

Introduction au Droit.

Cours de M. Stéphane BRENA
TD de M. Sophiane BEN ALI

Séances 5 : Les sources écrites du droit – La loi

Doc. 1 : Portalis, Discours préliminaire au Code civil (extrait).

Les lois ne sont pas de purs actes de puissance : ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles...

Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ?

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ?

Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?

Un code quelques complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois qu'elles ont été rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes au contraire ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

Doc. 2 : N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », RTD civ. 2004, p. 155 (extraits).

Devenu maître-mot des politiques publiques contemporaines, la simplification du droit est en train de changer de nature : alors qu'elle était essentiellement programme d'action de l'Administration, visant en premier lieu les procédures administratives et l'allègement de leur formalisme, elle est désormais érigée en un objectif de toute activité normative. Un tel bouleversement ne saurait être négligé : derrière la simplification, ce sont en réalité les modes d'élaboration et d'application du droit qui sont en jeu. [...] Si l'aspiration à la simplification se justifie par la détérioration de la loi, il est surtout notable qu'elle se propose d'y porter remède... sans elle. L'objectif de simplification requiert, selon ses promoteurs, un contournement du pouvoir législatif. Pour simplifier le droit et traiter les maux de la loi, la méthode affichée est en effet sans équivoque : il faut se passer de loi. Aussi est-ce par un recours à la méthode désormais familière des ordonnances que le gouvernement se propose de réaliser le vaste programme de simplification annoncé. A s'en tenir cette fois à la procédure mise en place, le texte se comprend différemment.

Nul n'ignore que la Constitution de la Ve République, bien qu'attachée au respect des domaines de la loi et du règlement, avait prévu en son sein de restaurer l'ancienne pratique des décrets-lois, derrière les ordonnances de l'article 38. On sait aussi que le phénomène devait toutefois rester exceptionnel, puisque voulu pour les temps difficiles et les situations d'urgence. Or il est à l'évidence appelé à devenir procédé de droit commun de « législation gouvernementale ». La période récente en atteste. Ainsi, une loi du 16 décembre 1999 a-t-elle autorisé le gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de neuf codes par voie d'ordonnances ; une autre du 3 janvier 2001 a ensuite autorisé le gouvernement à transposer par voie d'ordonnances un peu moins de 50 directives communautaires, à refondre le code de la mutualité et à réformer le code des assurances. Cette fois, ce sont une quinzaine de codes et une trentaine de lois qui devraient se trouver sous l'emprise des ordonnances de simplification. Plus encore, suivant l'expérience italienne, le gouvernement propose une nouvelle méthode d'action, consistant à déposer au Parlement, chaque année, au moins un projet de loi d'habilitation couvrant des thèmes déterminés. Un tel recours aux ordonnances a été dénoncé en ce qu'il marque la transformation d'un procédé que le constituant a voulu exceptionnel en technique ordinaire de législation (Y. Gaudemet, Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Dalloz, 2003, p. 617 et s.). Mais il y a sans doute bien davantage dans ce désaveu du législatif. Au-delà de la dénaturation constitutionnelle que traduit un tel recours aux ordonnances, c'est l'idée d'une mutation en profondeur du rôle du Parlement qui prend corps. Le texte dessine le rôle d'un nouveau Parlement, qui partagerait désormais la fonction législative avec l'exécutif, pour n'être plus, parfois, organe officiel de discussion et de rédaction des

textes. Ce Parlement nouveau, privé de certaines de ses attributions, pourrait en certains domaines n'avoir pour fonction que d'autoriser les textes à venir ou encore d'en contrôler la réalisation. Le Conseil constitutionnel prête d'ailleurs son imperium à cette évolution. La loi d'habilitation du 16 décembre 1999 fut ainsi justifiée par l'urgence, qui figure « au nombre des justifications que le gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution » (décis. 99-421 DC du 16 déc. 1999, JO, 22 déc. 1999, p. 19041). Quelle urgence ? Celle de faire face, selon le législateur et le Conseil constitutionnel, à un ordre du jour encombré. Une même justification suffira encore à justifier la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit : « l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et poursuivre sa codification » (décis. 2003-473 DC du 26 juin 2003, JO 3 juill. 2003, p. 11205 ; J.-E. Schoettl, Simplification du droit et Constitution, AJDA 2003.1391 Document InterRevues). Sous cet aspect, l'objectif de simplification s'éclaire d'un jour nouveau : n'est-il pas simplement une étiquette permettant de justifier constitutionnellement ce bouleversement des prérogatives du Parlement et l'octroi de pouvoirs censés être exceptionnels à l'exécutif ? Ainsi suffit-il à présent que le gouvernement ait un programme visant à simplifier le droit - on conçoit mal qu'il entende ostensiblement le compliquer - pour pouvoir le réaliser par voie d'ordonnances. Peu importe, dans ces conditions, qu'il y ait ou non effectivement urgence à réformer le régime applicable aux valeurs mobilières, comme le laisse croire la loi du 2 juillet 2003, ou encore à substituer au régime d'autorisation administrative, auquel sont soumises les ventes en liquidation, un régime de déclaration préalable, etc. Au demeurant, la loi ayant accordé sur la plupart des points visés un délai de 12 mois au gouvernement pour rédiger ses ordonnances, l'urgence annoncée apparaît au fond toute relative. L'essentiel est en réalité ailleurs : derrière l'idée de simplification fournie en guise de justification par le gouvernement et admise avec souplesse par le Conseil constitutionnel, c'est en réalité une admission de la législation par l'exécutif qui se trouve consacrée. Sans doute observera-t-on qu'à vider ainsi le Parlement de ses prérogatives, on finira bien par dégager son ordre du jour... ce qui empêchera alors le recours aux ordonnances. Mais ce serait oublier que, dans le même temps, les projets de loi abondent, qui pourront à leur tour justifier le contournement du Parlement, et appeler de nouvelles règles de simplification du droit. La complexité s'autogénère, même en période affichée de simplification du droit.

Exercices :

- Introduction et plan détaillé d'un commentaire du document n° 1
- Lecture du document n° 2