

La loi et son histoire

Cycle conférence des Bernardins « La loi est-elle en crise ? »

4 octobre 2017

Mesdames et Messieurs,

Imaginons ensemble la route qui mène de Cnossos au Mont Ida, en Crète : trois hommes y cheminent sous le soleil : un athénien, un spartiate, et un crétois. Il fait chaud. Ils décident donc de s'arrêter à l'ombre des cyprès d'un bosquet sacré. En marchant ils ont évoqué les grands récits fondateurs de la ville de Thèbes, et Antigone morte d'avoir opposé la loi des dieux à la loi positive de son oncle Créon.

La loi, tel sera le thème de leur discussion jusqu'à la tombée de la nuit. Qu'est-ce que la loi, quelle est son origine, quel est son fondement, qui doit la faire, le philosophe, le tyran ou le peuple.

Ce sont les questions, bien sûr, que Platon pose au début de l'un de ses derniers dialogues écrit il y a plus de 25 siècles, « des lois ». Il y répondra d'ailleurs dans cet ouvrage ; pour lui la loi, *nomos* s'oppose à l'arbitraire. C'est la raison pour laquelle le législateur doit être un roi philosophe mais surtout un sage. Un sage qui aura compris que la loi doit refléter l'harmonie du cosmos, beau et juste qu'elle reflète l'unité de l'univers voulu par les dieux. Et Platon d'ajouter, en bon observateur de la réalité humaine, que la loi, quelque transcendante qu'elle puisse être, s'incarne par son infinie variété dans la réalité humaine, et à son histoire ; qu'elle est immanente au monde.

Transcendance et immanence, loi et histoire, après le Père de Villefranche, tel est mon propos de ce soir pour éclairer le grand débat sur le déclin de la loi. Les questions posées il y a 25 siècles sont encore d'actualité : qu'est-ce que la loi, quel est son fondement et quelle est l'autorité qui doit la promouvoir ? Quelle est la part de la loi dans les règles que se donne une société, c'est-à-dire dans les sources du droit ?

Pour donner quelques éléments de réponse bien parcellaires et bien modestes à ces vastes questions, j'ai choisi de parler de ce que je connais le moins mal, c'est-à-dire du système juridique français.

*
* *

La loi en France a reçu deux apports essentiels, d'une part l'apport chrétien, le Père de Villefranche vient d'en parler, et d'autre part l'apport romain. Un mot rapide donc, sur la loi dans cette société romaine républicaine. Il faut au préalable rappeler que le terme de loi a justement une origine latine « *lex* » qui vient de *lego* dont le deuxième sens est de recueillir par les yeux, c'est-à-dire de lire ; la loi, pour les romains comme d'ailleurs pour les grecs, est d'abord une règle de droit écrite et publique. Ce terme de *lex* (loi) est entré en usage en 451 avant Jésus-Christ avec la fameuse loi des Douze Tables par laquelle les plébéiens obtenaient des patriciens que les principales règles de droit gouvernant la cité soient écrites et affichées.

La loi des Douze Tables, et les lois ultérieures, furent votées par les Comices, c'est-à-dire par le peuple de Rome. Ainsi, la *lex* romaine présentait déjà les principales caractéristiques de la loi telle que nous l'entendons aujourd'hui, tous critères formels et fonctionnels confondus, à savoir publicité, universalité, stabilité et surtout acte solennel voté par le peuple.

Avançons à grands pas. La nature de la loi, et sa place, vont évoluer avec l'arrivée au pouvoir des empereurs au I^{er} siècle. Avec eux, avec Auguste, on assiste en effet à la confiscation du pouvoir normatif par le prince. A partir de cette période, c'est l'empereur qui va dire le droit au moyen de ses « constitutions » impériales (constitution vient de « *sto* », stabilité status, état).

Les autres sources de droit, notamment les travaux des jurisconsultes, c'est-à-dire la jurisprudence, n'échappèrent pas d'ailleurs à la mainmise du pouvoir impérial puisque tous les grands juristes de l'époque, Julien, Gaius, Papinien, Ulpien, étaient des préfets du prétoire qui se situaient dans l'entourage immédiat du Prince qu'ils conseillaient.

Finissons ce survol du droit romain par la loi du bas empire, à partir du III^{ème} siècle qui présente les caractéristiques de son contexte historique. On constate qu'à cette période le nombre des lois et leur domaine augmentent considérablement, et ce en raison des menaces extérieures, du début des invasions, des dérèglements économiques, de l'effondrement des anciennes valeurs : l'État, dans ces conditions, a tendance à multiplier les règles, et les sanctions de leur violation : on assiste ainsi à une multiplication de textes visant à régenter les aspects les plus divers de la vie en société, du statut des métiers à l'exercice des religions.

Et pour se retrouver dans ce chaos législatif, les pouvoirs publics éprouvèrent bien vite le besoin de réunir tous les textes applicables en compilation. (*codex*)

La plus célèbre de ces compilations est le code Justinien au VI^{ème} siècle qui se compose d'un rappel de toutes les lois en vigueur dans l'Empire et de 9000 fragments issus de 1600 ouvrages de droit des plus grands Jurisconsultes.

Ce code Justinien, dont l'influence a été considérable sur les législations européennes, outre qu'il constitue les bases de notre droit civil, rappelle un certain nombre de principes fondamentaux quant à l'histoire de la loi : que la création de la loi reste le monopole du Prince, tant dans sa définition que dans son interprétation ; que le juge, de ce fait, n'a aucun pouvoir normatif ; que le Prince, néanmoins, s'il n'est pas subordonné à la loi, n'a pas la possibilité de tout faire selon son bon caprice. Un passage du Code rappelle le texte d'Ulpien qui soumet le Prince à l'idéal et à la sagesse stoïcienne ; c'est la raison pour laquelle d'ailleurs le christianisme s'accommodera d'une telle conception de la loi puisque le Prince Chrétien, « Vicaire de Dieu », soumet, en cette qualité, les lois de l'État aux lois de la religion.

*
* *

Les grandes invasions du V^{ème} Siècle, et l'installation en Europe des royaumes barbares, dotés de leur propre coutume, ont, bien sûr, bouleversé l'ordre politique et juridique qui caractérisait l'Empire romain. Chaque royaume barbare, qu'il fut Wisigoth, Ostrogoth, Burgonde ou Franc, connut ainsi ses propres règles de droit qui s'appliquaient en fonction du principe de personnalité. La loi des Francs pour les Francs, loi des Wisigoths pour les Wisigoths, et des bribes du droit romain pour les gallo-romains du Sud de la France.

De même, à cette époque, le pouvoir normatif des rois, successeurs de l'Empereur en leur domaine, fut singulièrement réduit et ce pour deux raisons : D'abord la féodalisation du territoire ne permettait pas au Roi de France d'être dans son Royaume la seule autorité politique car la dizaine de ducs, comtes ou évêques qui dominaient des régions entières s'étaient eux aussi arrogé le pouvoir législatif, le pouvoir de prendre « des établissements ou des ordonnances ».

Le pouvoir du Roi législateur était ensuite limité par les conceptions qui prévalaient à l'époque : un des plus célèbres jurisconsultes du XIII^{ème} siècle, Beaumanoir, dans son « Coutumier » consacre ainsi 5 paragraphes à l'analyse du pouvoir normatif du Roi.

Si en temps de guerre le Roi pouvait prendre toutes les mesures indispensables qu'il jugeait utiles à la défense du royaume son pouvoir législatif en temps de paix était limité à la fois par des procédures à respecter, et les domaines que la tradition lui réservait.

En premier lieu, une ordonnance ne pouvait être prise qu'avec l'accord des conseillers du Roi, la « Curia Regis » ; ensuite toute nouvelle disposition ne pouvait être édictée qu'à la condition de viser le « commun profit du royaume » c'est-à-dire l'intérêt général et respecter la Raison, c'est-à-dire Dieu et les bonnes mœurs.

En deuxième lieu, dans la mesure où le souverain était le gardien des coutumes il ne pouvait être question de les modifier sauf si elles donnaient lieu des abus, si elles étaient mauvaises ou inadaptées.

Après le foisonnement intellectuel de la renaissance, au XVI^{ème} siècle, la question de la nature de la loi, et surtout du pouvoir législatif du roi firent l'objet de multiples débats doctrinaux ; s'opposèrent ainsi deux écoles : celle des partisans de l'absolutisme tel Bodin qui dans son célèbre livre publié en 1576 « la République » posait que le roi, eu égard à son absolue souveraineté avait le pouvoir de modifier les coutumes ; celle de la majorité des juristes de l'époque et notamment Guy Coquille qui soutenait au contraire que, quel que soit le pouvoir du roi en matière de création de normes, il se devait d'éviter de réglementer le droit privé définitivement acquis à la coutume.

Il est intéressant de constater que du XVI^{ème} siècle à la fin du XVIII^{ème}, les rois de France se gardèrent de méconnaître cette « *summa divisio* », et ne s'autorisaient à légiférer que dans les matières d'ordre public ou dans des matières où la coutume était silencieuse.

Par exemple, Louis XIV, Monarque absolu en son royaume s'il en fût, respecta cette règle fondamentale. Son œuvre de codification est d'abord une œuvre qui visait à organiser la justice, l'administration et la répression, le maintien de l'ordre public. Ce sont par exemple les grandes ordonnances, d'abord l'ordonnance civile de 1667 refondant la procédure civile dans le royaume, puis la grande ordonnance criminelle de 1670. Ces deux ordonnances avaient d'ailleurs été conçues dans un esprit de protection du justiciable contre l'arbitraire des juges. Sur le fond du droit, Louis XIV fit aussi promulguer un code du commerce, un code des eaux et forêts, un code de la marine, mais tous ces codes ne portaient pas atteinte aux systèmes coutumiers, qui étaient muets en ces domaines ou qui étaient soumis aux coutumes étrangères notamment en ce qui concernait le droit maritime, soumis aux coutumes anglaises.

Cependant, à chaque fois il fallait négocier avec les parlements qui, parallèlement au développement de la puissance royale cherchaient, eux aussi à affirmer leur rôle dans le processus législatif.

Rappelons, à cet égard, que depuis le XVI^{ème} siècle et les troubles des guerres de religion, le Parlement de Paris, en échange de son soutien politique au Roi s'était arrogé le pouvoir de vérifier la régularité des ordonnances royales et de faire au roi des « remontrances » en cas de désaccord.

L'ensemble des parlements, et surtout les parlements de province, veillaient ainsi jalousement sur leur domaine propre à savoir le droit privé, tel qu'il

émanait de la coutume. Cette coutume était d'ailleurs analysée en termes presque patrimoniaux, en tout cas en termes de privilèges, que le Roi quels que soient ses pouvoirs ne pouvait confisquer ; et de fait le XVIII^{ème} siècle fut sur ce plan le siècle où les parlements conservateurs réussirent à empêcher l'ensemble des réformes voulues par le Roi.

Mais paradoxalement, le XVIII^{ème} siècle français se présente aussi comme le siècle des Lumières, c'est-à-dire celui de l'Esprit, de la raison. De toutes les réflexions philosophiques qui s'épanouissent à cette époque, va germer une nouvelle conception de la loi, conçue comme règle unique, agent de l'uniformisation nécessaire de la société française qui sera mise en œuvre par la Révolution.

Trois philosophes auront à cet égard une influence déterminante ; trois philosophes convaincus de la toute-puissance de la raison organisatrice ; trois philosophes qui liaient le progrès à l'uniformisation et à la disparition du pluralisme issu des traditions, notamment religieuses.

Citons en premier lieu Locke, philosophe empiriste anglais, pour qui la finalité de tous pouvoirs résidait dans sa mission de protection des droits naturels plus que dans le maintien de l'ordre ou dans l'organisation de la paix sociale.

Ces droits naturels étaient pour lui inaliénables et devaient être garantis par le pouvoir social c'est-à-dire par la loi. Avec Locke la notion de droit naturel connaît aussi une grande évolution car on passe d'un droit naturel objectif, inhérent à l'ordre du monde c'est-à-dire à l'ordre divin, à des droits naturels subjectifs, ceux de l'homme ; ces droits sont naturels car ils sont consubstantiels à sa nature.

Rousseau, en deuxième lieu qui écrit en 1762 son « contrat social » ; obnubilé par l'égalité il y affirme que « chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout ». Par ce contrat, l'individu renonce à ses droits naturels mais acquiert en contrepartie les droits de citoyen.

D'où les caractéristiques de la loi. La loi dans l'esprit de Rousseau devient constitutive du contrat social. Elle est l'expression de la volonté générale parce qu'elle est décidée par le peuple ou ses représentants ; de même, elle est illimitée puisqu'elle exprime la volonté générale qui ne regarde que l'intérêt commun.

Par ailleurs, « la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique » écrivait-il.

Une fois votée, la loi présente un caractère impératif, auquel nul ne peut déroger. La loi doit être claire et précise « l'interpréter dit-il, c'est déjà la corrompre » et Voltaire d'ajouter ailleurs « la majesté de la loi s'accorde mal avec la chicane ».

La loi, enfin, est sacrée, c'est la raison pour laquelle en consacrant le principe de la légalité stricte, elle asservit le juge qui est seulement chargé, pour les cas

d'espèces qui lui sont présentés de rappeler et de dire les textes de la loi. L'office du juge sera donc simplement de rapporter les faits de l'espèce qui lui sont présentés par les parties au texte de loi pour rendre une décision qui prendra la forme d'un syllogisme de type aristotélicien.

Et puis, bien sûr, rappelons en troisième lieu Montesquieu et sa théorie de la séparation des pouvoirs : avec lui va se répandre l'idée que la loi ne peut être faite que par le pouvoir législatif séparé du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire.

*
* *
*

A la veille de la Révolution Française, les juristes de la bourgeoisie libérale qui s'apprêtaient à prendre le pouvoir avaient ainsi sur le rôle de la loi des idées claires. Les enjeux de la loi étaient la sécurité juridique, la stabilité et l'accessibilité ; ces finalités étaient d'assurer l'égalité en droit, et la liberté c'est-à-dire la protection des droits imprescriptibles et naturels de l'homme et notamment et surtout celui de faire sans entrave du commerce et des affaires.

Il est hors de propos de rappeler l'historique de la Révolution Française, Girondins ou Montagnards qu'André Chénier, la veille de monter sur l'échafaud, désignait sous le vocable de « bourreaux, tout barbouillé de lois », ce qui en dit long sur la légalophilie de la période ; la Révolution va consacrer l'absolue souveraineté de la loi en France. Quelques dates : 26 août 1789 : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 30 septembre 1791 : 1^{ère} Constitution ; 22 août 1795 : 2^{ème} Constitution effectivement mise en œuvre en France.

On se souvient des beaux principes que ces textes contiennent et malheureusement, de l'application pour le moins imparfaite qu'en firent les politiques ; quoi qu'il en soit, au regard de notre sujet sur la loi et son histoire, soulignons simplement que ces textes mettaient en application quatre idées fondamentales :

En premier lieu, était affirmé, bien sûr, le principe essentiel au terme duquel le Parlement exprimait la volonté nationale et incarnait sa souveraineté. De là découlait naturellement que le pouvoir de faire les lois qui en était l'expression, lui était uniquement attribué et non plus au roi qui restait subordonné à la loi.

En deuxième lieu, ces textes établissaient clairement que le domaine de la loi était illimité puisqu'elle était infaillible.

En troisième lieu, devant cette loi toute puissante, à laquelle on devait obéir sauf à se rendre coupable de résistance, les juges voyaient leurs pouvoirs réduits à la seule application des textes de loi sans pouvoir l'interpréter sauf dans des cas particuliers que la loi elle-même prévoyait.

En dernier lieu, l'instauration de ces nouveaux principes impliquait bien sûr la mise en place de règles radicalement nouvelles, quant au fond du droit ; c'est d'abord, l'abolition par l'Assemblée constituante, le 4 août 1789 de l'ensemble des privilèges, c'est-à-dire des droits particuliers qui appartenaient depuis le Moyen-Âge à certains groupes sociaux, suppression corrélative des parlements et corporations ; c'est aussi et en conséquence, la consécration de l'individualisme et l'égalité des droits : seuls les individus et non les groupes devenaient titulaires de droits, et comme tous les individus étaient égaux entre eux ils recevaient les mêmes droits. Le droit devait devenir commun, un droit unique et uniforme. Le principe de l'uniformité du droit, issu de la loi fut d'ailleurs réaffirmé de façon constitutionnelle à la fin du titre 1 de la Constitution de 1791 « il sera fait un Code des lois civiles communes à tout le Royaume ».

Il fallut attendre le 21 mars 1804 pour que sous l'impulsion de Napoléon, après les travaux d'une Commission très habilement composée, fut promulgué le Code civil, archétype d'une loi rationnelle et claire, et dont la stabilité n'est pas à démontrer...

*
* *

Mais cette conception de la loi, de sa toute-puissante reposait sur un triple postulat qui va être mis à mal par l'histoire au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècles.

Le premier postulat était celui de l'équivalence de la loi et de la volonté générale. Non, la loi n'exprimait pas la volonté générale, notamment pour les socialistes français à partir de 1848 et surtout pour Karl Marx ; pour ce dernier, cette affirmation était une fiction car Marx, analysant la fonction de la loi dans la société capitaliste, niait qu'elle fût l'expression de la volonté générale et l'assimilait à un instrument au service de la classe bourgeoise, c'est-à-dire de la classe propriétaire des moyens de production. La loi, et le droit qui en découle était pour Marx le moyen par lequel la bourgeoisie dominante réalisait sa domination sur le prolétariat et organisait le fonctionnement de l'économie conformément à ses intérêts de classe. On sait le succès que cette théorie pourra rencontrer en France et à l'étranger. Ainsi, la loi pour de nombreux penseurs perdait son statut sacré et apparaissait comme un outil au service des puissants, outil, d'ailleurs, dont Marx revendique le maniement puisque pour lui, par la dictature du prolétariat, la loi ne doit pas cesser d'être mais se mettra au service des classes laborieuses !

Le deuxième postulat révolutionnaire, la clarté et la généralité de la loi, sera mis à mal par le développement de la diversification des activités commerciales et industrielles, la multiplication des échanges internationaux et surtout

l'intervention progressive de l'État dans le fonctionnement de l'économie. A partir du moment où l'État ne se contente plus d'être l'arbitre des forces économiques concurrentes et qu'il intervient directement dans la bonne marche de l'économie en pesant sur les prix, les salaires, en veillant à la répartition des produits industriels et de consommation, en réglementant la situation monétaire, l'épargne, le crédit et en planifiant le développement même de l'économie, la loi deviendra de plus en plus technique et détaillée et ne pourra se cantonner à l'énoncé de principes généraux stables...la technicité est ...en marche !

Dernier postulat posé par la Révolution française qui a été démenti par le XX^{ème} siècle, l'infailibilité, notamment l'infailibilité morale de la loi. L'histoire de France, hélas, a montré que la loi pouvait opprimer et qu'elle pouvait transgresser des principes essentiels de la dignité humaine. Il suffit pour bien faire comprendre ce propos de rappeler la sombre période de l'occupation entre 1940 et 1945 où la chambre du Front populaire avait transmis en toute légalité l'ensemble des pouvoirs constituants et législatifs au Maréchal Pétain et à Pierre Laval qui prirent hélas un certain nombre de dispositions législatives attentatoires aux libertés et surtout à la dignité humaine. On songe bien sûr aux lois des 3 et 4 octobre 1940 portant statut des juifs.

Les horreurs de la guerre, la faillite morale d'un système et à titre personnel de certains parlementaires expliquent sans doute que s'ouvre après 1945 en France une période où la loi tout en demeurant la norme suprême, va être subordonnée à partir de 1958 à deux autres sources de droit qui vont rivaliser avec elle, et la déloger de son piédestal, à savoir la Constitution et les traités internationaux.

Désormais, la toute-puissance de la loi sera limitée par le « bloc de constitutionalité » et par le « bloc de conventionalité ».

Arrêtons-nous un instant au développement du contrôle de la constitutionnalité des lois. Indépendamment de considérations politiques sur la diminution du rôle du Parlement, ce développement résulte de l'impératif de sauvegarde des droits de l'Homme qui, en quelque sorte, a évincé la volonté générale comme soubassement de la loi. S'est imposée après la guerre l'opinion selon laquelle un certain nombre de droits devaient être défendus contre le législateur lui-même.

L'idée d'une loi constitutionnelle comme norme fondamentale n'est pas nouvelle. Déjà en 1789 Sieyès l'évoque, quoiqu'il fût convaincu que la loi, expression de la volonté générale devait demeurer souveraine.

Mais cette idée de la soumission de la loi à la Constitution restera jusqu'en 1958 lettre morte dans la mesure où aucun organe politique ne sera mis en place ni par la Constitution de l'an 8 ni par celle du Second empire ni surtout par celle de la III^{ème} République en 1875 pour assurer un tel contrôle de la loi.

Il faudra attendre la Constitution de la V^{ème} République de 1958 pour que fût clairement posé le principe de la hiérarchie des normes, et de la supériorité de la Constitution sur la loi et surtout pour voir apparaître un Conseil constitutionnel qui soit capable de rendre effectif le contrôle de la constitutionnalité des lois. On

sait, en effet, que le Conseil constitutionnel a vu son rôle considérablement augmenté par les réformes de 1974 puis celles de 2008.

Désormais, pour reprendre la formule employée par le Conseil constitutionnel dans une célèbre décision du 23 août 1985 (85-197 DC) « la loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Ainsi le Conseil constitutionnel, conçu à l'origine par le Général de Gaulle comme un organe destiné à protéger l'exécutif contre les empiètements du Parlement contrôle désormais toute loi nouvelle et ancienne soit par le biais d'un recours direct fait par des parlementaires soit par le biais de la QPC, en assurant donc le respect par le législateur des droits et libertés fondamentaux à valeur constitutionnelle tels qu'ils peuvent résulter bien sûr du préambule de la Constitution de 1958 mais aussi des textes auxquels celui-ci se réfère c'est-à-dire le préambule de la Constitution de 1946, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, textes auxquels la décision du 16 juillet 1971 a reconnu la valeur constitutionnelle.

A cette première limitation du champ et du contenu de la loi par ce contrôle de constitutionnalité, s'en ajoute une deuxième tout aussi importante, posée cette fois-ci par l'article 55 de la Constitution de 1958, article au terme duquel les traités et accords internationaux auxquels la France est partie ont une valeur supérieure à celle des lois. Jusqu'à la III^{ème} République les traités internationaux concernaient principalement soit des alliances militaires et politiques soit des accords douaniers. La période postérieure à 1945 a connu une intense activité diplomatique et internationale en sorte que la France avait, en 1993, signé d'après le Professeur Mathieu 4.177 accords internationaux outre les 72 accords et traités conclus entre la communauté européenne et les pays tiers, les 122 accords passés avec les organismes internationaux de toute nature. Parmi elle la convention européenne des droits de l'Homme et le droit communautaire qui occupent une place privilégiée en ce que ces deux conventions concernent les droits fondamentaux ; aujourd'hui la loi est soumise au respect des traités ; depuis l'arrêt Société Jacques Vabres du 24 mai 1975 conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel lui-même, la Cour de cassation peut écarter l'application d'une disposition législative postérieure au traité de Rome si ladite disposition est contraire à celui-ci.

Désormais, la loi interne est donc soumise au droit communautaire, droit protéiforme et varié, technique tant au niveau des principes généraux que dans son contenu. On assiste à une conséquence de la globalisation ce qui entraîne l'érosion de l'idée d'un État Nation représenté par son état souverain et la reconnaissance que la Nation doit se fondre dans un ensemble européen plus vaste, et dont la construction exige le développement d'un système normatif commun qui doit s'imposer aux États membres.

Ces mouvements de nature tectonique ont, bien sûr, j'en terminerai par là, plusieurs conséquences qui affectent la conception traditionnelle que nous nous

faisons de la loi. J'en citerais 4 qui pourraient caractériser ce que nous ne manquerons pas de qualifier de déclin de la loi.

Tout d'abord on constate la prolifération des normes législatives.

Déjà Tacite au I^{er} siècle après Jésus-Christ se plaignait de l'accumulation des lois qui pour lui était signe de la corruption de la République ; Chateaubriand, 18 siècles plus tard regrettait le « vice capital » que constituaient les trop nombreux articles des textes législatifs.

Plus près de nous, de grands juristes comme Burdeau et bien sûr Jean Foyer ont dénoncé cette inflation. Le professeur Bertrand Mathieu, dans son excellent ouvrage sur « la Loi » citait le chiffre de 2314 lois en vigueur en 2007, 33442 textes à valeur législative et 64 codes. La cause de cette inflation est évidente, je l'ai déjà évoquée tout à l'heure : accroissement de l'intervention du rôle de l'État dans tous les domaines, pénalisation progressive de l'activité humaine, nécessité d'intégrer dans le droit interne les directives européennes et à cet égard Bruxelles, pour le plus grand plaisir de nos régulateurs, est saisi de la même frénésie normative.

A côté de cette prolifération de la loi en nombre, on constate aussi, et c'est le Conseil d'État qui l'avait lui-même dénoncé dans son rapport public de l'année 1991, l'augmentation du nombre de lois « jetables ». Jetable c'est-à-dire remplacée par une nouvelle disposition législative très vite, et ce au gré des lubies politiques de nos parlementaires.

L'instabilité de la loi tient alors au fait qu'elle est devenue le véhicule d'une volonté politique, le support d'un acte de communication, avant d'être un acte raisonnable. On s'effraie en considérant les titres ronflants et moralisateurs donnés aux dispositions législatives les plus rébarbatives. On a parfois le sentiment que le démon de la communication s'est emparé de nos rédacteurs ; le volontarisme y devient hyperbole : on se souvient de cette loi « visant à reconquérir l'économie réelle » ou la loi « justice du 21^{ème} siècle ». Le travail rationnel de formulation législative semble parfois céder le pas à ce souci de communiquer au risque d'une déconnexion entre intitulé et contenu.

C'est presque une banalité de dire que chaque nouveau ministre dans son domaine veut avoir sa loi ; que chaque député qui souhaite faire parler de lui veut déposer sa proposition de loi ; plus généralement beaucoup considèrent, hélas, qu'un problème politique, faute de pouvoir le traiter sur le terrain se résout par le vote d'une nouvelle loi, à croire que l'annonce d'un nouveau texte législatif suffirait... dire c'est faire ! Ce constat est d'autant plus inquiétant lorsque l'on considère que de trop nombreuses lois ne sont jamais appliquées, en l'attente de leurs propres décrets d'application. Le professeur Mathieu précisait ainsi que d'après des statistiques de 2009, 15% des lois votées, seulement, étaient mise en application, 37% ne l'étaient pas du tout faute de décret d'application et 48% l'étaient d'application très partielle.

Mais pourquoi, à la réflexion, mettre en application une loi qui n'a été faite que pour répondre en communication à une émotion populaire qui comme le propre de toute émotion disparaît sitôt qu'elle s'est exprimée.

Jetable, instable, la loi l'est aussi devenue parce qu'elle est parfois trop technique ; la technicité de la loi, d'une loi émanant notamment de Bruxelles fait que les dispositions législatives, étant de plus en plus précises, complexes et détaillées perdent ce caractère de généralité, nécessaire à la stabilité.

On constate, hélas aussi et surtout, que ces lois, trop nombreuses, instables deviennent illisibles ; le texte en est trop souvent le résultat d'un compromis de rédaction entre les divers services intervenants du Gouvernement, commission des lois, et qui de surcroît ont perdu de vue la nécessité d'écrire dans un style clair et précis, et trop souvent en français ! Vous vous êtes tous jetés sur le projet de loi de finances pour 2018 et vous avez ainsi pu constater, par exemple que l'article 11 « mise en œuvre du prélèvement forfaitaire unique » comporte 302 alinéas dont certains sont savoureux, je cite :

« le Code général des impôts est ainsi modifié :

Au 2 de l'article 13, les mots visés au I à VII bis et au 1 du 7ter sont remplacés par les mots mentionnés au 1 à 6... ».

Seul un spécialiste de la fiscalité qui aurait reçu une formation de chartiste pourra s'en sortir !

Mais plus grave, le législateur adopte trop souvent sans vraiment réfléchir lors de son travail de transcription de directive bruxelloise une traduction incertaine d'un concept anglais et qui renvoie à une autre philosophie juridique. Je pense par exemple à la disparition dans la transcription des normes Solvency 2 de la notion de Conseil d'administration remplacée par celle d'organe délibérant. Derrière la sémantique peuvent se cacher des enjeux notamment commerciaux. Il faut y prendre garde.

Toutes ces altérations du corps et de la portée de la loi surviennent dans un contexte de crise de la normalité législative. Jean Foyer disait déjà que lorsque la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite.

C'est là, peut-être le vrai danger qui guette nos sociétés, de plus en plus régulées non point par les normes votées par un Parlement éclairé par la raison et soucieux du bien commun, mais par des règles que nous dicteraient Internet ou les réseaux sociaux... C'est-à-dire, auraient dit nos trois marcheurs à l'ombre de leur cyprès, hélas par la tyrannie de la doxa c'est-à-dire de l'opinion et des préjugés.