

Nicolas Molfessis, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Notre précédente chronique nous a déjà fourni l'occasion d'évoquer la sécurité juridique, à travers les relations qu'elle entretient avec la codification à droit constant (RTD civ. 2000.186 et s.). On se souvient en effet qu'une loi du 16 décembre 1999 autorisant le gouvernement à adopter la partie législative de neuf codes ainsi que la décision du Conseil constitutionnel qui l'accompagnait (décis. 99-421 DC du 16 déc. 1999, JO 22 déc. 1999, p. 19041), avaient placé la codification sous l'égide de la sécurité juridique, censée sortir grandie des compilations promises. Pour justifier que la relance de la codification se fasse par voie d'ordonnances, le Conseil a ainsi consacré « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »... tout en accordant au législateur un blanc seing pour démissionner de ses fonctions. Depuis lors, la sécurité juridique a encore gagné du terrain, en législation aussi bien qu'en jurisprudence. Encore faut-il préciser ce que l'on entend par « gagner du terrain ».

Suivant cette logique d'un système juridique dominé par les droits fondamentaux, selon laquelle un principe a d'autant plus de chances d'être reconnu et de gagner formellement en importance que les causes de sa violation se multiplient, le principe de sécurité juridique ne progresse en effet qu'en raison des atteintes sans cesse croissantes portées à la sécurité juridique elle-même, sous toutes ses formes, connues de longue date : inflation des lois, malfaçons législatives, multiplication des revirements de jurisprudence... sans oublier évidemment l'étouffement que provoque une information juridique pléthorique sous laquelle chacun d'entre nous se trouve chaque jour davantage enseveli. Aussi bien, l'essor d'un principe de sécurité juridique s'inscrit-il en réaction contre les dérèglements du système juridique. C'est précisément cette tension qui doit être analysée, qui oppose un principe-remède à une donnée structurelle du système qui l'abrite.

Fruit d'une évolution notable des fondements de l'ordre juridique, dans lequel se multiplient des règles de fonctionnement et se constitue un corps de normes censées régir le système juridique lui-même, le principe de sécurité juridique se veut, c'est une évidence, une garantie contre les dérèglements du droit et de la bureaucratie. Il représente l'*alpha* et l'*omega* de la rationalisation formelle du droit, prenant appui sur l'idée chère à Bentham selon laquelle les propriétés formelles du droit sont la condition de la maximisation des intérêts individuels. A ce titre, il érige la forme en fin première, négligeant la substance même des règles de droit. Le droit, si l'on préfère, est compris comme une forme rationalisée. Or, la rationalisation formelle du droit, ainsi que l'a montré toute la sociologie weberienne, conduit précisément à renforcer le pouvoir bureaucratique et le dessaisissement du législatif. La relance de la codification à droit constant sous forme d'ordonnances, elles-mêmes issues directement des travaux de la commission supérieure de codification, en est une manifestation patente. La sécurité juridique n'est rien d'autre, dans cette perspective, qu'un instrument de légitimation du pouvoir de l'administration dans l'édition du droit. Dès lors, pris dans cette logique de la forme, le droit devient un instrument de politique publique, un élément parmi d'autres de l'action de l'Etat. Comme il y a une politique de la santé (publique), il existe désormais une politique du droit dont la sécurité juridique est le porte-drapeau, on pourrait dire le slogan. Elle repose nécessairement sur les idées dominantes de l'action publique, notamment sur les présupposés égalitaires qui fondent cette action.

Mais quel tribut les sources du droit vont-elles accepter de payer au principe de sécurité juridique : les modes de légiférer vont-ils changer ; les lois vont-elles gagner en qualité pour perdre en quantité ; les lois de validation sont-elles appelées à disparaître ; les revirements de jurisprudence seront-ils moins nombreux, etc. ? Il ne servirait à rien de se féliciter naïvement de la montée en puissance du principe de sécurité juridique - comme si la face du

droit allait en être changée -, si les maux qui en traduisent la méconnaissance devaient perdurer voire se propager. Or, les solutions qui vont suivre pourraient bien faire douter des évolutions suscitées, où l'on va voir précisément les lois de validation y trouver un soutien, les revirements de jurisprudence s'en prévaloir, la rétroactivité gagner du terrain... Le principe de sécurité juridique semble bien accéder à la lumière pour être mieux circonscrit.

C'est que, de façon plus générale, l'orientation du système juridique, qui justifie l'appel au principe de sécurité juridique, provoque dans le même temps sa violation, en nourrissant la production d'un droit administré. Parce que le droit est devenu un instrument prépondérant de l'action politique, il en résulte un éclatement des règles, dévoiement de l'égalité par le droit à laquelle tend pourtant officiellement la sécurité juridique. Le droit va en effet s'offrir en réponse à des revendications sectorielles, d'autant plus nombreuses et apparemment justifiées qu'il nous est demandé de croire que l'émancipation des individus et des groupes en dépend. D'où une offre et une demande de droit de la part de collectivités qui entendent obtenir, par ce biais, une reconnaissance sociale et politique favorisant leur « bien-être » : homosexuels (pacs), femmes (parité), minorités géographiques (langues régionales, textes sur la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française, réforme du statut de la Corse...). Le statut social et culturel des individus devient source de droit. Communautarisme et discriminations positives se conjuguent ainsi, effets pervers de ce *droit au droit* à la satisfaction duquel toute l'action de l'Etat devrait tendre : « à vouloir à la fois autant de droits et plus de droits, on dénature et instrumentalise le droit qui ne sert plus la collectivité mais les communautés et dont l'utilisation répond avant tout à une politique démagogique, opportuniste et mortifère » (P. Fraisseix, De l'Etat-nation à l'Etat « groupusculaire » : chronique d'un dépérissement engagé, D. 2000.Chron. 61, spéc. p. 67). Or c'est bien une même évolution qui provoque à la fois l'essor du principe de sécurité juridique et l'éclatement du droit, une même idée dominante : celle d'une émancipation individuelle et collective par le droit, bref d'une légitimité de chacun à en appeler au droit. Comment, dans ces conditions, la sécurité juridique pourrait-elle *réellement* progresser, c'est-à-dire autrement que formellement ? Telle est l'interrogation que soulève la logique dévoyée de notre Etat providence, tellement parée des idées dominantes d'égalité et d'accès au droit que même des juristes libéraux, partisans du marché ou de l'Etat de droit, en viennent à défendre, sans y prendre garde, une doctrine étatiste contre-productive (sur le rôle de l'Etat-providence dans cette perspective, V. les pertinentes obs. de Th. Revet, RTD civ. 1999.220 et s. ; *contra*, M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D. 2000.361, spéc. n° 55, p. 368).

En tout état de cause, il resterait aux sources du droit à savoir et à pouvoir assurer la promotion d'un principe directement en opposition, dans ses exigences, à ce qu'elles sont devenues. Or, pour quelles raisons des textes élaborés dans des bureaux et non discutés en séance publique pourraient-ils permettre une amélioration des lois ? Pourquoi des codes rédigés par une commission administrative seraient-ils l'occasion d'un progrès du droit ? Quels procédés permettraient une décrue législative et réglementaire, alors que se multiplient les organes d'édition des règles et les sources de production de normes ? Dans ce mouvement, comment le droit se simplifierait-il, qui est le fruit de textes réglementaires sans cesse plus techniques et de moins en moins accessibles puisque d'origines disparates ? Par quel étrange miracle, la rétroactivité perdrait-elle du terrain, alors que les groupes de pression gagnent en puissance - qui en appellent aux lois de validation - et que le revirement de législation est devenu un mode d'action publique ? L'essor, autrement que formel, du principe de sécurité juridique, commanderait une mutation profonde de notre système de sources, un bouleversement de notre ordre juridique qui n'a pas, on va le voir, encore gagné les modes de production du droit.

L'appel à la sécurité juridique n'est pas une médecine. C'est l'expression d'un mal. Ses « avancées » fournissent le diagnostic de notre système juridique.

Mots clés :

LOI ET DECRET * Codification * Codification à droit constant * Sécurité juridique

