, dépositaires de cette fonction, doivent être incités et formés à reconnaître au droit un principe de réalité permanente, qu'il constitue la clé de tout effort de démocratisation de l'appareil de l'État.

Le droit public est d'ailleurs lui-même en pleine métamorphose. L'évolution de la finalité de l'État et de ses compétences bouleverse la fonction juridique traditionnelle. La modernisation de l'appareil administratif passe aussi par le maniement de concepts de droit : la décentralisation, la déconcentration et l'adaptation des structures gouvernementales ont changé profondément la répartition des compétences, les niveaux de décision et les modes d'intervention. De même, l'État est confronté aux difficultés de mise en conformité du droit interne avec le droit communautaire, notamment en matière de concurrence, de travail et de libre circulation des travailleurs.

Comme les magistrats dont c'est le milieu naturel, les fonctionnaires commencent à découvrir au sein de la population une sociologie de la contestation. Les recours contre leurs décisions se sont banalisés et même leur mise en cause personnelle devant les juridictions civiles, pénales, administratives et financières est de moins en moins rare. Ils doivent notamment être sensibilisés aux champs pénaux que recouvrent les incriminations d'abus d'autorité, de corruptions active et passive, de favoritisme, de concussion, de prise illégale d'intérêts et de violation de secrets. Une responsabilité civile est souvent recherchée en matière hospitalière et dans la police. Face à des risques accrus, l'administration a, à la fois, un devoir de surveillance et d'assistance de ses agents.

Par ce biais, on voit ainsi se combler le fossé entre droit privé et droit public. Il faudrait favoriser cette évolution en donnant plus largement la possibilité aux fonctionnaires servant dans les administrations centrales de découvrir un aspect plus dynamique du droit, celui qui donne aux opérateurs économiques les meilleures opportunités de réussite. Il faut, en quelque sorte, qu'ils troquent leur attitude trop souvent réactive pour une vision innovante du droit.

Par le travail de la mémoire

L'une des différences majeures entre un juriste d'administration centrale et un juriste tout court porte sur la mémoire : mémoire des négociations, des correspondances, des non-dits, des projets avortés, des positions des groupes de pression, des commissions parlementaires; mémoire de Bruxelles, de Luxembourg, de Strasbourg, du Quai Branly, de la Place Vendôme etc. Il s'agit d'une infinité d'informations non publiques et non publiées qui sont constitutives d'une culture irremplaçable.

Dans l'intérêt de la fonction juridique, ses serviteurs doivent connaître une stabilité dans leur affectation pour, d'une part, acquérir la mémoire du droit applicable à leur domaine de compétence et tous les éléments qui en sont la justification, et, d'autre part, partager avec leurs correspondants cette culture fondée sur le travail du temps.

Ce qui n'empêche pas qu'avant d'assurer des responsabilités de rédaction de textes et une fonction de conseil, le juriste doit corrélérer ses connaissances juridiques proprement dites à une expérience pratique. Mais une fois investi de sa fonction, il doit accepter de demeurer plusieurs années dans celle-ci. C'est d'ailleurs la politique suivie par le Secrétariat général du Gouvernement où les juristes demeurent en principe plus de cinq ans, ou encore ceux de l'administration des assemblées parlementaires chargés d'accompagner le travail des commissions. Du reste, les interlocuteurs habituels que sont les juristes des groupes de pression ont eux-mêmes des affectations stables. Si l'on oppose à la mémoire des correspondants d'un ministère, celle d'un personnel par trop mobile, on voit que l'État se trouve dans une situation de faiblesse.

Par ailleurs, maintenir en fonction pendant un temps assez long des juristes d'administration centrale garantit mieux la permanence du droit, conduit aussi à responsabiliser ceux qui auraient tendance à laisser

une trace brouillonne de leur passage en corigeant inutilement un ordonnancement juridique nécessairement imparfait. La stabilité est en même temps un contrepoids aux changements plus fréquents au sein des cabinets ministériels. Elle permet également d'instaurer avec le Conseil d'État une collaboration plus confiante.

La mémoire doit se transmettre. Il est indispensable que les successions soient prévues de longue date afin que les passations de consigne soient en fait de longues collaborations entre l'entrant et le sortant.

De même, il est impératif de conserver au bureau d'ordre d'un service juridique sa fonction de garde des dossiers. Trop souvent, les dossiers sont à l'usage personnel des fonctionnaires et le peu qu'ils transmettent au moment de leur départ est expurgé de documents ou de notes intéressantes. Les dossiers sont la propriété du service. Conservés par les bureaux d'ordre, ils sont nourris de tous les éléments qui en assurent la bonne compréhension, ce qui doit permettre à un juriste de se substituer à son collègue absent et à son successeur d'acquérir, dans les délais les plus brefs possibles, la véritable connaissance des affaires.

A Rome, les Pères conscrits avaient la mémoire des lois qu'ils allaient voter.

Par une pratique qui donne du droit une vision innovante

La situation actuelle tient à la perception insuffisante par l'administration de la spécificité de la fonction juridique. C'est là la cause essentielle du sous-équipement juridique de l'État. Les fonctionnaires chargés de fonctions juridiques acquièrent une expérience professionnelle orientée vers la tutelle, c'est-à-dire le contrôle, la délivrance d'autorisation et la censure exercés à partir de dossiers et de rapports qui leur sont soumis. Comme les juges, ils réagissent à des situations préexistantes, à des initiatives étrangères à leur domaine de compétence intellectuelle. Lorsqu'ils sont chargés d'établir des projets de décisions (appels d'offre par exemple), ils reproduisent des schémas fondés sur le précédent.

Cette approche du droit est un frein à la réforme de l'État. Faute d'avoir une conception innovante du droit, les juristes de l'administration résistent à l'introduction de concepts juridiques aptes à gérer différemment les intérêts publics. C'est ainsi l'une des principales raisons du conservatisme juridique en matière d'occupation des locaux par l'État qui ne connaît essentiellement que le contrat de bail et de vente immobilière, alternative jugée insuffisante par les opérateurs privés et les collectivités territoriales qui conduit parfois à des situations de blocage. C'est pourtant la seule que peuvent mettre en oeuvre la gendarmerie et les collectivités locales pour loger par nécessité absolue de service quelque 85 000 familles de militaires.

Cette culture étriquée creuse un fossé intellectuel entre les « forces vives » qui doivent faire montre de capacités adaptatives pour obtenir des financements, notamment en raison des insuffisances de fonds propres des entreprises et l'État, dont la doctrine est le reflet de la

formation et de l'univers mental de ses décideurs. Ce handicap est encore plus patent lorsque les juristes administratifs sont confrontés à des problèmes à cheval sur le droit public et le droit privé.

C'est pourquoi, une formation théorique de droit privé est tout aussi indispensable que l'acquisition d'une pratique qui permet de rédiger des contrats, de négocier des accords, d'anticiper les effets d'un principe nouveau, de résoudre une infinité de difficultés que soulève toute opération d'envergure, d'éclairer les décisions du Gouvernement. Et pourtant la véritable expérience du droit privé fait défaut aux administrations centrales de l'État. Il serait très utile que les juristes, qu'ils soient administrateurs civils, conseillers de tribunaux administratifs, attachés d'administration centrale ou magistrats occupant des fonctions au sein des administrations centrales, acquièrent une pratique hors du milieu administratif ou judiciaire. Ainsi, le fonctionnaire chargé de la fonction de conseil et associé à la production normative en matière d'urbanisme serait plus opérationnel et plus fiable s'il avait acquis une expérience dans une entreprise de travaux publics, une étude notariale, une banque spécialisée, voire une collectivité locale.

A la formation continue classique, doit s'ajouter l'acquisition d'une connaissance pratique du droit.

Il importe que les juristes affectés au sein des administrations centrales puissent avoir préalablement validé leurs connaissances et leurs réflexes par la pratique du droit tel que le reçoivent les « publics spécialisés » de l'Etat. L'État a besoin de juristes qui ont été immersés dans l'environnement juridique des professions avec lequel ils sont en relation. L'acquisition d'une telle expertise nécessite une politique de détachements ou de mises à disposition de fonctionnaires de laquelle leur administration attend des retombées utiles.

Par la recherche de synergies

On devrait favoriser un rapprochement, notamment au sein des pôles juridiques, des fonctionnaires au service du droit privé et du droit public. Il devrait également être fait une place aux magistrats dont la formation et l'expérience professionnelles sont fortement orientées vers le droit privé. En effet, pour donner vie à la pluridisciplinarité juridique, il faudrait inviter à participer à la fonction juridique des personnels appartenant à d'autres corps que ceux qui sont recrutés par la voie de l'ENA, dès lors qu'ils ont acquis une formation juridique sérieuse.

Les juristes devraient acquérir une ouverture d'esprit grâce à des stages axés sur les problèmes de société, la vie économique, l'évolution des relations sociales et la notion d'éthique.

Par une véritable place faite à la formation au droit

L'évaluation de la situation actuelle dans l'ensemble des écoles destinées à former les fonctionnaires de catégorie A fait apparaître des

lacunes dans l'enseignement du droit. A l'École nationale du travail, l'enseignement du droit représente un quart environ du programme, ce qui entraîne progressivement une perte de compétences de ce corps alors que la demande de formation au droit exprimée par les stagiaires y est forte. Cette observation est également applicable à l'École nationale des impôts.

Il faudrait inscrire aux programmes de ces concours administratifs l'acquisition des principes généraux du droit, enseigner dans les écoles d'application de la fonction publique les disciplines qui permettent de comprendre et de situer la spécificité des matières dominantes (par exemple, le droit commercial, le droit foncier par rapport au droit fiscal pour l'École nationale des impôts).

Il faudrait également offrir l'opportunité aux fonctionnaires de faire des stages, et même organiser une mobilité leur ouvrant l'esprit sur des réalités administratives, juridiques et sociales autres que celles auxquelles ils seront confrontés.

* * *

La qualité de la fonction juridique pourrait être plus homogène en faisant appel aux magistrats :

- les magistrats et la fonction juridique de l'État ;
- magistrats auprès des administrations centrales de l'État.

Homogénéiser la qualité de la fonction juridique

Le cadre des magistrats aux administrations centrales permettrait de contribuer à niveler les inégalités de qualification juridique dénoncées par le Conseil d'État. Dans la mesure où certains ministères ne peuvent pas eux-mêmes constituer une « masse critique de juristes » nécessaire pour modifier le rapport au droit, l'apport interministériel constitué par les magistrats assurerait le décollage de la fonction juridique. Ces magistrats s'agrègeraient à une petite communauté d'agents motivés (*cf. pôle juridique*).

Les magistrats et la fonction juridique de l'État

Les magistrats ont-ils pour vocation exclusive l'exercice de fonctions judiciaires ? Si la réponse devait être affirmative, ne s'ensuivrait-il pas des inconvénients liés au confinement ? La distinction entre administrateurs civils, qui sont des généralistes de la gestion publique, et magistrats, dont la compétence est dédiée à l'exercice exclusif de la justice, doit-elle être ainsi tranchée lorsqu'on connaît les difficultés liées à la fonction juridique au sein des administrations ?

Compte tenu de l'importance numérique du corps judiciaire (environ 6200 magistrats), de la qualité de la formation donnée par l'École nationale de la magistrature et du besoin de respiration et de

renouveau de ce corps, une conception conservatrice tendant à écarter les magistrats de l'administration - exception faite de la Chancellerie - au motif que les tribunaux sont déjà très surchargés priverait les administrations centrales de l'enrichissement apporté par ces magistrats et isolerait ces derniers dans des soliloques corporatistes. Par ailleurs, nul ne conteste le nombre insuffisant de juristes au sein de l'« État-stratège », et surtout de juristes de droit privé. Au demeurant, n'est-il pas aussi normal d'affecter un conseiller de tribunal administratif à des tâches d'administrateur civil ? Pourquoi la mobilité serait-elle mal appréciée du corps d'origine, c'est-à-dire du corps judiciaire, et encouragée, voire obligatoire, ailleurs ?

En contrepartie, les magistrats, qui gèrent l'aspect administratif de la justice et ses ressources humaines, auraient tout intérêt à acquérir de solides notions de management. Les magistrats ayant été jadis les seuls administrateurs du ministère de la Justice ont, à leur corps défendant, contribué à isoler l'administration de la justice du reste de l'État. Depuis quelques années, les choses bougent ; la Chancellerie, elle aussi, a pris conscience qu'elle a tout intérêt à accueillir des fonctionnaires de haut niveau. De même les administrations centrales des autres ministères trouveraient avantage à ce que des magistrats leur apportent le fruit de leur expérience dans les domaines juridiques ou dans des tâches d'animation liées à l'activité judiciaire. Là encore, tout est affaire de rapprochement des modes de pensée et des cultures.

Il n'est d'ailleurs pas certain que les lacunes de la fonction juridique au sein des administrations centrales puissent être comblées par l'École nationale de l'administration dans la mesure où elle n'a pas vocation à former au droit, mais seulement à quelques techniques d'élaboration des textes et à quelques principes d'interprétation du droit.

Certes, la formation continue et une plus grande ouverture au droit par les écoles d'application et notamment par les écoles d'ingénieurs (*cf.* École nationale des ponts et chaussées) améliorent la situation. Mais pour donner un élan à la fonction juridique, il faut accueillir des juristes de formation et, à partir d'eux, créer des pôles de compétence et des synergies. Dans cette optique, les magistrats peuvent être très utiles.

Le détachement des magistrats pour contribuer à la fonction juridique n'est pas inadapté à cette ambition, mais cette procédure a l'inconvénient d'être précaire et circonstancielle. Dès lors que l'on considère bon pour l'État d'aérer le corps judiciaire, l'affectation des magistrats doit s'inscrire dans le cadre d'une véritable politique. Surtout, à l'instar de l'administrateur civil qui, appartenant à un corps interministériel, est naturellement légitime à la Chancellerie, on devrait créer quelques postes au sein des administrations centrales destinées aux magistrats. Ainsi, seraient fortement reconnues à la fois l'importance et la permanence de la fonction juridique et l'idée que le magistrat est aussi un acteur administratif de l'Etat, que sa spécificité professionnelle peut être contrebalancée par sa vocation à être également présent au sein des administrations centrales.

Magistrats auprès des administrations centrales de l'Etat

Une fois admise la nouvelle approche qui justifie la place du droit privé dans le cadre de la fonction juridique de l'État et, en particulier, de sa production normative, deux axes d'efforts se présentent en perspective :

- donner au ministère de la Justice les moyens de contribuer à la fois à jouer un rôle de consultant au profit du Gouvernement et à participer à la rédaction des textes touchant au droit privé (qui inclue le droit pénal) ;
- mettre en place des juristes de droit privé de haut niveau aux carrefours stratégiques de la conception et de l'application du droit privé.

Le ministère de la Justice ayant depuis toujours choisi d'appeler à ces tâches des magistrats de l'ordre judiciaire a créé à cet effet un cadre particulier, celui des magistrats à l'administration centrale du ministère de la Justice (MACJ).

Cependant, la situation actuelle laisse à désirer dans la mesure où les magistrats sont de moins en moins désireux d'être nommés à la Chancellerie. D'où un niveau moyen en baisse, une durée de séjour plus courte, un taux de relèves de plus en plus important et des postes non pourvus dans les deux directions à vocation essentiellement juridiques. Au surplus, les emplois budgétaires sont insuffisants (de l'ordre de 162). Une évaluation approximative conduit à proposer d'augmenter d'une vingtaine le nombre de magistrats en fonction à la Chancellerie.

Il faudrait restaurer, en l'aménageant, un véritable cadre des magistrats à l'administration centrale du ministère de la Justice. Cette organisation, qui a bien fonctionné jusqu'à la fin des années 70, assurait la collaboration de magistrats motivés, fiers de leur affectation, conscients de l'importance de leur mission. Ils y étaient assurés en retour d'une durée de services d'au moins dix ans, assortie d'espoirs de promotions. Formés à des tâches spécifiques qui exigeaient d'eux l'acquisition artisanale de la mémoire du droit dont ils étaient chargés, ils recevaient, à leur tour, des responsabilités d'encadrement et de formation. Ils veillaient à ce que les générations suivantes prennent la relève dans de bonnes conditions.

Quoiqu'on en ait dit, ce système a permis à la Chancellerie de faire autorité en matière de production normative et aux deux directions précitées d'avoir un rayonnement intellectuel et moral comparable à celui de la Direction du trésor au ministère des Finances. Ne cachons pas que la principale maladresse commise avait été de faire cohabiter au sein des mêmes services les MACJ avec des magistrats des cours et tribunaux officieusement mis à la disposition de la Chancellerie, moins bien traités en ce qui concerne les conditions d'avancement et le régime indemnitaire. Par contre, il paraît essentiel de continuer à imposer aux MACJ une pratique professionnelle dans les cours et tribunaux.

En outre, il serait souhaitable que, pour contribuer à faire pénétrer le droit public dans sa culture, la Chancellerie accueille en

son sein également des publicistes, en particulier des conseillers des tribunaux administratifs.

Doter la Chancellerie de moyens intellectuels adaptés à sa tâche, c'est un premier pas. Mais il faut aussi innover les administrations centrales d'un réseau de « privatistes ». Actuellement elles satisfont ce besoin, mais d'une manière insuffisante et empirique, notamment en offrant aux magistrats des postes contractuels de détachement.

Une prise de conscience d'avoir à améliorer la fonction juridique serait l'occasion de systématiser la participation des magistrats au sein des administrations centrales, surtout si leur rôle venait en appui de la création de directions des affaires juridiques au sein des principaux ministères (*cf. supra*). A raison de deux ou trois magistrats par ministère quotidiennement concerné par la production normative, on créerait ainsi un vivier d'une centaine de magistrats. De là naîtrait l'intérêt d'étendre le cadre des MACJ - dont les besoins supplémentaires peuvent ainsi être évalués à quelque 20 magistrats - à l'ensemble des administrations centrales. Ce cadre deviendrait alors celui des magistrats auprès des administrations centrales de l'Etat.

Autrement dit, au lieu d'ouvrir des postes de détachement pour renforcer la fonction juridique au gré des circonstances et des capacités budgétaires de tel ou tel ministère, il conviendrait d'évaluer l'ensemble des besoins à cent magistrats affectés dans les administrations centrales autres que la Justice et de fixer une clé de répartition de ces emplois au sein des administrations centrales et à fixer à 185 les besoins de la Chancellerie.

Quelles seraient les perspectives de carrière de ces personnels ? L'on pourrait envisager deux situations bien distinctes :

- une carrière courte de cinq ou six ans permettant au magistrat d'acquérir une brève spécialisation qu'il pourrait assez rapidement rentabiliser ;
- une carrière longue d'une quinzaine d'années au plus qui permettrait à l'intéressé d'assurer des fonctions de rédaction, de chef de bureau et de sous-directeur.

La gestion de ces personnels devrait être comparable à celle des administrateurs civils dans la perspective toutefois de les réintégrer dans des emplois de magistrat des cours et tribunaux.

Ainsi la priorité gouvernementale pour le développement de la fonction juridique, et notamment de celle qui touche au droit privé, serait affirmée.

* * *

L'administration dispose aujourd'hui de deux atouts : une augmentation du nombre des candidats aux emplois publics et un réseau d'écoles d'application de bonne qualité.

Par ailleurs, la formation continue, qui a fait l'objet d'un troisième accord-cadre en février 1996, doit contribuer à améliorer le niveau juridique d'un nombre de plus en plus important de personnels :

- L'introduction au droit : contribution indispensable à la formation des fonctionnaires associés à la production normative.
- Les analyses du Conseil d'État.
- Contribution de l'ENA à la formation au droit.
- Formation continue.

L'introduction au droit : contribution indispensable à la formation des fonctionnaires associés à la production normative

Faire de la formation au droit l'une des clés de l'enseignement dispensé à la haute fonction publique, c'est faire entrer par la grande porte dans la culture de l'Etat-stratège, aux côtés de l'économie et des sciences exactes, le raisonnement juridique. Celui-ci repose sur la connaissance des grands principes du droit et des concepts invariables. Ce qui donnerait, à l'image de l'astronome qui situe les étoiles par rapport aux constellations et aux galaxies, la faculté d'insérer une règle dans un ensemble de principes, d'ajuster la logique d'une mesure nouvelle dans une construction plus vaste et de coordonner le tout. Cette démarche débute dans un environnement mouvant au point que, comme le fait observer M. Marceau Long, vice-président honoraire du Conseil d'État, la distinction du droit privé et du droit public tend à devenir obsolète. Le propos de M. Jean Coussirou, ancien directeur de l'ENA, selon lequel « *il faut former de grands administrateurs davantage ouverts sur les problèmes concrets des citoyens* », devrait conduire à orienter les futurs cadres de l'Etat vers l'étude du droit privé pour leur permettre d'appréhender les besoins juridiques des différentes communautés humaines au sort desquelles ils sont intéressés.

L'exemple vient de haut : le Conseil constitutionnel incite à accélérer le pas dans cette direction. Par une approche plus personneliste, cette haute instance assure la défense des grands principes du droit privé (une de ses premières grandes décisions touchait au droit privé et à la liberté d'association). L'évolution de sa jurisprudence tient au fait que le droit constitutionnel irrigue toutes les branches du droit. C'est ainsi que tout en maintenant entre droit public et droit privé un équilibre variable suivant le domaine considéré, le Conseil constitutionnel se réfère à un mode de pensée différent de celui de l'administration.

La formation de nombre de ses membres doit beaucoup au droit privé, à commencer par celle des deux derniers présidents MM. Badinter et Dumas et du premier avocat général honoraire de la Cour de cassation, M. Jean Cabannes. Quant au secrétariat général animé par un

conseiller d'État, M. Schrameck, il comprend un fonctionnaire parlementaire, un magistrat et un conseiller de tribunal administratif.

Au surplus, le développement du droit privé hors du champ de compétence de l'État central est, sur le seul plan quantitatif, sans commune mesure avec celui du droit public. L'éclatement des lieux de production de normes enrichit presque exclusivement le droit privé. Sans parler de la fonction régulatrice des juges nationaux et européens, les autorités administratives indépendantes (Conseil de la concurrence, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Commission nationale de l'informatique et des libertés), les forces du monde du travail (les conventions collectives) et les principaux producteurs privés du droit concourent à cette évolution. Une connaissance approfondie des principes du droit privé est donc une condition nécessaire de la crédibilité des grands administrateurs chargés d'agir au nom de l'État : la fonction juridique a acquis une dimension stratégique au sein de l'État, de même que dans la gestion des entreprises.

Une raison supplémentaire pour renforcer la qualification en droit privé des fonctionnaires d'autorité de l'État tient à ce que des progrès considérables ont déjà été accomplis par les entreprises privées qui font une place de plus en plus significative au droit. Le risque pénal est sans doute une incitation supplémentaire. Il serait néfaste pour l'autorité de l'État en charge de l'intérêt général que les juristes de l'administration et de la société civile ne partagent pas la même culture.

Les analyses du Conseil d'État (rapport du 21 avril 1988)

La section du rapport et des études du Conseil d'État avait évalué la formation juridique des fonctionnaires, évaluation qui avait donné lieu à un rapport en date du 21 avril 1988. Le Conseil d'État soulignait que les exigences juridiques avaient diminué dans beaucoup de concours de recrutement et de programmes de formation des fonctionnaires et qu'en même temps une part trop faible des actions de formation continue était consacrée au droit.

Le Conseil d'État proposait de rétablir une matière obligatoire de droit pour les épreuves d'admissibilité des concours de recrutement des fonctionnaires et de veiller à ce qu'il y ait une adéquation entre le niveau du droit demandé et les fonctions correspondant aux corps de fonctionnaires concernés. Il suggérait que les écoles d'application qui enseignent les droits spéciaux, actualisent les connaissances juridiques de base, notamment en droit communautaire et dans certaines branches du droit privé et développent l'aptitude à la rédaction des textes administratifs, au raisonnement, à l'informatique juridique et au contentieux et que des actions de même nature soient assurées dans le cadre de la formation continue.

L'investissement juridique doit être considéré à l'aune de l'objectif tendant à assurer un recrutement plus professionnel. Le Conseil d'État recommandait de fixer des règles permanentes d'évaluation des critères de recrutement et de formations dispensées dans les écoles. Car

la haute assemblée notait qu'il existe des écoles bien structurées, à l'écoute des besoins des administrations de tutelle et d'autres qui se situent à un niveau moins satisfaisant. Il s'ensuit une qualité inégale d'agents qui explique la différence de qualité des administrations dans l'accomplissement des tâches juridiques. Huit années se sont écoulées. L'analyse et les recommandations sont toujours d'actualité.

Contribution de l'École nationale d'administration à la formation au droit

La Direction de l'ENA estime que les candidats reçus au concours ont déjà acquis un bon niveau de connaissances en droit public, et qu'en tant qu'école d'application, son rôle ne consiste pas à dispenser des enseignements de base, mais à donner « une bonne maîtrise des outils administratifs ».

Au cours de la formation initiale, le droit n'est pas abordé en tant que tel, mais sous l'angle de la procédure d'élaboration des textes ainsi présentée au lecteur : « *D'une façon ou d'une autre, rédiger et appliquer des textes constitue, pour les anciens élèves de l'école, une activité naturelle et souvent quotidienne. Ce rôle, qui leur revient dans la préparation des textes législatifs et réglementaires, est même essentiel. Aussi l'enseignement à l'école ne peut-il être indifférent aux critiques, souvent justifiées, dont notre appareil normatif est l'objet* ».

La formation permanente consacre une séance à « la rédaction et l'interprétation des textes administratifs », deux séances aux « conséquences de la construction européenne », normes constitutionnelles, normes communautaires, normes législatives, deux séances à « la responsabilité des fonctionnaires ». Les principes généraux du droit ne sont pas abordés.

M. Lebris, directeur de l'ENA, envisage de réformer les conditions d'accès à l'École afin de sélectionner des élèves qui auraient des profils plus diversifiés que ceux issus du moule de l'Institut des sciences politiques de Paris ou de l'École des hautes études commerciales. Il se propose de mettre en place des centres de préparation régionaux qui formeraient pendant deux ans des candidats sélectionnés sur la base d'une formation dans des matières nouvelles pour l'ENA, lesquelles incluraient, entre autres, le droit privé. Ces candidats auraient l'obligation de se maintenir à niveau dans leur matière de spécialité. L'École pourrait ainsi recruter quelques vrais juristes. Est-ce suffisant ?

A l'heure actuelle, le droit public est pour la majorité des candidats une discipline présupposée maîtrisée en raison du programme du concours d'entrée.

Compte tenu de l'évolution des missions de l'État et des services publics, on ne peut que recommander de faire au droit privé une place à l'heure actuelle absente et pour cela que les programmes présentent le droit comme une discipline nécessaire et omniprésente. En

même temps, il faudrait permettre aux élèves et anciens élèves, qui le souhaitent, d'acquérir ou de parfaire leurs connaissances. Cette orientation ne peut porter ses fruits qu'à long terme. En attendant, les affectations des élèves à la sortie de l'école, qui sont fonction du choix offert par leur rang de classement et non de leurs aptitudes particulières dans telle ou telle discipline, ne garantissent pas aux administrations centrales que la fonction juridique soit assurée au mieux par la voie de l'ENA.

Formation continue

Le recensement des demandes de formation des fonctionnaires des administrations centrales fait apparaître un intérêt croissant de formation complémentaire au droit. Ces demandes qui portent sur le rappel et l'actualisation des connaissances juridiques professionnelles, et notamment des droits spéciaux, sont liées à l'évolution de l'ordonnancement juridique et aussi à la mobilité des personnels.

Il importe d'évaluer avec précision l'objet des demandes de formation et la qualité des stages. Les recommandations suivantes formulées en 1988 par la section du rapport et des études du Conseil d'État adaptées aux besoins de l'administration et répondant aux demandes de stage sont toujours d'actualité :

- une formation de base en droit communautaire des fonctionnaires des administrations centrales ;
- une augmentation de spécialistes en droit communautaire par des stages de perfectionnement dans des institutions spécialisées ;
- une formation pour élaborer des textes juridiques ;
- une formation pour accéder à la télématique juridique.

Toute politique de formation s'appuie sur une analyse précise des emplois et des compétences.

Conclusion

La critique de l'ordonnancement juridique est peu motivée. Elle fait appel à des sentiments plus qu'à la raison. En vérité, elle est le symptôme d'un mal contre lequel la science juridique ne peut pas grand chose. Ce mal, sociologiquement avéré, reflète l'amoindrissement de la confiance à l'égard de l'Etat et de ses institutions. Et surtout, il procède de la contradiction dans laquelle s'inscrivent les libertés, la justice sociale, le désir de créer et celui de protéger, la volonté d'innover et celle de conserver. Cette critique s'aiguisé au contact de l'utopie qui consiste à croire possible de créer un droit allégé de ses pesanteurs historiques.

Au nom d'un impératif de simplification, on aurait pu proposer d'améliorer les choses par des recettes tendant à restreindre de manière significative la production normative. Mais c'eût été proposer une réforme palliative traduisant une conception fermée du droit à contre-courant d'une société ouverte. Le droit serait alors comme l'anneau de fer qui étrangle l'arbre.

Laissons de côté les inévitables anecdotes, qui n'ont pas de valeur exemplaire, pour poser la question au « simplificateur » : quels pans de l'ordonnancement juridique devraient tomber sous sa hache ? Quelles pièces maîtresses de l'architecture du droit rural, du droit locatif, du droit d'auteur, du droit du travail ou de quel autre encore peuvent être soustraites sans en menacer l'équilibre ? Poursuivant sa conception irénique d'une loi faite pour l'humanité des premiers jours, celui-ci nourri de contractualisme qui fait recette et parfois scandale aux États-Unis proposerait en réalité, de substituer à l'ordonnancement existant un système plus complexe, plus incertain et plus dur.

Sur le fondement de notre conception traditionnelle du droit, l'état des lieux permet-il de dire que la législation contemporaine a été dévoyée de sa finalité ? Nous ne le pensons pas. La démarche du producteur de normes, plus actuelle que jamais, est de contrer le libre arbitre du fonctionnaire, d'encadrer la souveraineté du juge, le pouvoir du maire, la liberté des cocontractants, de donner un contenu plus riche aux libertés publiques, à l'acception la plus large de la justice... Lorsque M. Jacques Toubon, garde des Sceaux, envisage de modifier quelques

aspects de la procédure pénale touchant à la détention provisoire des mis en examen, il ne recherche pas la simplification, mais une meilleure prévention des abus et, par la même, le renforcement des garanties qui entourent la privation de liberté. Quand les collectivités territoriales participent à la fixation d'une taxe, comme la vignette automobile, on voit son taux varier d'un département à l'autre. Ainsi en adviendrait-il des normes publiques si l'État laissait à d'autres instances - privées et publiques - le champ libre. La loi est un facteur d'unification dans un pays qui abhorre les différences tout en célébrant les particularismes.

On confond souvent simplification du droit et simplification administrative qui est une toute autre chose. En réalité, le public émet le souhait d'une administration plus compétente, plus humaine et plus logique. Il souhaite moins de guichets, moins de liasses à remplir et moins de démarches.

De même, on confond souvent complexité de la loi et difficulté d'y avoir accès. C'est pourquoi, la communication de la norme - notamment par télématique - et tout ce qui concourt à sa vulgarisation sont des devoirs de l'État qu'il pourrait mieux remplir. S'agissant de l'énonciation de la norme, l'espoir d'un progrès réside d'abord dans les études d'impact qui ouvrent la porte à la compétence et à la contradiction appliquées à chaque dossier. Il s'agit d'un effort de maturation pour assurer davantage de solidité à des textes qui, de ce fait, auraient de meilleurs atouts de stabilité. Est-ce à dire que tout va bien dans le meilleur des mondes ? Non, bien sûr. C'est pourquoi le Premier ministre lui-même a décidé d'améliorer la fonction juridique de l'État. Ce projet, qui ne pourra aboutir que par la volonté soutenue du Gouvernement, appelle une nouvelle organisation du traitement du droit par l'*« État-stratège »* et une formation appropriée des personnels qui ont en charge cette fonction. Ceux-ci doivent devenir des acteurs visibles, différenciés et écoutés au sein des administrations centrales. La création de directions des affaires juridiques répond à cette nécessité. Ils doivent être informés, formés et motivés. Dès lors que l'ENA n'a pas pour vocation première de former des juristes d'administration centrale, que ses élèves manifestent une préférence native pour des tâches plus opérationnelles et que le droit privé est une discipline qu'ils ne connaissent que de réputation, l'État devrait alors se tourner aussi vers ses serviteurs plus disponibles pour cette mission, parmi lesquels les magistrats de l'ordre judiciaire. A leur contact, plus ouvertes au droit, les administrations renoueraient avec le monde de la pensée juridique largement représenté par les facultés de droit.

La formation des hommes façonne leur mentalité et leur méthode de travail. Tout commence à l'université dans la perspective des programmes des concours, se poursuit dans les écoles préparant aux carrières de la fonction publique et se conforte par les sessions de formation continue. L'on se doit de souligner en particulier, dans le cadre de services bien structurés, la valeur formatrice de l'association des expériences et des intelligences, cette synergie qui donne l'appétit de la curiosité et du doute. C'est la formation par l'exemple qui initie le mieux au secret de la compétence et qui assigne au droit sa place du côté de la vie.

Synthèses des principales propositions

OBJECTIFS

Créer des structures de compétence juridique indépendantes

Ouvrir la fonction juridique vers l'extérieur

MOYENS

Au sein de chaque ministère où la fonction juridique tient une place importante

1) Pôle juridique

- a) Créer au sein de chaque ministère un pôle juridique indépendant.
- b) Pour être indépendant des autres services, ce pôle juridique doit être constitué en direction, laquelle aurait non pas une responsabilité opérationnelle, mais une fonction de conseil, d'aide à la décision et de suivi du contentieux.
- c) Cette direction doit disposer d'effectifs peu nombreux de juristes d'origines diverses.
- d) Cette direction doit être ouverte aux communautés de juristes et aux professions judiciaires.

2) Comité juridique

Instituer au sein de chaque grand ministère, un comité juridique chargé d'évaluer les besoins afin d'améliorer la fonction juridique de l'ensemble des services, d'émettre des avis sur les projets de réforme : et de faire des propositions de réforme.

Se doter d'une instance d'évaluation du droit et de la fonction juridique pouvant assurer une aide ponctuelle

3) Contrôle juridique

Mettre en place au niveau central une mission constituée de membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes afin d'effectuer des audits portant sur l'organisation de la fonction juridique de l'Etat et sur les moyens mis, à cet effet, à sa disposition.

Cette mission pourrait être saisie par le Gouvernement, les chefs du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes pour donner son avis sur les dysfonctionnements touchant à la fonction juridique, l'application du droit positif et son adéquation aux structures administratives.

Faire de la Chancellerie le ministère du droit privé et du-droit pénal pour assurer la cohérence de la législation

4) La Chancellerie, ministère du droit privé et du droit pénal.

Attribuer à la Chancellerie, la responsabilité d'élaborer le droit privé et le droit pénal, le cas échéant en collaboration avec le ministère technique, promoteur de la réforme.

Valoriser les investissements juridiques

5) Désigner une administration ou un établissement public dépositaire des rapports et études demandés par le Gouvernement, à charge pour ce service d'en diffuser la liste aux administrations et de mettre ces documents à leur disposition.

... et les compétences juridiques

6) Prévoir la faculté pour le Gouvernement de saisir pour avis en matière de droit privé et de droit pénal le parquet général près la Cour de cassation.

Pour être :

- plus innovant
- plus précis
- plus ouvert
- plus concret

Améliorer les méthodes de travail

1) Faire remonter la place du juriste de la phase finale contentieuse, en amont, jusqu'à l'associer à l'élaboration de la stratégie de l'administration.

2) Mettre en mesure le Conseil d'État de désigner le pré-rapporteur d'un projet chaque fois qu'il s'agit d'une réforme complexe et importante.

3) Faire davantage appel aux professeurs de droit.

4) S'assurer des conditions qui donnent leur efficience aux études d'impact destinées à argumenter les projets de textes.

- plus attentif au rôle de la mémoire
 - plus confiant à l'égard des capacités innovantes de l'administration
- 5) Évaluer l'impact d'une réforme entrée en vigueur :**
- par des réunions périodiques entre services centraux et services territoriaux ;
 - par l'élaboration d'études d'impact relatives aux textes adoptés.
- 6) Reconstituer, au sein des services, des bureaux d'ordre qui conservent la mémoire des dossiers.**
- 7) Reconnaître le rôle de « force de proposition » de l'administration.**
- 8) Ne pas recourir systématiquement à des personnalités extérieures à l'administration pour mener à bien des missions d'études et faire des propositions de réforme.**

Gestion des ressources humaines

- Présence de magistrats au sein des administrations centrales
- Rapprocher les juristes des gestionnaires
- Sensibiliser au droit
- Professionnaliser la fonction juridique
- 1) Créer un cadre de magistrats aux administrations centrales par extension du cadre existant des magistrats à l'administration centrale du ministère de la Justice (effectifs actuels : 165 ; effectifs proposés : 285).**
- 2) Développer les possibilités de détachement et de mise à disposition pour développer une connaissance pratique du droit.**
- Développer :
- l'accueil des fonctionnaires à la Chancellerie, y compris dans les services de conception du droit ;
 - le recrutement, par la voie latérale, de magistrats parmi les personnes issues d'autres corps de l'Etat ;
 - le recrutement, à titre extraordinaire, de spécialistes.
- 3) Évaluer l'enseignement du droit dispensé dans les écoles formant les cadres administratifs au regard des besoins exprimés par les administrations d'accueil.**
- 4) Développer l'enseignement de l'introduction au droit, et notamment au droit privé :**
- en vue des concours d'accès à la fonction publique ;
 - par la formation continue.
- 5) Instituer une certaine stabilité fonctionnelle parmi les cadres des « pôles juridiques ».**

**Améliorer les relations
avec les usagers du droit.
(Les publics spécialisés)**

Simplifier l'accès au droit

- 1) Présenter systématiquement le texte consolidé, en accompagnement de sa modification.

Instaurer des relations confiantes

- 2) S'assurer que les pôles juridiques aient des relations habituelles et confiantes avec les représentants des « forces vives ».

Rendre plus rigoureuses les relations de l'administration avec ses usagers

- 3) Saisir l'opportunité de l'élaboration de chartes de l'administration pour souligner la place des principes juridiques et déontologiques.

Inciter les citoyens à mieux connaître le droit pour la défense de leurs intérêts

- 4) Accorder la déductibilité des revenus imposables à la rémunération des auxiliaires de justice.

Promouvoir :

**Fonction juridique
et fonction juridictionnelle**

- un système plus logique et plus simple

- 1) Tendre, dans le cours général des réformes, vers l'unité du droit (droit public/droit privé).

- une meilleure corrélation entre ces deux fonctions

- 2) Évaluer l'impact des réformes sur le fonctionnement de la justice.

Redéfinir le périmètre naturel du juge

- 3) Évaluer les moyens nécessaires à l'État pour faire face aux contraintes nouvelles procédant des réformes.

- 4) Veiller à ce que le recours à des alternatives à la justice ne méconnaisse pas l'ordre public et ne porte pas atteinte à la légitimité du juge.

- 5) Éviter de créer des champs de concurrence entre l'administration et la justice.

- 6) Ne pas affaiblir l'autorité de la justice par des textes qui rendent son action moins efficace et qui relativisent la portée de ses décisions.

L'État-statège doit mieux s'acquitter de son devoir de communication et de vulgarisation de sa production normative

Fonction juridique et communication

1)

a) Établir un plan de communication qui précise les opérations de suivi et d'évaluation, la production de tout document, les prestations de toute nature voire les campagnes d'information. Veiller à ce que la stratégie de communication entre les niveaux de conception et opérationnel ne repose pas essentiellement sur le principe d'autorité. Insérer ce plan dans le dossier de présentation du projet de réforme.

b) Dresser l'inventaire des actions de communication destinées d'une part aux services opérateurs et d'autre part aux publics concernés.

2)

a) Développer le rôle de soutien et de conseil des chambres régionales des comptes.

b) Développer le soutien juridique au profit des préfets en faisant appel aux membres volontaires des tribunaux administratifs et aux professeurs de droit.

c) Développer les procédures permettant d'apporter aux interlocuteurs de l'administration des précisions sur le sens et la portée que celle-ci donne à une norme nouvelle.

Chartes des administrations

3) Adapter le concept de charte à chaque administration pour définir à la fois un « projet d'entreprise » et les droits et obligations de l'administration et des usagers

Bases télématiques de données juridiques

4) Inciter à développer des systèmes plus conviviaux », moins coûteux et compatibles avec le droit de la concurrence.

Index

Authiez-Revuz (Jacqueline), *Ces mots qui ne vont pas de soi, boucles réflexives et non-coïncidence du dire*, édition Larousse, citée p. 18.

Badinter (Robert), cité p. 112.

Balladur (Édouard), extrait du discours prononcé le 8 novembre 1993, lors de l'installation de la Commission supérieure de codification, cité p. 32.

Barjavel (René), *La Faim du tigre*, cité p. 20.

Barrot (Jacques), cité p. 66.

Bignon (Jérôme), mission sur les problèmes généraux liés à l'application des lois, *L'insoutenable légèreté de la loi*, (en collaboration avec François Sauvadet), cité p. 82.

Braibant (Guy), le bilan de la codification des lois et des décrets, « Quand le droit est remis en ordre », le *Figaro*, 13-14 juillet 1996, cité p. 94.

Cabannes (Jean), cité p. 112.

Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, édition Flammarion, cité p. 22, 31.

Catala (Pierre), cité p. 60.

Chartier (Yves), rapporteur général du rapport d'activité pour 1995 de la Cour de cassation, cité p. 65.

Chevallier (Jacques), cité p. 59.

Cohen-Tanugi (Laurent), article « L'État et le système juridique », (en collaboration avec Joëlle Simon), in *Pour un État moderne*, édition Plon, cité p. 42, 104.

Cossin (Jean-Pierre), Revue du centre d'information civique, cité p. 89.

Coulon (Jean-Marie), cité p. 51.

Courson de (Charles), *Les fraudes et les pratiques abusives*, rapport remis au Premier ministre le 9 mai 1996, (en collaboration avec Jean-Louis Léonard), édition La Documentation française, cité p. 37.

Coussirou (Jean), cité p. 112.

Denoix de Saint Marc (Renaud), « Droit communautaire et droits nationaux : L'idée d'un Conseil d'État européen », entretien au *Figaro* du 6-7 avril 1996, cité p. 42, 104.

Devedjian (Patrick), *Le temps des juges*, édition Flammarion, cité p. 24.

Dumas (Roland), cité p. 112.

Ferenczi (Thomas), « Les incertitudes du progrès », *Le Monde* du 20 août 1996, cité p. 30.

Ferry (Luc), *L'Homme-Dieu ou le sens de la vie*, édition Grasset, cité p. 28.

Fillon (François), cité p. 38.

Foucault (Michel), cité p. 21.

Gaillard (Jean-Michel), « Les élites publiques : la crise du modèle français », *Revue politique et parlementaire*, novembre-décembre 1995, cité p. 90.

Gallot (Didier), *Les automobilistes politiquement incorrects*, (en collaboration avec Jean de Maillard), édition Albin Michel, cité p. 60.

Garapon (Antoine), *Le gardien des promesses. justice et démocratie*, édition Odile Jacob, cité p. 57.

Guichard (Olivier), cité p. 11.

Kriegel (Blandine), « L'alliance abusive avec les médias » dans le cadre du débat de la place de la justice dans la société », le *Figaro* du 15 février 1996, citée p. 53.

Larche (Jacques), cité p. 70.

Latournerie (Marie-Aimée), rapport « La participation de juristes universitaires aux activités des administrations et des juridictions administratives », citée p. 76.

Lebris (Raymond-François), cité p. 114.

Leonard (Jean-Louis), *Les fraudes et les pratiques abusives*, rapport remis au Premier ministre le 9 mai 1996 (en collaboration avec Charles de Courson, cité p. 37.

Long (Marceau), cité p. 48, 112.

Maillard de (Jean), *Les automobilistes politiquement incorrects*, (en collaboration avec Didier Gallot), édition Albin Michel, cité p. 60.

Maus (Didier), « Le Conseil constitutionnel, arbitre légitime », le *Figaro* du 3 septembre 1996, cité p. 68.

Monassier (Bernard), « La technique de la deféasance », *Revue Droit et patrimoine*, janvier 1996, cité p. 45.

Nillson (Kjelb), cité p. 34.

Ormesson d'(Jean), « Les tentations meurtrières du cynisme et de l'angélisme », (Li Peng, nos chômeurs et les droits de l'homme), le *Figaro* du 15 avril 1996, cité p. 21.

Pateyron (Emmanuel), *Nouvelles technologies de l'information et l'entreprise*, (en collaboration avec Robert Salmon, édition Économica, gestion poche, cité p. 86).

Perben (Dominique), communication en Conseil des ministres du 21 février 1996, cité p. 42, 92.

Picq (Jean), président de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, *L'État en France*, édition La Documentation française, 1995, cité p. 97.

Raffarin (Jean-Pierre), Économie : avantages aux services, le *Figaro* du 20 août 1996, cité p. 27.

Ricoeur (Paul), cité p. 59.

Royer-Collard, cité p. 34.

Ruffin (Michel), *Protection de la jeunesse et délinquance juvénile*, édition La Documentation française, 1996, cité p. 54.

Sauvadet (François), mission sur les problèmes généraux liés à l'application des lois, *L'insoutenable légèreté de la loi*, (en collaboration avec Jérôme Bignon), cité p. 82.

Schapira (Pierre), « Défense du conceptuel », *Le Monde* du 26 août 1996, cité p. 87.

Schrameck (Olivier), cité p. 113.

Simon (Joëlle), article « L'État et le système juridique » (en collaboration avec Laurent Cohen-Tanugi), in *Pour un État moderne*, édition Plon, citée p. 42, 104.

Slama (Alain-Gérard), « Malaise dans la justice », le *Figaro* du 9 mai 1996, « L'abus des médiateurs », le *Figaro*, mars 1996, cité p. 47, 54.

Sulzer (Jean-Richard), cité p. 95.

Supiot (Alain), *Le Monde* du 26 juin 1996, cité p. 31.

Tagbarah (Bahige), cité p. 26.

Terre (François), « L'américanisation et le droit français », *Revue de philosophie politique* n° 7, 1995, cité p. 68.

Toubon (Jacques), M. Toubon, prône la dépénalisation, le garde des Sceaux souhaite « substituer une logique de responsabilité à une logique de culpabilité » notamment en matière économique, le *Figaro* du 22 mars 1996, cité p. 29, 51, 117.

Vatier (Bernard), cité p. 26.

Table des matières

Sommaire	5
Le droit du côté de la vie	
Réflexions sur la fonction juridique de l'État	7
Introduction	9
Chapitre 1	
Quelques réflexions	
sur la production normative	
de l'Etat	
Progrès, droit, production normative	13
Des lois pour qui ?	14
Publics spécialisés	15
La phase préparatoire d'une norme et le temps	16
Le verbe et l'État	17
La croyance dans les ressources de la production normative	18
Les racines du droit	19
Le périmètre incertain du droit	20
- De quel droit s'agit-il ?	22
- Le droit et la loi	22
La difficulté de la fonction juridique : chaque norme fait partie d'un tout	23
Le droit : élément de l'actif national	24
Le droit : élément du passif national	25
Valoriser le sens et la paternité de la production normative	26
Fonction politique et fonction juridique	27
Légitimer la norme	29
Le droit du côté de la vie	29
Des règles nombreuses, tatillonnes, complexes et obscures	31
- Des règles nombreuses	32

- Des règles tatillonnes	33
- Des règles complexes	35
Lorsque l'accroissement du rôle du juge et le durcissement des règles de procédure sont présentés comme une meilleure protection des libertés individuelles	35
. Lorsque l'usage se transforme en norme écrite	36
. Lorsque le virtuel s'inscrit dans la pensée juridique	36
. Lorsque les libertés individuelles sont concernées par les technologies du virtuel	38
. Lorsque la complexité de la norme tend à assurer la représentativité des intermédiaires entre les publics spécialisés et les Pouvoirs publics	38
. Plaidoyer pour la complexité	39
- Des règles obscures	39
Réglementation et auto-contrôle	40
La norme et le déclin de l'autorité	41
. Le déclin de la relation d'autorité contribue à l'expansion de la norme	41
. Où la réglementation est le fruit d'un consensus incertain sur la valeur des principes	41
. Où le déclin de l'autorité de l'État entraîne celui de la norme	41
La communauté de destin des productions normatives nationale et européenne	42
Le modèle de l'étranger	44
La vie internationale et la marge de manœuvre de l'État producteur de normes	44
La création de nouveaux concepts juridiques ne peut laisser l'État indifférent	45
Chapitre 2	
Fonction juridique - fonction juridictionnelle	47
Vers l'unité du droit	48
Vers l'unité des ordres juridictionnels ?	49
Production normative et accès à la justice	51
L'héritage de Colbert	53
Montée en puissance du juge pénal et production normative	54
Une nouvelle culture juridique : prendre la loi au sérieux	57
Le droit pénal : le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire	58
Force doit rester à la loi : le double langage de la médiation	60
- Le médiateur de la République	61
Un cas classique de délégitimation de la justice par la concurrence des normes applicables et la confusion des rôles entre administration et justice	62
« État gouvernement » et juge : sources normatives complémentaires et concurrentes	65
Chapitre 3	
Les structures centrales de l'État et la fonction juridique	67
Constituer un pôle juridique au sein de chaque administration centrale	69
- Fonction de soutien	69

- Force de proposition	70
- Un investissement de longue haleine	71
- Relation de confiance avec le ministre	71
- Une direction...	71
- ... dotée d'effectifs peu nombreux	71
- ... ouverte sur le monde du droit	72
- Modèles existants	72
Présence de la culture du droit privé au Conseil d'État et au Secrétariat général du Gouvernement	73
Contrôle juridique	74
La fonction juridique de l'État et les professeurs de droit	75
Les avis demandés par les juridictions à leur Cour suprême respective	77
Les questions posées par le Gouvernement au Conseil d'État	78
Les questions que devrait pouvoir poser le Gouvernement au Parquet général près la Cour de cassation	78
La « babélisat » du droit et la chancellerie	79
Les études d'impact préalables à la réforme	81
- Le cas de la grande distribution	81
- L'intérêt du questionnement : cerner la problématique	82
Les études d'impact après la réforme	83
Chapitre 4	
Fonction juridique et communication	85
Production normative et communication	86
- La norme et l'instruction civique	87
- La démarche explicative et persuasive	87
Communication juridique : cabinets ministériels et services	88
Lorsque la circulaire éclaire le sens de la loi	90
Codifier : mettre de l'ordre et changer le droit	92
La contribution des Journaux officiels à la fonction publique de l'Etat	95
-Production papier	95
- Les bases télématiques de données juridiques	95
- Participation à la consolidation des textes modifiés	95
Autres accès informatisés au droit	96
- Initiatives du conseil d'Etat	96
- Initiatives privées	96
Les missions d'études et les administrations	97
Pourquoi la production normative est-elle parfois décevante ?	98
Un trait d'union entre la lecture et l'application de la norme	100
Chartre de l'administration	102
Chapitre 5	
Gestion des ressources humaines	103
Sensibiliser les personnels à l'importance stratégique du droit	103
- Par le travail de la mémoire	105
- Par une pratique qui donne du droit une vision innovante	106
- Par la recherche de synergies	107
- Par une véritable place faite à la formation au droit	107
- Homogénéiser la qualité de la fonction juridique	108

- Les magistrats et la fonction juridique de l'État	108
- Magistrats auprès des administrations centrales de l'État	110
L'introduction au droit : contribution indispensable à la formation des fonctionnaires associés à la production normative	112
Les analyses du Conseil d'État (rapport du 21 avril 1988)	113
Contribution de l'École nationale d'administration	
à la formation au droit	114
Formation continue	115
Conclusion	117
Synthèses des principales propositions	119
Index	125