



LES MALADIES DU DROIT

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
GRAND' CHAMBRE DE LA COUR DE CASSATION - 17 JANVIER 2005

**JEAN-DENIS BREDIN,
DE L'ACADÉMIE FRANÇAISE***

I - Monsieur le Premier Président, permettez-moi d'abord de vous dire ma gratitude, et mon émotion : être reçu par vous, ici, dans cette chambre de la Cour de cassation qui a souvent fait l'histoire. Je vous remercie de tout cœur d'avoir bien voulu m'accueillir. Monsieur le Procureur Général, je vous dis aussi toute ma reconnaissance : ce que vous avez bien voulu dire de moi m'a beaucoup ému, m'angoisse aussi : ne vais-je pas vous décevoir par un exposé trop imparfait ? Permettez-moi du moins de vous remercier, si même les mots me manquent. Monsieur le Président de Droit et Commerce, je vous remercie aussi de me donner la parole. Nous nous étions, je crois, retrouvés, il y a quelques années, au bord de la mer, pour parler ensemble, dans un colloque de Droit et Commerce, de la transparence. Celle-ci ne serait-elle pas devenue, au fil des ans, une des maladies du Droit ?

II - Le titre que je me suis permis de choisir -les maladies du Droit- est sans doute équivoque, car il pose à lui seul bien des questions. D'abord il faudrait définir le Droit : ce pourrait être déjà l'objet d'une conférence. Qu'est-ce que le Droit ? C'est l'*ars boni et aequi* nous promettait le Digeste. Droit naturel ? Droit appuyé sur la morale ? Droit appartenant à l'Homme en tant qu'Homme ? L'équité fait-elle le Droit ? Et la Justice ? Et la doctrine ? En 1989, la revue Droit nous proposait 47 différentes définitions du mot Droit. Devrais-je, pour échapper à la recherche d'une impossible définition, me réfugier dans la formule de notre cher Doyen Vedel "Si je ne sais guère ce qu'est le Droit, en revanche, je sais bien ce que serait une société sans Droit" ?

Tout était sans doute plus simple quand, étudiant à la Faculté de droit de Paris, j'allais écouter les cours de mes illustres professeurs qui m'enseignaient le Droit français. Aujourd'hui, qu'est-ce que le Droit français ? Nous devons aussitôt regarder les "lois", règles de droit "*par excellence*" nous disait le Doyen Carbonnier, mais dont le domaine est "*borné*" par l'article 34 de notre Constitution, tandis que l'article 37 de cette même Constitution semble ouvrir au règlement un domaine indéfini. "*Entre l'article 34 et l'article 37 la production de Droit, nous disait encore Carbonnier, aurait pu s'organiser assez vite et assez paisiblement sur un rythme de*

* Jean-Denis Bredin est avocat à la cour d'appel de Paris et professeur de droit. Ce texte est celui de la conférence prononcée le 17 janvier 2005 devant l'association "Droit & Commerce" à la Cour de cassation.

croisière”. Mais il y a tout le reste, tous les textes et les droits ajoutés, la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 dont le Conseil constitutionnel a proclamé qu'elle faisait partie de notre droit, le fameux préambule de la Constitution de 1946 “*Droits des Hommes de la seconde génération*” que la Constitution de 1959 a élevé à la dignité de principes constitutionnels confirmant et complétant la déclaration de 1789, la jurisprudence du Conseil constitutionnel identifiant des “*objectifs de valeur constitutionnelle*” tel en 1995 le droit à un “*logement décent*” qu'il appartient au législateur de mettre en œuvre, la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat affirmant des “*principes fondamentaux*” à caractère constitutionnel. Puis il y a tous les droits “*venus d'ailleurs*” selon l'expression de Carbonnier, traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés qui ont “*dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois*”, proclame l'article 55 de notre Constitution : droit de la Communauté européenne devenue Union européenne, “*règlements*” directement applicables dans tous les Etats membres, “*directives*” obligeant au résultat mais laissant le choix des moyens ; droit de la Communauté européenne de 1950 pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Et l'article 55 demeure ouvert. Ainsi la V^e République apparemment inspirée par la nationalisme, “*a ouvert la porte, inconsciemment sans doute, par son article 55, à la réception d'un droit cosmopolite*”. Ainsi la multiplication des sources du Droit, et le zèle de tous les fabricants du Droit nous ont-ils fait assister à un véritable déferlement des normes, qui peut être un progrès, qui peut être un risque, qui sans doute est l'un et l'autre...

Il nous faudrait aussi, pour justifier le titre donné à cet exposé, nous demander ce qu'est exactement une “*maladie*” du Droit : je rejoins la légitime préoccupation qu'a bien voulu exprimer tout à l'heure Monsieur le Procureur Général. Le Droit peut-il être malade en soi ? Les maladies du Droit ne seraient-elles pas les maladies du corps social qui fait le Droit, de la nation, des institutions étrangères, des juridictions créatrices de Droit ? Ne seraient-ce pas nos maladies à nous, qui contaminent le Droit ?

III - Je me permettrai ici d'ouvrir une parenthèse. Tocqueville nous a plusieurs fois rappelé que nous n'avons cessé, nous Français, d'entretenir avec le Droit une relation fort difficile et volontiers souffrante. Devrions-nous remonter aux arrêts de règlement du Parlement, aux remontrances, aux sanctions prises par les Rois, au conflit latent du Droit et du Parlement qui a si souvent traversé notre Ancien Droit ? Devrions-nous regarder dans la législation révolutionnaire notre conception volontiers dictatoriale de la souveraineté du peuple, du peuple représenté ou incarné ? Devrions-nous observer l'incessant apport des lois arbitraires, des lois de circonstances, des lois d'exception dans notre droit français, réfléchir sur notre 19^e siècle, notre 20^e siècle tant nourris de lois d'exception, de juridictions d'exception ? Mauvaise relation avec le Droit ? Sans doute. Mais aux maladies françaises s'ajoutent aujourd'hui les maladies, très modernes, venues du droit communautaire et des conventions internationales. Nous les retrouverons.

IV - Beaucoup de juristes français ont appris, avec étonnement et parfois avec émotion, que la Banque mondiale avait diffusé, à la fin de l'année 2002, puis publié un rapport d'évaluation “*accablant*” pour le droit civil d'origine française “*quant*

à sa capacité d'accompagner la création et le développement des entreprises", droit présenté par la Banque Mondiale comme un "handicap". Les systèmes juridiques français, inspirés du droit civil français, seraient "les moins efficaces pour développer les transactions économiques", ils seraient malades d'une "régulation excessive" ! Les travaux se poursuivent en France, pour démontrer les erreurs ou les préjugés qui inspirent le rapport de la Banque Mondiale, pour mettre en valeur "les thèmes d'excellence du droit français". Il en sera sans doute reparlé dans le débat qui va suivre. Mais observons, dans le moment, ce débat passionné autour des vices, ou des vieilles maladies du Droit français

V - Avant d'aborder la maladie du Droit la plus souvent constatée -l'inflation législative, le "trop de Droit" - rappelons-nous qu'en deux siècles, depuis le Code Napoléon, et plus encore en un demi-siècle, avant que naisse le troisième millénaire, les finalités -ou les fondements- du Droit n'ont cessé de se multiplier. Aux finalités traditionnelles, qu'a notamment exprimées Portalis travaillant sur le Code civil -justice, ordre, progrès, sagesse-, l'héritage révolutionnaire avait ajouté les exigences de la liberté, et de l'égalité. Sont venues, au fil des temps, les nouvelles garanties sociales que la Constitution de 1946 a tenté de rassembler : droit au travail, droit de grève, droit à la protection de la santé, droit à la sécurité, droit au repos, droit aux loisirs, etc... Puis sont venues les exigences d'une meilleure "qualité de la vie", la protection des consommateurs, le droit à l'environnement, le droit au respect de la nature. Imposant notamment la réparation de tout dommage, le droit à la sécurité semble imposer aujourd'hui son omnipotence. Le temps est loin où Portalis nous enseignait qu'il "faut être sobre de nouveautés en matière de législation", qu'"il ne faut point de lois inutiles" car "elles affaibliraient les lois nécessaires", et encore que "l'office de la loi" n'était que de "fixer par de grandes voies les maximes générales du Droit". Que reste-t-il de ces principes, de ces leçons ? Il y avait pour Portalis, écrivait récemment François Ewald, "un droit du Droit", "une distance nécessaire entre le droit et la loi". Aujourd'hui, la loi semble avoir vocation à tout faire. "Nous traitons des grandes déclarations et des détails les plus extrêmes... la loi n'est plus pour nous qu'un constat, une photographie instantanée". Tout est devenu matière, ou prétexte, pour légiférer. Cette inflation législative, ou si l'on préfère cette obésité du Droit que traduisent notamment la multiplication des lois promulguées et "l'invasion" des règlements, cela fait près d'un demi-siècle que le diagnostic en est constamment porté. Quelques-uns d'entre nous se souviennent de la chronique du Doyen Savatier, publiée en 1977 où il dénonçait "l'inflation législative et l'indigestion du corps social". "L'indiscipline sociale s'installe" nous disait-il, le législateur ne cesse de "débarbouiller" les lois nouvelles par des "toilettes" successives, l'inévitable résultat sera l'ignorance du citoyen, ou son indifférence, ou son mépris, ou tout cela à la fois. Vingt ans plus tard, le Doyen Carbonnier, analysant en 1998 dans *Droit et passion du Droit* les "dérèglements" du Droit, nous a, à nouveau, très bien décrit l'incessante multiplication des textes -lois et décrets- et des lois "en révision permanente". La loi et le décret, nous disait Carbonnier, sont devenus des instruments politiques, des procédés de gouvernement ; il faut plaire aux électeurs, aux médias, aux militants, à tous s'il se peut. L'effet le plus immédiat est l'ignorance des lois -par exemple, et nous y reviendrons, des lois pénales sans cesse multipliées- et aussi l'indifférence, et le mépris, et parfois la peur, la peur des lois inconnues. Nous nous souvenons que les hommes politiques eux-mêmes ont souvent dénoncé

ce mal français, qu'en 1995 une circulaire du Premier Ministre a prévu un "système d'évaluation" préalable des projets de lois et des principaux projets de décrets, chaque projet étant précédé d'une "étude d'impact". Fallait-il, observait Carbonnier, "pour prévenir l'excès de normes d'autres normes encore... ?" La plupart des auteurs n'ont cessé, comme l'ont fait Philippe Malaurie et Laurent Aynès, de dénoncer "la boulimie du législateur devenu envahissante, compliquée, indifférente aux valeurs essentielles", et aussi "les effets pervers" des lois démagogiques. Faut-il aussi évoquer les effets des chantiers de codification ouverts par les décrets du 10 mai 1948 et du 12 septembre 1989, l'apparition des codes nouveaux, la "continuation" des anciens codes, la décodification des droits traditionnels, du droit commercial, du droit pénal, réfléchir, comme nous y avait invités Bruno Oppetit sur les vertus mais aussi les dangers de toute codification portant "l'illusion de perpétuité", "la prétention de faire une législation intégrale et massive", tout ce qui ne nous appartient plus ? Le droit "en captivité" dans un code sera-t-il plus aisément connaissable par les justiciables se demandait Jean Carbonnier ? Mais, hors la codification, nous n'avons cessé de voir se multiplier les lois de circonstances ou d'opportunité, seulement faites pour favoriser des intérêts particuliers ou répondre à des événements, les "lois temporaires" traitant le Droit comme un produit jetable, les lois symboliques qui ne modifient pas le Droit mais se bornent à des incantations ou des proclamations, et bien d'autres lois, ignorantes du Droit. Que reste-t-il, a constaté François Terré, du vieux principe "nul n'est censé ignorer la loi" ? Il n'en reste rien, sauf les menaces qu'il porte. Par surcroît, les termes du Droit moderne relèvent d'une logique du flou, du standard. Les mots à sens multiples, les mots mal employés, ou gonflés de vent, ne cessent de se multiplier. Les titres des lois eux-mêmes, a observé Nicolas Molfessis, sont "transformés en techniques d'affichage", soit pour tenter de faire passer un message, soit pour masquer la réalité d'une loi.

VI - Nous n'en finirions pas d'énumérer les nombreux écrits qui ont dénoncé, avec beaucoup de fermeté, les graves défauts des lois modernes, sans apparemment que le législateur y eût attaché beaucoup d'importance jusqu'à ce jour. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont plusieurs fois déploré, stigmatisé l'inflation des lois et leur déplorable rédaction. On citera en exemple -mais ce n'est certes pas le seul- le rapport public du Conseil d'Etat de 1991 qui constatait l'incessante prolifération des textes, le stock croissant des lois et des règlements, la masse énorme des arrêtés ministériels, la multiplication du nombre des circulaires et de leur longueur, l'augmentation progressive des lois dont la taille moyenne ne cesse de s'accroître. Le volume du Journal officiel, nous disait le Conseil d'Etat, a plus que doublé entre 1976 et 1990, traduisant les effets d'une véritable logorrhée législative ! Le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel, ont observé les causes de cette inflation malade : les causes déjà rencontrées, tel le déclin du mythe du peuple souverain, tel le développement des relations internationales et l'insertion dans le droit interne des traités et des conventions, les progrès de la décentralisation qui multiplie les sources de production, mais aussi des causes nouvelles, tel le rôle croissant des médias et les "retombées médiatiques" de la loi ; un bon ministre ne serait-il pas, se demandait le Conseil d'Etat, celui qui fait des lois, et qui en fait parler ? A cela s'ajoute un constant raccourcissement de la durée de vie des lois : les lois fiscales, parmi beaucoup d'autres, sont soumises à d'incessants changements. Et les recours aux lois rétroactives ne cessent de se multiplier...

Mais le jugement très sévère du Conseil d'Etat ne concernait pas que l'inflation législative il portait aussi sur la dégradation des textes eux-mêmes, souvent fort mal rédigés, traduisant un droit mou, un droit flou ; *“on légifère par petits bouts, par petites touches, sous la pression de l'urgence ou des médias”*. Le Conseil d'Etat constatait qu'il ne cessait de voir passer des lois et des décrets dont l'article premier était dépourvu de tout contenu normatif, exposant de bonnes intentions ou formulant des objectifs, des lois *“fourre tout”* vagues, incertaines, destinées à être vite transformées. Que devient le peuple souverain, présumé faire la loi ? Le Conseil d'Etat achevait son rapport, ou son réquisitoire, en suggérant un certain nombre de remèdes, dont le principal serait une prise de conscience, par une société tout entière, par nous tous, par notre Parlement, des effets de cette détestable obésité.

VII - Présentant, le 3 janvier 2005, ses vœux au Président de la République au nom du Conseil constitutionnel, le Président Pierre Mazeaud a très fermement décrit et stigmatisé les maladies de la législation française. Le Président Mazeaud a observé que le Parlement abusait des sessions extraordinaires et multipliait dangereusement les lois, que la qualité de la loi ne cessait de se dégrader, que les lois françaises volontiers tâtonnantes, hésitantes, revenant sur le même sujet étaient souvent dénuées de clarté et d'intelligibilité, que le Parlement abusait des lois déclaratives, affirmant des évidences ou émettant des vœux, et par surcroît ne cessait d'envahir le domaine réglementaire qui se vidait peu à peu de son contenu. La loi, constatait le Président Pierre Mazeaud, devient de plus en plus destinée à son *“affichage”*, elle devient un instrument de la politique spectacle, ce que le Conseil constitutionnel ne pourrait, ne devrait tolérer. Monsieur le Président Debré a lui aussi solennellement exposé à l'Assemblée Nationale les dérives de la loi moderne, comme Monsieur le Président Denoix de Saint-Marc l'a dit au Conseil d'Etat. Ces voix, lucides et fortes, seront-elles entendues ?

VIII - Pardonnez-moi de retrouver les réflexions du Doyen Carbonnier, avant de quitter cette maladie du Droit. Ce n'est pas, nous a-t-il dit, une maladie spécifiquement française. D'autres pays tel l'Allemagne, tels les Etats-Unis, et bien d'autres en seraient atteints. *“Il y a tellement de Droit aux Etats-Unis que les avocats peuvent y ruiner les justiciables”* a-t-il écrit. Mais la passion des procès, ce mal américain, ne se confond pas, me semble-t-il, avec la passion du Droit.

Chez nous, la passion du Droit, du texte normatif pourrait être *“un héritage de la normophilie fanatique du révolutionnaire”*. Nous sommes incapables de concevoir les rapports entre les hommes autrement que comme des rapports de Droit. Et nous pourrions périr *“étouffés par le Droit”*. Mais heureusement il y aurait, selon Jean Carbonnier, des antidotes. Trop de Droit tue le Droit, nous a-t-il dit, pour nous rassurer. Est-ce une prévision salutaire ? De toute manière il y aurait *“une accoutumance à l'intoxication”*. Nous serions habitués au trop de Droit, vaccinés peut-être contre cette dangereuse maladie. Et puis le ridicule tue, nous dit encore Jean Carbonnier ; or nous nous moquons de notre droit dont l'obésité est caricaturale et c'est sans doute une forme de notre liberté... Je ne sais trop si

cette thérapie du ridicule que nous conseille Jean Carbonnier est efficace ou non, et si elle constitue un vrai remède. Le Droit "*on s'en fout*" nous a dit notre illustre Maître. Est-ce sûr ? Est-ce réconfortant ?

IX - Notre seconde maladie -qui est d'ailleurs, partiellement, une conséquence de la première- est la pénalisation progressive de notre Droit. Le mépris de la loi, l'indifférence à la loi, n'incitent-ils pas à sa pénalisation ? N'est-ce pas le seul moyen de rendre la loi efficace dans un pays qui ne la connaît pas, ou qui la méprise ? D'éminents auteurs -notamment Antoine Garapon et Denis Salas- nous ont fort bien décrit le "*climat émotionnel*" de notre société moderne, la passion du spectacle, du procès spectacle, du châtement spectacle. Ils nous ont décrit le rôle croissant des "*victimes*" dans le droit français, toutes les manifestations modernes de la "*victimologie*" : la mise en scène du pouvoir d'accuser, l'exigence sociale du châtement, le spectacle de l'accusation substituant le spectacle du supplice. La revendication des victimes, et des médias, n'a cessé de recevoir du Droit les satisfactions espérées : observons le développement récent de la responsabilité sans faute, la loi de 1968 obligeant le fou à réparer les dommages qu'il aurait causés, l'arrêt de la Cour de cassation de 1988 permettant aux tribunaux de retenir la responsabilité de l'*infans* ; observons l'allongement des délais de prescription. Observons la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 déclarant que le droit d'obtenir réparation du dommage subi est "*un droit fondamental de l'Homme*".

Nous ne cessons pas d'inventer des lois pénales. Jean Carbonnier relevait plus de quatre mille incriminations en dehors du Code pénal et ce chiffre n'a fait qu'augmenter d'année en année. "*Nous nous sommes débarrassés de la peine de mort mais nous avons inventé une foule de pénitences*" écrivait-il encore. Demeurent, pour éviter, s'il se peut, l'encombrement des tribunaux, les opportunités de la procédure qui peuvent tenir le droit à l'écart : les classements sans suite, les dossiers oubliés, les lois non appliquées. Il reste que "*cette répression pénale multiforme tend à se substituer peu à peu à la conscience morale*", comme nous le disaient justement Philippe Malaurie et Laurent Aynès. La répression pénale cumule ainsi les "*avantages*" apparents : elle est opportunité politique, satisfaction d'appétits, règle morale. Pour mieux servir la promesse de sécurité dont nous avons tant besoin, et la menace de punition qui doit peser sur les autres, non sur nous, toute loi nouvelle ne devrait-elle pas être assortie d'une sanction pénale ?

X - Une autre maladie -très proche des deux premières- est le déclin du droit objectif et la montée en puissance des droits subjectifs : ce à quoi la multiplication des lois et la pénalisation du Droit aident évidemment. "*Le droit, observent Antoine Garapon et Denis Salas, devient une projection de passions individuelles juxtaposées*". Les droits sont des "*créances*" et la Justice doit trancher les conflits qu'elles engendrent. Ainsi en est-il, par exemple, nous disait Jean Carbonnier, du droit du mariage, très loin du Code civil et des principes ; il serait condamné à devenir l'ego contre l'ego. Qu'est devenu l'individu contemporain, se demandait Pascal Bruckner dans la tentation de l'innocence ? "*Un gros poupon geignard flanqué d'un avocat*". L'avocat a mission de toujours découvrir le droit subjectif, parfois dissimulé dans une règle objective. Chacun part en guerre armé de "*son*" droit. "*Mon droit*" doit être la mesure du Droit.

XI - Mais ces “maladies” du Droit, du Droit tel que nous l'avons appris et enseigné, ne doivent pas nous enfermer dans la nostalgie. Elles nous incitent à réfléchir sur les bouleversements que notre société a connus en un demi-siècle, et qui l'ont transformée davantage encore que ne l'avaient fait les deux siècles précédents. Il nous faudrait réfléchir sur ce qu'est devenue l'idée de Nation, l'idée de Patrie. Si notre droit reste “français” par l'effet de la loi française qui l'introduit, il est devenu très largement un droit international, un droit commun du monde civilisé. Il nous faudrait aussi réfléchir sur l'effacement progressif des idéologies traditionnelles, de la religion chrétienne qui tant avait nourri le droit, de l'amour de la patrie, de l'idéal révolutionnaire puis “républicain”, et encore du repliement de la vie moderne du citoyen sur soi, sa famille, son logement, sa santé, ses prochaines vacances...

Mais de nouvelles exigences sont venues qui s'imposent et souvent se contredisent : le respect des droits fondamentaux de l'être humain, de la dignité de chacun, la soif de sécurité, la revendication de transparence. Et si la loi semble en déclin, les autres “composantes” du Droit sont en progrès, substituant souvent la loi défaillante. Il faudrait observer la montée de l'équité, non pas de l'équité du juge Magnaud qui prétendait renverser le Droit au nom de l'équité, mais de l'équité telle que nous l'a décrite Paul Ricœur dans *Le juste*, une équité qui ne renvoie pas à une loi naturelle mais au sens de l'opportun et du raisonnable, et aussi à une certaine morale de la justice et de la société. Sans doute l'équité pourrait-elle devenir dangereuse ; elle n'a point de catégorie et en son nom pourraient être recherchés le meilleur et le pire. Mais la recherche d'une équité “juste et raisonnable” sert l'importance croissante prise par la jurisprudence face à toutes les insuffisances et les maladies de la loi. Que la jurisprudence soit source de droit, il apparaît aujourd'hui difficile de le contester, si même se prolongent les conflits théoriques sur la relativité de la chose jugée. Nous savons que selon l'article 12 de notre Code de procédure civile “le juge tranche le litige conformément aux règles de Droit qui lui sont applicables”. Mais que de règles de Droit ! Nous les avons déjà rencontrées. Le juge puise dans cet immense fonds commun de préceptes et de règles qui lui sont imposés ou proposés, qu'il doit appliquer et interpréter. Les risques que le juge peut rencontrer nous les apercevons. Risque de dilution des Droits de l'Homme ? Risque de conflit des Droits de l'Homme ? Le droit à la dignité humaine, proclamé notamment par le Conseil d'Etat devra t-il connaître des limites ? Verrons-nous se multiplier les bornes de la liberté, comme le redoute Jean Rivero, au regard des exigences nouvelles, celles par exemple de la santé, de la sécurité, celles de la transparence ? Ces problèmes, passionnants et difficiles, se poseront au juge non sans doute au législateur qui les lui a volontiers abandonnés.

Pardonnez moi d'avoir été trop long et d'avoir répondu à l'inflation juridique par une inflation verbale que je vous prie d'excuser.