

CONSTITUTION ET LEGISLATION

par **Bernard Beignier**,
doyen de la Faculté de droit
de l'Université Toulouse I sciences sociales

Ce dont j'aimerais vous parler aujourd'hui, et pour recadrer le thème qui m'a été confié par Stéphane Mouton avec lequel je travaille depuis de nombreuses années à l'IEJ, c'est du côté du privatiste, la question suivante : est-ce qu'aujourd'hui pour la législation civile, les choses ont profondément changé depuis ces dernières années, et est-ce que ce qui a été fixé dans la constitution de 1958 est respecté au regard de l'édiction de ce qui est aujourd'hui le droit privé ?

Les choses étant ce qu'elles sont au jour où je vous parle, on pourrait commencer par poser une question. Pour un juriste de droit privé, le Parlement est-il une nécessité aujourd'hui en France (avec les pouvoirs que lui octroie la constitution, article 34 etc.) ? Pour vous répondre, je prendrai une image. Si l'on estime qu'il est indispensable à l'armée française d'avoir le régiment de cavalerie de la garde républicaine, alors évidemment le Parlement est nécessaire. Parce que, pour un privatiste, il ne sert strictement à plus rien. Il ne sert à rien pour une raison très simple. Le code civil depuis cette année pratiquement lui échappe. Cela est tout de même une grande nouveauté. Le fait que désormais les grandes lois civiles ne soient plus des lois mais des ordonnances, ce qui a suscité des émotions chez mes collègues de droit privé, le fait que malgré tout, la dernière loi de droit privé voté le 21 février dernier sur un point capital du code civil l'ait été en trois séances et que les travaux préparatoires se résument exactement à quinze pages démontre indubitablement que la loi privée n'est plus élaborée telle que les constituants l'avaient envisagé.

Cela change considérablement la donne car on peut dire aujourd'hui que le bon droit échappe au Parlement, alors qu'en revanche, contraint et forcé, on l'oblige plus ou moins à produire cette masse adipeuse qu'est le mauvais droit. Parce que dans les plaintes

des juristes contemporains, à savoir, « le bon droit du temps jadis, le droit que lisait Stendhal, il n'y a plus rien, tout est perdu... », il faut faire bien sûr le tri. Il y a encore un droit écrit français très solide et très clair mais ce bon droit, ce droit clair, ce droit efficient, quotidien, n'est plus le produit du Parlement. En revanche, le malheureux Parlement est plus ou moins contraint de voter des lois qui sont techniquement tellement complexes qu'on les écarte très rapidement, ou phénomène très nouveau et qui a été illustré très récemment, on a dans une série de codes des textes qui ne sont pas appliqués volontairement et qui ne le seront probablement jamais. D'où la confusion entre ce bon droit et ce mauvais droit.

I - Le bon droit

Le Parlement a eu des méthodes qui ont beaucoup évolué ces dernières années et il me semble qu'il faut voir véritablement les choses en face : le droit français est un droit qui est décidé par le gouvernement, qui certes est voté, plus exactement, je trouve que le terme qui convient le mieux est « approuvé par le Parlement », mais qui est de moins en moins discuté par le Parlement.

Il y a à cela différentes raisons, mais il y a aussi le fait que la loi aujourd'hui pour un privatiste, la loi est quelque chose de très relatif. La loi peut être écartée très facilement par le jeu du fameux article 55 de la constitution, et cet article 55 est véritablement l'article qui permet de dire qu'en 1975 les juges ont reconquis un vrai pouvoir, alors que la constitution ne leur reconnaît qu'une « autorité ». On a donc une loi dictée d'un côté, une loi écartée de l'autre...

A - La loi dictée au Parlement

Cette loi qui est dictée au Parlement, elle l'est traditionnellement par les projets de loi du gouvernement et ce n'est pas pour rien que la semaine dernière dans les revues de droit mais également dans la grande presse, le vice-président du Conseil d'Etat a répondu à une interview extrêmement méticuleuse sur le fait qu'il faudrait véritablement, si on veut dominer cette inflation législative dont on parle depuis une vingtaine d'années, modifier profondément en amont la façon dont la loi est rédigée. On voit bien, quand on lit entre les lignes, que le souhait est au fond de revenir plus ou moins à la constitution de l'an VIII, avec un rôle déterminant du Conseil d'Etat qui était le rédacteur véritablement des textes et d'ailleurs cela s'est traduit par cette petite querelle entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation : qui allait organiser les cérémonies du bicentenaire du code civil : est-ce que c'était la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat ? Il faut reconnaître que, sur le terrain de la paternité légitime, c'est plutôt

Constitution et législation

le conseil d'Etat qui aurait dû le faire, plus que la Cour de cassation qui détient plutôt une paternité adoptive.

Il est probable que dans l'avenir l'une des modifications possibles de la constitution serait de renforcer le rôle du Conseil d'Etat dans la rédaction des textes. Et l'une des solutions serait aussi d'imposer un véritable parcours législatif en amont en interdisant purement et simplement à des ministères techniques de faire ce pour quoi ils n'ont pas la technique, c'est-à-dire le droit, qui est un véritable fléau contemporain. Alors ce qui est en train d'apparaître pour le droit privé, c'est le rôle de la Chancellerie depuis quelques années. La Chancellerie, il faut bien le dire, avait abandonné toute prise sur le droit privé, il y a une quinzaine d'années. Ce n'est plus le cas aujourd'hui ! Pour ce qui est du droit privé, et cela tient aussi à des personnes, et notamment ici l'actuel directeur des affaires civiles et du Sceau, la Chancellerie a entrepris de rédiger et d'avoir la haute main sur tous les textes de droit privé et tous les textes de droit pénal. C'est une nouveauté, mais qui a des effets immédiats sur la façon dont ces textes sont encore ensuite suivis.

Je prends un exemple très simple : le 21 février dernier, le Parlement a réformé le droit des successions. Le droit des successions dans le code napoléon pratiquement n'avait guère évolué depuis le code de 1804. Et c'est une question qui touche quotidiennement les Français. Dire à un Français que les successions emportent le paiement des dettes du défunt ou pas est une question qui ne suscite peut-être pas de manifestations dans les rues mais qui touche absolument tout le monde. Il y avait un projet de loi qui était dans les tiroirs de la Chancellerie depuis vingt ans ! On se demandait pourquoi ce projet ne sortait pas. Il y a deux explications qui doivent susciter la réflexion de ceux qui se penchent sur le fonctionnement des institutions. Tout d'abord le droit civil aujourd'hui n'est pas payant en matière d'élection. Une réforme en droit civil laisse de marbre l'électorat. On peut le discuter d'ailleurs. Je pense en réalité qu'un gouvernement intelligent pourrait présenter les choses de façon favorable, mais enfin on estime que cela ne touche pas la population. Il y a ensuite un deuxième problème : défendre un tel texte au Parlement suppose que le garde des Sceaux ait fait un minimum d'étude de droit qui dépasse l'examen du permis de conduire.

Effectivement défendre au Parlement des textes de techniques juridiques civils est un exercice tellement délicat qu'un certain nombre de gardes des Sceaux y ont renoncé.

Alors quelle est la technique de la chancellerie ? Elle est très simple. Elle consiste à réunir des groupes de travail pour que le texte soit parfaitement ficelé, et lorsque le texte l'est, et de point de vue là

les professeurs de droit ont reconquis une place indubitable à la Chancellerie, eh bien ! il y a deux solutions qui sont prises. Soit on se débrouille pour faire passer le texte tambour battant en priant la majorité en place de ne déposer aucun amendement, et cela a été le cas de la réforme des successions adoptée en trois séances le 21 février dernier ; soit et cela est une technique nouvelle, les réformes se font par voie d'ordonnances. A titre d'exemple, on a réformé tout le droit de la filiation par une ordonnance du 4 juillet 2005. Cette réforme n'est pas neutre, car elle a supprimé totalement la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle, notion qui était connue du droit depuis le droit romain et qui emporte pour une société évidemment des marques très importantes. C'est une ordonnance qui a supprimé purement et simplement cette distinction. De même, le 23 mars 2006, ce sont donc des questions de grande actualité, on a réformé entièrement le livre IV du code civil par une réforme très ambitieuse des sûretés, qui ressortent totalement bouleversées et renouvelées sans passer par le Parlement. Il y a actuellement un projet, une offre de loi rédigée par un ensemble de vingt professeurs de droit privé, une réforme sur le livre III relatif au droit des obligations ; il n'est pas exclu que ce texte passe par la voie d'une ordonnance générale avec toutes les conséquences que cela suppose.

Faut-il regretter cela, car finalement ce n'est pas le fonctionnement normal de la constitution ?

Beaucoup de professeurs de droit privé le regrettent. Personnellement je l'approuve sans aucune réserve. Quand on voit les travaux préparatoires de la réforme des successions du 21 février dernier, quinze pages avec des discours d'une platitude exemplaire, quelques amendements qui ont été retenus et qui aboutissent à des choses extravagantes. Par exemple le projet de loi permet à une personne mise sous tutelle de faire un testament dans des cas particuliers avec une autorisation du juge, et le projet de loi restreignait cela aux testaments par voie notariale. Naturellement un député a trouvé intelligent d'admettre aussi le testament par voie olographe avec toutes les conséquences qui en découlent. Et bien quand on voit qu'en réalité le travail de droit privé n'est plus possible dans une assemblée telle qu'elle est aujourd'hui composée, il faut se féliciter du recours aux ordonnances. Alors bien sûr cela a des effets parfois un peu curieux. Une ordonnance du 19 décembre 2005 a pratiquement rajouté un livre complet au code civil uniquement consacré à l'île de Mayotte. On peut s'interroger sur le bien fondé d'un livre entier du code civil pour l'île de Mayotte d'autant plus qu'il n'y a pas d'annexes pour préciser aux lecteurs où se trouve Mayotte

Constitution et législation

ce qui est le problème essentiel de celui qui consulte cette ordonnance...

Deuxième remarque : le Parlement fonctionne aujourd'hui avec des techniques nouvelles. Les missions parlementaires. C'est là quelque chose de très intéressant. Ces missions parlementaires sont des missions importantes, on l'a vu lors de l'adoption de la loi du 22 avril 2005 sur la fin de vie dont les décrets d'application du 6 février dernier viennent de paraître. Il s'agissait d'un vrai problème de société : allait-on avoir en France ou non une loi autorisant l'euthanasie ? Voilà une question qui touche absolument tout le monde et qui passionne tout le monde car elle nous touche absolument tous. Le président de l'Assemblée nationale a fait plancher pendant une année entière ces missions, plus de 125 personnes différentes venant d'horizons extrêmement divers pour savoir ce qu'il fallait faire ! Au bout du parcours cela a donné une proposition de loi adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale. Mais on voit bien que le Parlement a utilisé une technique pour avoir un relais avec la « société civile » pour décanter les passions d'une part, mais aussi avoir un texte qui puisse faire l'unanimité. Et cette technique des missions parlementaires qui a été reprise à propos de la loi sur les rapatriés qui aurait pu l'être pour des choses tout à fait nouvelles...

Ce sont les deux points qu'il faut retenir : le rôle prédominant désormais de la Chancellerie en droit privé et les modifications du travail parlementaire.

B - Deuxième élément : la loi écartée

Pour un privatiste au fond, la loi se fait aujourd'hui à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. L'article 55, je ne vous en parlerai pas car vous savez quel est son rôle. Vous savez que l'interprétation que lui a donnée la Cour de cassation peut être radicalement contestée, parce que fondamentalement ce texte n'était pas prévu pour cela. Mais il n'en demeure pas moins que dans un pays qui ratifie un traité tous les deux jours, les juges ont donc des instruments internationaux qui leur permettent de faire absolument ce qu'ils veulent en matière de droit interne. Alors, les exemples que l'on pourrait citer sont extrêmement nombreux. Je me contenterai d'en donner deux très récents, de janvier dernier et il y a une semaine.

Vous connaissez la jurisprudence dite « Perruche » à propos de l'indemnisation des personnes handicapées. Et bien le Parlement a voté une loi, ou plus exactement par voie d'amendement, l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2005 sur les malades a voulu casser cette jurisprudence. Et bien le 28 janvier dernier, se fondant sur un arrêt de

la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a refusé d'appliquer cette loi à des instances qui étaient pendantes. Certes elle compte bien l'appliquer par la suite. Mais elle a bien démontré que c'est elle qui entendait fixer la donne, et elle a clairement dit au Parlement que la loi qui avait été votée et qui sur un fondement éthique est certainement préférable à la jurisprudence « Perruche », comme cette loi éthique n'avait pas été suivie de la formation d'un fond d'indemnisation, eh bien ! elle n'en tiendrait pas compte.

De même, vous avez entendu parler d'un rapport déposé par le Parlement à la suite d'une mission d'étude sur la famille sur la question de l'homoparentalité, il y a dix jours la Cour de cassation a rendu un arrêt ou clairement, appliquant des dispositions générales du code civil, elle a entendu écarter ce rapport et faire le droit elle-même par le biais de la jurisprudence.

On pourrait multiplier les exemples, et cela est un élément que je livre à votre réflexion. On enseigne classiquement que le Parlement peut tenir tête à la jurisprudence en brisant une jurisprudence. Bien sûr, c'est toujours formellement possible, mais en réalité, et cela est très nouveau, les juges ont la faculté de résister à des lois brisant leur jurisprudence, ce qui n'existait évidemment pas encore du tout il y a quelques années.

Deuxième élément sur lequel je souhaite attirer votre attention : c'est le mauvais droit. Et encore une fois, dans mon propos, il ne s'agit pas de dire que tout est mauvais. Ce propos catastrophique consistant à dire que nous avons perdu le beau droit d'antan, me paraît très largement inexact. L'ordonnance dont j'ai parlé relative à la filiation est un exemple du beau droit dans toute sa splendeur. Mais à côté de cela il existe effectivement un très mauvais droit. Quel est ce mauvais droit ?

II - Le mauvais droit

Et bien c'est d'une part la loi que je qualifierais d'obèse et d'autre part la loi que je qualifierais comme la loi improvisée.

A - La loi obèse

Cassons une idée souvent répétée dans les amphithéâtres de droit. Il y a beaucoup plus de droit et de lois qu'autrefois. On croule sous le nombre de lois. On ne sait plus quoi en faire ! D'abord, vous savez que dans la fameuse constitution Tanta qui promulgue le *Digeste* Justinien se plaint déjà de l'inflation législative. Donc ce n'est pas complètement nouveau. D'autre part, c'est faux. Il n'y a pas tellement plus de lois qu'autrefois. Un peu plus peut-être mais sensiblement, le

Constitution et législation

Parlement ne vote pas tellement pas plus de lois que dans les années 1960. On a fait le calcul récemment, peut-être une dizaine de plus. Donc le chiffre est à peu près stable.

Ce qui a énormément changé, et d'ailleurs la remarque que je vais vous faire, explique la première, c'est que les lois sont devenues énormes. Si vous prenez les lois des années 1960 à 1980, publiées définitivement au *Journal officiel*, elles se composent de quelques pages. Aujourd'hui, il y a en moyenne une trentaine de pages, voire plus ! La loi a dérivé vers une confusion entre la loi et le règlement (c'est un lieu commun que connaissent les constitutionnalistes), mais non seulement il y a cette confusion, mais la loi entend régir de façon extrêmement méticuleuse, y compris ce qui relève de son domaine. Alors on a ce phénomène qui est tout à fait neuf. Que la loi n'est pas été comprise par le citoyen ordinaire, cela a toujours existé : « Nemo censetur... » est une fiction. Mais ce qui est nouveau, c'est que le juriste lui-même ne comprend plus la loi. Alors le résultat en est que l'on vote des lois pour rassurer la population : on leur dit « vous voyez, on colle à vos désirs et on fait des lois très précises et très protectrices ! ». Mais dans la mesure où plus personne ne comprend plus ces lois, on les met complètement de côté.

Pour prendre un exemple qui est dans le vif de la contestation présente. On nous dit qu'il faut défendre le code du travail. Au fond on est tous d'accord pour défendre les principes de bases du code du travail français. Quand vous allez en Suisse, pays où le problème du chômage ne se pose pas vraiment, la loi helvétique sur le travail comporte trente-quatre pages. Evidemment, je vais vous citer le cas qui m'est cher de la Principauté d'Andorre, où la loi sur le travail comporte une page, et les dispositions sur le licenciement, deux articles. Mais en réalité, dans le code du travail français, il y a deux tiers qui n'ont jamais été appliqués. Un exemple très simple : la loi sur la modernisation sociale, votée sous le précédent gouvernement, qui est une loi votée très lourde, qui a donné lieu à des interprétations du Conseil constitutionnel notamment, n'a jamais été appliquée, et ne le sera probablement jamais parce qu'elle est tellement complexe à mettre en œuvre que dans la vie quotidienne on utilise les textes de droit commun. Il en va de même à propos de la réforme de l'urbanisation et de la loi SRU...

On pourrait citer quantité d'exemples où la loi entre tellement dans le détail que ce sont les juristes eux-mêmes qui l'écartent pour en réalité se contenter de la loi plus claire et plus applicable immédiatement. Je ne parle pas du cas très récent évidemment de la promulgation avec suspension immédiate qui a fait faire un progrès considérable à la science constitutionnelle.

Mais cette masse lourde de ce droit confus, incompréhensible, bizarre, dangereux parce qu'en réalité pour un privatiste, la pire des choses, c'est l'arrivée de la convention européenne des droits de l'homme qui permet d'écarter telles ou telles dispositions, fait que nous avons aujourd'hui un droit commun solide, cohérent, où l'on se retrouve, et un droit spécial touffu, énorme, qui est une sorte de savane dans laquelle personne ne s'aventure et qui donne une fausse perspective du droit français. Et en cela, personnellement, je suis de ceux qui veulent que l'on retrouve l'application pure de la constitution de 1958 qui au fond n'est que l'écho de ce que disais Portalis dans le discours préliminaire : « La loi doit fixer des principes ». Actuellement, la loi française ne fixant plus de principes, et bien ces principes, on va les chercher dans les traités internationaux ; et vous comprendrez que cela n'est pas une solution tout à fait satisfaisante.

B - Les lois improvisées

Il y a ensuite des lois improvisées. Cela est encore un véritable fléau qui tient pour vous publicistes à ce qui à mon sens est un désastre : la cohabitation et les alternances précipitées. Il n'y a plus de cohérence ! La loi improvisée tient à ce que de temps en temps le gouvernement en place se dit : « il faut faire plaisir au Parlement (et nous avons des déclarations fréquentes), il faut laisser passer une proposition de loi ». S'il y avait une réforme à faire dans la constitution, ce serait de supprimer ces catastrophiques propositions de lois. Car la proposition de loi, c'est une improvisation totale sur des sujets brûlants d'actualité souvent, donc qui captent l'attention du public et on peut à partir de là faire à peu près n'importe quoi. Je vous en donnerai trois exemples :

Premier exemple : Une loi voulue de manière sympathique pour une étudiante de notre maison. C'est la loi sur le nom de famille, plus exactement, l'ex nom patronymique. Il se trouve que le député qui a proposé la réforme du nom, et là encore il s'agit ici de quelque chose de sensible qui touche en profondeur chaque famille ! la famille a deux filles, et avec un raisonnement profondément machiste, il a estimé et pardonnez-moi mesdames, je ne partage pas ce point de vue, que c'était une punition du ciel de ne pas avoir de fils ; et que son nom ne se transmettrait pas ainsi. Eh bien ! on a déposé une proposition de loi pour que le nom puisse être transmissible. Je vous invite vivement à aller sur Légifrance et à suivre la suite du feuilleton, pour savoir que cette loi a été réformée trois fois avant sa mise en vigueur, et la circulaire finale d'application qui a quand même dit que pour les noms de noblesse, et il y a bien sûr beaucoup de mariage

Constitution et législation

entre grandes familles de France, on allait utiliser le point virgule. Et il faudra modifier d'urgence les cartes d'étudiants dans la maison car les noms vont devenir d'une titulature effrayante. Je ne parle pas des officiers d'état civil qui ne savent pas comment cette loi sera appliquée.

Deuxième exemple : le PACS. Vous savez le délire qui a frappé brutalement le Parlement pour régler des questions tout à fait pratiques pour des couples de même sexe. On eut un premier PACS extraordinaire entre M. Michel et M. Boutin. Evidemment tous deux sont à l'origine de ce texte effroyable final, et je me suis permis de donner un article, si on avait pris ce qui avait été dit lors du vote au Parlement du PACS initial, et si ce qui avait été dit au regard de ce qui avait été mis dans une copie de quatrième année, il est évident que nos deux députés auraient été recalés nets avec une note rédhitoire. Résultat : par le biais de la Chancellerie le PACS a été complètement réformé le 21 février dernier.

Dernier exemple : la loi sur les rapatriés qui vient d'un amendement qui a suscité les difficultés politiques que vous savez, alors même que cet amendement d'ailleurs n'est que la réplique pure et simple d'un texte déjà existant (mais il faut dire que la loi Gayssot provient de la même méthode) ; et donc on a un droit qui est extrêmement flottant et extrêmement improvisé.

Ces éléments nuisent à mon avis beaucoup à l'image de marque du Parlement, en particulier vis-à-vis des privatistes ; au fond ce sont ces lois dont on parle et dont on ne sait pas quoi faire, des lois « traficotées », et dont il est facile à un professeur de démontrer qu'elles ont été rédigées par des gens dont la culture juridique est à peu près nulle.

Alors le bilan de tout cela pourrait être très noir, nous invitant à dire qu'il faut changer de constitution et abolir purement et simplement le Parlement ! La solution en réalité est à mon sens ailleurs. Il faut redonner véritablement au Parlement la mission qui est la sienne au regard de la constitution. Mais il faut d'urgence réformer son règlement dont on a pu dire qu'il était la « constitution bis » pour qu'il fonctionne d'une manière différente. J'aime beaucoup la garde républicaine mais pour tout vous dire je pense qu'il est bon pour la défense du pays qu'il y ait à côté des régiments peut-être moins clinquants mais plus efficaces.