

Université de Montréal

**LA TENSION ENTRE L'ACCESSIBILITÉ ET L'INTELLIGIBILITÉ DU DROIT :
LE CAS DU DROIT ADMINISTRATIF ET DU DROIT DU TRAVAIL EN FRANCE**

par Kévin Hernot

Département de Science Politique

Faculté des Arts et des Sciences

Mémoire présenté à la Faculté des Études supérieures et postdoctorales en vue de
l'obtention du grade de Maître ès sciences (M. Sc.) en science politique

Avril 2018

© Kévin Hernot, 2018

Abstract

For several decades, national, European and international institutions have deplored normative inflation and the growing complexity of the legal systems of Western states. At the end of 1999, the French Constitutional Council adopted an “objective of constitutional value of accessibility and intelligibility of the law”, while Switzerland included in its Federal Constitution an objective of effectiveness of the law. But in so doing, the two problems of accessibility and intelligibility and their own dynamics have been masked or even forgotten. Indeed, accessibility and intelligibility, if they seem to go on one hand, are in fact contradictory in their products, namely the formalization and materialization of the law. This work aims to highlight this tension between the two objectives and the lessons to be learned in order to succeed in simplifying the law. Among the various attempts to simplify French law, administrative law and labor law have given us in recent years particularly examples of the limits and contradictions between accessibility and the intelligibility of the law. We will see how the application of the principle of “silence is acceptance” of the administration has led to a loss of accessibility of the law in this area, and how the codification of labor law at the beginning of the twenty-first century led in turn to a loss of intelligibility of the labor law. These two examples will serve to describe theoretically a structuring dilemma of law that should be taken into account in all legal reforms.

Keywords: Simplification of law, normative inflation, accessibility, intelligibility, formal law, substantive law.

Résumé

Depuis plusieurs décennies, les institutions nationales, européennes et internationales déplorent l'inflation normative et la complexification croissante que connaissent les systèmes juridiques des Etats occidentaux. Prenant le relai de cette problématique, le Conseil constitutionnel a instauré à la fin de l'année 1999 un « objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Mais en agissant ainsi, les deux problèmes de l'accessibilité et de l'intelligibilité et leurs dynamiques propres ont été masqués, voire oubliés. En effet, si l'accessibilité et l'intelligibilité semblent aller de pair, leurs effets sont en réalité contradictoires, à savoir la formalisation et la matérialisation du droit. Ce travail vise à mettre en exergue cette tension entre les deux objectifs et les leçons à en tirer pour réussir à simplifier le droit. Parmi les différentes tentatives de simplification du droit français, le droit administratif et le droit du travail nous ont offert ces dernières années des exemples particulièrement parlant des limites et des contradictions entre l'accessibilité et l'intelligibilité du droit. Nous verrons comment l'instauration du principe « silence vaut acceptation » de l'administration a conduit à une perte d'accessibilité du droit dans ce domaine, et comment la codification du droit du travail au début du XXI^e siècle a conduit quant à elle à une perte d'intelligibilité du droit du travail. Ces deux exemples serviront à décrire théoriquement une aporie structurante du droit qu'il convient de prendre en compte dans toutes les réformes juridiques.

Mots-clés : Simplification du droit, inflation normative, accessibilité du droit, intelligibilité du droit, droit formel, droit matériel.

Remerciements

Ce travail de recherche a bénéficié de l'aide et de l'appui de plusieurs personnes que je tiens à remercier.

Tout d'abord, j'exprime toute ma gratitude et ma reconnaissance à M. Augustin Simard, pour son soutien et ses conseils avisés donnés tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Je remercie également Maëla et Florence pour la relecture de ce travail, Miguel-Angelo pour les commentaires et les discussions apportés sur ce projet de recherche et Samuel pour son soutien.

Enfin, merci à ma famille, en particulier à mon Père, mes parents, mes grands-parents et mes deux sœurs qui m'ont encouragé et aidé chacun à leur manière.

Tables des matières

Abstract	ii
Résumé	iii
Remerciements	iv
Tables des matières	i
Liste des figures	iii
Liste des tableaux	1
Introduction	2
Les enjeux de l’information et de la communication juridique.....	3
Les définitions de l’accessibilité et de l’intelligibilité.....	5
L’écueil des définitions incomplètes dans la construction du problème du déclin du droit	7
La question des rapports entre l’accessibilité et l’intelligibilité du droit	11
1. La simplification du droit en France, entre formalisation et matérialisation	15
1.1. La simplification du droit administratif par le principe « silence vaut acceptation »	16
1.1.1. Les origines du droit administratif français	17
1.1.2. La mise en vigueur du principe « silence vaut acceptation » conduisant au manque d’intelligibilité du droit administratif.....	27
1.2. La simplification du droit du travail par la codification.....	33
1.2.1. Les origines de la codification.....	34
1.2.2. La codification des années 2000 conduisant au manque d’intelligibilité du droit du travail.....	41
1.2.3. La création des normes collectives durant les années 2010 conduisant au manque d’accessibilité du droit du travail	53
2. Les motivations antagonistes à l’origine de l’inflation et de la complexification normative	60
2.1. L’« effet macédonien » au détriment de l’accessibilité du droit.....	61
2.2. L’« effet assiduis » au détriment de l’intelligibilité du droit	63

2.3. Les usages stratégiques des définitions juridiques au détriment de l’accessibilité et de l’intelligibilité du droit	65
3. L’antinomie structurante du droit à travers le droit formel et le droit matériel	68
3.1. Les degrés de normativité des normes juridiques.....	69
3.2. La contradiction entre le droit formel et le droit matériel	72
3.3. La tension entre la rationalisation formelle et la rationalisation matérielle du droit	75
Conclusion	83
La tension entre l’accessibilité et l’intelligibilité du droit.....	84
L’intelligibilité et l’accessibilité du droit, vecteurs de l’« ordre construit » et de l’« ordre spontané ».....	90
Le choix inévitable entre les rationalisations formelles et matérielles du droit	95
Bibliographie.....	98
Ouvrages	98
Articles de revue.....	103
Articles de presse.....	108
Rapports	110
Thèses	112
Index jurisprudentiel.....	113
Cour de cassation.....	113
Conseil constitutionnel	113
Conseil d’État	113

Liste des figures

Figure 1 : « Éventail » de normativité

Figure 2 : Échelle de formalisme et de matérialisme du droit

Figure 3 : *Continuum* des rationalisations formelle et matérielle

Liste des tableaux

Tableau 1 : Inflation législative entre 2003 et 2013 (en % de pages supplémentaires par année)

Tableau 2 : Différences conceptuelles entre le droit formel et le droit matériel

Introduction

« Like a poor man's Martin Luther King, I have a dream. It is that every person of reasonable intelligence and literacy may sit at their kitchen table and open a small book or CD-ROM in which the most important laws that govern them are clearly and simply written in their original, unabridged form. I have that dream. But we stand a long, long way from making it reality. Indeed, I sometimes think the prospect is daily receding¹. »

Martin CUTTS

¹ Martin CUTTS, « Clarity in EC legislation. The text of a 28 January 2000 talk by Martin Cutts to the European Commission's Translation Unit », *Clarity*, n° 45, December 2000, p. 11.

Le xx^e siècle fut le siècle des idéologies. Le XXI^e siècle sera peut-être celui de l'information. S'il est certainement trop tôt pour l'affirmer avec certitude, les deux premières décennies nous montrent effectivement le développement extraordinaire des informations, avec notamment l'avènement d'internet à la fin des années 1990, le développement des réseaux sociaux et des banques de données, les *big data*. Avec pour corollaire la communication visant à diffuser l'information au plus grand nombre, nous voyons ici deux des grands défis de notre temps : traiter l'immense flot d'informations à notre disposition, et communiquer ces informations au plus grand nombre de façon claire et compréhensible. Certains vont même jusqu'à parler de « civilisation informationnelle² », voire de « révolution informationnelle³ » pour évoquer ce nouveau paradigme.

Les enjeux de l'information et de la communication juridique

La communication et l'intelligibilité des relations sociales est devenu en effet un enjeu majeur du développement économique et sociale des sociétés industrialisées. Le droit est également touché par ce phénomène qui menace l'intégrité des systèmes juridiques, notamment celui de la France. En effet, disposer des capacités ou non d'accéder aux informations et de les comprendre induit de nouveaux rapports de dominations et d'inégalités entre les individus. Ceux qui ont ces capacités sont les maîtres de ce nouveau jeu de l'information et de la communication, notamment en droit : lors des procès, des procédures juridiques et des contrats (en particulier des contrats de travail), ce sont ceux qui ont le plus accès aux ressources documentaires juridiques et qui arrivent le mieux à les comprendre qui ont l'avantage sur ceux qui les ignorent.

C'est aussi un enjeu de taille pour les pouvoirs publics. En effet, lors de réflexions, leurs études et leurs prises de décisions, les acteurs politiques, juridiques et administratifs se retrouvent de plus en plus noyés par une avalanche de détails juridiques, et ont du mal soit à accéder aux informations juridiques pertinentes, soit à les comprendre et à les

² Alvin TOFFLER, *The third wave*, New York, Bantam Books, 1980.

³ Joël DE ROSNAY, « Ce que va changer la révolution informationnelle », *Le Monde diplomatique*, août 1996.

interpréter. A l'inverse, il leur arrive aussi de ne pas percevoir la réalité concrète de certains phénomènes juridiques lorsque les normes juridiques qu'ils abordent sont trop abstraites.

Aussi longtemps que le droit a existé, les juristes ont eu la tâche lourde et difficile de répondre à l'impératif implicite de la clarté, étant en charge d'interpréter les normes juridiques pour leur donner une signification concrète. Malheureusement, concomitamment aux espoirs soulevés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication, la France s'est retrouvée à la fin du siècle dernier face à un grave problème de manque de clarté et de communication du droit : Il aurait trop de normes juridiques, mais aussi trop de normes incompréhensibles.

Les institutions juridiques, autrefois mesurées sur la question, expriment désormais ouvertement leurs craintes et leur désarroi face à ce qui serait un dépérissement des normes juridiques. C'est ainsi qu'en réponse à l'inflation normative, la simplification du droit est devenue peu à peu l'une des préoccupations majeures des pouvoirs publics des États européens, et notamment de l'État français, qui a amorcé un tournant majeur avec la décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999 découvrant l'« objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Néanmoins, en dépit de nombreux efforts menés notamment sous l'influence d'institutions internationales comme la Banque mondiale⁴, l'OCDE⁵ ou le World Economic Forum⁶, les résultats ne furent pas à la hauteur des attentes des pouvoirs publics et des justiciables. Ainsi, dans son dernier rapport public sur la question, le Conseil d'État ne mâche pas ses mots :

« Vingt-cinq ans après *De la sécurité juridique*, dix ans après *Sécurité juridique et complexité du droit*, le Conseil d'État, tout en saluant les avancées acquises, dresse un bilan décevant de nos

⁴ Depuis 2003, le Groupe de la Banque mondiale publie chaque année le classement « *Doing Business* », qui classe 190 pays par rapport à leur facilité à faire des affaires. Le poids de la réglementation est mesuré, entre autres.

⁵ En 2008, l'OCDE a lancé en partenariat avec la Commission européenne le projet « Mieux légiférer en Europe », qui a pour but d'analyser l'évolution de la gouvernance réglementaire dans 15 pays membres.

⁶ Depuis 2004, le World Economic Forum publie annuellement un rapport intitulé « *Global Competitiveness Report* » analyse le niveau de prospérité et la compétitivité économique de l'ensemble des États au niveau mondial.

outils et de leur application au service de la simplification et de la qualité du droit. Les maux qui affectent la production et la mise en œuvre de notre droit, par deux fois diagnostiqués, n'ont pas été traités et ils se sont aggravés – faute d'une posologie suffisante, faute d'une médication efficace, faute surtout d'une volonté constante, claire et déterminée de guérir⁷. »

En réalité, la problématisation même de la simplification du droit est équivoque, ce qui est dû en partie à l'ambiguïté des discours politiques et des textes juridiques sur ce thème, et même sur la définition du « droit ». Le Conseil d'État, lucide sur la question, remarque qu'après des décennies de réflexions et d'actions politiques dans ce domaine, les contours théoriques et pratiques de ce problème demeurent toujours flous. Il évoque ainsi « une réalité qui n'est pas conceptualisée, [...] qui reste difficile à mesurer⁸ » et estime que « s'il n'existe pas de définition partagée de la simplification et de la qualité du droit, c'est faute de vision claire des insuffisances qui affectent le droit. Il n'y a en effet ni accord sur les concepts, ni consensus sur les préoccupations, ni mesure objective de la complexité⁹ ».

Il faut effectivement reconnaître que l'analyse du problème de la qualité et de l'accès du droit en termes de coût et de rentabilité – comme peuvent le faire les institutions internationales et les acteurs économiques – occulte la complexité de cette problématisation, qui prend plusieurs formes et plusieurs implications selon les acteurs et selon les domaines du droit.

Les définitions de l'accessibilité et de l'intelligibilité

Définissons les deux points essentiels de notre réflexion : les notions d'« intelligibilité » et d'« accessibilité ». L'intelligibilité désigne le caractère de ce qui est intelligible, c'est-à-dire qui est compréhensible et clair, à opposer à ce qui est inintelligible, obscur et difficile à comprendre. Selon les juristes Marie-Anne Frison-Roche et William

⁷ Conseil d'État, *Rapport public 2016. Simplification et qualité du droit*, Paris, La Documentation Française, 2016, p. 9.

⁸ *Ibid.*, p. 14.

⁹ *Ibid.*, p. 13.

Baranès, « une chose est intelligible si son sens peut être perçu par l'activité intellectuelle humaine¹⁰ ». L'intelligibilité du droit désigne donc le critère de compréhension du droit par ses destinataires. C'est une notion liée à la compréhension intellectuelle, mais elle s'apprécie aussi en fonction de ses destinataires. Ainsi, le Conseil Constitutionnel a pu juger qu'une loi qui complexifiait les accords de travail n'était pas contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, car les destinataires étaient « des partenaires sociaux rompus à des exercices contractuels plus sophistiqués encore¹¹ ».

Cependant, différents critères sont abordés pour évoquer l'intelligibilité du droit. Elle peut être évoquée en termes de qualité du droit, ce qui renvoie à la qualité rédactionnelle des normes juridiques et donc à l'examen des qualités formelles du droit, ou de clarté du droit, ce qui renvoie à l'intelligibilité du droit *stricto sensu*.

L'accessibilité est le caractère de ce qui peut être atteint matériellement, de façon tangible, à opposer à ce qui est inaccessible, c'est-à-dire hors de portée physique. Tout le droit ne répond pas à cet impératif, mais seulement la partie concernant les justiciables. Ces derniers sont censés connaître les règles qui leur sont applicables, sans égard à leur origine (législative, réglementaire ou non réglementaire, interne ou externe), leur portée (générale ou individuelle, rétroactive ou non) ou même leur date d'édiction.

La notion d'accessibilité du droit doit être distinguée de l'accès au droit, cette dernière étant liée aux opportunités de consultation des normes juridiques. Ce n'est pas seulement des normes juridiques dont il est question avec cette notion, mais de la façon dont nous pouvons y avoir accès. La notion touche donc, entre autres, à la publicité du droit, c'est-à-dire l'« opération par laquelle les actes sont portés à la connaissance des intéressés¹² ». Par exemple, l'accès au droit ne sera pas le même selon que les normes seront

¹⁰ Marie-Anne FRISON-ROCHE et William BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz*, n° 23, 2000, p. 363

¹¹ Jean-Éric SCHOETTL, « Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, n° 97, 14 mai 2004, p. 8.

¹² Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, *Droit administratif (Tome I)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 296.

codifiées ou non. Les changements juridiques rentrent aussi en compte dans cette notion d'accessibilité du droit.

L'écueil des définitions incomplètes dans la construction du problème du déclin du droit

Pour décrire les représentations sociales du monde que dans lequel nous évoluons, certains auteurs parlent de « construction sociale de la réalité¹³ ». D'autres évoquent la « construction de la réalité sociale¹⁴ ». Que cette construction soit envisagée d'un point de vue objectif ou subjectif, la conclusion est la même : Les problèmes n'existent pas *en soi*, mais *pour soi*. Et les faits sociaux ne deviennent des problèmes publics qu'après avoir été mis en scène et déplacés au sein de l'espace public. Emmanuel Henry décrit ainsi la naissance des problèmes publics :

« Parler de construction des problèmes publics souligne que les processus de publicisation sont tout sauf naturels ou spontanés, et qu'il n'y a pas de lien direct entre l'importance objective d'un problème et la surface publique qu'il occupe, ni même entre ses contours objectifs et ses contours publics (si tant est qu'on puisse définir précisément les uns et les autres). Les processus de publicisation sont au contraire le produit de multiples investissements et mobilisations issus d'acteurs et de groupes d'acteurs n'ayant parfois qu'un lien très indirect avec le problème en cause¹⁵. »

Pour éviter les écueils de ceux qui ont abordé les problèmes de la mauvaise qualité et de la trop grande quantité du droit sans faire attention à la définition même de ces notions en premier lieu, il faut considérer avec attention la situation actuelle et définir explicitement et précisément en quoi elle est problématique. L'approche constructiviste

¹³ Voir Peter L. BERGER et Thomas LUCKMANN, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, New York, Anchor Books, 1966.

¹⁴ Voir John R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, Penguin Books, 1996.

¹⁵ Emmanuel HENRY, « Construction des problèmes publics », dans *Dictionnaire des mouvements sociaux*, sous la direction de Olivier FILLIEULE, Lilian MATHIEU et Cécile PECHU, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 146.

convient à cette démarche, en vertu de laquelle « les réalités sociales sont appréhendées comme des constructions historiques et quotidiennes des acteurs individuels et collectifs¹⁶ ». Nous pouvons distinguer parmi tout problème public une dimension cognitive (« c'est ainsi »), une dimension morale (« c'est bien » ou « c'est mal ») et une dimension normative (« il faut »). Tout problème se construit sur le fondement de ce qui est (le constat), ce qui devrait être (un idéal) et ce qui pourrait être (une possibilité d'agir). Toute politique publique, pour être logique, doit consacrer et maintenir une cohérence entre ces trois dimensions.

D'un point de vue cognitif, le Conseil d'État donne trois éléments essentiels du déclin du droit : l'inflation juridique (augmentation de la taille et du nombre des normes juridiques), l'instabilité normative (les changements juridiques récurrents) et l'impertinence normative (rédaction obscure et absence de normativité). Le conseiller d'État Bertrand du Marais estime ainsi cette situation est due à un éclatement « vertical » et « horizontal » de la normativité. Le premier phénomène serait selon lui lié à la « "gouvernance multiniveau" (*multilevel governance*) » se caractérisant par la « multiplication des lieux de souveraineté et donc de légitimité normative¹⁷ », auquel vient s'ajouter un éclatement horizontal résultant de l'influence du droit de l'Union européenne. Voici le postulat fondamental sur lequel se base le Conseil d'Etat et les autres institutions juridiques dans leurs analyses.

Dans sa dimension morale, cette situation est invariablement dénoncée comme un mal. Mais deux opinions frontales peuvent être distinguées. La première est une volonté ouverte et une dénonciation sans ménagement de la situation. Que ce soit les institutions comme le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État ou la Cour des Comptes, le sentiment est quasiment unanimement partagé : « l'attente de simplification est forte, comme en témoigne le rejet du carcan bureaucratique généralement vécu comme pesant et pénalisant

¹⁶ Philippe CORCUFF, *Les nouvelles sociologies. Constructions de la réalité sociale*, Paris, Nathan, 1995, p. 17.

¹⁷ Bertrand DU MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique ? », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 197.

pour l'utilisateur, que celui-ci soit individu, entreprise, ou organisation¹⁸ ». Mais il y a également une deuxième réaction, celle du fatalisme. Elle concerne plutôt la doctrine et les citoyens. Si le Conseil d'État affirme que « la simplification est vouée à l'échec tant que les processus de production de la complexité resteront intacts¹⁹ », certains universitaires estiment au contraire que ces processus sont intrinsèques au droit. Frédéric Colin exprime ce défaitisme en ces mots : « Comme Sisyphe, l'administration semble condamnée à mener éternellement une recherche de simplification, en vain²⁰ ».

Dans sa dimension normative, le Conseil constitutionnel a affirmé explicitement à la fin du millénaire qu'il s'agit avec l'« objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » de rendre les textes juridiques plus normatifs et moins bavards, de les rendre plus clairs et plus faciles à comprendre pour les justiciables, mais aussi et surtout pour les juristes. Cette définition rejoint celle admise par de nombreux juristes, qui reprennent fréquemment les aphorismes de Montesquieu et de Portalis sur la production juridique, en particulier l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». Hélas, ceux-ci ont largement occulté la complexité du problème du déclin du droit. Ils abordent bien souvent la question de la rédaction du droit à travers un seul aspect (par exemple sa complexité, sa prévisibilité, son accessibilité, entre autres). Dans de nombreux rapports publics sur la question de la qualité du droit et de l'inflation normative, les citations de ces illustres philosophes et juristes abondent sans que l'originalité de la situation dans laquelle se trouve la France soit prise en compte. Le problème de la qualité et de la quantité du droit est abordée comme un bloc unique, sans que l'hétérogénéité des faits déplorés ne soit abordée.

Le principe de la simplification du droit souffre ainsi de problèmes liés à la définition des problèmes sociaux. En effet, la définition des faits réels ou présumés en lien

¹⁸ Annie BARTOLI, Gilles JEANNOT et Fabrice LARAT, « La simplification des formes et modalités de l'action publique : origines, enjeux et actualité », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 8.

¹⁹ Conseil d'État, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 274.

²⁰ Frédéric COLIN, « La régulation de la simplification administrative », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 172.

avec les problèmes n'est pas toujours explicite. De plus, les liens entre les faits constatés (dimension cognitive), les objectifs visés (dimension morale) et les politiques appliquées (dimension normative) sont distendus, voire inexistants. En effet, les faits constatés sont régulièrement résumés à travers des expressions imprécises tels que « déclin du droit », « densification normative », « fin du droit » ou « droit souple », qui entendent décrire un phénomène hétérogène à travers une seule logique. De ce fait, les objectifs visés ouvertement, à savoir l'intelligibilité et l'accessibilité, sont également imprécis. Il ne peut en être que de même pour les moyens employés par dans les politiques de simplification du droit.

A cet égard, les différentes politiques portant sur l'accessibilité et l'intelligibilité mises en œuvre en France depuis plusieurs décennies incitent à se poser une question théorique essentielle en politique : celle de savoir ce qu'est un « problème ». Il ne s'agit pas d'un ensemble de faits objectifs à propos d'un sujet précis, mais plutôt d'un processus cognitif lié à la définition d'une situation par un ou plusieurs acteurs, portant un ou plusieurs jugements de valeur sur ces éléments de faits et, par extension, une opinion sur l'opportunité de certaines pratiques pour les résoudre.

Selon la prise en compte de l'homogénéité ou de la singularité des faits abordés, le problème public construit sera général ou précis. Le cas de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit nous montre que les médias et les opinions publiques ne sont pas les seuls éléments jouant sur cette définition, mais aussi les institutions. En effet, « toutes les formes d'organisation politique ont un biais en faveur de l'exploitation de certains types de conflits et de la suppression d'autres²¹ ». Il en a été ainsi du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, qui ont fait des enjeux sur l'accessibilité et l'intelligibilité du droit un unique problème, au risque de masquer aux yeux des citoyens et des politiques la complexité du phénomène.

²¹ Elmer Eric SCHATTSCHEIDER, *The semisovereign people: A realist's view of democracy in America*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960, p. 71.

En définitive, on ne peut se contenter de décrire le problème de la qualité et de l'inflation du droit dans les termes exprimés par les acteurs concernés, car comme l'a relevé Alvin W. Gouldner « la notion de complexité administrative [et juridique] comme problème social ne peut être expliquée sans une compréhension du cadre de référence de la personne qui l'emploie²² ». Si le Conseil d'État déplore que la situation n'ait pas changé depuis son premier rapport public sur la question en 1991, c'est parce qu'elle n'a étudié la situation que de façon conjoncturelle et non de façon structurelle. Ce ne sont pas seulement des phénomènes limités dans le temps qui sont responsables de l'explosion normative qu'a connu la France, mais aussi des institutions et des définitions qui ont limité la prise en compte de la complexité et de l'hétérogénéité des dynamiques en question dans cette situation. Ne serait-ce que du seul point de vue juridique, le problème de la « densification normative²³ » ne pourra pas être bien compris sans distinguer explicitement l'accessibilité du droit et sa dynamique de celle de l'intelligibilité du droit.

La question des rapports entre l'accessibilité et l'intelligibilité du droit

La poursuite de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit ont, dans leur dimension normative, des fonctions manifestes et latentes²⁴ qui sont essentielles pour leur compréhension. Contrairement à ce qui a pu être affirmé implicitement avec l'objectif de valeur constitutionnelle du même nom découvert par le Conseil constitutionnel à la fin du siècle dernier²⁵, l'accessibilité et l'intelligibilité ne constituent pas un unique problème, mais

²² Alvin W. GOULDNER, « Red Tape as a Social Problem », dans *Reader in Bureaucracy*, sous la direction de Robert K. MERTON, Ailsa P. GRAY, Barbara HOCKEY et Hanan C. SELVIN, New York, The Free Press, 1952, p. 411.

²³ Voir *La densification normative. Découverte d'un processus*, sous la direction de Catherine THIBIERGE, Paris, Mare & Martin, 2014.

²⁴ Robert Merton les définit ainsi : « Les *fonctions manifestes* sont les conséquences objectives qui, contribuant à l'ajustement ou à l'adaptation du système, sont comprises et voulues par les participants du système. Les *fonctions latentes* sont, corrélativement, celles qui ne sont ni comprises, ni voulues²⁴ ». Robert K. MERTON, *Éléments de théorie et de méthode sociologique* [1949], 2^{ème} édition, traduction française de l'anglais par Henri MENDRAS, Paris, Plon, 1965, p. 102.

²⁵ Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, décision n° 99-421 DC.

deux problèmes entrant en contradiction logique et pratique, qui forment de ce fait un dilemme.

Précisons les choses : l'accessibilité et la matérialisation du droit tient à la volonté de rendre le droit le plus explicite possible. À l'inverse, l'intelligibilité et la formalisation du droit tient à l'ambition de décrire tout le droit de façon exhaustive. La question est la suivante : *L'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité forme-t-il un seul objet juridique ou deux normes distinctes ?*

Nous prendrons deux exemples pour mettre en exergue la dualité de cette situation, que nous pouvons déjà décrire de façon succincte.

Dans le premier cas, des justiciables se plaignent de leurs relations avec les administrations lors de leurs recours, en particulier des situations très hétérogènes suivant les administrations et les circonstances. Pour y remédier, les pouvoirs publics ont instauré un principe selon lequel le silence de l'administration à la suite d'un recours pendant deux mois vaut acceptation. La situation est donc grandement simplifiée et devient de ce fait beaucoup plus intelligible : un principe vient résumer un grand nombre de situations juridiques hétérogènes. L'objectif d'intelligibilité est donc respecté.

Mais la pratique vient limiter la portée de cette décision. En effet, de nombreuses administrations se prévalent de circonstances particulières et finissent par faire l'objet de dérogations au principe par divers décrets. Après plusieurs années, ce sont plusieurs dizaines de décrets qui fixent ces dérogations, que les justiciables doivent donc consulter s'ils veulent savoir si l'administration avec laquelle ils rentrent en contact est concernée ou non. Le droit devient plus intelligible dans l'ensemble, mais devient moins accessible dans les faits.

Dans le second cas, des justiciables (majoritairement issus de la droite politique) déplorent le nombre de normes juridiques contenues dans le Code du travail et, plus largement, l'épaisseur et la complexité du droit du travail. Il estime que cette situation fait obstacle à l'embauche car les entreprises se trouvent face à des situations très complexes et

contraignantes pour négocier les contrats de travail, et donc serait un frein à la croissance économique. Des réformes sont menées afin de simplifier le Code du travail, guidées par le mot d'ordre de la « flexisécurité ». Il s'agit de réduire les mesures contraignantes et les détails du droit du travail. L'objectif d'intelligibilité est donc respecté.

Le problème, c'est que les contrats de travail ne sont plus aussi prévisibles qu'auparavant, les clauses en question étant plus floues et moins précises qu'avant la réforme. Le droit est donc plus clair, mais sa signification concrète est moins accessible. L'objectif d'accessibilité est donc bafoué.

Par ailleurs, d'autres justiciables (majoritairement issus de la gauche politique) affirment qu'au lieu d'être décrit de façon exhaustive dans un Code du travail, le droit du travail devrait être formalisé dans une « déclaration de droit » à la manière de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le but de cette initiative serait de rendre le droit du travail plus clair, c'est-à-dire plus facile à comprendre. Mais nous pouvons être certain qu'une telle mesure se heurterait au même problème que l'application du principe « silence vaut acceptation » : elle rendrait le droit du travail plus accessible, mais occulterait la pratique concrètes des contrats de travail. L'objectif d'intelligibilité serait donc transgressé.

Ainsi, résoudre le problème de l'intelligibilité conduit à un manque d'accessibilité, et inversement.

Dans une précédente étude furent examinées les ressorts sociologiques des politiques de simplification du droit menées en France depuis le début du XXI^e siècle²⁶. La présente étude vise à interroger les ressorts des processus de rationalisations formelle et matérielle et voir comment ces deux logiques interviennent au sein des politiques publiques de simplification du droit en France.

²⁶ Mémoire pour l'obtention du Master 1 Recherche en Science politique, « *Le contexte sociologique de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* », sous la direction des professeurs Frédéric LAMBERT et Gweltaz EVEILLARD, soutenu le 28 mai 2015 à l'Université de Rennes 1.

Mais il s'agira aussi et surtout de mettre en exergue ce qui est plus qu'une contradiction manifestée dans des cas concrets : l'opposition entre la poursuite de l'intelligibilité et celle de l'accessibilité révèle une antinomie structurante du droit, une aporie insoluble en dépit des circonstances et des efforts. Cette étude ne prétend pas à l'exhaustivité mais vise à exprimer à travers les exemples du « Choc de simplification » et du débat public sur la réforme du droit du travail les enjeux formels et matériels du droit.

Ainsi, nous verrons à travers deux exemples français que l'intelligibilité du droit met l'accent sur les qualités formelles du droit, tandis que l'accessibilité sur ses qualités matérielles. Sur le fondement de ces deux cas pratiques, nous décrirons comment les acteurs perçoivent ces situations et les ressorts qui les poussent à prendre les décisions au détriment de l'accessibilité ou de l'intelligibilité du droit. Enfin, nous définirons et mettrons en opposition les qualités formelles et matérielles du droit et leurs implications avec l'accessibilité et l'intelligibilité du droit.

1. La simplification du droit en France, entre formalisation et matérialisation

L'année 1999 s'est terminée sur certaines craintes par rapport aux perspectives futures. Le droit ne déroge pas à la règle. Avec l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi découvert par le Conseil constitutionnel à la toute fin du siècle, le mot d'ordre a été donné : le législateur doit légiférer en prenant garde que ses lois soient compréhensibles, mais aussi en donnant les moyens de leur accessibilité aux justiciables. Mais cette exigence touche aussi les règlements et même le droit en général. En effet, le juriste Pierre de Montalivet note qu'« il ne s'agit pas seulement de la loi au sens formel du terme mais du droit, en tout cas des normes législatives et réglementaires applicables aux citoyens²⁷ ».

Mais l'envie n'est pas nouvelle. Elle n'est que l'aboutissement de plusieurs décennies de réflexions sur la question. Ainsi, dès les années 1950, la légistique a progressivement donné lieu en France – comme dans d'autres pays occidentaux – à des guides officiels²⁸ et officieux²⁹, à des ouvrages théoriques³⁰ et mêmes à des enseignements³¹. La relative faiblesse de cette littérature et de cette production juridique tient à la définition restrictive de la légistique, qui l'associe en France à la seule formalité du droit, sans admettre que cette forme puisse avoir des conséquences directes sur le fond, sur la normativité juridique.

²⁷ Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz/Sirey, 2006, p. 284.

²⁸ Jean-Marc SAUVE et Renaud DENOIX DE SAINT MARC, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris, La Documentation Française, 2005 ; Conseil d'État, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, 2^{ème} édition, Paris, La Documentation Française, 2007 ; Conseil d'État, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, 3^{ème} édition, Paris, La Documentation Française, 2017.

²⁹ Dominique REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994 ; Catherine BERGEAL, *Rédiger un texte normatif. Manuel de légistique*, Paris, Berger-Levrault, 2012.

³⁰ Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique de la législation*, Lausanne, Payot, 1985 ; André VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, Berlin, Springer-Verlag, 1988 ; Zbigniew BANKOWSKI, *La science de la législation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

³¹ Seules deux écoles en France dispensent des cours de légistique, à savoir l'Ecole Nationale d'Administration (ENA) et Sciences Po.

À la suite de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité, les pouvoirs publics français semblent avoir fait de l'accessibilité une question technique, extra-juridique, consistant essentiellement à rendre disponibles les textes juridiques sans prendre en compte la dimension juridique de cette action. Le débat public français sur la qualité du droit et, se faisant, sur le « déclin du droit », a progressivement détachés ces trois enjeux les uns des autres, l'enjeu de l'intelligibilité étant le plus présent.

Pour mettre en exergue la tension entre l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, divers exemples peuvent être étudiés. Toutefois, pour des raisons de clarté et de concision, seuls deux cas seront abordés. Le premier porte sur l'instauration du principe « *silence vaut acceptation* » de l'administration française dans le cadre du « choc de simplification » entamé en 2013 par le Président de la République française François Hollande. Le deuxième porte sur le débat renouvelé sur l'opportunité de la codification du droit du travail en France. Si ces choix ont été fait, c'est parce qu'ils correspondent à l'actualité récente des politiques de simplification du droit en France, et qu'ils ont une portée heuristique essentiellement pour mettre en avant la tension entre l'accessibilité et l'intelligibilité que nous cherchons à démontrer.

1.1. La simplification du droit administratif par le principe « *silence vaut acceptation* »

La simplification du droit administratif par le principe « silence vaut acceptation » est un cas d'école, probablement l'un des plus univoque sur la tension qui oppose la formalisation juridique au droit matériel. Il nous montre en effet comment la simplification excessive du droit par le biais d'un principe juridique peut avoir des effets secondaires imprévus dans la pratique.

Comme l'exprime Pierre Moor, « il y a dans le droit administratif une tension constante entre la rigueur à laquelle doit tendre la règle juridique pour remplir son but, et

l'exigence d'efficacité³² ». Il s'agira de montrer cette tension à travers cet exemple. Pour se faire, il convient de connaître d'abord dans quel contexte la question de la complexité du droit administratif s'inscrit, pour ensuite étudier à proprement parler la mise en place du principe « *silence vaut acceptation* » et les causes de son échec.

1.1.1. Les origines du droit administratif français

Il existe en France un fort contraste entre l'importance du système juridique dans l'organisation de la vie collective et la connaissance et la compréhension effective des normes juridiques chez les individus. Le droit tient pourtant une place de choix en France depuis la Révolution française, d'abord symboliquement avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, puis de façon plus effective par l'instauration progressive d'un État de droit à partir du XIX^e siècle, en particulier à la suite du « Code civil des Français » promulgué le 21 mars 1804.

Alors qu'un fort légicentrisme marqua les III^e et IV^e Républiques, la V^e République révéla de nouveaux phénomènes juridiques : une inflation et une complexification de l'ensemble du système juridique français, qui touche les normes législatives, réglementaires et même les traités internationaux. Même le bloc de constitutionnalité – rassemblant la Constitution du 4 octobre 1958, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 16 août 1789 et la Charte de l'environnement du 1^{er} mars 2005 – semble avoir un peu cédé à cette inflation galopante.

Cette complexification fut notamment marquée par un affaiblissement de la force normative des règles juridiques, phénomène de « *soft law* », aussi appelé « droit souple³³ » – un député parlera même de « neutrons législatifs³⁴ ». La juriste Catherine Thibierge fait

³² Pierre MOOR, *Droit administratif (Tome I)*, Berne, Staempfli & Cie, 1994, p. 40.

³³ Voir Conseil d'État, *Rapport public 2013. Le droit souple*, Paris, La Documentation Française, 2013.

³⁴ « Cette semaine, le ministre d'État, ministre de la recherche et de la technologie, nous présente un projet dont je dirai, ne parlant pas latin pour une fois (*sourires*), mais empruntant ma terminologie à la langue des physiciens, qu'il est pour l'essentiel un assemblage de neutrons législatifs, je veux dire de textes dont la charge juridique est nulle ». *Journal Officiel*, Compte rendu des débats en Assemblée nationale, 21 juin 1982, p. 6999.

la distinction entre différentes dimensions du droit souple : le « droit flou » qui se caractérise par un certain degré d'imprécision, le « droit doux » qui est dépourvu d'obligation et donc de normativité, et le « droit mou », qui ne dispose d'aucune sanction³⁵. Ce phénomène, ayant lui-même plusieurs facettes et plusieurs facteurs originels, trouve avec le terme de « densification normative » sa meilleure définition globale. Sa principale caractéristique est la perte de généralité des normes juridiques, bien identifiée en France au début des années 1990 :

« La règle de droit, au XX^e siècle, a perdu ses caractères de permanence et de généralité. Elle est devenue une variété de normes techniques destinée à s'appliquer à des cas précis, afin de satisfaire, à un moment donné, un groupe particulier. Ce phénomène, qui s'accompagne d'une inflation des normes juridiques, a deux causes principales : la société devenue plus technique impose une réglementation dans des domaines jusqu'alors inconnus est l'État, devenu "capitaine d'industrie" a intensifié ses interventions au moyen d'une multiplication de normes juridiques³⁶. »

« "Désordre normatif", "pathologie de la loi", "crise de la loi", "loi malade"³⁷ », « "marée normative", "prolifération des textes", "effervescence normative", "droit bavard", "logorrhée législative et réglementaire"³⁸ », « dégradation de la norme³⁹ » : autant de termes qui décrivent tous la même idée de déclin juridique. Mais l'idée n'est pas nouvelle. En 1917, Henri Capitant déclarait quant à lui que « l'art de faire les lois est en pleine décadence⁴⁰ ». Georges Burdeau évoquait déjà le « déclin de la loi⁴¹ » déjà en 1939 dans l'un

³⁵ Catherine THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2003, p. 599.

³⁶ Annick PERROT, « La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit », dans *La doctrine juridique*, sous la direction de Yves POIRMEUR et Alain BERNARD, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p. 201.

³⁷ Alexandre FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, p. 74.

³⁸ Rachel VANNEUVILLE, « Le chiffre au service du droit ou le droit au service du chiffre ? », *Mots. Les langages du politique*, n° 100, 3/2012, p. 127.

³⁹ Conseil d'État, *Rapport public 1991. De la sécurité juridique*, Paris, La Documentation française, 1992, p. 7.

⁴⁰ Henri CAPITANT, « Comment on fait les lois aujourd'hui », *Revue politique et parlementaire*, Vol. 91, 1917, p. 305.

⁴¹ Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Vol. 9, 1939, p. 29.

de ses essais. Guillaume Glénard relève que « le thème du déclin de la loi ne date pas d'hier. [...] Mais il a pris, sous la V^e République, une ampleur égale à la volonté des constituants de circonscrire l'action du législateur à la détermination des grandes lignes pour laisser au pouvoir réglementaire le soin des détails⁴² ».

Selon Jacques Chevallier, « l'extension du champ de la juridicité, illustré par l'avènement d'une société de droit, assortie d'une diversification croissante des figures de la normativité juridique⁴³ », est un facteur essentiel de ce phénomène. Par ailleurs, le transfert de pouvoir au profit de l'administration a aussi un lien avec cette prolifération.

Il faut ainsi croire que ce qui caractérise le plus le système juridique de la France depuis plusieurs décennies est son débordement généralisé. Ainsi, à une inflation normative dénoncée par une doctrine foisonnante⁴⁴, le Conseil d'État et le Parlement répondirent par une série de rapports sur la question⁴⁵. Le Conseil constitutionnel consacra un « objectif de

⁴² Guillaume GLENARD, « La conception matérielle de la loi revivifiée », *Revue Française de Droit administratif*, 2005, p. 922.

⁴³ Jacques CHEVALLIER, « Avant-propos », dans *La densification normative, Découverte d'un processus*, sous la direction de Catherine THIBIERGE, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 7.

⁴⁴ Georges RIPERT, *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, Paris, Sirey, 1949 ; Henri BATIFFOL, « Le déclin du droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome VIII, 1963, pp. 357-367 ; Georges BURDEAU, « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, Tome VIII, 1963, p. 35 ; René SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Recueil Dalloz*, 1977, p. 43 ; François TERRE, « La « crise de la loi » », *Archives de philosophie du droit*, Tome XXV, 1980, pp. 17-28 ; Jeanne PARAIN-VIAL, « La crise de la notion de loi en biologie et en droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome XXV, 1980, pp. 249-262 ; Jean CARBONNIER, « L'inflation des lois », *Revue des sciences morales et politiques*, 1982, n° 4, pp. 687-702 ; Alain VIANDIER, « La crise de la technique législative », *Droits*, n° 4, 1986, p.75 ; *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, sous la direction de Charles DEBBASCH, Paris, CNRS, 1986 ; Étienne GRASS, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *Revue de droit public*, n° 1, 2003, pp. 139-162 ; Jean-Claude ZARKA, « À propos de l'inflation législative », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 660-661 ; Anne OUTIN-ADAM et Anne-Marie REITA-TRAN, « Excès et dérives dans l'art de légiférer », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2919-2922 ; Yves BENHAMOU, « Réflexions sur l'inflation législative », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2303 ; *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, sous la direction de Fabienne PERALDI-LENEUF et Stéphane DE LA ROSA, Paris, Pedone, 2013 ; Pierre ALBERTINI, *La crise de la loi. Déclin ou mutation ?*, Paris, Lexis Nexis, 2015 ; *La qualité de la loi*, sous la direction de Pierre ALBERTINI, Paris, Mare & Martin, 2015 ; *La fin du droit ?*, sous la direction de Thibaut FLEURY GRAFF, Nathalie WOLFF et Aude ZARADNY, Paris, Mare & Martin, 2016.

⁴⁵ Conseil d'État, *Rapport public 1991. De la sécurité juridique*, Paris, La Documentation française, 1992 ; Jean PICQ, *L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde : rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1994 ; Dieudonné MANDELKERN, *Commission pour la continuité des Services Publics dans les transports terrestres de voyageurs. Rapport de la commission Mandelkern*, Paris, La

valeur constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁴⁶ » à la fin du millénaire, qui fut réaffirmée dans sa jurisprudence et érigé par la suite en principe général du droit par le Conseil d'État⁴⁷. Des « maisons du droit » furent créés pour promouvoir l'accès au droit⁴⁸ ainsi qu'un « service public des bases de données juridiques⁴⁹ », *Légifrance*, créé par arrêté⁵⁰ en 1999 et concrétisé en 2002 par un « Service public de la Diffusion du droit par Internet⁵¹ ». Par ce biais, « le Journal officiel de la République française est mis à la disposition du public sous forme électronique de manière permanente et gratuite⁵² » et certaines informations publiées ont valeur juridique⁵³. Des sites annexes à Légifrance tels que *Service-public.fr*⁵⁴ et *vie-publique.fr*⁵⁵ et la création récente de la Direction de l'information légale et administrative (DILA)⁵⁶ complètent cette publication du droit. Par ailleurs, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁵⁷, l'étude d'impact est

Documentation Française, 2002 ; Bruno LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Paris, La Documentation Française, 2004 ; Conseil d'État, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation Française, 2006 ; Jean-Luc WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Paris, La Documentation Française, 2009 ; Jean-Luc WARSMANN, *La simplification du droit au service de la croissance et de l'emploi*, Paris, La Documentation Française, 2011 ; Alain LAMBERT et Jean-Claude BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, Paris, La Documentation Française, 2013 ; Conseil d'État, *Rapport public 2016. Simplification et qualité du droit*, Paris, La Documentation française, 2016.

⁴⁶ Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, décision n° 99-421 DC.

⁴⁷ Conseil d'État, Assemblée, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460, Recueil Lebon, p. 154.

⁴⁸ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ; Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits ; Arrêté du 20 février 2002 fixant l'organisation en bureaux du service de l'accès au droit et à la justice et de la politique de la ville ; Arrêté du 9 juillet 2008 fixant l'organisation en bureaux du service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes du secrétariat général du ministère de la justice.

⁴⁹ Décret n° 96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques.

⁵⁰ Arrêté du 6 juillet 1999 relatif à la création du site web Légifrance.

⁵¹ Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet.

⁵² Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs.

⁵³ Décret n° 2004-617 du 29 juin 2004 relatif aux modalités et effets de la publication sous forme électronique de certains actes administratifs au Journal officiel de la République française.

⁵⁴ Arrêté du 6 novembre 2000 relatif à la création d'un site sur internet intitulé « *service-public.fr* ».

⁵⁵ Arrêté du 5 juillet 2002 relatif à la création au secrétariat général du Gouvernement (direction de la Documentation française) d'un site internet intitulé « *vie-publique.fr* ».

⁵⁶ Décret n° 2010-31 du 11 janvier 2010 relatif à la direction de l'information légale et administrative.

⁵⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République

devenue une étape importante de la production législative, imposant aux législateurs – Parlement ou gouvernement – « de définir les objectifs poursuivis, les options possibles “en dehors de l’intervention de règles nouvelles” et d’exposer les motifs du recours à une nouvelle législation⁵⁸ ». Les études d’impact⁵⁹ et les examens de proportionnalité⁶⁰ ont aussi été instaurés depuis quelques années. Enfin, le gouvernement et le Parlement ont répondu par une série de lois dites de « simplification⁶¹ », alors que divers secrétariats d’État⁶² furent chargés officiellement de mettre en œuvre des réformes de simplification⁶³.

⁵⁸ Jacques CHEVALLIER, « La simplification de l’action publique et la question du droit », *Revue française d’administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 207.

⁵⁹ Depuis le 1^{er} septembre 2009, tous les projets de loi doivent faire l’objet d’une évaluation préalable, sauf exceptions prévues par la loi organique du 14 avril 2009. L’étude d’impact a été réformée par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l’environnement et par le décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 portant réforme des études d’impact des projets de travaux, d’ouvrages ou d’aménagements.

⁶⁰ Selon la circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit, « chaque projet de norme nouvelle doit être soumis à un examen de nécessité et de proportionnalité aussi circonstancié que possible, au regard de ses effets prévisibles et des exigences de stabilité des situations juridiques ».

⁶¹ Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ; Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit ; Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures ; Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d’amélioration de la qualité du droit ; Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives ; Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l’administration et les citoyens ; Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives ; Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ; Loi n° 2016-1528 du 15 novembre 2016 ratifiant l’ordonnance n° 2015-1682 du 17 décembre 2015 portant simplification de certains régimes d’autorisation préalable et de déclaration des entreprises et des professionnels et modifiant le code du sport ; Loi n° 2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes.

⁶² Quatre secrétaires d’État se sont succédés dans des missions de simplification du droit : Jean Le Garrec, secrétaire d’État auprès du Premier ministre, chargé de la Fonction publique et des Simplifications administratives du 17 juillet 1984 au 20 mars 1986 ; Thierry Mandon, secrétaire d’État auprès du Premier ministre à la Réforme de l’État et à la Simplification du 3 juin 2014 à 17 juin 2015 ; Clotilde Valter, secrétaire d’État auprès du Premier ministre à la Réforme de l’État et à la Simplification du 17 juin 2015 au 11 février 2016 ; Jean-Vincent Placé, secrétaire d’État auprès du Premier ministre à la Réforme de l’État et à la Simplification depuis le 11 février 2016.

⁶³ Trois séries de mesures administratives se sont succédées : les « Mesures et réduction des charges administratives » (MRCA) de 2006 à 2011, le programme « 100 simplifications » de 2009 à 2012 et le « Choc de simplification » depuis mars 2013.

Les pouvoirs publics admettent, par l'institution des aides juridiques, qu'il faut non seulement garantir que le droit soit intelligible, mais qu'il faut aussi donner les moyens aux citoyens de les comprendre. Marie-Christine Leroy estime qu'il s'agit d'« une révolution culturelle. Jusqu'alors, on ne concevait absolument pas qu'il y ait une responsabilité de l'État, des collectivités territoriales pour permettre aux citoyens d'accéder à leurs droits⁶⁴ ». Le bilan de l'intervention publique en matière d'accès au droit est par ailleurs honorable, car ces politiques ont permis la création de plus de 1 000 points d'accès au droit et plus de 130 maisons de la justice et du droit (MDJ).

Mais l'accès au droit n'impliquait pas les documents administratifs. Avant la fin des années 1970 – sauf pour quelques exceptions telles que l'obligation de publier les lois et décrets⁶⁵, l'obligation de permettre l'accès aux procès-verbaux et délibérations du conseil municipal⁶⁶, l'obligation de communiquer le dossier d'un fonctionnaire en cas de procédure disciplinaire⁶⁷ et l'obligation de communiquer les statuts des associations⁶⁸ – la règle était la non-communication des documents administratifs. Un changement radical de perspective fut amorcé par la suite, par une série de textes juridiques ouvrant l'accès aux documents administratifs⁶⁹.

Cependant, en dépit de l'ampleur des moyens politiques, juridiques et administratifs mis en œuvre pour répondre à l'objectif posé officiellement par le Conseil constitutionnel

⁶⁴ Marie-Christine LEROY, « Les expériences d'accès au droit en France », dans *Justice et démocratie. Actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002*, sous la direction de Simone GABORIAU et Hélène PAULIAT, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2003, p. 226.

⁶⁵ Décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets.

⁶⁶ Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale.

⁶⁷ Loi du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905.

⁶⁸ Décret du 16 août 1901 pris pour l'exécution de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

⁶⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ; Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ; Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ; Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.

et officieusement par une grande partie des acteurs politiques, juridiques et sociaux, les résultats ne furent pas à la hauteur des espérances. Ce qui est la cause d'une exaspération régulièrement retranscrite dans la presse nationale⁷⁰.

Selon le World Economic Forum, la France se trouve depuis trois ans à la 115^{ème} place des États analysés en matière de poids de la réglementation⁷¹. De nombreux rapports d'organisations internationales déplorent cette situation, en la décrivant comme un frein à l'initiative entrepreneuriale et à l'économie. Frédéric Colin note ceci : « La simplification réelle suppose de se développer dans deux directions : externe (envers les usagers) et interne (propre à l'administration). Or, nombre de mesures de simplification *a priori* destinées aux usagers, ne bénéficient en réalité qu'à l'administration (par exemple l'informatisation)⁷² ». En 2004, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) déplorait la médiocrité de la situation française⁷³.

⁷⁰ Thierry DESJARDINS, « L'insupportable dictature des lois », *Le Figaro*, 10 janvier 2000 ; Renaud DENOIX DE SAINT-MARC, « Trop de lois tue la loi », *Journal du Dimanche*, 21 janvier 2001 ; Éric ROHDE, « “Trop de loi tue la loi”... La jungle législative », *Le Monde*, 24 janvier 2007 ; François TAQUET, « Simplifier le droit du travail : un travail pharaonique ? », *Le Monde*, 19 mars 2010 ; Jean-Christophe SCIEBERRAS, « Notre mille-feuille social est unique au monde », *Les Échos*, 9 septembre 2014 ; François MEPILLAT et Christine STAGNARA, « Code du travail : quand “l'allègement” complique », *Le Monde*, 23 octobre 2014 ; Didier MARTIN, « Simplification du droit : comment sortir de l'incantation », *Le Monde*, 23 octobre 2014 ; Gilles BALBASTRE, « Combien de pages valez-vous ? », *Le Monde diplomatique*, novembre 2014 ; Jacques BICHOT, « Droit : pour simplifier le labyrinthe normatif », *Les Échos*, 30 décembre 2014 ; « Nul n'est censé comprendre la loi », *Le Canard enchaîné*, 7 janvier 2015 ; Stéphane KOVACS, « Le grand ras-le-bol des élus locaux contre les normes », *Le Figaro*, 24 mars 2015 ; Jean-Baptiste JACQUIN, « Le Conseil d'État s'alarme de la logorrhée législative », *Le Monde*, 28 septembre 2016.

⁷¹ World Economic Forum, *The Global Competitiveness*, 2015-2016, p. 171 ; *The Global Competitiveness*, 2016-2017, p. 179 ; *The Global Competitiveness*, 2017-2018, p. 121.

⁷² Frédéric COLIN, « La régulation de la simplification administrative », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 172.

⁷³ « Le nombre annuel moyen de lois a crû de 35 % en trente ans. Ces données sous-estiment la réalité car la loi ne représente qu'une partie de l'édifice réglementaire, à côté des décrets, arrêtés et circulaires de toutes sortes. Ainsi, il existait 82 000 décrets en vigueur en 1991, avec une production annuelle à l'époque de 670 décrets par an. La production s'est fortement accrue sur la période récente avec plus de 11 000 décrets supplémentaires entre 1995 et 2002. De plus la taille moyenne des textes a augmenté, de 93 lignes pour une loi en 1950 à 220 dans les années 1990. Ainsi, le volume du Journal officiel a été multiplié par 2,4 entre 1976 et 1990. Ceci concerne les flux, car il n'existe pas d'instrument statistique systématique permettant d'appréhender les stocks réglementaires. Cependant, certains estimeraient ce stock de textes à 8 000 lois et

Pour Georges Hispalis, le problème ne serait pas celui du nombre des lois mais celui de leur longueur : « 620 pages et 912 grammes en 1970 ; 632 pages et 1 022 grammes en 1980 ; 1 055 pages et 1 594 grammes en 1990 ; 1 663 pages et 2 780 grammes en 2000 ; 2 556 pages pesant 3,266 kilos en 2004. Ces chiffres sont ceux du nombre de pages (ordonnances et tables non incluses) et du poids du *Recueil des lois* publié annuellement par l'Assemblée nationale⁷⁴ ». Finalement, « ce que l'on peut affirmer avec certitude, c'est que notre pays connaît sur ce plan une inflation en nombre comme en volume⁷⁵ ».

Le mouvement de constitutionnalisation du droit, entamée depuis les années 1970 et tranchant alors avec une longue tradition française d'hostilité, est aujourd'hui bien ancrés dans les représentations et les pratiques juridiques françaises. C'est progressivement avec des changements majeurs comme la création du « bloc de constitutionnalité⁷⁶ » théorisé par Louis Favoreu (réunissant alors le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, celui de la Constitution du 27 octobre 1946, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), l'instauration de la saisine du Conseil constitutionnel par 60 députés ou 60 sénateurs⁷⁷ et dernièrement la question prioritaire de constitutionnalité pouvant être posée lors d'un contentieux⁷⁸ que le Conseil constitutionnel est monté en puissance et, indirectement, le droit constitutionnel avec lui. Le droit communautaire a aussi contribué à cette formalisation du droit, en particulier avec la Convention européenne des droits de l'homme. C'est ainsi qu'en 1996 Louis Favoreu relevait « une prise de conscience de plus en plus nette du [mouvement de constitutionnalisation], ne serait-ce que sous l'influence

400 000 textes d'ordre réglementaire divers, incluant les décrets, arrêtés et circulaires ». OCDE, *Examens de la réforme de la réglementation, la réforme de la réglementation en France*, 2004, p. 7.

⁷⁴ Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 101.

⁷⁵ Étienne BLANC, *Assemblée nationale. Débats parlementaires, 3^e séance du mardi 8 avril 2003, Journal officiel du 9 avril 2003*, p. 2978.

⁷⁶ Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, décision n° 71-44 DC.

⁷⁷ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974.

⁷⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

d'un phénomène complémentaire qui est la communautarisation et de manière plus large l'eupéanisation du droit⁷⁹ ».

Ce mouvement de constitutionnalisation n'est pas purement juridique, mais trouve aussi des origines philosophiques. Il coïncide, une dizaine d'année après la Seconde Guerre mondiale, avec le retour du jusnaturalisme dans le domaine politico-juridique. Il se manifeste en France par le passage « d'une culture de la loi à une culture de la Constitution⁸⁰ ».

La logique de formalisation du droit est consubstantielle du droit constitutionnel, qui est pour l'essentiel un droit de « principes juridiques ». Certes, le droit constitutionnel peut prendre deux formes, directe lorsque les sources du droit sont constitutionnalisées, et indirecte lorsque c'est l'interprétation jurisprudentielle qui est constitutionnalisée. Mais quelle que soit la forme qu'elle prend, la constitutionnalisation du droit consiste toujours à instaurer des principes auxquels l'ensemble du système juridique est censé se conformer.

Cette émergence va à l'encontre de la logique du droit administratif, né officiellement en France avec l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, même si des formes particulières de règlement des conflits existaient déjà auparavant. Durant le XX^e siècle, le droit administratif a profité d'une position de choix dans la hiérarchie des branches du droit. Considéré par les publicistes comme le « seul vrai droit⁸¹ », il a profité de la théorie de l'État de droit pour asseoir sa prééminence. Raymond Carré de Malberg l'a défini au début du siècle dernier comme un « État qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être

⁷⁹ Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », dans *L'unité du droit. Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, sous la direction de Jean-François AUBY, Paris, Economica, 1996, p. 42.

⁸⁰ Mathieu DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Wolters Kluwer France, 2011, p. 25.

⁸¹ *Ibid.*, p. 21.

employés en vue de réaliser les buts étatiques⁸² ». Par ailleurs, cette prééminence s'est aussi caractérisée par la continuité du droit administratif, assurée par la jurisprudence. Georges Vedel comparera en 1974 la « discontinuité du droit constitutionnel » à la « continuité du droit administratif⁸³ » : le premier est un droit marqué fortement par son aspect formel, tandis que le second laisse la part belle aux évolutions jurisprudentielles. Ainsi, « ce *mode de production jurisprudentiel* a contribué à établir la juridicité d'un droit dont les règles étaient apparemment, non seulement indépendantes des fluctuations politiques, mais encore épurées de toute dimension politique⁸⁴ ».

Néanmoins, le droit administratif va perdre en influence et en légitimité à partir des années 1970, ce qui va correspondre à la montée en puissance du droit constitutionnel. En effet, « le droit constitutionnel va emprunter et endosser le “modèle de juridicité” du droit administratif pour obtenir sa reconnaissance en qualité de véritable droit⁸⁵ ». En effet, la légitimité de l'appareil juridique en France reposait essentiellement sur le droit administratif et en particulier sur le droit consacré par le Conseil d'Etat. Avec l'extension progressive des pouvoirs du Conseil constitutionnel, l'image du système juridique français s'est vue renversée : d'une image l'associant à la loi et aux décisions administratives, le droit est passé à celle des droits de l'homme et de la consécration d'une norme de référence, la Constitution.

Dans les années 1990, les discours dénonçant le déclin du droit ont ainsi conduit à une « mise en doute du droit administratif⁸⁶ ». Jacques Chevallier explique la principale critique à l'encontre du droit administratif : « Même si l'existence du droit administratif ne

⁸² Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État (Tome I)*, Paris, Éditions du CNRS, 1962, p. 488.

⁸³ Georges VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », dans *Mélanges offerts à Marcel Waline (Tome II. Le juge et le droit public)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p. 777.

⁸⁴ Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », dans *Le droit administratif en mutation*, sous la direction du CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p. 21-22.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁸⁶ Jacques CAILLOSSE, « La réforme administrative et la question du droit », *L'Actualité juridique du Droit administratif*, 20 janvier 1989, p. 3.

repose plus sur l'idée de privilège, sa structure reste caractérisée par un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'administration et l'administré, lié au monopole de la contrainte⁸⁷ ». Le Conseil d'État figurait ici comme le « symbole des privilèges d'une administration⁸⁸ ». Le premier rapport du Conseil d'État sur la sécurité juridique s'inscrira d'ailleurs dans une « stratégie de relégitimation⁸⁹ ».

Ainsi, le développement et les réformes du droit administratif en France sont depuis plusieurs décennies partagées entre l'influence du droit constitutionnel, promouvant la formalisation, et celle du réalisme politique invitant à une simple matérialisation de ce droit. Nous verrons que ce débat se pose aussi, et même plus encore, avec les dernières réformes menées par le gouvernement français sous la présidence de François Hollande.

1.1.2. La mise en vigueur du principe « *silence vaut acceptation* » conduisant au manque d'intelligibilité du droit administratif

La simplification administrative figurait parmi les principales promesses de campagne du candidat à l'élection présidentielle de 2012 François Hollande. Suite à son élection, son gouvernement ne tarda pas à s'attaquer à ce chantier administratif, déjà entamée avec la révision générale des politiques publiques sous la présidence de Nicolas Sarkozy à partir du 20 juin 2007. Mais la méthode qu'il entrepris fut inédite. Elle mérite donc que l'on se penche dessus.

Il faut premièrement remarquer que le principe « *silence vaut acceptation* » s'inscrit en bout de ligne de l'influence du droit constitutionnel sur le droit administratif décrite précédemment et, se faisant, de la légitimation de la formalisation du droit administratif. Cette attention particulière pour l'aspect formel du droit se fait au détriment de sa matérialisation qui est pourtant, historiquement, l'essence même du droit administratif. Le

⁸⁷ Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 70.

⁸⁸ Danièle LOCHAK, « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », dans *Droit et politique*, sous la direction du CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p 142.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 146.

problème que pose son application est multiple : la rupture de la hiérarchie des normes du fait qu'il revient désormais au droit administratif de donner des principes juridiques généraux et le défi de la formalisation d'un droit essentiellement jurisprudentiel, entre autres. Ce que nous allons voir, ce qu'une accentuation excessive sur la formalisation juridique mène à un « point de rupture » juridique par lequel les normes ne sont plus à même à servir à la réalité de la pratique juridique.

Cette réforme s'inscrit dans le « Choc de simplification », qui est le troisième grand projet de simplification du gouvernement annoncé le 28 mars 2013 par François Hollande. Il s'agit d'un ensemble d'initiatives visant à la simplification administrative, prenant en compte la liste des normes pointées du doigt dans le rapport d'Alain Lambert et Jean-Claude Boulard⁹⁰. Ces réformes se sont faites pour l'essentiel par ordonnances.

Cela a commencé par un projet de loi pour simplifier la relation entre les citoyens et l'administration, présenté le 2 mai 2013 en Conseil des ministres par la ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique Marylise Lebranchu. Cette loi avait pour but d'établir un code réunissant l'ensemble des règles de la procédure administrative et de mettre en œuvre trois ordonnances de simplification.

En juillet 2013, le Premier ministre Jean-Marc Ayrault dévoile lors d'un comité interministériel pour la modernisation de l'action publique plusieurs autres mesures visant à la simplification de la vie des entreprises et des particuliers. La porte-parole du gouvernement Najat Vallaud-Belkacem remarquera que « des vellétés de simplification se sont manifestées par le passé mais sans pour autant toujours produire des résultats, [étant] parfois même plutôt contre-productives⁹¹ ». L'objectif de ces mesures est « d'engager une autre démarche, à une autre échelle et un autre rythme, sans pour autant réduire les protections qui sont naturellement dues aux administrés⁹² ».

⁹⁰ Alain LAMBERT et Jean-Claude BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, Paris, La Documentation Française, 2013.

⁹¹ Compte rendu du Conseil des ministres du 17 juillet 2013 par la porte-parole du gouvernement Najat Vallaud-Belkacem.

⁹² *Ibid.*

Dès octobre 2013, la Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) voit ses pouvoirs élargis, et devient le Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics (CNEN). Ce conseil pourrait être saisi pour des cas plus nombreux et pourra même proposer la modification, voire l'abrogation de ces textes juridiques. Par ailleurs, tous les ministres auront désormais à élaborer un Programme ministériel de modernisation et de simplification qui repose sur les deux objectifs de simplification des services aux usagers et d'amélioration du fonctionnement des administrations.

C'est dans ce contexte, avec la loi du 12 novembre 2013⁹³, que le principe emblématique du Choc de simplification, « *silence vaut acceptation* » (ou « *silence vaut accord* »), a été adopté. Ce principe a mis fin au précédent selon lequel le silence gardé par l'administration pendant plus de deux mois valait décision de rejet. Il se veut être une « révolution administrative », revenant sur un principe en vigueur depuis 1864⁹⁴ qui associait systématiquement le silence de l'administration à un rejet, sauf rares exceptions.

Le principe, codifié aujourd'hui à l'article L. 231-1 du code des relations entre le public et l'administration, a fait l'objet de nombreuses dérogations prévues par l'article L. 231-4 du même code et par décrets en Conseil d'État fondés sur la base de l'un des deux motifs suivant : « eu égard à l'objet de certaines décisions ou pour des motifs de bonne administration⁹⁵ ». Il est entré en vigueur le 12 novembre 2014 pour l'État et leurs établissements publics administratifs, et le 12 novembre 2015 pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics administratifs, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes gérant un service public administratif.

Mais c'est la mise en œuvre et l'application de ce principe qui va véritablement poser problème. À une problématique résumée de façon grossière à travers une unique réponse

⁹³ Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

⁹⁴ Décret du 2 novembre 1864 à l'égard des recours gracieux auprès des ministres. Cette règle du « *silence vaut rejet* » avait ensuite été généralisée par la loi du 7 juillet 1900.

⁹⁵ Article L. 231-5 du code des relations entre le public et l'administration.

aux divers cas, se sont heurtés des contextes complexes et, ainsi, de multiples exceptions au principe. Ce ne sont pas moins de 45 décrets⁹⁶ qui fixent à l'heure actuelle ces exceptions.

Deux ans après l'entrée en vigueur du principe, les députés Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur dressent un bilan en demi-teinte de la mesure dans un rapport rédigé au nom de la Commission des lois du Sénat. Les rapporteurs soulignent avant tout chose le travail rapide et fourni du gouvernement : « Vos rapporteurs souhaitent saluer l'important travail mené par le Gouvernement afin de recenser toutes les décisions entrant dans le champ de la loi n° 2013-1005 précitée et de déterminer les procédures pour lesquelles le « *silence vaut acceptation* » est applicable. Il constate aussi la pertinence de la méthodologie mise en œuvre avec notamment la sollicitation du Conseil d'État qui a produit un rapport afin d'aider les ministères dans leur travail de recensement⁹⁷ ». Ensuite, ils affirment que de réelles avancées ont été faites dans les relations entre administrations et administrés, et dressent le bilan suivant :

« Le « *silence vaut acceptation* » est désormais applicable à 1 200 procédures administratives contre 400 avant la réforme, soit une multiplication par quatre des démarches concernées. Parmi ces 1 200 procédures :

- ce principe s'applique si l'administration garde le silence pendant deux mois pour 730 procédures. Tel est par exemple le cas lorsqu'un administré demande le report de sa participation à la Journée défense et citoyenneté (art. R. 112 3 du code du service national) ou le redoublement scolaire de son enfant (art. D. 331-29 du code de l'éducation) ;
- le silence vaut accord s'applique mais au bout d'un délai supérieur à deux mois pour 470 procédures comme la demande de renouvellement d'agrément formulée par l'exploitant d'une installation de stockage, de dépollution ou de véhicules hors d'usage (art. R. 543-162 du code de l'environnement)⁹⁸. »

⁹⁶ Liste complète disponible à l'URL suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Silence-vaut-accord-SVA/Silence-vaut-rejet-SVR>.

⁹⁷ Hugues PORTELLI et Jean-Pierre SUEUR, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le bilan d'application de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens*, p. 17.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 17-18.

L'effort du gouvernement pour simplifier les relations avec l'administration transgresse donc les objectifs posés par le principe « *silence vaut acceptation* », puisque dans un tiers des cas où il est appliqué, le délai est supérieur à deux mois. Mais ce n'est pas le cas le plus important de dépassement du principe. En effet, les sénateurs observent que ce sont les exceptions au principe qui sont les signes les plus importants de ses limites : « Parallèlement aux 1 200 procédures précitées, le silence continue de valoir rejet pour 2 400 autres procédures regroupées dans 42 décrets d'application de la loi n° 2013-1005⁹⁹ ».

Il y aurait ainsi 1 800 exceptions « législatives », qui correspondent aux cas où le principe ne serait « pas compatible avec le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle et la sauvegarde de l'ordre public¹⁰⁰ » et 600 exceptions « réglementaires » « eu égard à l'objet de la décision ou pour des motifs de bonne administration¹⁰¹ ». Finalement, « les exceptions au “*silence vaut acceptation*” sont plus nombreuses que les cas d'application de ce principe¹⁰² ».

Avec toutes ces exceptions au principe – qui finissent par poser comme principe de fait que dans la plupart des cas « *silence vaut refus* » – la tâche du citoyen pour connaître ses droits dans ses rapports avec l'administration se trouve plus compliquée qu'auparavant : « Il leur revient en effet, pour chaque procédure administrative, de : a) déterminer l'autorité compétente pour traiter leur demande ; b) transmettre leur dossier à l'administration concernée, de conserver l'accusé de réception ou de le solliciter si l'administration ne l'envoie pas d'elle-même ; c) connaître le régime applicable à sa

⁹⁹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁰⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, article 1^{er}.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Hugues PORTELLI et Jean-Pierre SUEUR, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le bilan d'application de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens*, p. 18.

demande d) solliciter l'administration pour la délivrance d'une attestation actant la décision implicite d'acceptation¹⁰³ ».

Pour pallier au déficit de clarté aggravé par cette politique de simplification, Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur proposent une solution pour le moins triviale : « créer une liste unique des exceptions au “*silence vaut acceptation*” au lieu de contraindre ceux qui cherchent l'information à se reporter aux décrets¹⁰⁴ ». Ce que conclut finalement les deux sénateurs, c'est qu'après avoir essayé de rendre le droit administratif plus intelligible en instaurant un nouveau principe juridique, il faut désormais le rendre plus accessible car le principe cache en réalité des exceptions plus nombreuses. Comble de l'histoire, le dépôt d'une proposition de loi « relative à l'effectivité et à l'efficacité du principe du “silence de l'administration vaut accord” » le 10 mai 2016 à l'Assemblée nationale conduisant à une nouvelle impasse : Il faut désormais simplifier les politiques de simplification, situation proprement kafkaïenne.

Le cas de la simplification administrative par le biais d'un principe radical tel que « *silence vaut acceptation* » traduit ainsi le problème que pose les politiques de simplification du droit lorsqu'elles se préoccupent seulement de le simplifier formellement, c'est-à-dire de rationaliser le droit existant en créant des principes juridiques censés renforcer son intelligibilité. Sous l'impulsion du droit constitutionnel – la branche du droit la plus formalisée – le gouvernement français chercha à formaliser de même les droits dont bénéficie les administrés dans leurs relations avec l'administration. La réalité est que les subtilités et les variations des droits et des obligations qui existent en droit administratif résistent aux tentatives de formalisation trop radicale, ce qui conduit alors paradoxalement à complexifier ce droit par une abondance d'exceptions à un principe administratif dont l'opportunité même est à revoir.

Suivant le raisonnements décrit en introduction, examinons maintenant la construction sociale de ce problème public et ses trois phases essentielles : Premièrement,

¹⁰³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁴ *Ibid.*

dans sa dimension cognitive, le problème de la complexité administrative repose sur une mise en récit présente depuis plusieurs décennies en France, en particulier depuis la fin des années 1980. Cette dimension occulte la dualité de la loi et des règlements, pour n'aborder le phénomène administratif qu'au travers de la question de son manque d'*accessibilité*. Deuxièmement, d'un point de vue moral, ce serait le véritable mal à combattre pour réformer l'administration et la rendre plus efficace. Ces conceptions préalables du problème viennent finalement biaiser les réponses données par les pouvoirs publics. Le problème de l'administration n'étant plus que son manque de clarté, la réponse des pouvoirs publics par la «fondamentalisation» du droit administratif – c'est-à-dire l'instauration de principes administratifs – est devenue alors évidente. Hélas, cette réponse a aggravé le manque d'*intelligibilité* du droit administratif, ce qui fut ignoré tout au long de ce processus politico-juridique.

Nous allons maintenant aborder le même problème s'étant posé cette fois-ci dans le contexte de la réforme du droit du travail, qui met en exergue des phénomènes similaires.

1.2. La simplification du droit du travail par la codification

Le débat sur la codification du droit du travail, entamé au début du siècle dernier, n'a quasiment jamais connu d'accalmie depuis. Que ce soit sur la durée légale du temps de travail légal, les différents contrats de travail ou les indemnisations en cas de chômage, le droit du travail a toujours été appréhendé à la fois sous l'angle politique et sous l'angle juridique, sans jamais faire abstraction d'une de ces dimensions, ce qui en fait probablement l'une des branches du droit les plus politisées.

Impossible d'étudier le droit du travail sans prendre d'abord connaissance des raisons qui ont poussé à son existence même et des conditions dans lesquelles il a pu se pérenniser. Nous verrons après cela que les récents débats portant sur la rentabilité et l'efficacité du droit du travail trahissent la tension qui opère entre la logique de la description du droit du travail et celle de sa déréglementation.

1.2.1. Les origines de la codification

Comme plusieurs autres sociétés démocratiques, la France s'est progressivement définies au cours des XIX^e et XX^e siècles comme un « État de droit », c'est-à-dire un État dans lequel la normativité est liée à la formalisation d'un certain corpus de règles prévisibles et intelligibles prévoyant les normes à suivre et les sanctions encourues lorsqu'elles sont violées. Lorsque la Déclaration des droits de l'homme dispose que « tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché¹⁰⁵ », c'est le principe de légalité qui est instauré, qui implique implicitement que la Loi puisse être connue de tous.

Cela passe donc par des fictions juridiques, principes irréalisables dans les faits, mais nécessaires pour conserver la cohérence formelle du droit et de ses différents principes. Le principe évoqué par Portalis, « nul n'est censé ignorer la loi », figure parmi l'une des fictions juridiques les plus fondamentales du droit moderne et, jadis, du droit romain :

« La connaissance du droit est régie par un principe issu de l'adage d'origine latine “Nul n'est censé ignorer la loi” (*nemo legem ignorare censetur*) auquel le *Digeste* consacrait un Titre entier (Titre 6 du Livre 22) en distinguant “l'ignorance de droit”, inexcusable, de “l'ignorance de fait”, par nature excusable. La maxime est considérée sous l'Antiquité et encore aujourd'hui comme traduisant un principe de raison sans lequel toute vie en société serait impossible. Bien qu'inscrit nulle part dans le corpus de nos règles juridiques il domine tout notre droit¹⁰⁶. »

Il est en effet capital de présumer de la connaissance partagée du droit chez l'ensemble des justiciables. Dans le cas contraire, chacun pourrait se prévaloir de la méconnaissance des règles juridiques devant le juge et dans ses relations contractuelles. En

¹⁰⁵ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 6.

¹⁰⁶ Emmanuel CARTIER, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, p. 58.

droit français, l'unique exception à ce principe a été un décret pris par le gouvernement de Défense nationale en 1870¹⁰⁷, abrogé le 1^{er} juin 2004¹⁰⁸.

Le procédé utilisé pour que cet adage puisse être légitime est la publication des lois et des règlements dans un document officiel, le *Journal officiel*. En théorie, chaque citoyen est censé avoir eu connaissance de toutes les lois et de tous les règlements grâce à lui. C'est ce que décrit Xavier Labbé : « même si en fait, peu de monde est abonné au Journal officiel, il reste que ce procédé est, par son caractère officiel, le seul qui permette d'appliquer l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" et de poser une présomption irréfragable de connaissance¹⁰⁹ ».

Cette présomption de connaissance du droit en vigueur par les justiciables sans avoir égard à leur âge, à leur niveau d'éducation, à leur statut juridique est la marque d'une fiction juridique faisant croire que nous vivons dans une société habitée par des juristes accomplis. Elle sous-entend que tous les individus s'informent continuellement des lois et des règlements en vigueur en droit français, et qu'ils ont les moyens suffisants pour y avoir accès et pour les comprendre.

Mais cette fiction n'est moralement acceptable que lorsque le législateur cherche toujours à les rendre simples, claires et accessibles à tous. En somme, lorsque ceux-ci ne conçoivent jamais de normes juridiques trop éloignées des réalités quotidiennes et trop abstraites pour les justiciables que nous sommes. C'est ainsi que la codification est née en France, d'abord avec la codification napoléonienne, suivie de divers épisodes de codification par la suite. Nous verrons comment, en cherchant à favoriser l'accessibilité du droit, cette codification peut le rendre encore moins intelligible qu'il ne l'est. En effet,

¹⁰⁷ Décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets. En vertu de l'article 4, « Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation. »

¹⁰⁸ Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs.

¹⁰⁹ Xavier LABBÉE, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Paris, Presses Universitaires de Septentrion, 2010, p. 223.

« d'une manière générale, si, entre le droit et son usager, la codification permet d'améliorer l'accessibilité du produit fini, le code, le moins qu'on en puisse dire est qu'elle n'améliore pas la lisibilité du produit intermédiaire, la loi, et qu'elle contribue ainsi à alimenter l'inflation législative¹¹⁰ ».

Nous le savons, la formalisation du droit a commencé en France durant l'ère moderne avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et ses 16 articles. Son abstraction a eu des bénéfices, mais elle également nécessité des précisions qui ont eu lieu avec la codification du droit civil. Elle est intervenue en 1801, alors que le régime du Consulat faisant suite à la Révolution française et à la Terreur avait redonné une certaine stabilité politique à la France. Dans ce contexte, le Premier consul Napoléon Bonaparte désigna une commission qu'il chargea de rédiger le futur « Code civil des Français ». Cette commission réunissait quatre des plus influents juristes de l'époque : François Denis Tronchet, Félix Julien Jean Bigot de Préameneu, Jacques de Maleville et Jean-Étienne-Marie Portalis, sous la direction du Deuxième consul Jean-Jacques Régis de Cambacérès. C'est dans ce contexte que Portalis, spécialiste du droit romain, se distingua lors de ce projet en explicitant tous les enjeux que représente la rédaction d'un droit unique pour tout un peuple jusque-là divisé dans ses mœurs et ses coutumes : « Quelle tâche que la rédaction d'une législation civile pour un grand peuple¹¹¹ ! »

Les intentions des rédacteurs furent exprimées dans le *Discours préliminaire du premier projet du Code civil*. Outre les enjeux portant sur la codification, Portalis explicita plusieurs questions portant sur la conciliation de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit. Sans employer les termes d'« accessibilité » et d'« intelligibilité », il remarqua que si « les lois ne [peuvent] obliger sans être connues¹¹² », l'accessibilité effective des lois ne doit pas entacher leur généralité.

¹¹⁰ Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 107-108.

¹¹¹ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* [1801], Bordeaux, Confluences, 1999, p. 13.

¹¹² *Ibid.*, p. 26.

Selon les vœux de Napoléon Bonaparte, le Code civil avait vocation à être autosuffisant. Mais ce processus de codification ne fut pas une mince affaire. Il fut au contraire particulièrement chaotique dans son déroulement. Le « Code civil des Français » promulgué le 21 mars 1804 fut suivi par les codes impériaux (code de procédure civile de 1806, code de commerce de 1807, code d’instruction criminelle de 1808 et code pénal de 1810). S’ensuit une période d’essoufflement de la codification (seul un code forestier fut établi en 1832). Deux codes de justice militaire seront promulgués en 1857 et 1858 et un code rural sera promulgué par à-coups de 1881 à 1890. Le seul code promulgué durant la première moitié du XX^e siècle sera justement le code du travail et de la prévoyance sociale, votée livre après livre de 1910 jusqu’à 1927.

Par ailleurs, cette série de promulgation juridique a générée des critiques. Alors que certains évoquèrent « la majestueuse égalité des lois [comme] un des bienfaits de la Révolution¹¹³ », les détracteurs et les critiques des droits de l’homme estimèrent pour leur part que les droits et libertés des déclarations ne sont que des libertés bourgeoises que seuls les nantis peuvent exercer et qui demeurent des libertés formelles parfaitement abstraites pour le reste de la population. Ainsi, « par exemple, le droit de propriété dont on pourvoit le prolétaire, alors même que l’accession effective à la propriété lui est interdite, serait un droit vide, sans contenu¹¹⁴ ».

Karl Marx a ainsi condamné les énoncés formels des droits et libertés qui ne sont pas accompagnés de moyens matériels de les exercer Il prône la reconnaissance de libertés concrètes, qui ne peut arriver que « lorsque l’homme aura reconnu et organisé ses *forces propres* comme forces sociales et ne retranchera donc plus de lui la force sociale sous l’aspect de la force politique¹¹⁵ ». C’est de cette critique que va naître la seconde génération des droits, celle des droits économiques et sociaux destinés à réaliser une égalité plus concrète. Cette seconde génération est composée, à l’inverse de la première, de droits-créances et non de droits-libertés. Avec les droits-libertés, on ne demande à l’État que de

¹¹³ Anatole FRANCE, *Le Lys rouge*, Paris, Calmann-Lévy, 1894, p. 118.

¹¹⁴ Bertrand BINOCHÉ, *Critiques des droits de l’homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 111.

¹¹⁵ Karl MARX, *Sur la question juive* [1844], traduction française de l’allemand par Jean-François POIRIER, Paris, La Fabrique, 2006, p. 63.

s'abstenir dans l'exercice de certaines de ses prérogatives et de consacrer une sphère de liberté pour chaque individu. Avec les droits-créances au contraire, on demande plus d'intervention publique sous forme de prestation, d'aide, de subventions, entre autres.

Le droit du travail consacré à partir de 1927 par le Code du travail fait partie de cette seconde génération des droits de l'homme conçus pour pallier le manque de pragmatisme des droits de l'homme consacrés par la Déclaration de 1789. Cela s'est donc traduit par une production normative densifiée et rompant à plusieurs égards avec le formalisme des grands principes juridiques de la fin du XVIII^e siècle. Le Livre I du Code du travail fut instauré par la loi du 28 décembre 1910. Vingt-cinq ans plus tard, le dernier Livre est adopté le 25 février 1927. L'objectif originel était de « réunir en un seul document, sur un mode raisonné, l'essentiel de la législation et de la réglementation se rapportant à son objet¹¹⁶ ».

Pour comprendre les différents processus de codification, deux types peuvent être distingués : la codification de *lege lata* (modificatrice) et de *lege ferenda* (à droit constant). La première ne peut pas réellement être qualifiée de réforme *stricto sensu*, car elle consiste dans une action combinée d'une reprise du droit existant avec une ou plusieurs réformes. Il faut plutôt parler d'annotation. Le second type de codification consiste en une mise en ordre des textes juridiques déjà en vigueur. Ainsi, pour Denis Tallon, « la codification n'est autre chose que la remise en ordre du droit existant à des fins pratiques¹¹⁷ ». De ce fait, toutes les tentatives de codification partagent la même « volonté d'avoir un droit rationnel et accessible¹¹⁸ ». Dans un contexte de défiance vis-à-vis de la loi déjà remarqué par le Conseil d'État¹¹⁹, la codification du travail « a pour objectif principal d'effectuer une mise en ordre du droit¹²⁰ ». L'objectif est ainsi de rendre accessible dans un document unique l'ensemble des règles concernant le droit du travail, dans un souci d'égalité effective. En

¹¹⁶ Jacques LE GOFF, « Faut-il brûler le code du travail ? », *Esprit*, Novembre, 2015/11, p. 113.

¹¹⁷ Denis TALLON, « La codification dans le système de *common law* », *Droits*, n° 27, 1998, p. 41.

¹¹⁸ Guy BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », *Droits*, n° 24, 1996, p. 62.

¹¹⁹ Conseil d'État, *Rapport public 1991. De la sécurité juridique*, Paris, La Documentation française, 1992.

¹²⁰ Sophie LAMOUROUX, « La codification ou la démocratisation du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 48, 2001/4, p. 802.

effet, l'accroissement des normes juridiques conduit inévitablement à un accroissement de la méconnaissance du droit par les justiciables lorsque ces normes ne sont pas mises à la disposition des justiciables.

Mais le problème causé par cette promotion de l'accessibilité des lois et des règlements en droit du travail par la codification est celui du manque d'intelligibilité entraîné par cette action. En effet, en rendant accessible en un document toutes ces normes juridiques, les incohérences, les complexités et les subtilités apparaissent plus fortement encore. L'exemple de la codification du droit du travail en France va nous permettre de mettre en exergue ce dilemme une nouvelle fois.

En effet, le code ne cessa de faire l'objet de débats entretenus non seulement au sein de la communauté juridique, mais aussi au sein de l'espace politique français. Car la codification diffère dans les États selon leurs traditions et leur système juridique. En France, du fait d'une tradition légicentrique encore fortement ancrée dans les mœurs juridiques, la codification est l'un des éléments centraux de l'accessibilité du droit. Le Code du travail fut réécrit une première fois au début de l'année 1973¹²¹. C'est ainsi que, depuis les années 1980, la pratique est de codifier toutes les lois importantes, alors que d'autres États se contentent des articles de code sans mentionner les lois auxquels ils font référence. C'est dans ce but que le gouvernement français a amorcé au cours de cette décennie un nouveau mouvement de codification du droit, ce qui a engendré une « transformation qualitative du contenu de la norme¹²² ». C'est en particulier depuis 1989 et la relance de la codification par le Premier ministre de l'époque Michel Rocard, que l'enjeu est réapparu. Pour se faire, une commission supérieure de codification (CSC) est créée¹²³. C'est alors qu'une longue série de nouveaux codes ont été promulgués par ordonnances, pour des

¹²¹ Loi n° 73-4 du 2 janvier 1973 relative au code du travail.

¹²² Pierre ALBERTINI, « La codification et le Parlement », *Actualité juridique du droit administratif*, n° 9, 1997, p. 662.

¹²³ Décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification.

raisons d'efficacité et de rapidité¹²⁴. Le processus mérite d'être étudié pour ses implications et ses conséquences pour l'accessibilité et l'intelligibilité du droit.

Notons que concomitamment à ces réformes à droit constant s'est opérée une remise en question progressive de la hiérarchie des normes¹²⁵ et des acquis sociaux en droit du travail. Dès 1982, le ministre du travail Jean Auroux est à l'origine des dispositions législatives ouvrant la possibilité de faire des accords d'entreprise dérogatoires en matière de temps de travail¹²⁶. Après un temps d'accalmie, cette nouvelle direction est reprise sous le gouvernement de Lionel Jospin, qui sera à l'initiative de nouvelles dispositions réglementaires permettant de signer des accords d'entreprise y compris en l'absence de délégués syndicaux¹²⁷. Trois ans plus tard, la ministre de l'emploi et de la solidarité Martine Aubry va être à l'origine de deux lois élargissant les conditions des accords d'entreprise¹²⁸. En 2004, une loi va encore élargir ces conditions¹²⁹, tandis que des efforts de simplification sont orientés vers le droit du travail¹³⁰.

¹²⁴ Le code de la consommation le 18 janvier 1992, le code de la propriété intellectuelle le 3 juillet 1992, le code des juridictions financières le 2 décembre 1994, le code général des collectivités territoriales le 21 février 1996, le code de l'éducation et le code de la santé publique le 15 juin 2000, le code de commerce et le code de l'environnement le 18 septembre 2000, le code de justice administrative et le code de la route le 23 décembre 2000, le code de l'action sociale et des familles le 23 décembre 2000, le code monétaire et financier le 14 décembre 2000 et le code rural le 15 juin 2000, le code du patrimoine le 20 février 2004, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile le 24 novembre 2004, le code de la défense le 20 décembre 2004, le code de la recherche et le code du tourisme le 6 septembre 2006.

¹²⁵ En vertu de la hiérarchie des normes qui veut que les normes juridiques soient hiérarchisées selon leur degré de généralité, certaines dispositions touchant la majorité des travailleurs en France relèvent du domaine de la loi.

¹²⁶ Loi n° 82-957 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail du 13 novembre 1982.

¹²⁷ Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur la négociation collective et la loi du 12 novembre 1996.

¹²⁸ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail ; Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

¹²⁹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

¹³⁰ Ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

Ce chantier législatif a repris en 2007¹³¹ avec l'introduction d'un article instaurant un principe de concertation, de consultation et d'information¹³². En 2008, il est reconnu que « le contrat à durée indéterminée est la forme normale et générale du contrat de travail¹³³ », alors que le Code du travail fut conçu comme un droit applicable exclusivement en cas d'absence d'accord collectif¹³⁴. Nous verrons que le cas du droit du travail est au moins aussi singulier que celui du principe « silence vaut acceptation ». En effet, déplorant le manque d'accessibilité du droit du travail, le gouvernement français s'est livré dans un premier temps à un chantier de codification à droit constant afin de remédier à ce problème. Mais soumis au contexte délétère faisant suite à la crise économique de 2008, il a désormais pris parti de revenir sur cette initiative en menant une politique de déréglementation du droit du travail, qui contredit directement l'accessibilité portée par un Code du travail exhaustif.

1.2.2. La codification des années 2000 conduisant au manque d'intelligibilité du droit du travail

Si nous constatons depuis plusieurs décennies une montée en puissance de la normativité économique par la prise en compte du Marché dans les décisions juridiques et une « dissolution du droit dans les faits économiques et sociaux¹³⁵ », le droit du travail est

¹³¹ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

¹³² « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ». Article L. 101-1 du Code du travail.

¹³³ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

¹³⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹³⁵ Frédéric AUDREN, « L'histoire à contre-courant. Discipline et indiscipline dans la section d'histoire du droit (1970-1990) », dans *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, sous la direction de Xavier DUPRE DE BOULOIS et Martine KALUSZYNSKI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2011, p. 63.

certainement la branche du droit la plus exposée à cette influence. La réforme du Code du travail des années 2000 va nous montrer cela.

Sous le gouvernement de Dominique de Villepin, le ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes Gérard Larcher annonça officiellement la réforme du Code du travail en 2004. L'objectif était de codifier à droit constant, sans changer les normes juridiques en vigueur, notamment en appliquant le principe de légistique selon lequel un article devait être équivalent à une seule disposition juridique¹³⁶. Ceci devait donc conduire à une augmentation des nombres d'articles du Code du travail, ceci afin de le rendre plus accessible. Pendant plus de deux ans de discussions, le ministère va réunir les partenaires sociaux lors des différentes étapes de rédaction, ceci étant permis par la procédure de ratification par ordonnances au lieu de passer par le processus législatif classique. Dans un rapport au Président de la République, les raisons de la recodification sont exprimées clairement :

« L'actuel code, issu de la loi n° 73-4 du 2 janvier 1973 relative au code du travail, a fait l'objet, depuis, de très nombreux et substantiels ajouts et modifications qui ont eu un impact direct sur sa logique, sa structure et son contenu. En effet, l'intervention du législateur dans le domaine du travail et de la santé au travail n'a cessé de s'étendre, en raison notamment de l'évolution de l'organisation du travail et des techniques, de l'apparition de nouveaux risques et de l'apport du droit communautaire. Les mêmes constats peuvent être opérés en matière d'emploi et de formation professionnelle. Le code du travail a ainsi progressivement perdu en cohérence et en clarté. Alors qu'il régit les rapports quotidiens entre employeurs et salariés et, en cela, constitue l'instrument juridique le plus fréquemment utilisé, l'actuel code du travail ne répond plus qu'imparfaitement à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi consacré par le Conseil constitutionnel. C'est à ces insuffisances, préjudiciables à une application effective du droit

¹³⁶ L'initiative ressemble à celle du pionnier du Code civil suisse, Eugen Huber, qui fixa au début du XX^e siècle le principe de légistique suivant : « 1. Trois alinéas par article au maximum ; 2. Une phrase par alinéa ; 3. Une idée par phrase ». Eugen HUBER, *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, Berne, Büchler & Company, 1901, p. 12.

du travail et au développement du dialogue social, que la présente ordonnance a pour objet de remédier¹³⁷. »

Bien souvent, les différents codes en droit français comprennent également des passages décrivant certaines jurisprudences importantes pour la compréhension des articles de loi. Mais le temps passant et la jurisprudence s'accumulant, ceux-ci prennent de plus en plus de place dans ces codes, les rendant de ce fait de moins en moins clair. Ce phénomène est évoqué dans la doctrine sous l'appellation de « jurisprudence législative¹³⁸ ». La réécriture du Code du travail entend codifier en bonne et due forme les apports jurisprudentiels des dernières décennies. Cette initiative respecte parfaitement l'objectif d'accessibilité donné par le Conseil constitutionnel. C'est ce qui a motivé une nouvelle codification du droit du travail en 2007¹³⁹.

L'un des points importants de cette réforme résidait dans le plan du Code du travail, qui devait correspondre aux attentes des lecteurs. Le nouveau Code comporte ainsi huit parties : « Les relations individuelles de travail », « Les relations collectives de travail », « Durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale », « Santé et sécurité au travail », « L'emploi », « La formation professionnelle tout au long de la vie », « Dispositions particulières à certaines professions et activités » et « Contrôle ».

Pour les très petites entreprises, la deuxième partie du Code relative aux relations collectives du travail ne les concerne pas. Notons que les 289 articles portant sur le comité d'entreprise concernent différemment les entreprises selon leur taille. La troisième partie est la plus importante, régissant la durée légale du travail et les questions de rémunérations et de salaires. La quatrième partie est la plus importante du Code, compte à elle seule environ 2 500 articles techniques liés à des transcriptions de directives européennes en droit français.

¹³⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative).

¹³⁸ Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 175.

¹³⁹ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative) ; Décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 relatif au code du travail (partie réglementaire).

Dans le contexte de la réforme du Code du travail, les pouvoirs publics ont cherché à un faire un bilan des politiques de codification au cours des années 2000. Sur la question de l'inflation législative des différents Codes en vigueur en France, le Code du travail ne figure pas parmi les plus importants :

Code monétaire et financier	+12,8%
Code de l'éducation	+6,3%
Code du sport	+6,3%
Code des assurances	+5,9%
Code de l'urbanisme	+5,8%
Code des baux	+5,8%
Code de la copropriété	+5,8%
Code de la consommation	+5,4%
Code de la propriété intellectuelle	+4,9%
Code électoral	+4,2%
Code des impôts	+4,1%
Code pénal	+3,6%
Code du travail	+3,4%
Code de la santé publique	+3,1%
Code de la route	+2,8%
Code de l'environnement	+2,1%
Code de la sécurité sociale	+1,7%

**Tableau 1 : Inflation législative entre 2003 et 2013
(en % de pages supplémentaires par année)**

Du seul point de vue de l'accessibilité du droit, la codification est un succès modeste. En 2013, la Direction de l'information légale et administrative (DILA) a estimé qu'environ 60 % des lois et 30 % des règlements sont codifiés¹⁴⁰, et donc à portée de main des

¹⁴⁰ Didier FRANÇOIS, *Consolidation et codification. Simplifier et faciliter l'accès au droit*, Rapport de la Direction de l'information légale et administrative, Septembre 2013, p. 5.

justiciables. Néanmoins, pour des raisons plus politiques et économiques que véritablement juridiques, la question du manque d'intelligibilité s'est posée en particulier à l'endroit du Code du travail. Deux types de réactions peuvent être identifiés vis-à-vis du problème public de la législation sociale : celle de la gauche politique, axée sur la dénonciation des différents contrats de travail et la promotion d'un formalisme du droit du travail, et celle de la droite politique, axée sur la déploration de la taille du Code du travail et mettant en avant sa déréglementation, notamment par les normes collectives.

Selon sa conception traditionnelle, « le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être, de pallier ce manque, c'est-à-dire de "civiliser" le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique là où il s'exerce, c'est-à-dire dans l'entreprise¹⁴¹ ». Cette définition en opposition à l'« autoréglementation patronale¹⁴² » est remise en cause tant par la droite politique que par la gauche politique.

Dans la lignée de la droite politique, certains rapports font un lien entre la rigidité de la législation en droit du travail et la faible croissance des pays concernés¹⁴³. Néanmoins, l'Organisation de coopération et de développement économiques est prudente sur cette question : « Il est encore difficile de déterminer si les réformes structurelles ont induit une régression durable du chômage, une fois pris en compte les fluctuations conjoncturelles et d'autres facteurs à caractère transitoire (comme par exemple la bulle Internet à la fin des années 1990)¹⁴⁴ ».

¹⁴¹ Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail* [1994], 2^{ème} édition, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 151.

¹⁴² *Ibid.*, p. 175.

¹⁴³ Voir Olivier BLANCHARD et Francesco GIAVAZZI, « Macroeconomic Effects Of Regulation And Deregulation In Goods And Labor Markets », *The Quarterly Journal of Economics*, n° 118(3), august 2003, pp. 879-907; Olivier BLANCHARD, « European unemployment: the evolution of facts and ideas », *Economic Policy*, n° 21(45), 2006, pp. 5-59 ; Philippe AGHION, Philippe ASKENAZY, Renaud BOURLES, Gilbert CETTE et Nicolas L. DROMEL, « Distance à la frontière technologique, rigidités de marché, éducation et croissance », *Économie et Statistique*, n° 419-420, août 2006, pp. 11-30 ; Andrea BASSANINI, Luca NUNZIATA et Danielle VENN, « Job Protection Legislation and Productivity Growth in OECD Countries », *Economic Policy*, n° 58, april 2009, pp. 349-402.

¹⁴⁴ Organisation de coopération et de développement économiques, *Perspectives de l'emploi*, Organisation de coopération et de développement économiques, Paris, 2003, p. 18.

C'est sur ces motifs encore controversés et incertains qu'une proposition de loi de simplification du code du travail fut déposée au début de l'année 2013¹⁴⁵ avec l'appui de plusieurs figures de la droite politique comme Bruno Le Maire et Christian Estrosi. Elle exprimait ce cri d'alarme : « Le code du travail est en effet passé de 600 articles en 1973 à 3 800 en 2003. Après avoir sextuplé en 30 ans, il a triplé, et ce en 5 ans. Aujourd'hui, le code du travail compte plus de 10 000 articles ! », citant également l'aphorisme de Montesquieu selon lequel « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ».

La critique fait également la comparaison avec les législations étrangères, évoquant le Code du travail et ses « 54 articles », ou le contrat unique du Royaume-Uni. Ces analyses se font l'écho des discours des responsables et des représentants du patronat. Le Code du travail serait devenu au fil du temps un « véritable objet de fantasmes et c'est à qui en fustigera le plus fort les contraintes¹⁴⁶ ». Ainsi, le 27 juillet 2013, le président du Mouvement des entreprises de France (Medef) Pierre Gattaz affirmait sur Europe 1 que « le code du travail français, c'est trois mille deux cents pages. Le code du travail suisse, c'est soixante pages ». Le Président du Medef au Périgord Christophe Fauvel a tablé quant à lui sur « vingt pages » dans les pages du *Dordogne Libre*, et l'éditorialiste Edouard Tétreau sur « cent dix-sept pages¹⁴⁷ ». Toutes ses analyses manquent parfois de cohérence et de précisions.

Ce contexte nous permet de distinguer les modèles du « juridisme » et de l'« économisme » mis en avant par Jacques Caillosse, qui distingue deux types de rationalités différentes dont les manifestations concrètes rejoignent celles différenciant la rationalisation formelle de la rationalisation matérielle. Le modèle du juridisme est celui par lequel les réformes juridiques sont appréhendées du seul point de vue du droit. Dans cette approche le plus souvent donnée par les professionnels du droit, « la réforme est saisie

¹⁴⁵ Proposition de loi visant à simplifier le code du travail afin que ses dispositions deviennent lisibles, applicables et compréhensibles par les entreprises et notamment les plus petites, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 février 2013.

¹⁴⁶ Matthieu GOAR et Patrick ROGER, « Alléger le code du travail : nécessaire à droite, tabou à gauche », *Le Monde*, 16 juin 2015, p. 8.

¹⁴⁷ Edouard TETREAU, « Arrêtons le Grand Paris et construisons le Paris-Berlin », *Les Echos*, 12 février 2014.

en termes juridiques : cette dernière est alors perçue soit comme une entreprise à conduire et à inscrire dans l'univers du droit, soit, au contraire, comme une menace pour un ordre juridique à défendre¹⁴⁸ ».

Dans l'approche économiste du droit du travail, c'est sur le modèle du management qu'est poursuivie la rationalisation du droit. Par management, on entend un « ensemble organisé de pratiques et de savoir-faire gestionnaires, appliqués en l'occurrence dans le cadre spécifique des institutions publiques, qu'elles soient responsables de tâches purement bureaucratiques, ou d'activités de production, de distribution et de service¹⁴⁹ ».

Nous remarquons effectivement que les désirs et les revendications ambigus et contradictoires portés par les acteurs économiques ont eu pour effet de multiplier les différents régimes de contrat de travail, ce qui pose ici le problème non plus de l'intelligibilité, mais celui de la stabilité du droit du travail, et donc de la sécurité juridique pour les entreprises et les établissements publics. En 2005, Emmanuel Dockès faisait ainsi le compte rendu de la législation du travail :

« De nouveaux contrats de travail spéciaux aidés ou dérogatoires sont pour cette raison constamment créés. Aux contrats “initiative-emploi”, “emploi-solidarité”, “local d'orientation”, “vendanges”, “de retour à l'emploi”, “d'accès à l'emploi”, “emploi consolidé”, “de conversion”, “de professionnalisation”, ou “d'insertion-revenu minimum d'activité” se sont ajoutés, rien qu'au cours de l'année 2005, les contrats “d'accompagnement dans l'emploi”, “d'avenir”, “d'insertion dans la vie sociale”, “de mission à l'exportation” et “de volontariat de solidarité internationale”. Le dernier né est le contrat “nouvelles embauches” du 2 août 2005¹⁵⁰. »

¹⁴⁸ Jacques CAILLOSSE, « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *Revue française d'administration publique*, n° 105-106, 2003/1, p. 122.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 125.

¹⁵⁰ Emmanuel DOCKES, « Le stroboscope législatif », *Droit social*, n° 9/10, Septembre-Octobre 2005, p. 835-836

Par la suite, ce sont les « contrats premières embauches¹⁵¹ », les « contrats uniques d'insertion¹⁵² », les « emplois d'avenir¹⁵³ » et dernièrement les « contrats de génération¹⁵⁴ » qui sont apparues. Chaque loi s'est accompagnée, bien sûr, d'une intégration des normes juridiques au Code du travail. Ce que nous montre cette série de législations sur le droit du travail est que la codification ne pose pas, en soi, le problème d'intelligibilité dont les acteurs économiques se plaignent. En revanche, c'est la nature des lois, complexes et instables, qui est responsable de ce problème. Le professeur au Conservateur national des arts et métiers (Cnam) Michel Miné estime que le problème de la législation sociale est lié aux agissements du patronat :

« La partie du code du travail relative au temps de travail s'est épaissie au gré des demandes patronales réclamant plus de flexibilité : temps partiel, annualisation, CDD. On met sans cesse en avant un ensemble de dispositions favorables aux salariés alors que le code du travail comprend pourtant de très nombreuses clauses extrêmement favorables aux dirigeants d'entreprise. Il renforce en réalité le pouvoir économique des employeurs – le fameux lien de subordination – en l'instituant en un pouvoir juridique¹⁵⁵. »

La gauche politique a réagi en bloc au problème. C'est ce que montre une série de rapports donnés en 2015 par l'Institut Terra Nova¹⁵⁶, l'Institut Montaigne¹⁵⁷ et un rapport donné au Premier ministre¹⁵⁸. Ces rapports partagent en partie leurs membres : Deux des membres de l'Institut Montaigne (Pierre Cahuc et Jean-Dominique Simonpoli) étaient également présent dans le groupe de travail du Rapport au Premier ministre. Ce rapport

¹⁵¹ Article 8 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 abrogé par la loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise.

¹⁵² Loi n° 2008-1249 du 1er décembre 2008 généralisant le RSA et réformant les politiques d'insertion.

¹⁵³ Loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 portant création des emplois d'avenir.

¹⁵⁴ Loi n° 2013-185 du 1^{er} mars 2013 portant création du contrat de génération.

¹⁵⁵ Cité dans Gilles BALBASTRE, « Combien de pages valez-vous ? », *Le Monde diplomatique*, Novembre 2014, p. 28.

¹⁵⁶ Gilbert CETTE et Jacques BARTHELEMY, *Réformer le droit du travail*, Paris, Odile Jacob, 2015.

¹⁵⁷ Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprises*, Rapport, septembre 2015.

¹⁵⁸ Jean-Denis COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, Septembre 2015.

s'est fait notamment en auditionnant Robert Badinter, qui s'est lui-même exprimé sur la question dans un ouvrage rédigé avec Antoine Lyon-Caen. Ces différents rapports font référence réciproquement les uns aux autres. Ils se rejoignent notamment sur un premier point : « La vision d'un droit du travail, perçu comme une forêt trop obscure et hostile pour qu'on s'y aventure, joue contre le recrutement des salariés complémentaires dans les petites et moyennes entreprises. Et le droit du travail ainsi mystifié joue contre les travailleurs qu'il est censé protéger¹⁵⁹. »

Leur deuxième hypothèse est plus économique. Selon leurs auteurs, « il n'y a pas de corrélation démontrée entre le niveau de protection de l'emploi et le taux de chômage¹⁶⁰ ». Ils se positionnent ainsi à l'encontre de l'opinion de la droite politique. Mais, sans faire de rapport exact entre le développement économique et la densité du droit du travail, l'Institut Montaigne estime néanmoins qu'il y a un problème :

« Le modèle français de négociation sociale apparaît comme un handicap majeur pour l'économie française. Trop complexe, trop formel, il laisse la portion congrue aux débats sur la stratégie des entreprises au profit de multiples obligations d'état des lieux dans divers domaines [...]. Le système s'avère peu performant, dominé par un État régulateur encore omniprésent¹⁶¹. »

C'est pourquoi il faudrait considérer l'entreprise comme le « cadre naturel [sic] de la négociation sociale¹⁶² » et ainsi favoriser les accords négociés dans ce cadre, quitte à déroger au principe de la hiérarchie des normes. L'Institut Montaigne se positionne ainsi :

« Traditionnellement, en raison de l'autonomie de l'accord collectif et du contrat de travail, issue de l'article L. 2254-1 du code du travail, l'accord collectif ne peut, sauf exceptions légalement prévues, modifier le contrat de travail. Cette règle est bien souvent un obstacle à certaines évolutions pourtant nécessaires à l'activité de l'entreprise et suppose des aménagements. Il faut donc repenser la relation entre l'accord collectif et le contrat de travail. En conséquence, sauf

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶⁰ Conseil d'analyse économique « Protection de l'emploi, emploi et chômage », *Focus*, n° 3, 2005, p. 5.

¹⁶¹ Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprises*, Rapport, septembre 2015, p. 4.

¹⁶² *Ibid.*, p. 25.

disposition légale contraire, l'accord collectif primerait sur le contrat de travail et toute modification de l'accord collectif ne nécessiterait plus de recueillir l'accord du salarié, puisque la modification s'impose au salarié¹⁶³. »

Le rapport au Premier ministre se prononce de façon similaire : « À la loi de fixer les grands principes du travail et de l'emploi, aux accords de branche de fixer l'ordre public conventionnel et aux accords d'entreprise de définir en priorité le droit conventionnel du travail sur tous les sujets qui ne relèvent pas de l'ordre public¹⁶⁴ ».

Une autre proposition a été faite par la gauche politique. Dans un court essai au contenu volontairement polémique, Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen ont affirmé la nécessité de produire une « Déclaration des droits du travail » dans laquelle figurerait 50 articles « fondamentaux ». Avec cet ouvrage et les initiatives qu'ils portent, les deux auteurs espèrent stopper la marche du chômage de masse grâce aux armes juridiques. En mettant fin à la complexité du droit du travail, les embauches seraient facilitées. Hélas, ils ne font aucune mention d'études ou de recherche sur la question pour étayer cet hypothèse. Par ailleurs, les multiples formes de contrats de travail promulgués ou non par les gouvernements des dernières années étaient eux aussi portés avec cette ambition, et se heurtaient pour la plupart aux réticences d'une partie de la population française et à des échecs manifestes après leur entrée en vigueur.

Ce qu'ignore aussi cette analyse, c'est qu'il existe déjà un type de personnels qui disposent des ressources nécessaires à la compréhension du droit du travail : les juristes d'entreprise et les directeurs de ressources humaines. En effet, que ce soit dans les très petites, petites, moyennes entreprises ou même les entreprises du CAC 40, il est désormais acquis que les employeurs se tournent vers ce personnel pour savoir dans quels cadres ils peuvent agir. Le ministère de l'emploi fournit depuis plusieurs années des fiches pratiques

¹⁶³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁶⁴ Jean-Denis COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, Septembre 2015, p. 91.

pour les aider, qui sont également disponibles sur internet¹⁶⁵. Cet argument est donc difficile à tenir.

Sur un autre point, la volonté de Robert Badinter et d'Antoine Lyon-Caen de donner une « Déclaration des droits du travail » peut sembler paradoxale. En effet, la Révolution française a déjà donné avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen des normes visant à être appliquées à tous et à être intelligible, au risque d'une simplification excessive de ces droits. À titre d'exemple, l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen trouve des exceptions figurant même au niveau constitutionnel, comme le montre le Titre XIII de la Constitution du 4 octobre 1958 qui fixe un régime juridique particulier pour les citoyens de la Nouvelle-Calédonie.

Cette Déclaration reprend d'ailleurs la forme de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, se faisant, souffre des mêmes défauts qu'elle. Plusieurs articles ne sont que des redites de cette dernière : l'article 1^{er} dispose ainsi que « les droits fondamentaux de la personne sont garantis dans l'entreprise » ; l'article 2 que « le respect de la dignité des personnes est assuré dans l'entreprise » ; l'article 3 et l'article 4 interdisent les discriminations sexuelles, sur l'orientation sexuelle, ethniques, nationales et religieuses et l'article 5 affirme que « les différences de traitement entre salariés dans l'entreprise ne sont admissibles qu'à condition de répondre à un but légitime ». Ces 5 premiers articles sont superflus, étant déjà inclus dans l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

Parmi les articles du projet véritablement liés au droit du travail, beaucoup souffrent d'imprécisions. L'article 14 dispose ainsi que « tout contrat à durée indéterminée peut comporter une période d'essai raisonnable ». Il s'agit là d'une notion profondément subjective. D'autres sont dépourvues de toute normativité, comme l'article 16 (« L'employeur assure au salarié les moyens d'effectuer son travail. Le salarié exécute avec

¹⁶⁵ URL: <http://travail-emploi.gouv.fr/mot/fiches-pratiques-du-droit-du-travail>. Consulté le 6 décembre 2017.

diligence la prestation convenue ») ou l'article 32 (« Le temps de travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives. Le temps de repos est le temps libre de toute subordination »).

Ce point nous amène au problème de la réponse au manque d'intelligibilité de la codification par la production d'une « Déclaration de droits ». Les divers codes existant à l'heure actuelle en France ont tous été produits pour rendre accessibles les diverses branches du droit aux citoyens, et rendre ainsi effectif le principe d'égalité devant la loi. Toutefois, cela ne nous met pas en situation d'égale compréhension de celle-ci, ce qui montre que la qualité de la rédaction doit être jaugée avec parcimonie selon les destinataires principalement concernés.

La logique de la « Déclaration de droit » contredit donc celle de la codification du droit dans ses résultats. La formalisation qu'elle induit vient directement saper la matérialisation opérée par la codification. En effet, produire une « Déclaration des droits du travail », pour peu que celle-ci soit correctement rédigée et véritablement normative, occulterait les diverses applications et concrétisations des droits établis et rendrait finalement le droit du travail plus opaque, nous ramenant au problème que la France connaissait déjà au début du XIX^e siècle.

Ici encore, derrière un tel projet, c'est un cercle vicieux qui se dessine en toile de fond. À travers cet exemple, nous pouvons déplorer que ce soit dans une approche presque exclusivement matérielle que la simplification du droit a été menée en France. Ainsi, pour répondre à la prolifération de dispositions juridiques superflues, les pouvoirs publics répondent, paradoxalement, par une « inflation simplificatrice¹⁶⁶ », qui est finalement une « ode à l'inintelligibilité¹⁶⁷ ». Cette simplification conduirait également à d'autres problèmes économiques. En effet, « l'accessibilité du droit revêt aussi une dimension

¹⁶⁶ Bertrand DU MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique ? », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 186.

¹⁶⁷ Gweltaz EVEILLARD, « Simplification et intelligibilité du droit », *Revue française de droit administratif*, Juillet-Aout 2013, p. 714.

économique importante. En effet, si les administrés sont obligés de recourir à des spécialistes du droit ou de créer au sein de leur entreprise des services juridiques, ceci a un coût financier non négligeable¹⁶⁸ ». Un droit du travail trop intelligible du fait de mesures de simplification drastiques mènerait à de nouvelles dépenses des entreprises dans le domaine juridique.

Malgré ce risque, les pouvoirs publics se sont attelés à de nouvelles réformes visant à renforcer l'intelligibilité du droit du travail, et ce avec les normes collectives, ce qui conduit à un manque d'accessibilité du droit que nous allons étudier.

1.2.3. La création des normes collectives durant les années 2010 conduisant au manque d'accessibilité du droit du travail

Face aux différentes critiques portées sur le Code du travail, de nouveaux projets ont été portés par les pouvoirs publics pour promouvoir les accords collectifs. Certaines précisions s'imposent pour comprendre le contexte actuel du droit du travail français.

Il existe plusieurs sources en droit du travail : La Constitution, les lois, les règlements, mais aussi des sources professionnelles, produites par les acteurs impliqués en droit du travail. Parmi ces dernières, les conventions collectives sont les plus importantes. Ce sont les contrats conclus « entre un employeur ou un groupement d'employeurs et un ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés en vue de déterminer les conditions de travail et de rémunération qui s'imposeront aux employeurs adhérents au groupement, envers leur personnel¹⁶⁹ ». On distingue les conventions collectives et leur portée générale des accords collectifs, qui portent sur un point particulier des conditions de travail. Il s'agit ici de leur seule distinction. Les normes collectives, quelles que soient leur nature, peuvent être contractées à différents niveaux : celui de l'établissement, de l'entreprise, de la branche et au niveau national, dit « interprofessionnel ».

¹⁶⁸ Matthias MARTIN, *L'annotation des Codes. Etude et comparaison en droits français et monégasque*, thèse de doctorat en Droit, Université de Lorraine, 2013, p. 388.

¹⁶⁹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique* [1987], 9^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 266.

L'élément le plus important de notre réflexion est d'observer comment ces normes entre en conflit avec les normes « classiques », celles établies par des contrats de travail individuels. Originellement, ces rapports sont codifiés au Code du travail, qui dispose que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables¹⁷⁰ ». Cette conception du droit du travail est liée au fait que « le collectif s'est développé, en droit français, pour assurer une meilleure protection des droits individuels des salariés¹⁷¹ ».

Le mouvement généralisé de dénonciation du cadre législatif donné par le Code du travail a laissé la part belle au « dialogue social », aussi appelée « flexisécurité ». Ainsi, dans une loi de 2012, il est disposé que « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, prévue par un accord collectif, ne constitue pas une modification du contrat de travail¹⁷² ».

Par la suite, les principales organisations patronales (MEDEF, UPA et CGPME) et les principaux syndicats de France (CFE-CGC, CFDT et CFTC, la CGT et FO ayant refusé) se sont associés afin de fixer les termes des conditions d'application des accords collectifs, et ont signé accord national interprofessionnel le 11 janvier 2013¹⁷³. Les intérêts patronaux et syndicalistes se sont rejoint lors des négociations de l'accord national interprofessionnel pour les raisons suivantes : Le patronat estimait que les juges intervenaient de façon intempestive et inefficace dans les plans sociaux en examinant les situations seulement à travers les contrats individuels. Pour les syndicats, l'objectif était de conserver certains emplois menacés par la mauvaise conjoncture économique, quitte à permettre de renégocier les contrats de travail sous la forme de normes collectives.

¹⁷⁰ Article L. 2254-1 du Code du travail.

¹⁷¹ Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, « L'interaction entre l'individuel et le collectif », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1508, 10 octobre 2011, p. 81.

¹⁷² Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

¹⁷³ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi.

Finalement, l'adoption de loi du 14 juin 2013¹⁷⁴ a explicitement consacré « la primauté de l'accord collectif par rapport au contrat de travail¹⁷⁵ ».

Des précisions s'imposent sur les conditions de l'accord collectif institué. Désormais, c'est la primauté des accords collectifs qui est consacrée, sans avoir égard au fait que ces derniers seraient plus ou moins avantageux que les contrats du travail individuels qu'ils remplacent. Ainsi, dans le cas où la situation est acceptée par le salariée, « les stipulations de l'accord conclu [...] sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues¹⁷⁶ ». Par « suspension » est entendu le fait que les dispositions du contrat de travail sont écartées temporairement.

L'un des éléments les plus marquants de cette disposition est que la légitimité du consentement n'est pas individuelle, mais majoritaire. Cette condition de validité de l'accord est donc dérogoratoire au droit commun : Les accords doivent recueillir au moins 50 % des suffrages exprimés lors du premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, par défaut, des délégués du personnel¹⁷⁷. Ce qui a pu poser certains problèmes, étant donné qu'il peut être plus difficile de faire adhérer les salariés à des accords qu'ils n'ont pas directement négociés qu'à des contrats de travail individuels. Ces différentes dispositions reviennent sur la jurisprudence précédente selon laquelle « un accord collectif ne peut modifier un contrat de travail¹⁷⁸ ».

L'objectif de cet accord de maintien de l'emploi est de remettre en cause les avantages des contrats individuels, et ce afin de maintenir les emplois des entreprises qui connaissent de « graves difficultés économiques conjoncturelles¹⁷⁹ ». Il s'agit donc pour l'entreprise de justifier des conditions objectives qui correspondent à cette qualification, même les contours de cette notion peuvent être flous et difficiles à déterminer. Ce qui

¹⁷⁴ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁷⁵ Henri-José LEGRAND, « Les accords de maintien de l'emploi : entre deux frontières de la négociation collective ? », *Droit social*, n° 3, mars 2013, p. 245.

¹⁷⁶ Article L. 2242-23 du Code du travail.

¹⁷⁷ Article L. 5125-4 du Code du travail, alinéa 1^{er}.

¹⁷⁸ Cour de Cassation, Chambre sociale, 25 février 1998, n° 95-45.171.

¹⁷⁹ Article L. 5125-4 du Code du travail, alinéa 1^{er}.

révèle la possibilité du développement d'un contentieux large et complexe sur cette question, pourtant redouté par toutes les parties, qu'elles soient patronales ou salariées. Ce sera au juge de déterminer ce qui est « grave » ou non », « conjoncturel » ou structurel », « économique » ou managérial. Les « difficultés économiques¹⁸⁰ » sont déjà mentionnées dans le Code du travail, mais ce n'est pas le cas des « graves difficultés économiques ».

Si les difficultés doivent être « conjoncturelles », c'est parce que l'accord est momentané, d'une durée maximale de deux ans. Il doit donc répondre à une période de crise économique, à des retards de paiement de clients ou à la perte d'un marché important – entre autres – et non à des problèmes liés spécifiquement à l'entreprise en question. Un rapport parlementaire estime en effet qu'au-delà de deux années, les difficultés rencontrées par une entreprise ne sont plus conjoncturelles mais structurelles¹⁸¹.

L'accord de maintien de l'emploi implique pour se faire l'aménagement des conditions de travail des salariés, en affectant la durée du travail, les conditions de répartition du temps de travail et leur rémunération. Certaines mesures ne peuvent néanmoins faire l'objet d'une dérogation¹⁸² : la durée maximale quotidienne et hebdomadaire de travail, les temps de pause, les temps de repos quotidien et hebdomadaire obligatoire, les congés payés légaux, la durée légale de travail, les dispositions relative au 1^{er} mai, le salaire minimum de croissance (SMIC) et le principe de la hiérarchie de normes selon lequel les accords d'entreprise ne peuvent pas s'opposer aux accords de niveau supérieur à propos des salaires minimum, des garanties collectives complémentaires et des mutualisations des fonds de la formation professionnelle.

C'est relativement au temps de travail que l'accord peut déroger aux règles de droit commun, en réduisant ou en augmentant la charge de travail afin de l'ajuster au contexte économique. Il peut être ainsi décidé d'augmenter la durée du travail sans augmenter les

¹⁸⁰ Article L. 1233-3 du Code du travail.

¹⁸¹ *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, n° 847, 27 mars 2013, p. 325.

¹⁸² Articles L. 2253-3, alinéa 1er, L. 3121-10 à L. 3121-36, L. 3122-34 et L. 3122-35, L. 3131-1 à L. 3132-2, L. 3133-4, L. 3141-1 à L. 3141-3 et L. 3231-2 du Code du travail.

salaires, ou de placer les salariés en activité partielle. Ces deux types d'ajustements peuvent être cumulés. Dans les faits, c'est plutôt une réduction de la durée de travail qui est privilégiée.

Dans le domaine de la rémunération, l'accord peut supprimer les primes, les avantages en nature et les bonus normalement accordés aux salariés. Il peut aussi être décidé d'une réduction proportionnelle ou non de la rémunération.

Toutes ces mesures concernent les salariés. Les employeurs ont une seule contrepartie pour l'essentiel, celle de maintenir les emplois des salariés. Ainsi, durant la durée de l'accord, aucune rupture de contrat de travail n'est autorisée pour des motifs économiques¹⁸³. Mais cette interdiction n'implique pas la nullité des licenciements en cas de transgression, ce qui veut dire dans les faits que les salariés sont tout de même soumis à ce cas de figure prévu explicitement dans la clause pénale¹⁸⁴ de l'accord¹⁸⁵, ce qui est décrit en précision dans un rapport parlementaire :

« Un employeur pourrait par exemple s'engager, en contrepartie de l'augmentation de la durée du travail demandée aux salariés, à leur octroyer une plus grande souplesse dans leurs horaires, en cas de non-respect de cet engagement, il est légitime que la clause pénale trouve aussi à s'appliquer, dans la mesure où un tel engagement est constitutif de l'équilibre des concessions consenties par chacune des parties¹⁸⁶. »

Les salariés concernés reçoivent des dommages et intérêts correspondant à cette clause. Dans les faits, le contentieux va alors se porter sur la cause réelle et sérieuse du licenciement. Le point nodal du problème se situe dans le cas où un ou plusieurs individus concernés refusent l'accord collectif en question. Entre 2013 et 2017, les cas de contentieux

¹⁸³ Article L. 5125-1 du Code du travail, alinéa 3.

¹⁸⁴ « Celle-ci [la clause pénale] s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi mentionnés à l'article L. 5125-1 [...]. Elle donne lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord ». Article L. 5125-2 du Code du travail, alinéa 3.

¹⁸⁵ Article L. 5125-2 du Code du travail.

¹⁸⁶ *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, n° 847, 27 mars 2013, p. 328.

ambigus sur les désaccords entre employeurs et employés dans le cas de normes collectives se sont multipliés, alors même que l'objectif de ces normes collectives était justement de contourner les recours contentieux.

La juriste Mireille Poirier a par ailleurs déploré cette réforme, en estimant qu'elle est intervenue pour des raisons moins juridiques que politiques et électorales :

« De fait, plutôt que de baisser lui-même le niveau de la protection accordée aux salariés, le législateur en a donné la possibilité aux acteurs de la négociation collective ; de manière à éviter l'impopularité d'une réforme qui réduirait les droits des salariés, le Parlement invite les acteurs de la négociation collective à le faire à sa place. [...] Eux qui rechignaient autrefois à s'asseoir autour d'une table de négociation, sont devenus aujourd'hui plus que jamais demandeurs de conventions et d'accords collectifs de travail¹⁸⁷. »

Ceci pourrait être discuté, mais ce n'est pas l'objet de notre propos. En ce qui nous concerne, le choix d'une telle action politique nous est problématique en ce qu'elle rend le droit du travail moins accessible. En effet, même lorsque les salariés signent leur contrat de travail, ils ne savent jamais exactement quel est le régime juridique auquel ils vont être potentiellement soumis dans le cas d'une renégociation collective, et ignorent plus encore quels sont les recours et les droits dont ils peuvent se prévaloir devant le juge en cas de désaccord avec leur employeur. Ainsi, comme elle le constate, « le renvoi à la négociation collective de certains régimes juridiques, particulièrement complexes car dérogatoires, laisse en suspens beaucoup trop de problèmes juridiques – dont la résolution est *in fine* dévolue aux juges, pour peu qu'ils en soient saisis¹⁸⁸ ». C'est ce qui a notamment conduit à l'impopularité manifeste de ce dispositif. En effet, « au 15 mars 2015, neuf accords avaient été conclus depuis l'entrée en vigueur de la loi, dont huit dans des PME¹⁸⁹ »

¹⁸⁷ Mireille POIRIER, « Négociation collective : arrêter le massacre. Deuxième partie : La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail », *Le Droit Ouvrier*, n° 777, avril 2013, p. 251.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 253.

¹⁸⁹ Grégoire LOISEAU et Marie-Laure DUFRESNE-CASTETS, « Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ? », *Revue de Droit du Travail*, n° 9, septembre 2015, p. 499.

En bout de ligne, l'instar du cas du principe « silence vaut acceptation », la situation revient à privilégier à nouveau comme solution ce qui avait déjà été abordé comme un problème : la codification. C'est l'objet des dernières réformes entamées par le gouvernement d'Edouard Philippe. L'objectif est notamment de résoudre les irrégularités portant sur les conditions de licenciement, nouveau contentieux ouvert avec la mise en vigueur des accords collectifs. Les lois des 6 août et 17 août 2015¹⁹⁰ et le récent chantier de recodification du droit du travail entamé sous la présidence d'Emmanuel Macron¹⁹¹ viennent perpétuer ces enjeux.

Ainsi, la construction sociale du problème du droit du travail s'est opérée de la façon suivante : à l'origine, le droit du travail a été conçu et codifié pour être *accessible* au plus grand nombre, en particulier aux salariés et aux employeurs, afin de leur donner le plus d'informations possible sur les différents régimes possibles et les différentes formes de contrats de travail. Cette situation conduit irrésistiblement à une profusion de normes, ce qui est déploré à partir des années 2000 comme faisant obstacle à l'*intelligibilité* du droit du travail. Dans les années 2010, de nouvelles réformes ont été faites pour simplifier le droit du travail, notamment par le biais des normes collectives dérogatoires. Celles-ci sont compréhensibles, *intelligibles*, mais elles ne sont pas *accessibles*, si bien que les différents acteurs n'étaient plus au courant des enjeux et de la conception concrète qu'allaient en avoir les juges. Finalement, une nouvelle réforme du code du travail est envisagée à partir de septembre 2017 pour rendre le droit du travail *accessible*, à nouveau. Gageons d'ores et déjà que dans les années à venir cette nouvelle codification fera l'objet de critique sur son manque d'*intelligibilité*.

Les deux cas du droit du travail et du droit administratif nous révèlent finalement une antinomie structurante du droit, que nous allons maintenant mettre en lumière.

¹⁹⁰ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

¹⁹¹ Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social ; Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

2. Les motivations antagonistes à l'origine de l'inflation et de la complexification normative

S'il n'existe pas de sociétés sans droit, toutes les sociétés se distinguent par les représentations sociales que les individus peuvent avoir à propos du phénomène juridique. Tous les justiciables ont une certaine vision du droit, à laquelle est également liée une certaine appréhension des problèmes à déplorer et des solutions à apporter pour les résoudre.

Ainsi envisagé, le problème de l'accessibilité et de l'intelligibilité (qui se traduit dans les faits par une double exigence qui dépasse largement le cercle des normes législatives) a eu des effets subjectifs (un changement de perspective des acteurs impliqués) et objectifs (des changements dans les pratiques juridiques). Pour comprendre les différentes actions entreprises dans les cas étudiés et les raisons de leurs échecs, il convient d'étudier l'accessibilité et l'intelligibilité d'abord d'un point de vue *subjectif*, soit d'analyser comment ils sont perçus par les acteurs concernés.

Ainsi, la juridicisation du problème public de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit amène des formes particulières de représentations. En effet, « bien que le droit ne soit naturellement ni le seul ni même le principal organisateur de l'action publique (ce n'est pas lui qui fait la politique), le passage obligatoire par le codage juridique impose une mise en forme spécifique dans des instruments qui en formulent, outre les aspects explicites (motifs, objectifs, partages d'attributions, moyens, droits, obligations, etc.), le soubassement idéal implicite¹⁹² ». La façon dont ce problème public a été juridicisé a influencé les modalités des politiques mises en place pour le résoudre. Ces politiques publiques se caractérisent tantôt par la promotion de l'intelligibilité des normes, tantôt par la promotion de l'accessibilité des normes.

¹⁹² Robert LAFORE, « La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale », *Informations sociales*, n° 157, 2010/1, p. 19.

Deux « effets ¹⁹³ » peuvent être dégagés des cas abordés : d'un côté, une compréhension du droit comme un ordre menacé de dépérissement par une réglementation trop lourde et trop envahissante, qu'il faudrait à remettre en harmonie en le simplifiant par le biais de principes généraux : c'est l'« effet macédonien ». De l'autre côté, un langage ésotérique et inaccessible pour la plupart des individus, qu'il conviendrait de décrire et de détailler à l'extrême afin qu'il réponde aux prétentions de tous : c'est l'« effet *assiduis* ».

2.1. L'« effet macédonien » au détriment de l'accessibilité du droit

Jean Carbonnier a décrit dans son fameux ouvrage *Flexible droit*, différents phénomènes abordés en sociologie du droit, qui décrivent de façon heuristique certains partis pris des pouvoirs publics. Parmi les ressorts psychologiques de décisions des acteurs politico-juridique, l'auteur a identifié l'« effet macédonien ». Selon cette histoire plus ou moins fictive, un jeune homme nommé Macedo assassina son créancier pour ne pas avoir à le rembourser. L'affaire fit scandale et, à la suite de ce drame, fut instauré un senatus-consulte qui prohibait le prêt à tous les jeunes du territoire. En définitive, l'effet macédonien est lié à l'idéalisme juridique, qui peut à l'occasion être attisé par des enjeux démagogiques : « La force de l'effet macédonien vient d'une conjonction des techniciens du droit et de la masse non technicienne : les techniciens, par profession, ne connaissent guère que des cas limites, et ces cas limites ont le don de révolter la masse, déclenchant en elle des ondes de sentimentalité¹⁹⁴ ».

A travers cet exemple somme toute anecdotique, nous voyons le principe de l'effet macédonien : une réaction généralisée et excessive face à un phénomène complexe et hétérogène. C'est ce que constata Guy Carcassonne : « Légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un “vingt heures” est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent

¹⁹³ Jean Carbonnier parle d'« effet », là où les psychologues parleraient plutôt de « biais ». Etant donné que nous n'aborderons qu'en surface les aspects psychologiques de ce phénomène, nous parlons également d'« effet ».

¹⁹⁴ Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* [1969], 10^{ème} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 286.

une démanéation législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution. On légifère d'abord puis, rarement et seulement si l'on n'a rien de plus rentable à faire, on réfléchit ensuite¹⁹⁵ ».

Dans un rapport publié en 2013, Alain Lambert et Jean-Claude Boulard déplorent ainsi que, « pour chaque question, pour chaque problème, la réponse a été trop souvent l'instauration d'une loi nouvelle plutôt que la recherche d'une action plus efficace dans le cadre des lois existantes¹⁹⁶ », n'ignorant pas cependant qu'ils se trouvent « dans un contexte où les administrations centrales, privées par la déconcentration et par a décentralisation de l'essentiel de leurs compétences opérationnelles, ne voient d'autres façons d'intervenir sur les événements que par la production de lois et de règlements¹⁹⁷ ».

D'un point de vue logique, Jean Carbonnier a déploré ces solutions de facilité. En effet, « absurde serait un juge qui regarderait comme un risque normal de n'être juste que dans 99 procès sur 100. Un législateur, au contraire, est raisonnable s'il prend le risque de laisser les choses aller mal dans 1 à 10 % des hypothèses, car ce n'est qu'en gros qu'il a un devoir d'intervention ». Dans le cas qui correspond à cet effet, le principe « silence vaut acceptation », cela équivaut à une surestimation du rôle des normes juridiques et réglementaires par rapport aux décisions du juge. Dans les faits, le principe ne pouvait être appliqués dans des cas si exceptionnels qu'il était préférable de ne pas l'instaurer pour ne pas fausser la réalité du droit administratif en vigueur. Il aurait fallu que le principe atteigne un certain « seuil législatif¹⁹⁸ » (c'est-à-dire qu'il soit déjà appliqué *de facto* dans une large

¹⁹⁵ Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 3/ 2005, p. 40.

¹⁹⁶ Alain LAMBERT et Jean-Claude BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, Paris, La Documentation Française, 2013, p. 10.

¹⁹⁷ Conseil d'État, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 274.

¹⁹⁸ « Absurde serait un juge qui regarderait comme un risque normal de n'être juste que dans 99 procès sur 100. Un législateur, au contraire, est raisonnable s'il prend le risque de laisser les choses aller mal dans 1 à 10 % des hypothèses, car ce n'est qu'en gros qu'il a un devoir d'intervention. La notion de seuil législatif est indispensable à une législation rationnelle : il est des seuils de trouble social et même d'injustice individuelle en deçà desquels il vaut mieux s'abstenir de faire une loi, les avantages de l'intervention projetée étant balancés par les inconvénients probables de toute rupture du *statu quo* juridique ». Jean CARBONNIER,

majorité de cas) pour qu'il soit pertinent de l'instaurer sans qu'il ne fasse obstacle à l'accessibilité du droit.

2.2. L'« effet *assiduis* » au détriment de l'intelligibilité du droit

Jean Carbonnier a également décrit le pendant négatif de l'« effet macédonien ». À lieu d'investir les normes juridiques d'une généralité excessive, certains acteurs conduisent peu ou prou à une description et une précision des normes juridiques poussée à l'extrême, de peur de laisser des « vides juridiques ». Dans une « société du risque¹⁹⁹ » où les potentialités malheureuses et les incertitudes sont traquées sans relâche, les législateurs et les acteurs des règlements cèdent parfois aux pressions circonstancielles et choisissent de créer des normes qui n'ont pas lieu d'être, soit parce qu'elles répètent des dispositions déjà affirmées par des normes ou par des décisions jurisprudentielles, soit parce qu'elles sont dépourvues de normativité.

Pour décrire ce phénomène, l'auteur a utilisé le nom de la loi instaurée par l'empereur Justinien en 530. Celle-ci fit suite à une avalanche de requête de femmes auprès de la chancellerie impériale. Répondant à leur prétention dans un élan superfétatoire, l'empereur accorda à toutes les femmes mariées une hypothèque sur leurs dots. Ainsi, « l'effet *assiduis* donne visiblement une prime aux tendances réformistes, ceux qui se plaignent du droit positif faisant beaucoup plus de bruit que la masse qui le trouve bon²⁰⁰ ».

L'effet *assiduis*, identifié notamment par le doyen Carbonnier, est le fait de légiférer en réponse à des revendications catégorielles, voire anecdotiques, d'autant plus que pour les mobilisations sociales, « l'inscription dans le droit est considérée comme la garantie suprême et l'aboutissement normal des luttes²⁰¹ ». Du fait de l'évolution continue de la

Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur [1969], 10^{ème} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 286.

¹⁹⁹ Voir Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité* [1986], traduction française de l'allemand par Laure BERNARDI, Paris, Flammarion, 2008.

²⁰⁰ Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* [1969], 10^{ème} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 275.

²⁰¹ Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne* [2003], 4^{ème} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2014, p. 112.

société et de ses envies, cet effet a conduit à la prolifération de lois catégorielles, faisant perdre à la loi sa vocation universelle.

Selon Portalis, « la loi statue sur tous : elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers ; elle ne doit point se mêler des faits individuels ni des litiges qui divisent les citoyens²⁰² ». Mais, lorsque les lois sont édictées pour des motifs catégoriels, elles finissent par manquer de cohérence.

Le cas de la codification du droit du travail correspond à ce cas. En effet, un régime particulier de travail a été créé en 2013 avec les accords de maintien du travail. Ces dispositions dérogent au droit commun, et doivent leur existence aux revendications portées par le patronat et part une partie des syndicats, majoritairement pour des raisons économiques, et donc extra-juridiques. Elles vont être codifiées au Code du travail pour des raisons d'accessibilité. Mais ces dispositions qui sont minoritaires à l'échelle du pays vont occuper la même place que les contrats de travail « ordinaires » dans le Code du travail, et donc le rendre moins intelligible. Ce phénomène de « personnalisation excessive de la loi²⁰³ » est très exactement ce qu'a pu déplorer Jean Carbonnier avec l'« effet *assiduis* » : un pointillisme exacerbé qui vient ruiner la cohérence des normes législatives ayant vocation à avoir un certain degré de généralité, et donc d'intelligibilité. Toute la question étant de savoir comment accorder à une norme générale (signifiant) un sens juridique concret à appliquer aux situations de fait présentés quotidiennement devant les juges (signifiés).

Après avoir étudié les implications subjectives de ces deux effets, nous allons finalement aborder la tension entre l'intelligibilité et l'accessibilité du droit d'un point de vue objectif.

²⁰² Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* [1801], Bordeaux, Confluences, 1999, p. 23.

²⁰³ Conseil d'État, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 256.

2.3. Les usages stratégiques des définitions juridiques au détriment de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit

L'inflation et la complexification normative sont liées également à un récent phénomène d'utilisation stratégiques des termes et des définitions juridiques par les justiciables et les pouvoirs publics. Plusieurs exemples sont apparus dans les tribunaux au cours des dernières années. A titre d'exemple, un cas retentissant a eu lieu au Québec : Un individu s'était fait arrêter par les forces de police nu dans un hôtel sur le fondement de l'article 170 alinéa (1)a) du Code criminel. Cet article dispose qu'« est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, sans excuse légitime, a) est nu dans un endroit public [...] Est nu, aux fins du présent article, quiconque est vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public [...] ». Lors de son procès, l'accusé a affirmé qu'il n'a pas violé la loi, car il n'était pas vêtu.

Ce cas cocasse n'est pas qu'une exception à la règle de la prétendue infaillibilité des normes juridiques. Dans le cas du droit français, il y a plus de 6 000 définitions juridiques, portant parfois sur des termes équivoques comme la « nuit²⁰⁴ » ou les « animaux mordeurs²⁰⁵ ». Pour la majorité d'entre elles, ces définitions n'ont pas les mêmes contours que ceux des définitions du sens commun ou des dictionnaires de référence tels que *Larousse*, *Robert* ou *Hachette*²⁰⁶.

Les usages abusifs des termes juridiques sont au cœur des argumentations qui ont lieu au sein des tribunaux, mais aussi lors des nombreux échanges ordinaires entre

²⁰⁴ « Temps qui commence une heure après le coucher du soleil et finit une heure avant son lever ». Article L. 429-19 du code de l'environnement.

²⁰⁵ « (a) En quelque lieu que ce soit, a mordu [...] une personne ; (b) Ou dans un département officiellement déclaré infecté de rage, a mordu [...] soit un animal domestique, soit un animal sauvage apprivoisé ou tenu en captivité ; (c) Ou dans un département indemne de rage, a mordu [...] soit un animal domestique, soit un animal apprivoisé ou tenu en captivité, et provient depuis une période dont la durée est définie par un arrêté du ministre chargé de l'agriculture, d'un département officiellement déclaré infecté de rage, ou d'un pays atteint d'enzootie rabique ». Article R. 223-25 du code rural et de la pêche maritime.

²⁰⁶ Pour le dictionnaire *Larousse*, la nuit est la « durée comprise entre le coucher et le lever du Soleil et pendant laquelle ce dernier n'est pas visible ».

individus. C'est un phénomène consubstantiel du droit, comme le remarque le professeur Stefan Goltzberg qui estime que « le droit autorise en effet voire invite une attitude stratégique par rapport aux normes²⁰⁷ ». Néanmoins, lorsque ce processus est poussé à bout, il conduit à une désagrégation des rapports de confiance entre les individus, car chaque mot peut alors être saisi dans un sens différent de celui donné par le sens commun. Certains peuvent donc – et veulent parfois – pousser les bornes de leurs libertés individuelles aussi loin que les définitions et les pratiques juridiques peuvent le permettre. Cette conception du droit rend la socialisation conflictuelle. De cette manière, « toutes les activités humaines sont soumises en même temps à la contestation interne et à une critique radicale. [...] La conséquence en est une lente érosion conflictuelle de toute la société²⁰⁸ ».

Le problème que présente ce phénomène s'est vu récemment en France dans le domaine des normes sexuelles. En avril 2017, un homme de 28 ans père de deux enfants a abordé à deux reprises une fille de 11 ans dans un parc. Le 24 avril, il l'invite chez elle et a des relations sexuelles avec elle. La famille de la collégienne déposa une plainte pour viol. Néanmoins, l'ouverture du procès le 9 septembre marqua des poursuites pour « atteinte sexuelle sur mineur de moins de 15 ans », punissable de cinq ans de prison et de 75 000 euros. Cette qualification des faits fut dénoncée par l'avocate de la plaignante, qui estimait que tous les éléments de qualification du viol étaient présents : la contrainte morale du fait de la différence d'âge, l'effet de surprise, la violence de l'agresseur et les menaces, celui-ci ayant menacé l'enfant de ruiner sa réputation si elle le dénonçait. Pour la défense, la jeune fille était consentante, et le seul élément pouvant incriminer l'accusé était de savoir s'il connaissait l'âge de la jeune fille ou non.

La confusion qui marqua cette affaire fut liée à une définition juridique donnée par le Conseil constitutionnel, qui affirma dans une décision de 2015 qu'« il appartient aux juridictions d'apprécier si le mineur était en état de consentir à la relation sexuelle en

²⁰⁷ Stefan GOLTZBERG, « La définition comme procédé stratégique », dans *DICODEX. Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, sous la direction de José LEFEBVRE, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, p. 150.

²⁰⁸ Julien FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 9.

cause²⁰⁹ ». Jusqu'à cette décision, la définition juridique de la « majorité sexuelle²¹⁰ » suffisait à qualifier d'agressions sexuelles voire de viols de nombreux cas de relations sexuelles entre adultes et mineurs de moins de quinze. Par cette décision, le Conseil constitutionnel consacra une nouvelle définition juridique (« mineur en état de consentir à la relation sexuelle »), sans donner de critère juridique aux juges judiciaires pour déterminer ce cas de figure. Il a ainsi ouvert une boîte de Pandore. La polémique retentissante que cette affaire a déclenché en France a conduit le parquet de Pontoise à ouvrir le mardi 27 février 2018 une information judiciaire, cette fois-ci pour « viol sur mineur de moins de 15 ans ».

Ainsi, ces deux cas montrent les problèmes que représentent les usages stratégiques des définitions juridiques pour l'intelligibilité et l'accessibilité du droit. Lorsque les définitions juridiques ont une grande clarté normative (accessibles) mais qu'elles sont restrictives (comme la notion de « nudité » en droit québécois) ou lorsqu'elles ont une grande clarté linguistique (intelligibles) mais trop imprécises (comme la notion de « mineur en état de consentir à la relation sexuelle » en droit français), ces cas représentent des opportunités pour les individus d'en profiter pour imposer des comportements qui sont illégaux à proprement parler. A long terme, ce phénomène conduit à une production juridique plus bavarde.

²⁰⁹ Conseil constitutionnel, 6 février 2015, décision n° 2014-448 QPC relative à l'agression sexuelle commise avec une contrainte morale.

²¹⁰ Article 227-25 du Code pénal réprimant l'atteinte sexuelle sur mineur.

3. L'antinomie structurante du droit à travers le droit formel et le droit matériel

Les deux cas étudiés nous montrent la grande portée de la décision constitutionnelle du 16 décembre 1999, qui dépasse largement ses cadres explicites. En effet, les juges constitutionnels ont donné avec l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi une nouvelle représentation du droit, qui s'est diffusée au fur et à mesure de sa mention dans différentes décisions de justices, rapports, ouvrages de doctrine et articles de journaux dans les discours des juristes. Cette vision est celle de l'identité de l'intelligibilité et de l'accessibilité, qui est néanmoins contredite par les deux cas abordés dans cette étude. En effet, que ce soit avec le principe « silence vaut acceptation » de l'administration ou encore avec la codification du droit du travail, nous voyons que la poursuite de l'une ou de l'autre face de cet objectif conduit tôt ou tard à une impasse.

Pour décrire non plus seulement empiriquement ou subjectivement mais théoriquement ce phénomène, il nous faut aborder une certaine définition du droit, qui demeure incontournable. Cicéron nous donna jadis un conseil judicieux : « Dans tout corps de doctrine présenté avec méthode, c'est par la définition qu'il faut commencer, afin que l'on saisisse bien l'objet de la discussion²¹¹ ». Toutefois, la question de savoir ce qu'est le droit demeure épineuse et ardue. « Nous parlons facilement du droit, mais qu'est-ce que le droit ? Nous le savons et nous ne le savons pas²¹² », dit Paul Valéry. Quant à Gustave Flaubert, il donne son avis sans détour dans son *Dictionnaire des idées reçues* : « DROIT (LE) : On ne sait pas ce que c'est²¹³ ». Aujourd'hui encore, les discours des universitaires sur la notion de droit sont parfois confus, voire évasifs :

« Il n'existe d'accord ni sur une définition du droit, ni sur une définition de la philosophie du droit, ni sur le point de savoir si elle est une branche de la philosophie ou une partie de la science juridique, ni sur une liste des questions dont elle devrait s'occuper, ni sur ses fonctions, ni sur

²¹¹ CICÉRON, *Traité des devoirs*, Paris, Victor Lecou, 1850, p. 18

²¹² PAUL VALÉRY, *Regards sur le monde actuel* [1931], Paris, Gallimard, 1962, p. 37.

²¹³ GUSTAVE FLAUBERT, *Dictionnaire des idées reçues*, Paris, L. Conard, 1910, p. 424.

l'expression même de “philosophie du droit”, à laquelle certains préfèrent “théorie générale du droit” ou, en anglais, *general jurisprudence*²¹⁴. »

Pour étudier en termes théoriques la tension entre le formalisme et le matérialisme juridique, observée dans les deux cas du droit administratif et du droit du travail, nous mettrons premièrement en avant les différents degrés de normativité des normes juridiques. Ensuite, nous analyserons cette tension dans une approche statique, puis dans une approche dynamique.

3.1. Les degrés de normativité des normes juridiques

Au cours des siècles de réflexion sur le phénomène juridique qui nous ont précédés, deux conceptions ont fini par s'imposer. La première, la conception matérielle du droit, associe le droit à un certain contenu, à certaines qualités intrinsèques et à son objet. Selon celle-ci, le droit devrait être prévisible et rationnel, entre autres. La seconde, la conception formelle du droit, estime que le droit est avant tout et surtout le produit de procédures spécifiques, et que la définition du droit serait donc indifférente au contenu des normes.

Le débat qui a opposé le droit formel au droit matériel montre combien la question de la définition du droit implique des éléments moraux, voir esthétiques. En France et en Allemagne notamment, de nombreux juristes se sont évertués à donner des éléments intrinsèques de définition du droit, affirmant que les normes se doivent de répondre à certains critères matériels – des règles de fond – pour être qualifiées de « règle de droit ». De nombreux juristes et philosophes du droit ont pu décrire le phénomène juridique selon des critères matériels. C'est notamment le cas de Lon L. Fuller, qui a dressé dans la lignée de la conception matérielle du droit huit façons d'échouer à instaurer un système juridique :

« Le manque de règles ou de lois, qui conduit à l'arbitrage *ad hoc* et à des incohérences ; La non accessibilité du droit du fait de l'absence de publication des règles de droit ; Une législation obscure et inintelligible ; Des contradictions dans le droit ; Des exigences juridiques impossibles à

²¹⁴ Michel TROPER, *La philosophie du droit* [2003], 4^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, p. 9.

réaliser par les sujets de droit ; Une législation instable et inconstante (notamment par des changements juridiques quotidiens) ; Des différences entre les jugements et le droit²¹⁵. »

Personne ne manquera de remarquer que ces défauts existent et perdurent au sein de nombreux systèmes juridiques, sans pour autant que leur juridicité soit remise en question. Le droit, qu'il soit obscur, inaccessible, inintelligible, incohérent et instable, n'en demeure pas moins du droit.

Il ne faut néanmoins pas laisser la question de la définition du droit occulter une autre qui se dessine en toile de fond, à savoir celle des conséquences des différents regards sur le droit, selon sa formalité ou selon sa matérialité. Dans le premier cas, suivi par des auteurs comme tels que Hans Kelsen, Herbert Hart ou encore Joseph Raz, le droit est un *système*, c'est-à-dire un ensemble de règles et de procédures autonomes par rapport aux sociétés et dont l'intégrité logique et formelle doit être poursuivie et préservée ; d'autres auteurs comme Karl Marx, Pierre Bourdieu ou Michel Foucault voient au contraire le droit comme un *pouvoir* ou un *capital*, c'est-à-dire comme un ensemble de ressources à disposition de certains individus pour arriver à leur fin. Les premiers poursuivent une conception formelle du droit, alors que les seconds sont plutôt penchés sur ses effets concrets, c'est-à-dire à sa matérialité.

Cette seconde approche fut aussi abordée par Max Weber, même s'il oscille sans cesse entre les deux perspectives. Il affirme néanmoins que « tout droit subjectif est une source de pouvoir qui, du fait de l'existence de la prescription juridique, peut échoir à tout individu²¹⁶ », entendant ainsi décrire le droit non pas *en soi* mais *situé* dans des rapports de force et de coopération sociale.

²¹⁵ Lon L. FULLER, *The Morality of Law* [1964], revised edition, New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 33-38.

²¹⁶ Max WEBER, *Sociologie du droit* [2007], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par Jacques GROSCLAUDE, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 54-55.

La conception « classique » du droit l'associe essentiellement à la normativité. Ainsi la juriste Véronique Champeil-Desplats évoque la distinction entre les énoncés normatifs et non-normatifs de la façon suivante :

« L'énoncé normatif est celui qui formule un ordre, en permettant, obligeant ou interdisant une conduite. Il s'oppose à l'énoncé qui reconnaît, constate ou décrit une situation, promeut, favorise, encourage, ou encore exprime des vœux, des souhaits, des recommandations ou des avis²¹⁷. »

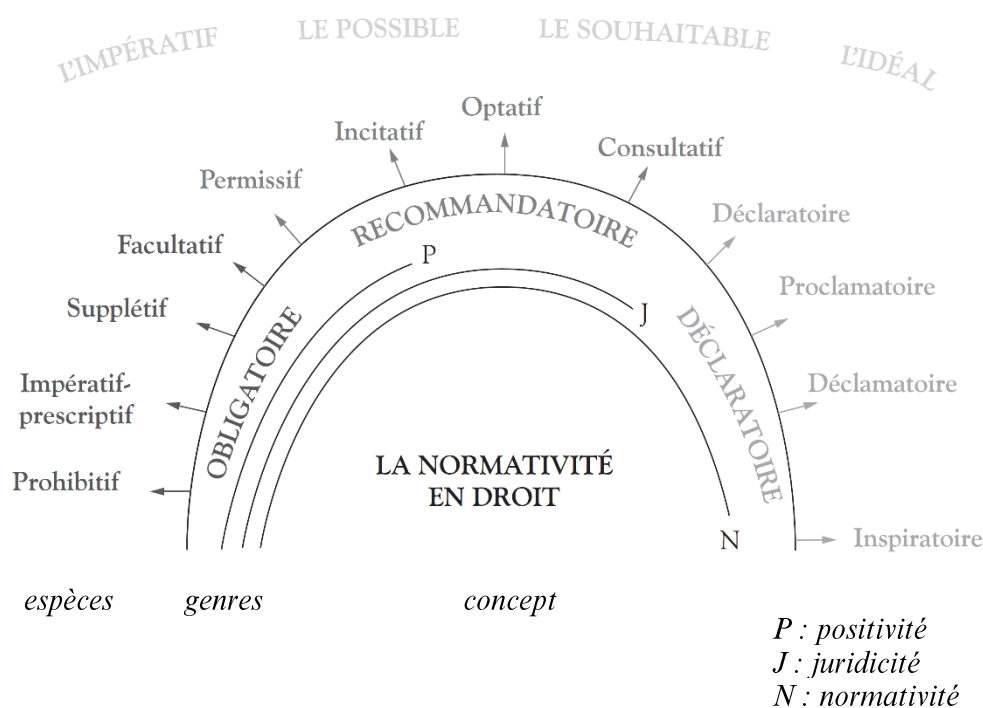


Figure 1 : « Éventail » de normativité²¹⁸

La distinction entre les normes les plus impératives et les plus idéales ne correspond pas exactement à celle entre les normes matérielles et formelles. Néanmoins, ce sont les visées idéales qui conduisent à la production de normes formelles, tandis que les enjeux

²¹⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 64.

²¹⁸ Les trois curseurs de la « positivité », de la « juridicité » et de la « normativité » peuvent varier d'emplacement selon la conception du droit que l'on retient. Catherine THIBIERGE, « Rapport de synthèse », dans *Le droit souple. Journées nationales (Tome XIII/Boulogne-sur-Mer)*, sous la direction de l'Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2009, p. 161.

impératifs mènent à la production de normes matérielles sans souci de formalisme et de cohérence.

Ainsi, suivant le « degré » de normativité des normes juridiques allant des plus impératives (matérielles) aux plus idéales (formelles), une tension peut se manifester. Nous pouvons l'aborder selon deux points de vue : l'approche statique qui étudie les normes juridiques selon leur degré de matérialisme et de formalisme dans une vision synchronique, et l'approche dynamique qui étudie les phénomènes dans une vision diachronique, et aborde cet enjeu en termes de rationalisations formelle et matérielles.

3.2. La contradiction entre le droit formel et le droit matériel

Tout historien peut le constater, l'histoire du droit occidental est traversé de part en part par deux courants de définition. La première est la conception du droit matériel, qui aborde le droit en fonction de son contenu concret et de sa pratique réelle. La seconde est la conception du droit formel, qui aborde le droit selon les rapports hiérarchiques entre les normes, avec comme exigence que ceux-ci correspondent à la hiérarchie des normes. Selon cette acceptation du droit, tout système juridique devrait être prévisible et rationnel, entre autres²¹⁹.

La tension et la contradiction entre le droit formel et le droit matériel montre le caractère ambivalent et ambiguë du droit, dont aucun système juridique ne saurait jamais se défaire. En effet, le droit est pratiqué à la fois pour sa rationalité matérielle, c'est-à-dire en vue de poursuivre des objectifs non-juridiques tels que la liberté, la justice, l'ordre, la sécurité, la dignité, la rentabilité économique et financière ou le bien-être des populations. Mais il l'est aussi toujours, peu ou prou, pour respecter son unicité et son intégrité par des

²¹⁹ Une précision doit être faite à propos des termes « formel » et « matériel ». Selon Raymond Carré de Malberg, « un acte législatif [qui] est une loi formelle [...] n'est législatif que par sa forme et non par son dispositif ». Dans cette étude, nous ne définissons pas le droit formel relativement à son mode d'édition, mais relativement à son degré de généralité. Il en est de même pour le droit matériel, relativement à son degré d'exhaustivité et de précision. Raymond CARRE DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 14.

valeurs formelles, des qualités intrinsèques du droit poursuivies pour elle-même, telles que sa généralité, son intelligibilité, et sa constance.

La notion de loi est celle de droit se sont confondues par la montée en puissance de la rationalisation formelle du droit. Durant le XIX^e et le XX^e siècle, le droit fut théorisé non plus seulement en prenant attention à sa pratique, mais en visant des critères devant lui apporter une forme de rigueur et de scientificité qui le rendrait prévisible et supérieur aux autres systèmes sociaux. En associant le droit à des aspects formels tels que la rigueur conceptuelle et logique, ce sont des objectifs idéalistes qui sont défendus plus que des représentations se voulant fidèle à la réalité du phénomène juridique. En effet, le droit constitutionnel nous révèle combien le droit est une affaire de mise en forme de la normativité sociale. Certes, il existe au sein de certaines constitutions des dispositions définissant les distinctions entre les différents types de normes juridiques selon des critères matériels – c’est le cas notamment en France avec les dispositions constitutionnelles distinguant le domaine de la loi et du règlement²²⁰, mais ces constitutions ne définissent nullement le droit de façon générale selon des critères matériels. De plus, la pratique vient souvent infirmer ces paradigmes : en France, le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel a accepté à plusieurs reprises des lois légiférant sur des domaines normalement réservés aux règlements²²¹.

²²⁰ Article 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il faut noter que l’article 34 n’est pas exhaustif et que d’autres articles définissent la compétence du législateur, notamment les articles 66 et 72 de la Constitution, les articles 4, 7, 10 et 11 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789, les alinéas 3 et 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et les articles 3,4 et 7 de la Charte de l’environnement du 24 juin 2004.

²²¹ Dans sa décision n° 82-143 DC « Blocage des prix et des revenus » du 30 juillet 1982, le Conseil Constitutionnel a considéré que la procédure de contrôle de constitutionnalité de l’article 61 ne lui permettait pas de déclarer inconstitutionnelle une loi, au seul motif qu’elle interviendrait dans le domaine du règlement. Le Conseil constitutionnel n’a jamais remis en question cette jurisprudence, exception faite d’une inflexion exceptionnelle exprimée dans sa décision n° 2005-512 DC « Loi relative à l’avenir de l’école » du 21 avril 2005.

Le droit est donc « un construit social contradictoire²²² ». Abordé du point de vue du droit formel, il est représenté comme une « référence commune à un monde tel qu'il doit être²²³ ». Dans une vision matérielle, le droit est plutôt un ensemble de partis pris formulés par les juges et les acteurs juridiques objectivés sous la forme des normes juridiques, qui ne peuvent être caractérisé par aucun critère formel.

Véronique Champeil-Desplats estime ainsi qu'il y a « une tension entre une conception autoritaire de la loi héritée du XIX^e siècle selon laquelle celle-ci doit dicter clairement ce qu'il faut faire ou ne pas faire, et une conception que certains appelleront "postmoderne", ou encore une fonction promotionnelle, de la loi²²⁴ ». Mais ces termes ne décrivent pas la perception subjective des acteurs publics et des justiciables de cette tension. Objectivement, il s'agit d'une tension entre la promotion et la publication des normes les plus matérielles et celles les plus formelles. Cette opposition ne doit pas être représentée comme deux pôles opposés, mais comme un « spectre de formalité et de matérialité des normes juridiques », sur lesquels toutes les normes juridiques peuvent être situées.

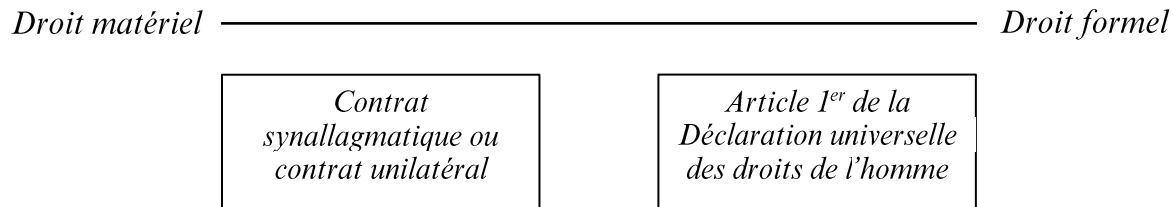


Figure 2 : Échelle de formalisme et de matérialisme du droit

Dans le droit des Etats occidentaux, l'archétype de la norme juridique formelle est sans aucun doute l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui dispose que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits²²⁵ ». L'idéalisme est absolu : il touche les hommes du monde entier, sans distinction

²²² Pierre LASCOUMES et Hartwig ZANDER, *Marx. Du « vol de bois » à la critique du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1984, p. 231

²²³ Alain SUPLOT, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Le Seuil, 2010, p. 74.

²²⁴ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 67.

²²⁵ Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, article 1^{er}.

géographique, juridique, ethnique, religieuse, raciale, sexuelle, familiale et d'âge. Il est d'ailleurs tout aussi juridique que moral, puisqu'il s'agit également d'une égalité « en dignité ». La réalité contredit bien évidemment l'idéalisme exagéré de cet article, dont la largesse et l'imprécision tient au contexte de l'après-guerre à la nécessité de nouvelles bases pour les débuts de l'Organisation des Nations-Unies.

Dans une autre perspective, un exemple de norme juridique fortement matérielle se trouve avec les décisions les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux. Ils interviennent respectivement par des accords dans lesquels soit chaque partie a des obligations à sa charge, soit une seule partie a des obligations à sa charge. Ici, il n'est pas question d'appliquer des principes généraux, mais de s'en tenir exclusivement à la lettre du contrat, sans prendre en compte aucun autre impératif.

3.3. La tension entre la rationalisation formelle et la rationalisation matérielle du droit

Les rationalisations formelle et matérielle du droit se manifestent d'abord avec la rationalisation des méthodes de réflexions et de décisions politiques des gouvernements. En cherchant à donner une rigueur logique à leurs actes politiques par un corps de fonctionnaires, cela a aussi conféré « également à la juridiction un caractère rationnel à la fois quant à son contenu et quant à sa forme²²⁶ ». Il y a néanmoins une dernière distinction à effectuer.

Lorsque le droit est abordé comme un savoir, une connaissance, cela conduit à une vision formaliste et mécaniste de l'ordre juridique, qui produit des effets de lui-même. En revanche, lorsqu'il est abordé comme une pratique, cela conduit à une vision volontariste et matérialiste du droit, qui doit être « activé » pour être effectif. Ces deux visions admettent respectivement une autorité formelle ou matérielle au droit. Sur ce dernier point, c'est la légitimité du droit qui diffère. Dans le cas où les normes juridiques sont comprises

²²⁶ Max WEBER, *Sociologie du droit* [2007], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par Jacques GROSCLAUDE, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 207-208.

comme des actes de connaissance, la légitimité du droit est formelle, liée à l'idée que le droit est juste parce qu'il est logique et systématique. Dans le cas où elles sont vues comme des actes de volonté, la légitimité du droit est matérielle, basée sur le simple fait que les normes sont de nature juridique sans prise en compte de qualités formelles, par exemple d'écriture. Ici, les normes juridiques sont admises pour leur correspondance concrète et leur utilité contextuelle.

Cette distinction entre les rationalités matérielle et formelle se manifeste aussi dans deux approches d'études du droit, à savoir la doctrine juridique et la science juridique.

La doctrine fait partie intégrante de l'activité d'interprétation du droit. Elle ne se considère pas comme étant extérieure au droit en l'abordant en surplomb, mais se situe dans le droit, l'influençant même à différents niveaux. Il s'agit là d'une production de connaissance intéressée, visant à mettre en cohérence le droit, admettant qu'un droit parfaitement logique ne saurait exister, mais cherchant à s'approcher de cet idéal le plus possible. Implicitement, c'est donc une rationalisation formelle du droit que la doctrine juridique vise.

La science juridique n'est pas ainsi. Elle entend se prononcer extérieurement au droit, et se positionne donc en surplomb. La connaissance qu'elle produit se veut réflexive et critique, et même désintéressée. Son objectif est d'étudier et de décrire le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être, si besoin en produisant et en annotant des concepts juridiques. La science juridique s'inscrit ainsi « à part entière dans le champ des sciences sociales, avec lesquelles elle entretient nécessairement des relations d'interdépendance²²⁷ », poursuivant une rationalisation matérielle du droit.

C'est surtout la doctrine juridique qui conduit à la formation des concepts juridiques. En effet, « la doctrine juridique participe au processus de production du droit [...] par un travail de systématisation [et] par la production de nouvelles représentations²²⁸ », entre autres. Mais la doctrine juridique se distingue de la science

²²⁷ Jacques CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 1/2002, p. 106.

²²⁸ *Ibid.*

juridique en ce qu'elle entend décrire et conceptualiser le phénomène juridique de façon entièrement autonome. De la même façon que les mathématiques n'entendent utiliser que des théories mathématiques dans leurs recherches de concepts, les juristes travaillant à la doctrine n'entendent utiliser que des théories juridiques pour théoriser le droit.

Cette illusion créatrice touche d'une façon originale certains juristes. En effet, le droit qu'ils estiment être science et rationalité n'en reste pas moins un construit social, un parti-pris. En légiférant ou en interprétant les normes juridiques, ils ont en réalité un pouvoir dogmatique particulièrement fort, puisque frappé du sceau de la science et de l'objectivité.

Ce point nous permet de faire une distinction essentielle entre les activités juridiques poursuivies sur le mode du droit formel et celles sur celui du droit matériel. Lorsque la production juridique est envisagée sans prendre en compte la rigueur formelle des normes par rapport à l'ensemble du système juridique, elle s'apparente à un processus de création du droit, qui fait de lui un acte de volonté. À l'inverse, lorsque la conformité aux principes juridiques de l'ensemble du système juridique est poursuivie lors des activités juridiques, on parlera plutôt d'un acte de connaissance lié à une découverte du droit²²⁹.

Toutes ces distinctions entre le formalisme et le matérialisme juridique peuvent être résumées ainsi :

	Droit formel	Droit matériel
Légitimité rationnelle-légale	Légitimité procédurale	Légitimité utilitariste
Rationalisation	Rationalisation formelle	Rationalisation matérielle

²²⁹ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 70.

Discours privilégié	Doctrines juridiques	Science juridique
---------------------	----------------------	-------------------

Tableau 2 : Différences conceptuelles entre le droit formel et le droit matériel

Nous pourrions penser qu'il ne s'agit là que d'une opposition savante et anecdotique, qui ne concernerait qu'indirectement les acteurs des politiques publiques. Il est vrai que les aspects formels et matériels du droit ne présentent qu'un intérêt mineur de ce point de vue. Tout au plus, la prise en compte des légitimités formelle et rationnelle du droit nous permet de comprendre certains comportements par rapport aux normes juridiques et pourquoi certaines ne sont pas observées autant que d'autres. Néanmoins l'approche dynamique du droit formel et du droit matériel peut nous en apprendre beaucoup plus dans le domaine de la production du droit. Pour comprendre cela, il faut décrire plus précisément ce que représentent ces deux dynamiques de rationalisation du droit.

Avec le droit formellement rationnel, « le juge arrive à une décision par les moyens de la logique juridique interne fondée sur la base des règles abstraites à l'intérieur d'un droit systématisé et "sans failles"²³⁰ ». Ainsi, dans la logique formelle, « le droit se présente comme une totalité cohérente, un "ordre" unitaire, c'est-à-dire un système de normes solidaires et hiérarchisées, reliées entre elles par des relations logiques et nécessaires ; cette systématisme lui confère clarté, simplicité, certitude, tous attributs qui seront considérés comme inhérents à tout droit²³¹ ». La légitimité formelle fait reposer sur le droit une exigence de systématisme. Cette conception du droit l'associe à la rigueur logique et à l'uniformité d'un système mathématique n'admettant aucune exception aux principes posés. Elle repose aussi sur une conception politique où dominent les aspects procéduraux et contractuels, appréhendant l'ordre social à travers un ensemble restreint de concepts

²³⁰ Andréas E. BUSS, « Les rationalités du droit et l'économie dans la sociologie du droit de Max Weber », *Revue Juridique Thémis*, Vol. 39, n° 1, 2005, p. 135.

²³¹ Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne* [2003], 4^{ème} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2014, p. 101.

abstraites et de principes suffisants à prévoir tous les cas d'espèce rencontrés par les individus dans leur vie quotidienne. Cette logique est liée à l'usage de méthodes scientifiques en politique, avec pour objectif de « dominer techniquement la vie par la prévision²³² ».

De manière dynamique, la formalisation du droit est une rationalité liée à la logique des axiomes, selon laquelle un principe juridique convient à traiter une multitude de cas concrets sans qu'il soit besoin de faire état des détails de ces applications. Cela sous-entend donc qu'il est formulé de sorte qu'un non-initié lisant cette norme saura en connaître le sens et en déduire les applications concrètes. C'est ainsi que « certains axiomes concernant le contenu de certaines règles ne sont pas présentés sous forme de règles juridiques sobres mais sous forme de dictons à caractère de postulats avec la prétention qu'un droit n'est légitime que s'il ne contredit pas ces postulats²³³ ». Cette vision conduit à considérer les juges comme la « bouche de la loi », ce qui est un mythe nécessaire pour conserver l'image logique et prévisible de celle-ci, comme l'a montré Max Weber avec sa fameuse métaphore de l'automate : « Les juristes modernes [sont] réduits à l'interprétation des paragraphes et des contrats, travaillant comme un automate dans lequel on jetterait les faits et frais de justice et qui cracherait le jugement et les motifs²³⁴. »

Avec le droit matériellement rationnel, il s'agit au contraire de « la création des règles juridiques qui ne se fondent pas sur une simple généralisation logique mais plutôt sur la base des normes extra-juridiques, comme un livre sacré, une idéologie ou des considérations utilitaires²³⁵ ». Dans la logique matérielle, le droit est instrumentalisée par sa « fonction téléologique fondée sur des considérations matérielles²³⁶ ». Il ne prend pas en

²³² Max WEBER, *Le savant et le politique* [1919], traduction française de l'allemand par Julien FREUND, Paris, 10/18, 2012, p. 111.

²³³ Max WEBER, *Sociologie du droit* [2007], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par Jacques GROSCLAUDE, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 269.

²³⁴ *Ibid.*, p. 292.

²³⁵ Andréas E. BUSS, « Les rationalités du droit et l'économie dans la sociologie du droit de Max Weber », *Revue Juridique Thémis*, Vol. 39, n° 1, 2005, p. 135.

²³⁶ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 76.

compte les idéaux de formalités exprimés par le mythe du « droit pur » ou de la pyramide des normes. C'est une rationalité qui n'est liée au modèle d'un principe donnant des solutions uniques, mais donnant différentes possibilités d'interprétations pour le juge. Elle lui est de ce fait particulièrement opportune. En effet, l'aspect vague, ambiguë et parfois même polysémique de certains critères offre certaine liberté d'interprétation au juge, qui pourra être à l'occasion une liberté de création lorsque les jugements donnés seront en rupture nette avec la jurisprudence.

Enfin, il faut relever qu'il existe hors des rationalités formelle et matérielle des éléments irrationnels qui perdurent encore dans le droit contemporain. Ainsi, la production juridique est irrationnelle d'un point de vue matériel lorsque les décisions du juge sont prises en considération d'éléments extra-juridiques, c'est-à-dire de normes qui relèvent par exemple « de la morale, de l'idée de justice ou de ce qu'on appelle le bien public, l'intérêt de l'État, le progrès²³⁷ ». Elles le sont du point de vue formel lorsque « sont employés des moyens qui ne peuvent pas être contrôlés par la raison tels que la consultation d'oracles ou de leurs succédanés²³⁸ ».

Nous traduisons cette tension en opposant l'accessibilité et l'intelligibilité en vue de garder une certaine exactitude sémantique. Mais d'autres auteurs traduisent déjà cette tension en utilisant d'autres termes. Les juristes Alexandre Flückiger et Stéphane Grodecki opposent ainsi la « clarté linguistique », à savoir « la propriété d'un texte de loi d'être formulé de manière compréhensible pour ses destinataires²³⁹ », à la clarté normative, soit « celle d'un texte de loi d'être formulé de sorte à y lire – et comprendre – directement et facilement la norme à suivre dans un cas concret²⁴⁰ ». Si les contours des deux notions théorisées par les auteurs ne suivent pas exactement celles de l'intelligibilité et de

²³⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* [1960], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 459.

²³⁸ Max Weber, *Sociologie du droit* [2007], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par Jacques Grosclaude, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 49.

²³⁹ Alexandre Flückiger et Stéphane Grodecki, « La clarté : un nouveau principe constitutionnel ? », *Revue de droit suisse*, Vol. 136, Halbbd. I, 2017, p. 33.

²⁴⁰ *Ibid.*

l'accessibilité, ils révèlent néanmoins cette dynamique essentielle, celle d'une contradiction entre la formalisation et la matérialisation du droit : « Un énoncé indéterminé, imprévisible, vague, flou, imprécis, ouvert, ambigu, incertain, indéfini (antonymes de la clarté normative) n'est dès lors pas forcément incompréhensible, inintelligible, illisible, obscur, abscons, confus, incohérent ou compliqué (antonymes de la clarté linguistique)²⁴¹ ».

De ce fait, d'un point de vue dynamique, toutes les normes juridiques sont soumises, peu ou prou, à un phénomène de rationalisation formelle ou de rationalisation matérielle, qui conduit respectivement à les rendre plus accessibles (faciles à comprendre) ou plus intelligibles (exhaustives) :

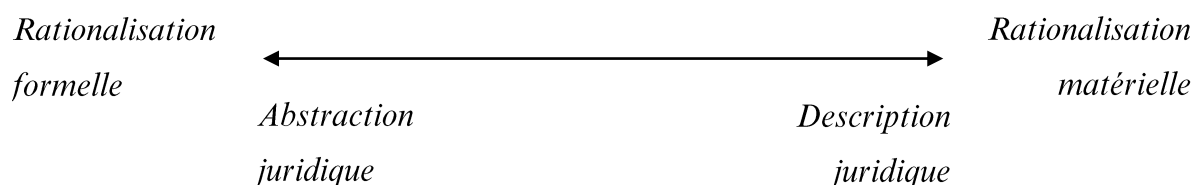


Figure 3 : Continuum des rationalisations formelle et matérielle

Ainsi, la tension entre l'accessibilité et l'intelligibilité peut être résumée de la façon suivante : avec la rationalisation formelle et le droit formel qui en résulte, l'unification des différentes jurisprudences conduit à une forme d'abstraction, qui fait obstacle à la connaissance concrète du droit. De ce fait, Max Weber l'a constaté, « la justice formelle viole par son caractère inévitablement abstrait les idéaux de justice matérielle²⁴² », en particulier son *accessibilité*. Pour remédier à cela, invariablement, il faut connaître l'application concrète des normes juridiques et donc l'effectivité réelle du droit, la description exhaustive de ces normes sans souci de formalisme est donc incontournable, ce qui contredit l'impératif du droit formel, son *intelligibilité*. La ou le droit matériel de la

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Max WEBER, *Sociologie du droit* [2007], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par Jacques GROSCLAUDE, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 212.

jurisprudence « est l'agent actif par lequel l'ordre juridique se transforme en un ensemble intelligible et cohérent, le lubrifiant indispensable pour assurer un bon usage de la norme juridique et la doter d'une meilleure efficacité²⁴³ », le droit formel des principes juridiques pousse à « l'unification de la jurisprudence passe par un haut degré d'abstraction et un éloignement à l'égard des circonstances d'espèce²⁴⁴ ».

²⁴³ Jacques CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », dans *Le titre préliminaire du code civil*, sous la direction de Georges FAURE et Geneviève KOUBI, Paris, Economica, 2003, p. 137.

²⁴⁴ Frédéric ZENATI, « La nature de la Cour de cassation », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 575, 15 avril 2003.

Conclusion

« L'idée de lois claires, tout à la fois lisibles et précises, est un idéal ; idéal chaque fois revendiqué mais jamais atteint. Parfaitement précise et prévisible, la loi deviendrait terriblement lourde et compliquée ; légère et simple, la réalité la rattraperait rapidement, car la complexité évitée se reporterait immédiatement sur les textes d'application, sur la jurisprudence et la pratique. Aucune solution définitive ne peut être apportée à cette problématique. Les deux faces de la clarté sont condamnées à s'opposer²⁴⁵. »

Alexandre Flückiger

²⁴⁵ Alexandre FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, p. 78.

Dans tous les rapports sociaux, il y a un choix inéluctable entre la concision et l'exhaustivité : un individu voulant décrire une chose pourra rentrer dans de longues et fastidieuses narrations au risque d'ennuyer voire d'exaspérer son interlocuteur, ou lui communiquer les détails qu'il juge les plus importants en risquant de tromper son auditeur en occultant la complexité du sujet abordée. A l'ère de la communication, les différents échecs des politiques de simplification du droit en France nous montrent que les qualités de la clarté sont surestimées, comme le relève Philippe Breton :

« Un discours qui convainc par sa clarté est un discours qui n'a pas convaincu par autre chose, c'est-à-dire les arguments qu'il propose. La clarté séduit. Elle donne l'illusion, justement, de s'être adaptée au public, qui n'a pas d'effort à faire pour accepter ce qu'on lui propose²⁴⁶. »

Il en est de même en toute matière du droit. Les acteurs juridiques et politiques font toujours le choix d'emprunter le sentier de l'intelligibilité et de la concision ou celui de l'accessibilité et de l'exhaustivité, qu'ils en soient conscients ou non. Mais il sera préférable et opportun qu'ils soient toujours informés sur les effets de ces choix sur la production juridique qui en résulte. Il faut clairement distinguer les deux logiques.

La tension entre l'accessibilité et l'intelligibilité du droit

Lorsque l'accent est mis sur les qualités matérielles du droit, en particulier sur son accessibilité, l'enjeu est alors moins d'ériger des principes formels que de faire, avec les normes juridiques, des descriptions concrètes des prescriptions juridiques telles qu'elles sont mises en pratique. Le réalisme juridique, à savoir la volonté de décrire le droit « tel qu'il est », provient justement de cette remise en cause du formalisme juridique du fait de courants politiques et philosophiques plus concrets. C'est alors que « la légalité formelle, en tant que fondement en légitimité de l'ordre juridique, apparaît mise en question, soit par l'idée nostalgique d'un droit supra-positif, soit par l'exigence d'un droit social fondé

²⁴⁶ Philippe BRETON, *L'argumentation dans la communication*, Paris, La Découverte, 1996, p. 91.

sur la justice matérielle²⁴⁷ ». Ces idéaux conçoivent l'accessibilité du droit comme un critère de « son acceptabilité par la société dans le cadre du minimum de sécurité juridique nécessaire à l'effectivité de tout ordonnancement juridique²⁴⁸ ».

La codification du droit du travail s'inscrit dans ce mouvement de réalisation effective de l'accessibilité du droit. Mais cela pose d'autres problèmes. La rationalisation matérielle du droit conduit à décrire en détail le droit sans souci d'ordre, d'harmonisation et de synthèse. Les normes juridiques sont dès lors détaillées et complètes, mais perdent leur intelligibilité. Car la seule rationalisation matérielle du droit induit en son principe même une complexification du droit et une perte d'intelligibilité, puisqu'il s'agit avec elle de renoncer à tout principe formel pour s'attacher à une description des normes juridiques telles qu'elles sont mises en œuvre et invoquées par le juge et les justiciables. Il y a donc une contradiction entre les deux rationalisations, la poursuite de l'une conduisant toujours à défaire ce que l'autre a construit. Ce sont les problèmes déplorés en droit du travail, qui conduisent à la condamnation récurrente du Code du travail.

A l'inverse, lorsque l'accent est mis sur les qualités formelles du droit, en particulier son intelligibilité, il s'agit alors d'établir des règles de droit générales (donc floue et parfois imprécise) censées donner des principes pouvant résumer tout un pan de la pratique juridique dans un domaine précis. Gweltaz Eveillard constate en effet que « l'intelligibilité de la loi semble revêtir une dimension essentiellement formelle²⁴⁹ ». Il est plus aisé de comprendre le droit lorsqu'il est formalisé par des principes que lorsqu'il n'est qu'une série désordonnée de normes juridiques sans catégorisations ni hiérarchisations.

L'instauration du principe « silence vaut acceptation » de l'administration est motivée par cet idéal du droit formel, ce qui pose comme nous avons pu le voir de graves problèmes pour l'accessibilité du droit. En effet, lorsque des principes particulièrement

²⁴⁷ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 77.

²⁴⁸ Emmanuel CARTIER, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, p. 56.

²⁴⁹ Gweltaz EVEILLARD, « Simplification et intelligibilité du droit », *Revue française de droit administratif*, Juillet-Aout 2013, p. 713.

généraux sont instaurés dans des domaines ou les exceptions et les particularités concrètes sont nombreuses et subtiles, cela conduit à une forme d'opacité du droit. C'est une situation paradoxale dans laquelle certaines normes juridiques, à savoir les principes juridiques, font directement obstacle à la connaissance concrète et réelle des régimes juridiques en vigueur dans des circonstances déterminées. Les individus comprennent les principes parce qu'ils sont généraux et intelligibles, mais ignorent en réalité qu'elles vont être les pratiques juridiques en vigueur dans leurs situations concrètes. Si, comme le note Michel Coutu, « le droit formel, du point de vue wébérien, correspond sous bien des aspects à l'ordre juridique tel qu'envisagé par la théorie pure de Kelsen²⁵⁰ », la possibilité d'un « droit pur » résultant de seuls raisonnements logiques et syllogistiques est donc une utopie irréaliste et irréalisable. C'est une description inutile concrète, car elle ne rend pas compte du fonctionnement réel du système juridique.

Pourtant, c'est très largement en réaction à un phénomène de déperdition du droit formel que les politiques de simplification sont menées en France depuis les années 1990. Mais ces politiques ne sont pas aussi originales qu'on pourrait le croire, elles s'inscrivent au contraire dans le sillage des actions publiques plus anciennes et plus profondes de rationalisations formelles et matérielles du droit. Certes, ce n'est que depuis moins de deux décennies que l'intelligibilité et l'accessibilité du droit ont été posés comme des problèmes à part entière, mais les politiques pour atteindre ces buts poursuivent des sentiers déjà tracés, ceux des rationalisations formelles et matérielles du droit. Toutes les réformes de simplification du droit s'inscrivent dans les processus de rationalisation formelle ou matérielle du droit dont ils déplorent les effets.

Hélas, une très large partie de la doctrine semble concilier de façon syncrétique les deux impératifs dans ses propos. En France, la cristallisation du problème du « déclin du droit » s'est faite par la réunion officieuse, puis officielle des enjeux portant l'intelligibilité et l'accessibilité du droit en un unique « objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». De plus, les termes utilisés pour décrire le problème du déclin du

²⁵⁰ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 65.

droit, tels que ceux de « clarté », de « qualité » ou de « sécurité juridique », ont fait perdre de vue les enjeux du droit matériel et du droit formel, au point de créer de sérieuses confusions sur ces points²⁵¹.

Par ailleurs, cette compréhension partielle des rapports entre la simplification du droit et les rationalisations formelle et matérielle résulte aussi du fait que la dimension juridique de l'accessibilité n'est pas pleinement assumée par les institutions et les juristes. En effet, l'accessibilité est bien souvent confondue avec l'accès au droit, et réduite ainsi à une dimension technique, à savoir la mise à disposition du droit aux justiciables, sans qu'elle soit mise en lien avec l'intelligibilité. Le fait que « l'accès des citoyens au droit [apparaît] essentiellement comme une question *de fait*, plus qu'une question, justement *de droit*²⁵² » empêche de comprendre ses réelles implications juridiques. De ce fait, l'accessibilité est considérée comme relevant plus de la sociologie du droit que de la réflexion juridique. Son étude ne serait pas juridique, mais fait plutôt l'objet d'analyses statistiques, de sondages et d'enquêtes d'opinion et de terrain. Ainsi, certains juristes estiment, à tort, que la question de l'accessibilité de loi est « théoriquement assez pauvre²⁵³ ».

Ainsi, le mauvais diagnostic de ce problème a conduit à une mauvaise posologie de sa résolution. Car il y a une véritable contradiction entre l'intelligibilité du droit et l'accessibilité du droit, comme entre la rationalisation formelle et la rationalisation matérielle, qui met en tension les deux notions. En effet, dans le premier cas, nous voyons que les principes juridiques, s'ils permettent d'alléger l'effort cognitif de la connaissance du droit en le rendant moins détaillé, ne signifie pas pour autant que les applications soient

²⁵¹ Par exemple, un juriste a pu déclarer dans une thèse de droit public que « l'exercice d'une prérogative n'est plausible que dans la mesure où la loi est accessible, c'est-à-dire intelligible ». Marc BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, thèse de doctorat en Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011, p. 352. D'autres juristes saisissent mieux cette distinction, estimant qu'« il convient de ne pas confondre qualité de l'accès au droit et intelligibilité de celui-ci. Une règle légale peut être parfaitement compréhensible, mais être caduque car elle n'a jamais été mise à jour ». Matthias MARTIN, *L'annotation des Codes. Etude et comparaison en droits français et monégasque*, thèse de doctorat en Droit, Université de Lorraine, 2013, p. 388.

²⁵² Xavier SOUVIGNET, « L'accès au droit, Principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, p. 23-24.

²⁵³ Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, p. 19.

simples. La formalisation du droit, lorsqu'elle est menée dans des sphères du droit très techniques, mène alors au contraire à un manque d'accessibilité du droit. À l'inverse, lorsque le droit est explicité le plus fidèlement possible, c'est une rationalité matérielle du droit qui est poursuivie, concourant à son accessibilité et par là même à son inintelligibilité. Bertrand du Marais note que, « issue elle-même du mouvement de simplification et particulièrement développée en France qui figure en avant-garde dans ce domaine, la codification favorise l'accessibilité du droit par son exhaustivité²⁵⁴ ». Mais lorsqu'elles sont ainsi explicitées, les normes juridiques révèlent alors plus fortement leurs subtilités et leurs incohérences, ce qui nous mène alors à un manque d'intelligibilité.

La succession des faits données par les récits alarmistes des acteurs politiques et juridiques décrit parfois l'inflation normative comme un mal auquel seul la dérégulation juridique peut répondre. Certes, le droit est un élément essentiel de l'objectivation de l'ordre politique et social. Néanmoins, une approche juridico-centrée de la législation empêche de percevoir les aspects politiques de celle-ci. Elle empêche plus encore de percevoir la tension qui oppose le droit formel au droit matériel, qui occulte le fait qu'il ne saurait y avoir de droit qui puisse répondre complètement aux deux objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité. Jacques Caillosse déplore ainsi que « le sur-investissement dans la juridicité fonctionne à la manière d'un leurre, quelle que soit la forme qu'il revêt : défense crispée de la norme ou désinvolture à l'égard de la règle²⁵⁵ ». Nous le voyons avec la codification, détailler à l'extrême les textes juridiques mène à une impasse, celle de l'intelligibilité :

« Rendre la solution prévisible dans chaque cas particulier, si cela était possible, impliquerait de densifier à l'extrême le texte qui perdrait alors son caractère général et abstrait ; ce faisant il serait de moins en moins compréhensible. Le texte deviendrait de plus en plus obscur (au sens de sa lisibilité) au fur et à mesure qu'il serait plus clair (au sens de sa capacité à être aisément

²⁵⁴ Bertrand DU MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique ? », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 189.

²⁵⁵ Jacques CAILLOSSE, « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *Revue française d'administration publique*, n° 105-106, 2003/1, p. 123.

concrétisé dans un cas d'espèce) sans pour autant que l'on soit assuré que pareil degré de précision permette de résoudre à l'avance l'immense inventivité de chaque cas d'espèce, ni que cela soit possible ou désirable²⁵⁶. »

À l'inverse, formaliser les textes par le biais de principes juridiques mène à l'impasse de l'accessibilité, qui empêche alors de connaître le sens concret de ces principes et leurs applications, et force à en passer de manière fastidieuse, quand cela est possible par l'étude de la jurisprudence. Il s'agit ici de « la manifestation de l'opposition insoluble entre les principes formels et matériels de la justice²⁵⁷ ».

Nous voyons donc que l'accessibilité et l'intelligibilité constituent « deux pôles de la clarté mutuellement exclusifs²⁵⁸ ». Le droit ne saurait jamais se défaire entièrement de cette « aporie qui fixe les limites de tout effort de mise en cohérence du droit²⁵⁹ » et, se faisant, de simplification du droit : Formaliser le droit le rend inaccessible, matérialiser le droit le rend incompréhensible. Car « les deux aspects de l'exigence de clarté entrent en conflit : un texte clair – au sens de lisible – est plutôt simple, alors qu'un texte clair – au sens de concrétisable – est souvent plus long et plus complexe, car plus précis et plus détaillé²⁶⁰ ».

Néanmoins ces pôles ne sont qu'hypothétiques. Il est impossible de produire une loi purement matérielle sans exprimer certaines règles – donc certains principes – ni une loi purement formelle sans lui donner une certaine matérialité : « Imaginer qu'il serait possible de rédiger une loi si clairement qu'elle ôterait toute incertitude est une vue tout aussi candide que celle imaginant qu'il serait possible aujourd'hui de rédiger des lois si

²⁵⁶ Alexandre FLÜCKIGER, « La démocratie directe : Un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », dans *La qualité de la loi*, sous la direction de Pierre ALBERTINI, Paris, Mare & Martin, 2015, p. 82.

²⁵⁷ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 73-74.

²⁵⁸ Alexandre FLÜCKIGER, « La démocratie directe : Un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », dans *La qualité de la loi*, sous la direction de Pierre ALBERTINI, Paris, Mare & Martin, 2015, p. 83.

²⁵⁹ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 71.

²⁶⁰ Alexandre FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, p. 75.

simplement que quiconque pourrait les comprendre²⁶¹ ». L'intelligibilité et l'accessibilité ne sont pas des objectifs à proprement parler, mais des idéaux-types. Des outils concepts pour appréhender qualitativement les systèmes juridiques. Remarquons d'ailleurs que les analyses quantitatives du droit, même si elles sont fréquemment utilisées pour décrire l'inflation normative, sont très limitées pour en faire un diagnostic adéquat²⁶².

L'intelligibilité et l'accessibilité du droit, vecteurs de l'« ordre construit » et de l'« ordre spontané »

Cette tension rejoint celle évoquée par Friedrich Hayek entre le *kosmos* et la *taxis*, l'« ordre fabriqué » et l'« ordre mûri²⁶³ ». L'auteur parle également de « système », de « structure » ou de « modèle » pour désigner ces deux phénomènes : « *taxis* pour un ordre arrangé ou disposé, et *kosmos* pour un ordre issu de la pratique²⁶⁴ ». Ce sont respectivement deux conceptions du droit, la première étant un « ordre construit » et la seconde un « ordre spontané ». Dans la première approche, dont il fait la promotion, il s'agit d'une vision du droit s'inspirant de l'évolutionnisme biologique, qui estime qu'il est dans la nature même du droit de donner lieu à une disposition et un ajustement réciproque des individus entre eux dans leurs relations sociales, sans qu'ils le sachent forcément. C'est une rationalité

²⁶¹ *Ibid.*, p. 76.

²⁶² Voir Rachel VANNEUVILLE, « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, n° 11, 2009/1, pp. 80-91 ; Rachel VANNEUVILLE, « Le chiffre au service du droit ou le droit au service du chiffre ? », *Mots. Les langages du politique*, 100/2012, pp. 123-126 ; Alain SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015. Le Conseil d'État estime qu'il s'agit là d'un leurre : « La religion du chiffre envahit “le juridique” et le discours sur la complexité et l'insuffisante qualité du droit. Pour être utile, la quantification de la complexité doit être conduite avec rigueur et indépendance en gardant à l'esprit que tout n'est pas mesurable. Il n'y a en outre aucun consensus sur les chiffres : aucune donnée officielle, exhaustive et récente n'existe ; les écarts entre les données disponibles sont anormalement importants. Il n'y a pas même de consensus sur ce qu'il faudrait chiffrer ni sur une méthode de mesure de la production des normes, des effets qu'elles produisent ou de leur perception par leurs destinataires ». Conseil d'État, *Rapport public 2016. Simplification et qualité du droit*, Paris, La Documentation Française, 2016, p. 14.

²⁶³ Friedrich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté (Tome I. Règles et ordre)* [1973], traduction française de l'anglais par Raoul AUDOUIN, Paris, Presses Universitaires de France, 1980, p. 41.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 43.

historique et situationnelle, qui ferait que les principes juridiques les plus élevés n'auraient nullement besoin d'être matérialisés par des normes juridiques plus concrètes²⁶⁵.

L'ordre spontané est l'auto-organisation des individus sur le fondement d'une éthique sociale. C'est la socialisation ou ses interactions qui vont sécréter naturellement des normes. La société est un produit historique, un produit social inconscient et naturel. Juridiquement, c'est une coutume. Ainsi, cet ordre s'éloigne quelque peu de la notion de « main invisible » d'Adam Smith, car « l'ordre social spontané est le résultat de l'action humaine, mais non d'un dessein humain²⁶⁶ ». Cet ordre peut être particulièrement fourni, étant donné qu'il ne répond à aucun impératif de formalité. Les ordres spontanés « peuvent avoir n'importe quel degré de complexité²⁶⁷ ». Ils sont descriptifs, et donc *accessibles*.

L'auteur y oppose la *taxis*, qui serait fondamentalement anti-libérale. Les ordres liés à la *taxis* « sont relativement *simples*, ou au moins forcément cantonnés dans des degrés de complexité suffisamment modérés pour que leur auteur puisse encore les embrasser du regard²⁶⁸ ». En clair, ils sont *intelligibles*.

Dans une approche philosophique qui l'oppose presque symétriquement au contractualisme et plus précisément au contrat social de Jean-Jacques Rousseau, Friedrich Hayek estime ainsi qu'il serait préférable de préserver les ordres spontanés et originaires des sociétés. Alors que l'état de nature trouvait avec le contrat social sa réponse, le *kosmos* est pour l'essentiel suffisante aux hommes pour cohabiter et s'organiser. Ce qui rapproche la notion de l'évolutionnisme social.

De la *taxis* (ordre construit) et du *kosmos* (ordre pratique) résulte deux conceptions du droit qui nous intéressent, à savoir la *thesis* (le droit décisionnel, « le loi du

²⁶⁵ La terminologie utilisée par Friedrich Hayek peut néanmoins prêter à confusion. En effet, selon l'auteur les normes les plus générales sont matérielles, tandis que les normes les plus spécifiques sont abstraites.

²⁶⁶ Michel BOURDEAU, « L'idée d'ordre spontané ou le monde selon Hayek », *Archives de Philosophie*, Tome 77, 2014/4, p. 663.

²⁶⁷ Friedrich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté (Tome I. Règles et ordre)* [1973], traduction française de l'anglais par Raoul AUDOUIN, Paris, Presses Universitaires de France, 1980, p. 45.

²⁶⁸ *Ibid.*

législateur²⁶⁹ ») au *nomos* (le droit jurisprudentiel, « le droit de la liberté²⁷⁰ »). Sa théorie est finalement née de l'application du libéralisme économique à la sphère juridique. Le *nomos* donnerait en effet naissance à un ordre d'équilibre réciproque entre les acteurs. L'auteur estime de ce fait que la *common law* est le type d'organisation juridique le plus vertueux et le plus efficace pour le respect de l'individualité.

Finalement, pour Friedrich Hayek, le seul état légitime est l'être. Tout ce qui relève du savoir être est à rejeter. Toute intervention est pour lui un mal absolu dans la société. Car il constate que le savoir tant à se parcelliser, et c'est pourquoi aucun homme ne peut prétendre diriger les autres. Cela a un caractère liberticide, il ne peut y avoir de liberté sans respect de l'ordre naturel des choses. Les décisions humaines ne sauraient être plus pertinentes que l'organisation tacite des relations sociales :

« Bien des choses, spécialement dans les lois et les gouvernements, qui par l'enchaînement, l'origine lointaine et la cohérence constante, méritent d'être raisonnablement approuvées, même si la raison du plaideur ne voit pas dans l'immédiat et distinctement en quoi la chose est raisonnable... la longue expérience fait plus de découvertes sur les avantages et les inconvénients des lois, qu'il n'est possible d'en prévoir dans le plus sage des conseils d'experts²⁷¹. »

Théoriquement, si l'ordre tacite aurait été suffisant pour l'organisation des sociétés, il est alors difficile de comprendre comment des ordres construits comme l'Etat de droit ont pu s'imposer dans de nombreuses sociétés avec le concours des citoyens. Ce qui nous montre qu'il n'est pas exclu, ni même mauvais, si l'on suit seulement la logique du *nomos*, que celle-ci donne naissance à des ordres construits. En réalité, l'idée même d'« ordre spontané » relève de l'oxymore. L'auteur semble lui-même suivre un ordre construit dans sa volonté de promouvoir l'ordre spontanée comme principe d'organisation des sociétés, ce qui est contradictoire avec l'idée même de spontanéité sociale. Ayant lui-même déploré une « critique immanente », il n'y échappe pas.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 149.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 113.

²⁷¹ Friedrich A. HAYEK, *La constitution de la liberté* [1960], traduction française de l'anglais par Raoul AUDOIN et Jacques GARELLO, Paris, Litec, 1994, p. 57.

Dans la pratique, le fait de se confier seulement dans les manifestations spontanées de la société pour conduire les politiques publiques est bien insuffisant, comme l'a exprimé Jürgen Habermas :

« Les mouvements sociaux, les initiatives et les plates-formes civiques, les associations, politiques ou autres, bref, les groupements de la société civile, sont, certes, des détecteurs de problèmes, mais les signaux qu'ils émettent et les impulsions qu'ils donnent sont, en règle générale, trop faibles pour déclencher dans de brefs délais des processus d'apprentissage au niveau du système politique ou pour réorienter des processus de décision déjà engagés²⁷² ».

Jürgen Habermas peut nous révéler plus précisément l'autre versant de cette antinomie que tout ordre juridique. Alors que pour Friedrich Hayek les tentatives de formalisation du droit sont le signe du débordement de la *taxis* et de son influence mauvaise sur des pratiques qui n'en ont pas besoin, Jürgen Habermas estime au contraire que la concertation publique et démocratique est la condition même du droit.

Dans son ouvrage consacré explicitement à la question du droit et de la démocratie, l'auteur affirme ceci : « Les ordres juridiques modernes ne peuvent tirer leur légitimation que de l'idée d'autodétermination ; [...] il faut que les citoyens puissent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires²⁷³ ». Ce faisant, si les citoyens doivent être en mesure de se considérer comme les auteurs du droit, ils doivent être en condition de le comprendre, ce qui présuppose implicitement une intelligibilité manifeste du droit à l'égard de tous les citoyens. Selon l'auteur, le mythe rousseauiste du contrat social n'est pas suffisant décrire véritablement la formation adéquate d'une communauté. Il ne s'agirait pas de contracter ensemble pour former une société, mais de discuter : « la communauté juridique ne se constitue pas au moyen d'un contrat social, mais en vertu d'un accord établi au moyen de la discussion²⁷⁴ ».

²⁷² Jürgen HABERMAS, « Espace public et société civile », dans *La société civile en question. Problèmes économiques et sociaux*, sous la direction de Michel OFFERLE, Paris, La Documentation française, 2003, p. 36-37.

²⁷³ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* [1992], traduction française de l'allemand par ROCHLITZ Rainer et BOUCHINDHOMME Christian, Paris, Gallimard, 1997, p. 479.

²⁷⁴ *Ibid.*

Jürgen Habermas fait ainsi de l'intelligibilité du droit le fondement même de sa conception du droit. Il distingue la généralité sémantique de la loi, qu'il estime fictive, et la généralité de la procédure de confection de la loi. Cette vision du droit correspond à la vision de la codification telle qu'on la trouve à l'œuvre dans le domaine du droit du travail. Ces deux cas se rejoignent en effet en ce qu'ils estiment tous deux qu'un droit conçu par tous sera intelligibles pour tous, en occultant que l'intelligibilité obtenue constitue autant d'accessibilité perdue.

Les deux philosophes ont exprimé en des termes philosophiques une réalité qui touche également le droit. Si les cas mis en avant dans cette étude ne sont pas représentatifs de toute la diversité des systèmes juridiques dans le monde et dans l'histoire humaine, ils nous montrent malgré des différences profondes la tension insoluble qui oppose les rationalisations formelle et matérielle du droit, qui discréditent tout idéalisme sur les qualités formelles du droit. Ils nous montrent que les politiques de simplification et celles visant à rendre le droit plus efficace ne pourront se défaire de l'aporie du droit formel et du droit matériel. Certes, « droit formel et droit déformalisé constituent dès le départ des variantes dans lesquelles c'est le même droit positif qui s'exprime²⁷⁵ ». Mais toute production juridique conduit irrémédiable à accentuer l'une ou l'autre face du droit. Ce qui remet en causes les fictions juridiques connues en France, qui estiment que le « la loi est l'expression de la volonté générale » ou encore que « nul n'est censé ignorer la loi ». Il serait préférable d'admettre la faillibilité profonde et certaine de telles assertions, et même le caractère fallacieux de celles-ci. Les visions idéalistes des droits nationaux peuvent être utiles pour faire accepter des situations d'incohérences juridiques, mais elles conduisent aussi à les accepter et donc à ne pas faire d'effort pour tenter de les réduire. En effet, elles donnent de mauvais outils conceptuels pour les comprendre. Evoquer sans cesse en France l'« Etat de droit » comme l'ultime but à atteindre occulte certainement les moyens par

²⁷⁵ Jürgen HABERMAS, *Droit et Morale* [1986], traduction française de l'allemand par ROCHLITZ Rainer et BOUCHINDHOMME Christian, Paris, Le Seuil, 1997, p. 28.

lesquels celui-ci peut être pratiqué concrètement, mais aussi les contradictions que cette notion abrite²⁷⁶.

Le choix inévitable entre les rationalisations formelles et matérielles du droit

Pourrait-il y avoir une gouvernance en matière de simplification du droit ? Nous pouvons en douter au regard des cas abordés. La rédaction des normes juridiques ne saurait faire l'objet d'une auto-régulation et ce, entre autres, du fait de la persistance d'une tension irrémédiable entre la précision des textes écrits et leur compréhensibilité.

En effet, dans les cas étudiés, l'accessibilité et l'intelligibilité ne sont pas abordés comme étant en tension l'une par rapport à l'autre, mais de façon indistincte. De ce fait, les politiques publiques menées tombent irrémédiablement dans une aporie. Il y a pourtant, en chaque espèce, un choix à faire, plus ou moins, entre les deux idéaux. Portalis le fit en son temps en se prononçant en faveur de la formalisation du droit : « *Tout simplifier*, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. *Tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre²⁷⁷ ».

Il reste à savoir quel est le choix le plus pertinent à chaque cas. Car le droit ne s'adresse pas à des machines ou à des automates comme c'est le cas de la commande informatique. Il s'adresse à des hommes, qui diffèrent entre eux selon leurs connaissances, leurs désirs et leurs besoins. Le droit ne peut pas rester prostré dans une posture universaliste ignorant ces différentes de fait – qu'elle soit celle de l'Etat de droit ou de la démocratie directe – au risque de connaître des échecs, ceux que connaissent les politiques de simplification du droit français. Il serait préférable pour le législateur d'admettre cette

²⁷⁶ Voir Jean-Philippe DEROSIER, « État de droit : du non-sens juridique à l'illusion d'un argument politique », *La revue socialiste*, n° 64, 2016, pp. 49-64.

²⁷⁷ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* [1801], Bordeaux, Confluences, 1999, p. 17.

antinomie plutôt que de laisser croire qu'il serait possible de répondre à la fois à l'accessibilité et à l'intelligibilité du droit, ne serait-ce qu'en théorie.

Ce constat doit nous amener à une prise de conscience. Celle donnée par Bertrand du Marais lorsqu'il incite à ne pas faire d'une méthode de simplification un dogme pour tout un système juridique. Il faudrait ainsi « ne pas faire de la simplification une grande politique mais un exercice d'horticulture²⁷⁸ ». Les visions mythologiques du droit occultent la matérialisation incontournable du droit, qui fait qu'on ne pourrait prévoir un ensemble restreint de principes juridiques pour l'ensemble des activités sociales. La simplification ne réussira pas avec une grande politique ou un « choc de simplification », mais avec des ajustements et des annotations fréquentes et subtiles des règles juridiques.

En effet, en dépit du désir souvent affiché de neutraliser le droit et de lui enlever toute dimension politique, « le développement du droit moderne a tendance à favoriser le relâchement du formalisme juridique²⁷⁹ ». Ce sont notamment les différentes branches du droit, leurs propres conceptions du droit et leurs propres objectifs qui conduisent à cette rationalisation matérielle. Ainsi, l'unité et la cohérence affichées du droit, notamment avec l'idéal de l'État de droit, sont mis à mal pour la division du droit liée aux différentes branches du droit et par la pression des intérêts des différentes classes, groupes sociaux et groupements d'intérêts. Finalement, « le développement toujours croissant de sphères spécialisées d'application du droit, ainsi que les conséquences que produit ce phénomène sur les représentations et la pratique professionnelle des juristes, favorisent la progression de la rationalité matérielle²⁸⁰ ». Celle-ci favorise l'accessibilité en explicitant les différentes applications du droit selon les objets juridiques appréhendés, mais lui fait perdre sa formalité. Les juristes semblent finalement partagés entre la poursuite de la justice formelle

²⁷⁸ Bertrand DU MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique ? », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 201.

²⁷⁹ Max WEBER, *Sociologie du droit* [2007], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par Jacques GROSCLAUDE, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 288.

²⁸⁰ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. p. 74.

et de la justice matérielle. Quels que soient leurs efforts, la « confiscation du droit par les juristes²⁸¹ » est inévitable dans les domaines du droit les plus concrets et spécialisés.

S'il y a une leçon à tirer de ces observations, c'est qu'il est capital de revoir et de distinguer explicitement la fonction des différentes normes juridiques : certaines branches du droit, en particulier le droit constitutionnel, ont vocation à être éminemment formelles en donnant une succession de principe, sans se préoccuper de leur réalisation concrète. Elles ont pour fonction d'être *intelligibles*. D'autres branches, telles que le droit administratif et le droit travail, ont vocation à décrire le plus concrètement possible les pratiques concrètes en vigueur, sans préoccupation de synthèse ou de formalisme. Elles ont pour fonction d'être *accessibles*. C'est lorsque ces branches du droit veulent jouir des qualités propres au droit constitutionnel qu'elles échouent non seulement à les obtenir, mais perdent même les leurs.

Selon Jean Curet, « l'amour du droit est réductible en cas d'excès²⁸² ». En réalité, c'est l'amour de l'exhaustivité normative (accessibilité) et l'amour de la clarté normative (intelligibilité) qui doivent toujours être mesurés. Finalement, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit ne devrait jamais s'apprécier *en soi* de façon objective, mais *pour soi* de façon subjective, relativement au contexte et aux conditions propres aux acteurs en question.

²⁸¹ Valérie LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *Recueil Dalloz*, n° 14, 2002, p. 1160.

²⁸² Cité dans Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* [1969], 10^{ème} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 51.

Bibliographie

Ouvrages

ALBERTINI Pierre (dir.), *La qualité de la loi*, Paris, Mare & Martin, 2015.

ALBERTINI Pierre, *La crise de la loi. Déclin ou mutation ?*, Paris, Lexis Nexis, 2015.

Association Henri Capitant (dir.), *Le droit souple. Journées nationales (Tome XIII/Boulogne-sur-Mer)*, Paris, Dalloz, 2009.

AUBY Jean-François (dir.), *L'unité du droit. Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris, Economica, 1996.

BADINTER Robert et LYON-CAEN Antoine, *Le travail et la loi*, Paris, Fayard, 2015.

BANKOWSKI Zbigniew, *La science de la législation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

BECK Ulrich, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité* [1986], traduction française de l'allemand par BERNARDI Laure, Paris, Flammarion, 2008.

BERGEAL Catherine, *Rédiger un texte normatif. Manuel de légistique*, Paris, Berger-Levrault, 2012.

BERGER Peter L. et LUCKMANN Thomas, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, New York, Anchor Books, 1966.

BINOCHÉ Bertrand, *Critiques des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

BRETON Philippe, *L'argumentation dans la communication*, Paris, La Découverte, 1996.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* [1969], 10^{ème} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001.

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État (Tome I)*, Paris, Éditions dCNRS, 1962.

CARRE DE MALBERG Raymond, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931.

CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (dir.), *Le droit administratif en mutation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

— (dir.), *Droit et politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

CETTE Gilbert et BARTHELEMY Jacques, *Réformer le droit du travail*, Paris, Odile Jacob, 2015.

CHEVALLIER Jean, *L'État post-moderne* [2003], 4^{ème} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2014.

CICERON, *Traité des devoirs*, Paris, Victor Lecou, 1850.

Collectif, *Mélanges offerts à Marcel Waline (Tome II. Le juge et le droit public)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.

COMMAILLE Jacques, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015.

CORCUFF Philippe, *Les nouvelles sociologies. Constructions de la réalité sociale*, Paris, Nathan, 1995.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique* [1987], 9^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

COUTU Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

DE MONTALIVET Pierre, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz/Sirey, 2006.

DEBBASCH Charles (dir.), *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, Paris, CNRS, 1986.

DISANT Mathieu, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Wolters Kluwer France, 2011.

DUPRE DE BOULOIS Xavier et KALUSZYNSKI Martine (dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2011.

FAURE Georges et KOUBI Geneviève (dir.), *Le titre préliminaire du code civil*, sous la direction de, Paris, Economica, 2003.

FILLIEULE Olivier, MATHIEU Lilian et PECHU Cécile (dir.), *Dictionnaire des mouvements sociaux*, sous la direction de, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

FLAUBERT Gustave, *Dictionnaire des idées reçues*, Paris, L. Conard, 1910.

FLEURY GRAFF Thibaut, WOLFF Nathalie et ZARADNY Aude (dir.), *La fin du droit ?*, Paris, Mare & Martin, 2016.

FRANCE Anatole, *Le Lys rouge*, Paris, Calmann-Lévy, 1894.

FREUND Julien, *Sociologie du conflit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.

FULLER Lon L., *The Morality of Law* [1964], revised edition, New Haven, Yale University Press, 1969.

GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène (dir.), *Justice et démocratie. Actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2003.

HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* [1992], traduction française de l'allemand par ROCHLITZ Rainer et BOUCHINDHOMME Christian, Paris, Gallimard, 1997.

—, *Droit et Morale* [1986], traduction française de l'allemand par ROCHLITZ Rainer et BOUCHINDHOMME Christian, Paris, Le Seuil, 1997.

HAYEK Friedrich A., *Droit, législation et liberté (Tome I. Règles et ordre)* [1973], traduction française de l'anglais par Raoul AUDOIN, Paris, Presses Universitaires de France, 1980

—, *La constitution de la liberté* [1960], traduction française de l'anglais par AUDOIN Raoul et GARELLO Jacques, Paris, Litec, 1994.

HUBER Eugen, *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, Berne, Böhler & Company, 1901.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit* [1960], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par EISENMANN Charles, Paris, Dalloz, 1962.

LABBEE Xavier, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Paris, Presses Universitaires de Septentrion, 2010.

LASCOUMES Pierre et ZANDER Hartwig, *Marx. Du « vol de bois » à la critique du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1984.

LEFEBVRE José (dir.), *DICODÉX. Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015.

MADER Luzius, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique de la législation*, Lausanne, Payot, 1985.

MARX Karl, *Sur la question juive* [1844], traduction française de l'allemand par POIRIER Jean-François, Paris, La Fabrique, 2006.

MERTON Robert K., *Éléments de théorie et de méthode sociologique* [1949], 2^{ème} édition, traduction française de l'anglais par MENDRAS Henri, Paris, Plon, 1965.

MERTON Robert K., GRAY Ailsa P., HOCKEY Barbara et SELVIN Hanan C. (dir.), *Reader in Bureaucracy*, New York, The Free Press, 1952.

MOOR Pierre, *Droit administratif (Tome I)*, Berne, Staempfli & Cie, 1994.

OFFERLE Michel (dir.), *La société civile en question. Problèmes économiques et sociaux*, Paris, La Documentation française, 2003.

PERALDI-LENEUF Fabienne et DE LA ROSA Stéphane (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, Pedone, 2013.

PIAZZON Thomas, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009.

POIRMEUR Yves et BERNARD Alain (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil [1801]*, Bordeaux, Confluences, 1999.

REMY Dominique, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994.

RIPERT Georges, *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, Paris, Sirey, 1949.

SCHATTSCHEIDER Elmer Eric, *The semisovereign people: A realist's view of democracy in America*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960,

SEARLE John R., *The Construction of Social Reality*, New York, Penguin Books, 1996.

SPIRE Alexis, *Etrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Paris, Grasset, 2005.

SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail [1994]*, 2^{ème} édition, Paris, Presses universitaires de France, 2001.

—, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Le Seuil, 2010.

—, *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

THIBIERGE Catherine (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2014.

TOFFLER Alvin, *The third wave*, New York, Bantam Books, 1980.

TROPER Michel, *La philosophie du droit* [2003], 4^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2015.

VALERY Paul, *Regards sur le monde actuel* [1931], Paris, Gallimard, 1962.

VEDEL Georges et DELVOLVE Pierre, *Droit administratif (Tome I)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

VIANDIER André, *Recherche de légistique comparée*, Berlin, Springer-Verlag, 1988.

WEBER Max, *Le savant et le politique* [1919], traduction française de l'allemand par FREUND Julien, Paris, 10/18, 2012.

—, *Sociologie du droit* [2007], 2^{ème} édition, traduction française de l'allemand par GROSCLAUDE Jacques, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

ZENATI Frédéric, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.

Articles de revue

AGHION Philippe, ASKENAZY Philippe, BOURLES Renaud, CETTE Gilbert et DROMEL Nicolas L., « Distance à la frontière technologique, rigidités de marché, éducation et croissance », *Économie et Statistique*, n° 419-420, août 2006, pp. 11-30.

ALBERTINI Pierre, « La codification et le Parlement », *Actualité juridique du droit administratif*, n° 9, 1997.

BARTOLI Annie, JEANNOT Gilles et LARAT Fabrice, « La simplification des formes et modalités de l'action publique : origines, enjeux et actualité », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, pp. 7-22.

BASSANINI Andrea, NUNZIATA Luca et VENN Danielle, « Job Protection Legislation and Productivity Growth in OECD Countries », *Economic Policy*, n° 58, avril 2009, pp. 349-402.

BATIFFOL Henri, « Le déclin du droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome VIII, 1963, pp. 357-367.

BENHAMOU Yves, « Réflexions sur l'inflation législative », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2303.

BLANCHARD Olivier et GIAVAZZI Francesco, « Macroeconomic Effects Of Regulation And Deregulation In Goods And Labor Markets », *The Quarterly Journal of Economics*, n° 118(3), august 2003, pp. 879-907.

BLANCHARD Olivier, « European unemployment: the evolution of facts and ideas », *Economic Policy*, n° 21(45), 2006, pp. 5-59.

BRAIBANT Guy, « Utilité et difficultés de la codification », *Droits*, n° 24, 1996, pp. 61-72.

BURDEAU Georges, « Essai sur l'évolution de la loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Vol. 9, 1939, pp. 7-55.

—, « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, Tome VIII, 1963.

BUSS Andréas E., « Les rationalités du droit et l'économie dans la sociologie du droit de Max Weber », *Revue Juridique Thémis*, Vol. 39, n° 1, 2005, pp. 111-150.

CAILLOSSE Jacques, « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *Revue française d'administration publique*, n° 105-106, 2003/1, pp. 121-134.

—, « La réforme administrative et la question du droit », *L'Actualité juridique du Droit administratif*, 20 janvier 1989, pp. 3-14.

CAPITANT Henri, « Comment on fait les lois aujourd'hui », *Revue politique et parlementaire*, Vol. 91, 1917, p. 305.

CARBONNIER Jean, « L'inflation des lois », *Revue des sciences morales et politiques*, 1982, n° 4, pp. 687-702.

CARCASSONNE Guy, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 3/ 2005, pp. 39-52.

CARTIER Emmanuel, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, pp. 51-76.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 63-68.

CHEVALLIER Jacques, « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et société*, n° 79, 2011/3, pp. 623-636.

—, « La simplification de l'action publique et la question du droit », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, pp. 205-214.

—, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 1/2002, pp. 103-119.

—, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 57-70.

COLIN Frédéric, « La régulation de la simplification administrative », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, pp. 171-182.

CUTTS Martin, « Clarity in EC legislation. The text of a 28 January 2000 talk by Martin Cutts to the European Commission's Translation Unit », *Clarity*, n° 45, December 2000, pp. 11-12.

DEROSIER Jean-Philippe, « État de droit : du non-sens juridique à l'illusion d'un argument politique », *La revue socialiste*, n° 64, 2016, pp. 49-64.

DOCKES Emmanuel, « Le stroboscope législatif », *Droit social*, n° 9/10, Septembre-Octobre 2005, pp. 835-838.

DU MARAIS Bertrand, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique ? », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, pp. 183-204.

EVEILLARD Gweltaz, « Simplification et intelligibilité du droit », *Revue française de droit administratif*, Juillet-Aout 2013, pp. 713-717.

FLÜCKIGER Alexandre et GRODECKI Stéphane, « La clarté : un nouveau principe constitutionnel ? », *Revue de droit suisse*, Vol. 136, Halbbd. I, 2017, pp. 31-62.

FLÜCKIGER Alexandre, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, pp. 74-78.

FRISON-ROCHE Marie-Anne et BARANES William, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz*, n° 23, 2000, pp. 361-368.

GELEDAN Fabien, « Spectres du Léviathan : l'État à l'épreuve de la simplification administrative (2006-2015) », *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, pp. 33-48.

GLENARD Guillaume, « La conception matérielle de la loi revivifiée », *Revue Française de Droit administratif*, 2005, p. 922.

GRASS Étienne, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *Revue de droit public*, n° 1, 2003, pp. 139-162.

GRIMALDI Michel, « L'exportation du code civil », *Pouvoirs*, n° 107, 2003/4, pp. 80-96.

LAFORE Robert, « La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale », *Informations sociales*, n° 157, 2010/1, pp. 18-27.

HISPALIS Georges, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, pp. 101-115.

LAMOUREUX Sophie, « La codification ou la démocratisation du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 48, 2001/4, pp. 801-824.

LASSERRE-KIESOW Valérie, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *Recueil Dalloz*, n° 14, 2002, pp. 1157-1160.

LE GOFF Jacques, « Faut-il brûler le code du travail ? », *Esprit*, Novembre, 2015/11, pp. 113-117.

LEGRAND Henri-José, « Les accords de maintien de l'emploi : entre deux frontières de la négociation collective ? », *Droit social*, n° 3, mars 2013, pp. 245-249.

LOISEAU Grégoire et DUFRESNE-CASTETS Marie-Laure, « Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ? », *Revue de Droit du Travail*, n° 9, septembre 2015, pp. 499-503.

BOURDEAU Michel, « L'idée d'ordre spontané ou le monde selon Hayek », *Archives de Philosophie*, Tome 77, 2014/4, pp. 663-687.

OUTIN-ADAM Anne et REITA-TRAN Anne-Marie, « Excès et dérives dans l'art de légiférer », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2919-2922.

PARAIN-VIAL Jeanne, « La crise de la notion de loi en biologie et en droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome XXV, 1980, pp. 249-262.

PELISSIER Jean et FAVENNEC-HERY Françoise, « L'interaction entre l'individuel et le collectif », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1508, 10 octobre 2011.

POIRIER Mireille, « Négociation collective : arrêter le massacre. Deuxième partie : La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail », *Le Droit Ouvrier*, n°777, avril 2013, pp. 250-262.

PUNZI Antonio, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Droit et société*, n° 71, 2009/1, pp. 69-92.

SAVATIER René, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Recueil Dalloz*, 1977.

SCHOETTL Jean-Éric, « Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, n° 97, 14 mai 2004.

SOUVIGNET Xavier, « L'accès au droit, Principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, pp. 23-50.

TALLON Denis, « La codification dans le système de *common law* », *Droits*, n° 27, 1998, pp. 39-47.

TERRE François, « La « crise de la loi » », *Archives de philosophie du droit*, Tome XXV, 1980, pp. 17-28.

THIBIERGE Catherine, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2003, p. 599.

VANNEUVILLE Rachel, « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, n° 11, 2009/1, pp. 80-91.

—, « Le chiffre au service du droit ou le droit au service du chiffre ? », *Mots. Les langages du politique*, n° 100, 3/2012, pp. 123-136.

VIANDIER Alain, « La crise de la technique législative », *Droits*, n° 4, 1986.

ZARKA Jean-Claude, « À propos de l'inflation législative », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 660-661.

ZENATI Frédéric, « La nature de la Cour de cassation », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 575, 15 avril 2003.

Articles de presse

« Nul n'est censé comprendre la loi », *Le Canard enchaîné*, 7 janvier 2015.

BALBASTRE Gilles, « Combien de pages valez-vous ? », *Le Monde diplomatique*, Novembre 2014.

BICHOT Jacques, « Droit : pour simplifier le labyrinthe normatif », *Les Échos*, 30 décembre 2014.

DE ROSNAY Joël, « Ce que va changer la révolution informationnelle », *Le Monde diplomatique*, août 1996.

DENOIX DE SAINT-MARC Renaud, « Trop de lois tue la loi », *Journal du Dimanche*, 21 janvier 2001.

DESJARDINS Thierry, « L'insupportable dictature des lois », *Le Figaro*, 10 janvier 2000.

GOAR Matthieu et ROGER Patrick, « Alléger le code du travail : nécessaire à droite, tabou à gauche », *Le Monde*, 16 juin 2015.

JACQUIN Jean-Baptiste, « Le Conseil d'État s'alarme de la logorrhée législative », *Le Monde*, 28 septembre 2016.

KOVACS Stéphane, « Le grand ras-le-bol des élus locaux contre les normes », *Le Figaro*, 24 mars 2015.

MARTIN Didier, « Simplification du droit : comment sortir de l'incantation », *Le Monde*, 23 octobre 2014.

MEPILLAT François et STAGNARA Christine, « Code du travail : quand "l'allègement" complique », *Le Monde*, 23 octobre 2014.

ROHDE Éric, « "Trop de loi tue la loi" ... La jungle législative », *Le Monde*, 24 janvier 2007.

SCIEBERRAS Jean-Christophe, « Notre mille-feuille social est unique au monde », *Les Échos*, 9 septembre 2014.

SUPIOT Alain, « Non, le code du travail n'est pas le problème ! », *Le Monde*, 15 octobre 2014.

TAQUET François, « Simplifier le droit du travail : un travail pharaonique ? », *Le Monde*, 19 mars 2010.

TETREAU Edouard, « Arrêtons le Grand Paris et construisons le Paris-Berlin », *Les Echos*, 12 février 2014.

Rapports

BLANC Étienne, *Assemblée nationale. Débats parlementaires, 3^e séance du mardi 8 avril 2003, Journal officiel du 9 avril 2003.*

COMBREXELLE Jean-Denis, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, Septembre 2015.

Conseil d'analyse économique « Protection de l'emploi, emploi et chômage », *Focus*, n° 3, 2005.

Conseil d'État, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, 2^{ème} édition, Paris, La Documentation Française, 2007.

—, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, 3^{ème} édition, Paris, La Documentation Française, 2017.

—, *Rapport public 1991. De la sécurité juridique*, Paris, La Documentation française, 1992.

—, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation Française, 2006.

—, *Rapport public 2013. Le droit souple*, Paris, La Documentation Française, 2013.

—, *Rapport public 2016. Simplification et qualité du droit*, Paris, La Documentation Française, 2016.

FRANÇOIS Didier, *Consolidation et codification. Simplifier et faciliter l'accès au droit*, Rapport de la Direction de l'information légale et administrative, Septembre 2013.

Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprises*, Rapport, septembre 2015.

LAMBERT Alain et BOULARD Jean-Claude, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, Paris, La Documentation Française, 2013.

LASSERRE Bruno, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Paris, La Documentation Française, 2004.

MANDELKERN Dieudonné, *Commission pour la continuité des Services Publics dans les transports terrestres de voyageurs. Rapport de la commission Mandelkern*, Paris, La Documentation Française, 2002.

OCDE, *Examens de la réforme de la réglementation, la réforme de la réglementation en France*, 2004.

PICQ Jean, *L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde : rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1994.

PORTELLI Hugues et SUEUR Jean-Pierre, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le bilan d'application de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens*.

Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, n° 847, 27 mars 2013.

SAUVE Jean-Marc et DENOIX DE SAINT MARC Renaud, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris, La Documentation Française, 2005.

WARSMANN Jean-Luc, *La simplification du droit au service de la croissance et de l'emploi*, Paris, La Documentation Française, 2011.

—, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Paris, La Documentation Française, 2009.

World Economic Forum, *The Global Competitiveness*, 2015-2016.

—, *The Global Competitiveness*, 2016-2017.

—, *The Global Competitiveness*, 2017-2018.

Thèses

BODIN Marc, *Les notions relatives en droit civil*, thèse de doctorat en Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011.

MARTIN Matthias, *L'annotation des Codes. Etude et comparaison en droits français et monégasque*, thèse de doctorat en Droit, Université de Lorraine, 2013.

Index jurisprudentiel

Cour de cassation

Cour de Cassation, Chambre sociale, 25 février 1998, n° 95-45.171.

Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, décision n° 71-44 DC.

Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, décision n° 82-143 DC.

Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, décision n° 99-421 DC.

Conseil constitutionnel, 21 avril 2005, *Loi relative à l'avenir de l'école*, décision n° 2005-512 DC.

Conseil constitutionnel, 6 février 2015, décision n° 2014-448 QPC relative à l'agression sexuelle commise avec une contrainte morale.

Conseil d'État

Conseil d'État, Assemblée, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460.