

## Sécuriser le droit pour mieux gouverner les conduites : les enjeux sociopolitiques de la promotion contemporaine de la sécurité juridique

### Tightening Up the Law to Improve Control of Conduct: Socio-political Issues in the Contemporary Promotion of Legal Certainty

Rachel Vanneuville

Volume 5, numéro 2, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1039101ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1039101ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Centre d'études en gouvernance de l'Université d'Ottawa

ISSN

1912-0362 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Vanneuville, R. (2008). Sécuriser le droit pour mieux gouverner les conduites : les enjeux sociopolitiques de la promotion contemporaine de la sécurité juridique. *Revue Gouvernance / Governance Review*, 5(2).  
<https://doi.org/10.7202/1039101ar>

Résumé de l'article

Dans le troisième article, intitulé « Sécuriser le droit pour mieux gouverner les conduites : les enjeux sociopolitiques de la promotion contemporaine de la sécurité juridique », Rachel Vanneuville (CERAPS-CNRS, Université de Lille) propose dans un premier temps de montrer que le formatage de la question de l'insécurité juridique a conduit à mettre l'activité des juges au cœur de la remise en ordre du droit (I). Nous nous attacherons ensuite aux usages juridictionnels de la sécurité juridique pour saisir comment elle sert à justifier un contrôle accru des juges sur la production législative, comment également elle alimente une revendication à « gouverner » le droit qui confie à ces derniers un rôle sociopolitique étendu (II). Ces transformations, accompagnées d'efforts destinés à les mettre en forme démocratique, portent ainsi à interroger plus largement la redéfinition des lieux et modes de régulation des conduites sociales qui s'y joue.

## Sécuriser le droit pour mieux gouverner les conduites : les enjeux sociopolitiques de la promotion contemporaine de la sécurité juridique

Vol.5, No. 2, novembre 2008, Page 36

**Rachel Vanneuville**

Constatant une montée en puissance de la notion de sécurité juridique dans les débats juridiques français, l'auteur montre comment celle-ci nourrit une revendication des professionnels du droit, notamment des juges, à participer de façon accrue à l'exercice du gouvernement. L'urgence qu'il y aurait aujourd'hui à « sécuriser » le droit autorise en effet les juges (constitutionnel, administratif, judiciaire) à étoffer leur contrôle sur le Parlement et à revendiquer une pleine reconnaissance de leur pouvoir normatif. Ceci contribue à accroître le rôle des juges dans la production des normes, rôle dont ils s'attachent aussi à promouvoir la légitimité démocratique.

Depuis une quinzaine d'années s'épanouit, chez les professionnels du droit<sup>1</sup>, le thème de la sécurité juridique. Selon le diagnostic unanimement établi, la prolifération et la dégradation qualitative des textes juridiques comme la multiplication et la dispersion de leurs lieux de production engendreraient une complexification croissante du droit au point qu'il serait aujourd'hui devenu un facteur d'insécurité socio-économique, rompant alors avec sa mission : rendre la société gouvernable. C'est à partir de ce « constat » qu'une attention soutenue à la notion de sécurité juridique s'est développée dans la doctrine juridique pendant qu'elle connaissait une intégration progressive dans la jurisprudence des juges français - judiciaire, administratif et constitutionnel. Présentée comme le remède à ce « désordre normatif »<sup>2</sup>, la sécurité juridique « implique que la clarté des règles et des institutions juridiques, leur transparence et leur sobriété doivent permettre au citoyen de mener sa 'vie juridique' de manière assurée et confiante. Sécurité de l'orientation juridique des citoyens, prévisibilité et praticabilité des règles sont les objectifs poursuivis »<sup>3</sup>.

Pour de nombreux juristes, la sécurité s'impose alors comme la notion à partir de laquelle il convient de penser l'élaboration et l'application du droit, démarche qui vise plus largement, ainsi que nous en faisons ici l'hypothèse, à restaurer le droit dans son rôle d'instrument de direction des conduites humaines. Le développement de la thématique de la sécurité juridique peut en effet être appréhendé sous l'angle d'une entreprise de réhabilitation du droit comme outil de gouvernement et, corrélativement, de promotion des juges (constitutionnel, administratif et civil) comme acteurs centraux de la production normative. En d'autres termes, la montée en puissance de la notion de sécurité juridique alimenterait une redéfinition - d'aucuns parlent de subversion<sup>4</sup> - du mode de production des normes juridiques où la scène juridictionnelle serait au premier plan.

Il s'agira dans un premier temps de montrer que le formatage de la question de l'insécurité juridique a conduit à mettre l'activité des juges au cœur de la remise en ordre du droit. Nous nous attacherons ensuite aux usages juridictionnels de la sécurité juridique pour saisir comment elle sert à justifier un contrôle accru des juges sur la production législative, comment également elle alimente une revendication à « gouverner » le droit qui confie à ces derniers un rôle sociopolitique étendu. Ces transformations, accompagnées d'efforts destinés à les mettre en

forme démocratique, portent ainsi à interroger plus largement la redéfinition des lieux et modes de régulation des conduites sociales qui s'y joue.

## *L'insécurité du droit : un « problème » politique requérant des solutions juridiques*

Si la question de l'insécurité du droit semble *a priori* une question d'ordre technique intéressant avant tout les juristes, elle a cependant progressivement acquis le statut de problème « politique », dans une double acception de ce terme : elle est devenue à la fois un problème public (1), ainsi qu'un problème généré par les - mauvaises - pratiques politiques (2). La dénonciation des moeurs politiques qui perfuse les discours des juristes autorise alors ces derniers, et notamment les juges, à s'appropriier l'énoncé et la mise en œuvre des solutions (3).

### 1. Quand l'insécurité juridique fait problème

La construction progressive du thème de la sécurité juridique en problème public s'est opérée tant par son appropriation par des acteurs extérieurs à l'univers juridique (hommes politiques, fonctionnaires...) que par sa mise en forme discursive. Un acteur apparaît central dans cette construction : le Conseil d'Etat. Le Rapport qu'il publie en 1991<sup>5</sup>, consacré au développement de l'insécurité du droit, est en effet devenu une référence majeure sur la question. Il a contribué à donner de l'ampleur à la thématique tout en la formatant.

Ayant pour vocation d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur des problèmes et à formuler des recommandations, ce rapport a ainsi été relayé tant dans l'administration<sup>6</sup> que dans le monde politique, comme en témoignent les interventions publiques des présidents des assemblées parlementaires et du Président de la République<sup>7</sup>. Plus largement d'ailleurs, la thématique de l'insécurité juridique fait l'objet d'une diffusion médiatique : « Trop de lois tuent la loi » (*Libération*, 13/7/1994), « Les Français n'aiment pas la règle » (*Le Figaro*, 30/6/2001) ; « Nous sommes intoxiqués par la loi » (*Le Point*, 16 mars 2006)... Sans pouvoir s'attarder ici sur les modalités concrètes de la construction de l'insécurité juridique comme problème public<sup>8</sup>, force est de constater qu'un ensemble de discours convergents, transcendant disciplines juridiques et clivages politiques, émanant de personnalités et d'institutions à la parole autorisée, a contribué à mettre à l'agenda politique la question de l'insécurité juridique<sup>9</sup>.

L'importance acquise par cette question doit être reliée à sa problématisation en termes de fléau qui menacerait la paix et l'ordre socio-économiques. Si la « complexité croissante [du] droit constitue une préoccupation constante des citoyens, des élus locaux, des entreprises [...] et des juristes » écrivent les membres du Conseil d'Etat, c'est en effet parce que ses conséquences seraient profondément délétères<sup>10</sup>. Les maux générés par l'insécurité juridique, tels qu'ils sont incessamment déclinés dans les discours à la suite du Rapport public 1991, peuvent se résumer ainsi : elle constituerait un danger pour les citoyens qui se perdraient dans le dédale des textes, ne seraient pas assurés de la stabilité des règles et verraient une « fracture juridique » se creuser entre « une partie de la population [qui] se trouve marginalisée par un droit devenu trop complexe, [et] d'autres acteurs [qui] s'accommodent de la complexité, voire l'exploitent à leur profit »<sup>11</sup> ; le danger serait tout aussi préoccupant s'agissant des opérateurs économiques pour lesquels la profusion et l'instabilité des règles engendreraient des coûts financiers importants et nuiraient aux stratégies d'investissement; l'insécurité juridique contribuerait également à décrédibiliser les autorités publiques et en particulier le Parlement qui serait incapable de produire des lois de qualité; *last but not least*, elle mettrait en cause le rôle de la France dans l'économie mondiale en amoindissant son attractivité. A ce titre, le premier rapport de la Banque mondiale, *Doing Business 2004*, qui critique le manque d'attractivité économique du droit français, a favorisé la dramatisation de la question : c'est l'image même de la France dans le monde qui serait ternie, alors que son système juridique aurait jusqu'alors été un modèle pour de nombreuses nations<sup>12</sup>.

La gravité des maux imputés au désordre normatif donne ainsi à voir l'importance de la menace sociale qu'il ferait peser sur le pays : la « paralysie des institutions et de la société » en serait l'horizon immédiat<sup>13</sup>. L'insécurité juridique relèverait donc bien d'un problème éminemment politique puisque c'est le fonctionnement même de la démocratie qu'elle mettrait en jeu. Mais le problème serait également « politique » dans une autre acception du terme, qui renvoie cette fois aux pratiques politiques.

## 2. Les causes « pathogènes » de l'insécurité juridique

L'exposition des causes de la dégradation de l'appareil normatif, récurrente dans les discours des juristes, constitue un préliminaire nécessaire à l'offre de solutions. Parmi ces causes, certaines sont présentées d'emblée comme « inéluctables »<sup>14</sup> : développement de l'Etat providence, progrès scientifico-techniques, libéralisation des marchés, mouvements de déconcentration et décentralisation, développement des droits international et communautaire. Autrement dit, la multiplication des règles aurait en partie été engendrée par des mutations socio-politiques générales et, dans ce cadre, elle serait nécessaire pour continuer à réguler une société plus complexe. A ces causes « inéluctables » sont cependant opposées des causes « sociologiques et politiques », qualifiées de « pathogènes »<sup>15</sup>. « [A]lors que les règles sont bien déterminées, écrit le conseiller d'Etat Bernard Stirn, elles sont contournées par l'adoption de textes sans portée normative, par l'empiétement de la loi sur le domaine réglementaire, par le recours aux ordonnances sur une échelle qui rappelle le temps que l'on croyait révolu des décrets-lois. [...] Derrière l'ordre apparent d'une hiérarchie des normes réfléchi et précisée, le désordre normatif s'installe et s'aggrave »<sup>16</sup>. En soi, l'édifice juridique serait donc clair et rigoureux : si le désordre s'est installé, la faute en incomberait aux pratiques politiques. Telle que présentée dans les discours juridiques, la vie politique française est en effet réduite au constat d'une emprise de l'opinion publique sur les hommes politiques, *via* les médias. Soumis à l'impératif communicationnel, ministres et élus cèderaient à la pression émanant des « milieux professionnels et de l'opinion »<sup>17</sup> en proposant des lois « à la hâte » et dans « l'urgence ». S'y ajouterait le cumul du « fait majoritaire » et du « parlementarisme rationalisé » qui rendrait difficile la discussion entre opposition et majorité et se solderait par des lois à rallonge traduisant l'absence de consensus politique. L'alternance politique répétée et l'instabilité ministérielle accentueraient le phénomène. En d'autres termes, la dégradation de l'appareil normatif serait surtout celle de l'appareil législatif, ce qu'illustrent les qualificatifs attribués à la loi, décrite comme bavarde, verbeuse, versatile, futile...<sup>18</sup>.

En revenant sur un thème déjà traité - fait inédit mais justifié par « l'aggravation du problème »<sup>19</sup> - et en désignant les pratiques politiques comme les principales sources de cette dégénérescence, le Rapport 2006 du Conseil d'Etat indique alors non seulement qu'il y a urgence à trouver des solutions mais qu'il faut aussi le faire en quelque sorte « contre », ou à tout le moins « sans », les autorités politiques.

## 3. Les juristes, pourvoyeurs de sécurité

La vision de la vie politique charriée par nombre de juristes renvoie certainement à ce que les sociologues Jacques Commaille et Pierre Lascombes nomment la critique juridique « par essence » formulée à l'encontre du politique : à une raison juridique porteuse d'universalité et de neutralité, les hommes politiques ne pourraient opposer qu'un travail pragmatique, sectoriel et contingent<sup>20</sup>. En d'autres termes, il semble que c'est à promouvoir le droit comme raison politique que les professionnels du droit s'attellent ici : il ne s'agit pas en effet de mettre au ban la loi mais bien de s'attacher à lui redonner tout son lustre. La dénonciation de l'impuissance des pouvoirs publics à remédier au désordre normatif constitue ainsi un argument qui permet aux professionnels du droit de s'approprier l'énoncé des solutions au « problème » : si la « pérennisation de leur magistère »<sup>21</sup> semble en jeu dans cette appropriation, elle conduit aussi à promouvoir la figure du juge.

L'exigence de mise en ordre du droit contenue dans l'injonction sécuritaire « n'a pas une fonction seulement instrumentale, visant à un bon usage et à une meilleure efficacité de la norme juridique, mais [elle a aussi une fonction] symbolique : elle est en fait inséparable du jeu de croyances sans lequel le droit n'est rien »<sup>22</sup>. Or, s'il est un enjeu important des discours étudiés, c'est bien celui de la restauration de la valeur sociale du droit. C'est en faisant état de leur inquiétude - « Le déclin de la sécurité juridique signe celui du droit »<sup>23</sup> - que les professionnels du droit se mobilisent autour de la sécurité juridique, celle-ci apparaissant « comme la dernière branche à laquelle s'accroch[er] pour permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne »<sup>24</sup>. La sécurisation du droit est ainsi érigée en « prescription normative »<sup>25</sup>, contribuant à imposer la sécurité comme la norme à l'aune de laquelle doit se penser le droit contemporain, tant dans son rôle social que dans son mode de production<sup>26</sup>. Pour le dire autrement, la thématique de la sécurité juridique favorise une mobilisation des juristes dans une entreprise de restauration de l'autorité sociale du droit, qui se manifeste d'ailleurs par des appels à l'union de ses professionnels<sup>27</sup>.

Elle le permet d'autant mieux que produire de la sécurité serait le cœur du métier de juriste. On peut comprendre en ce sens la fréquence de l'affirmation selon laquelle l'expression « sécurité juridique » serait en quelque sorte tautologique<sup>28</sup>. C'est d'ailleurs pourquoi l'intégration formelle de la sécurité juridique comme principe du droit était rejetée par une partie de la doctrine car redondante et inutile. Pour autant, par l'arrêt *Société KPMG et autres* du 24 mars 2006, le Conseil d'Etat a fait accéder la sécurité juridique au rang de principe général du droit<sup>29</sup>, dans une décision qui s'apparente clairement à un « coup »<sup>30</sup> destiné à forcer l'intégration de la sécurité juridique dans le droit positif :

- cette décision est prise dans la foulée de la publication du Rapport public 2006 du Conseil d'Etat qui préconisait la reconnaissance formelle du principe de sécurité juridique, indiquant clairement que l'institution avait préparé le terrain;
- contrairement au mode de faire habituel qui consiste à proposer une innovation jurisprudentielle en différant son application, l'institution juridicise le principe et le met en oeuvre immédiatement;
- la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement masque assez difficilement le « bricolage » interprétatif auquel il a été procédé pour tirer la décision dans le sens d'une reconnaissance du principe de sécurité juridique<sup>31</sup>;
- enfin, les commentaires de l'arrêt - largement orientés par les membres du Conseil eux-mêmes - en rappelant l'état de dégradation de l'appareil normatif et l'immobilisme des autorités politiques à ce sujet, contribuent à saluer la responsabilité dont fait preuve le juge en s'emparant du problème<sup>32</sup>.

Cette incorporation formelle de la sécurité juridique marque ainsi à la fois la pleine appropriation, par les professionnels du droit et sous l'auspice du juge, d'une notion qu'il s'agira alors de faire fructifier juridiquement.

Que ce soit pour saluer le phénomène ou, plus rarement, pour le critiquer<sup>33</sup>, la montée en puissance de la sécurité juridique va en effet de pair avec l'affirmation de la centralité des juges dans l'entreprise de sécurisation du droit : n'étant pas formulé dans les textes phares du droit positif - et notamment dans la Constitution - ce principe, pour exister pleinement, ne « pouvait » relever que d'une consécration jurisprudentielle, selon le modèle européen<sup>34</sup>. Plus largement, le rôle essentiel des juges est justifié par leurs attributions : le juge constitutionnel est le gardien de la qualité de la législation et de sa conformité à la Constitution; le juge judiciaire est chargé d'appliquer la loi, mais aussi, en cas d'insuffisance ou d'obscurité de celle-ci, de la compléter et de l'adapter; le juge administratif œuvre à la qualité des textes juridiques *via* ses attributions consultatives et au respect de la légalité par l'administration dans sa fonction juridictionnelle. Ces attributions sont certes traditionnelles mais elles prennent un sens renouvelé à travers la

promotion de la sécurité juridique. En effet, ce qu'implique cette dernière, c'est une attention soutenue portée aux effets du droit, c'est-à-dire à sa réception par ses destinataires et à son mode d'insertion sociale : la règle est-elle claire et compréhensible? Atteint-elle ses objectifs? Permet-elle aux individus concernés d'orienter et de prévoir leurs conduites? Ce déplacement du regard porté sur ce qui constitue la qualité d'un système juridique conduit ainsi à juger de la validité d'une règle non pas seulement *in abstracto* mais aussi en fonction de sa mise en œuvre.

Partant, c'est la position des juges comme « intermédiaires » - entre la loi et ses destinataires, entre la loi et les justiciables, entre le droit public et les administrés - qui prend du relief. Présentés comme des « interfaces », des « passeurs » entre l'ordre juridique et la société<sup>35</sup>, ils apparaissent alors comme les mieux placés pour satisfaire aux deux exigences emportées par la sécurité juridique : travailler à clarifier le droit d'une part, et lui permettre de s'adapter aux évolutions sociales en veillant à préserver sa cohérence d'ensemble, d'autre part. A ce titre, ce sont plus spécifiquement les trois hautes cours françaises qui sont mises en avant, chargées d'assurer pleinement leur mission d'« ordonnatrices » du système juridique.

La valorisation du rôle du juge conduit cependant à interroger le déplacement de la frontière entre droit et politique qui semble s'y jouer : la mise en avant de la nécessaire sécurisation du droit accompagne en effet un contrôle accru des juges sur le mode de production de la loi mais aussi une revendication à prendre une part plus active dans son élaboration même.

## *L'extension du territoire de juridiction des juges*

Que la sécurité juridique serve de justification au développement de l'activité des juges s'illustre dans l'attachement des juristes à montrer combien les préoccupations sécuritaires étayent depuis longtemps les décisions des cours suprêmes : la promotion de la sécurité juridique aurait fait l'objet d'une « véritable stratégie » destinée à lutter contre le « désordre normatif »<sup>36</sup>. Cette interprétation permet ainsi de présenter et de mettre en cohérence leurs décisions successives comme autant de preuves de l'attachement des juges à préserver le système juridique. Plus spécifiquement, l'usage de cette exigence sécuritaire a servi à légitimer une surveillance renforcée des juges sur l'activité parlementaire (1). Elle a aussi conduit à justifier que la jurisprudence elle-même soit passée au crible de la sécurité juridique, invitant les juges à mieux maîtriser leur propre production : c'est notamment dans ce cadre que la question du gouvernement des juges est aujourd'hui discutée (2). S'il existe une rhétorique destinée à euphémiser l'existence d'un tel gouvernement, cette extension de leur territoire de juridiction n'en est pas moins tenue pour avérée et accompagnée d'efforts pour la mettre en forme démocratique (3).

### **1. De la surveillance du Parlement à son contournement**

L'accroissement de la surveillance de l'activité parlementaire par les juges, ainsi que leur prétention à participer activement à la production de la loi, s'est nourrie aux deux formes sous laquelle est déclinée la sécurité juridique : celle-ci contient des exigences de clarté et d'intelligibilité du droit - les individus doivent pouvoir connaître et comprendre le droit - ainsi que des exigences de stabilité et de prévisibilité du droit - les individus doivent pouvoir anticiper les évolutions des règles de droit.

Sur le premier plan, ce sont essentiellement les décisions du Conseil constitutionnel qui retiendront l'attention : l'érection d'un objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi en 1999 est considérée comme l'une des mesures phares en matière de sécurité juridique<sup>37</sup>. Elle permet de poser le principe général d'un contrôle exercé sur la *qualité* de la loi, contrôle qui va progressivement s'étoffer pour permettre de juger de son degré de précision et de complexité, de son caractère législatif (et non réglementaire) ou encore de sa normativité. Sans entrer dans le détail technique des diverses décisions<sup>38</sup>, il importe

surtout de noter qu'elles ont conduit le Conseil à développer son emprise sur la production de la loi. D'une part, il a accru son contrôle sur le travail parlementaire, ce qu'illustre par exemple la mise au pas de l'exercice du droit d'amendement : accusé de favoriser l'« obésité » de la loi, il est aussi critiqué en ce qu'il nuit à la « transparence » des débats parlementaires, autorisant ainsi une évaluation de leur « qualité » démocratique<sup>39</sup>. D'autre part, le Conseil a développé son contrôle sur la « substance » de la loi, manifeste lorsqu'il s'est engagé en 2005 sur la voie de la censure des dispositions législatives jugées non normatives : ce faisant, ce sont aussi les habits du législateur qu'il tend à endosser<sup>40</sup>.

Si l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi a permis au juge constitutionnel de s'engager dans une activité de quasi-législateur, elle a aussi servi à autoriser le contournement du Parlement. Elle a en effet justifié la procédure d'habilitation législative permettant au gouvernement de légiférer par ordonnances dans le domaine de la simplification du droit. Conçu afin d'« alléger » les mécanismes administratifs, l'objectif de simplification s'est progressivement étendu à d'autres secteurs (santé, social, commerce...), sous couvert notamment de l'entreprise de codification, relancée en 1989 afin de « remettre de l'ordre » dans la matière juridique<sup>41</sup>. D'exceptionnelle, la procédure d'habilitation législative s'est banalisée depuis les années 2000, autorisée par le Conseil constitutionnel au nom de « l'urgence » à accomplir le programme de simplification. Il suffirait aujourd'hui, note un professeur, que le gouvernement ait « un programme visant à simplifier le droit - on conçoit mal qu'il entende ostensiblement le compliquer - pour pouvoir le réaliser par voie d'ordonnance »<sup>42</sup>. Un tel contournement bénéficie par ailleurs au Conseil d'Etat qui est « co-rédacteur » des ordonnances : « Sur ce point, remarque son vice-président, le rôle du Conseil d'Etat est essentiel. Il est, moralement sinon juridiquement, co-auteur de la loi »<sup>43</sup>. Le développement des lois d'habilitation et des ordonnances déplace ainsi le contrôle de constitutionnalité en amont<sup>44</sup>, permettant au Conseil d'Etat de faire valoir des compétences porteuses de sécurité juridique et qui l'autorisent à revendiquer une fonction « para-législative »<sup>45</sup>.

L'immixtion grandissante des juges dans la production législative se nourrit également du deuxième axe composant la sécurité juridique, à savoir la nécessité de préserver la stabilité du droit. Elle s'est développée à partir de la question des lois dites rétroactives : régissant des situations juridiques nées avant leur promulgation, de telles lois sont accusées de nuire à la stabilité de ces situations. C'est dans ce cadre que s'inscrit la décision *KPMG* précitée du Conseil d'Etat, qui « consacre » le principe de la sécurité juridique. La portée de cette juridicisation prend alors tout son sens, puisqu'elle intervient pour faire obstacle à l'application d'une loi. Au-delà du Conseil d'Etat, le contrôle sur les lois qualifiées de rétroactives s'est affermi chez les autres juges, fournissant un socle à l'extension de leur contrôle du pouvoir législatif et au contournement de ce dernier. Si l'exigence de sécurité juridique permet de justifier l'obstacle mis aux lois rétroactives, elle autorise également l'appropriation, par les juges, de la définition de l'intérêt général car c'est à l'aune de ce dernier qu'est évaluée la légitimité de la rétroactivité. Celle-ci doit en effet, selon les textes, être justifiée par un « impérieux motif d'intérêt général » ou un « intérêt général suffisant ». « La sécurité juridique est le lieu où se cristallise la conciliation des exigences relatives à la protection des droits individuels et celles relatives à l'intérêt général, note un professeur. C'est ainsi cet équilibre qui devient le critère d'appréciation de la validité de la norme juridique et non plus seulement l'intérêt général dont la loi ou l'acte administratif sont censés être le support »<sup>46</sup>. Autrement dit, l'intérêt général, tel que défini par les autorités normatives traditionnelles, a perdu de sa légitimité et, avec lui, la loi élaborée par les parlementaires.

S'interrogeant sur la définition des critères qui permettent de décider qu'une loi est suffisamment intelligible ou que son application doit être reportée, un professeur constatait ainsi que l'ouverture de nouveaux champs et modalités de contrôle pour la jurisprudence contenait un risque d'extension des pouvoirs du juge par rapport aux autres autorités investies du pouvoir normatif<sup>47</sup>. Cette montée en puissance des juges semble dans les faits établie lorsque l'on

constate qu'ils ont également entrepris d'appliquer l'exigence de sécurité juridique à leur propre production jurisprudentielle.

## 2. Maîtriser la jurisprudence pour mieux gouverner le droit

La nécessité qui s'imposerait aujourd'hui aux juges de sécuriser leur jurisprudence est clairement présentée comme le résultat de l'augmentation de leurs pouvoirs : le développement de l'exigence de sécurité juridique, qui met sur le devant de la scène l'impératif de protection des droits des individus, a entraîné un accroissement du rôle du juge<sup>48</sup>. Or, « plus le juge intervient vite et est doté de pouvoirs énergiques plus les incidences de son intervention sont importantes et potentiellement attentatoires à la stabilité des situations juridiques »<sup>49</sup> et plus, par conséquent, la sécurisation de son activité serait essentielle. Si le caractère spécieux de ce raisonnement est manifeste - c'est aussi parce qu'ils se sont attachés à promouvoir la sécurité juridique que les juges ont pu accroître leur rôle, toujours est-il qu'il justifie une attention accrue portée aux effets de la jurisprudence afin qu'elle n'ajoute pas à l'insécurité juridique. C'est la voie sur laquelle les juges se sont récemment engagés : en leur permettant d'approfondir leur emprise sur la fabrique du droit, cette évolution suscite cependant des controverses sur leur légitimité à s'octroyer ce pouvoir.

La sécurisation de la jurisprudence renvoie à la « nécessité » de prendre en compte son impact social. C'est le Conseil d'Etat qui a en quelque sorte lancé le mouvement à partir de son arrêt *Association AC ! et autres* du 11 mai 2004<sup>50</sup>, dans lequel il s'est octroyé le pouvoir de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse en différant l'entrée en vigueur de sa décision. Cet arrêt, parce qu'il donnait aux parties prenantes le temps d'ajuster leur comportement aux nouvelles règles issues du jugement, est ainsi présenté comme une solution au « problème » posé par le caractère rétroactif d'une annulation, à savoir sa propension à déstabiliser le droit et à générer des effets socio-économiques néfastes. Ce qui est surtout novateur ici tient dans l'attachement du juge à évaluer les conséquences de ses décisions, attachement qui serait devenu indispensable puisqu'il s'agit dorénavant de préserver la sécurité juridique<sup>51</sup>. Suivant cet exemple, la Cour de cassation s'octroyait quant à elle un pouvoir de moduler les effets temporels de ses revirements de jurisprudence, assimilés à ceux de l'annulation contentieuse<sup>52</sup>.

Entre ces deux décisions, c'est une question de degré dans la nature du pouvoir du juge qui se joue. La modulation temporelle des effets d'une annulation contentieuse signale l'appropriation d'un pouvoir normatif par le juge : il décide en effet de la date à laquelle doit être modifié un état du droit, prérogative théoriquement réservée au pouvoir législatif et réglementaire. La modulation temporelle des revirements, elle, revient à *revendiquer publiquement* ce pouvoir : le juge décide à la fois de la modification de l'état du droit (dans une annulation, le juge se contente de réparer une illégalité en quelque sorte) et du moment auquel elle devra s'appliquer, se comportant ainsi *comme* le législateur<sup>53</sup>.

Dans la promotion d'une maîtrise de leur production jurisprudentielle par les juges se jouent ainsi deux évolutions qui relèvent d'un accroissement de leur pouvoir sociopolitique. D'une part, cette maîtrise consacre une modification de l'office du juge qui peut ne plus « trancher » les litiges mais adopter un mode de jugement plus souple qui lui permet de sortir de la logique binaire traditionnelle<sup>54</sup> et, surtout, d'augmenter ses marges d'appréciation et de s'ouvrir à des considérations extra-juridiques<sup>55</sup>. En l'occurrence, c'est la suprématie du principe de légalité qui est amoindrie<sup>56</sup> : « assurer la stabilité des situations juridiques paraît parfois préférable à l'application pure et simple de la règle de droit » écrit un membre du Conseil d'Etat<sup>57</sup>. De fait, note un professeur, « il devient possible d'opposer au législateur ou à une autorité administrative, l'exigence de protection de la sécurité juridique, alors même que l'acte législatif ou administratif ne contredit aucune norme substantielle, hiérarchiquement supérieure »<sup>58</sup>. D'autre part, la modulation temporelle des revirements de jurisprudence va de pair avec la



reconnaissance de la légitimité des juges à créer des normes. Comme l'écrivent les auteurs du Rapport Molfessis, commandité par le premier président de la Cour de cassation avant de « s'autoriser » à poursuivre dans la voie de la modulation des revirements<sup>59</sup> : « Nécessaire dans un système juridique qui repose tout entier sur l'affirmation de la suprématie de la loi et sur son exclusivisme, la négation du rôle créateur de la jurisprudence n'est plus justifiée dans un système qui veut s'intéresser à l'insertion des règles qui ont cours en son sein. L'attention croissante portée à l'accès au droit, à la connaissance des règles et, plus généralement, à la sécurité juridique, impose de lever la fiction de l'absence de pouvoir normatif de la jurisprudence »<sup>60</sup>.

Présenté comme une « caution universitaire » destinée à légitimer ce nouveau pouvoir des juges<sup>61</sup>, le rapport Molfessis a suscité de fortes controverses, ce qui semble en fait avoir été sa raison d'être. Il a en effet été conçu pour provoquer un débat public sur la question du gouvernement des juges afin d'en acclimater l'idée et d'en justifier l'existence :

- Guy Canivet l'a expressément présenté comme un support à la résolution de la question du rôle du juge<sup>62</sup> ;
- une restitution-débat a été organisée à la Cour de cassation le 12 janvier 2005 dans un colloque rassemblant plus de 500 participants<sup>63</sup> ;
- le 5 février 2005, l'émission de France Culture « Le bien commun », réalisée par le magistrat Antoine Garapon, lui a été consacrée<sup>64</sup> ;
- la question des revirements a fait l'objet d'un nouveau colloque en janvier 2006, à destination des publicistes<sup>65</sup>.

Pour autant, si les commentaires relatifs au pouvoir de modulation temporelle des juges « s'inquiètent » de ses implications démocratiques, posent le « problème » de la légitimité des juges à l'exercer, ils n'en demeurent pas moins dans l'ensemble favorables à cette évolution parce qu'elle ne relèverait en fin de compte que de considérations pragmatiques<sup>66</sup> : « le revirement pour l'avenir ne pose en réalité qu'une seule question - *exclusivement théorique, voire philosophique* - [...] : celle de la place du juge, au regard de celle du législateur » écrivent deux membres du Conseil d'Etat qui concluent : « Pour ceux qui [...] regrettent d'abord l'insécurité juridique créée par les changements jurisprudentiels [...] l'obstacle de l'article 5 du code civil paraîtra surmontable »<sup>67</sup>.

C'est donc un « principe de réalisme » qui demanderait de reconnaître l'existence du pouvoir créateur des juges, ce sont des « nécessités pratiques »<sup>68</sup> qui exigeraient de s'intéresser davantage aux conditions de la modulation qu'à ce qu'elle signifie en termes de déplacement des frontières entre droit et politique. Autrement dit, le temps n'est pas à discuter « théoriquement » du pouvoir des juges, mais à prendre acte de son existence et à en assurer la légitimité.

### 3. « Equiper » le juge pour qu'il gouverne

La reconnaissance d'une extension du domaine de juridiction des juges se manifeste par un déplacement de la question du « gouvernement des juges » vers la question des « instruments » qui vont permettre de le justifier<sup>69</sup>. A partir du moment où le juge s'affirme créateur de droit, il lui faudrait en effet modifier ses modes de faire. Le formatage de la thématique de la sécurité juridique - qui repose sur le double « constat » d'une dégénérescence des pouvoirs normatifs traditionnels et de fortes attentes des citoyens envers la fiabilité du système juridique, bref, qui s'inscrit de plain-pied dans la rhétorique de la « crise » de la gouvernabilité des sociétés contemporaines<sup>70</sup> - exige que les juges « s'équipent » pour rendre leur pouvoir « socialement acceptable ». Dans un tel contexte de « crise », la légitimité des juges ne pourrait en effet « plus » reposer sur l'autorité transcendante du droit mais devrait se conquérir<sup>71</sup>. Si l'équipement « intellectuel » destiné à légitimer le rôle des juges semble peu novateur, celui concernant les

pratiques de jugement l'est davantage, sous-tendu par la promotion des valeurs de négociation et de publicité.

L'appropriation de l'intérêt général par les juges, effectuée sous l'auspice de la protection de la sécurité juridique et évoquée précédemment, fait certainement partie de cet équipement intellectuel permettant de légitimer leur rôle, en les montrant au service du « bien commun ». Pour autant, la sécurité juridique met aussi en balance la préservation de l'intérêt général avec la nécessaire prise en compte des droits fondamentaux des individus : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est alors constamment brandie pour donner à voir les fondements démocratiques de l'entreprise de sécurisation du droit<sup>72</sup>. Ainsi, l'article 16 qui requiert la « garantie des droits » est-il interprété comme prescrivant de fait la sécurité juridique. De même y a-t-il des tentatives pour relire l'article 2, qui pose la sûreté comme droit naturel et imprescriptible de l'homme, à la lumière de cette exigence : « Trop souvent, on a pensé que, par le mot sûreté, les hommes de la Révolution ne pensaient qu'à la protection des personnes et des biens. C'est une erreur : pour eux, la sûreté s'étendait à la protection des droits [et] protéger les droits c'est bien assurer la sécurité juridique »<sup>73</sup>. En manipulant ces grands principes, les juges peuvent ainsi rappeler que leur mission est bien destinée à « protéger les valeurs fondatrices des sociétés »<sup>74</sup>.

Cette invocation répétée des droits fondamentaux contribue également à placer l'individu au centre du système juridique : conduisant à s'intéresser aux effets sociaux des normes juridiques, la promotion de la sécurité juridique imposerait en effet de prendre davantage en compte les « bénéficiaires »<sup>75</sup> des normes et de s'assurer notamment que leur *confiance* dans le droit ne sera pas trahie. Cette idée renvoie ici à la mobilisation d'un autre principe juridique, présenté comme le versant subjectif de la sécurité juridique : la « confiance légitime ». Celle-ci vise « à protéger les particuliers contre des modifications de la règle de droit, qui, même si elles sont légales, sont à ce point brutales que leurs conséquences sont inévitablement choquantes »<sup>76</sup>. Bien que la notion de confiance légitime ne soit pas formellement intégrée au droit français, elle est fréquemment mobilisée dans les discours juridiques qui s'attèlent à montrer sa prise en compte par la jurisprudence - la décision *KPMG* précitée a ainsi été interprétée comme sa reconnaissance implicite<sup>77</sup> : la charge symbolique de l'expression est indéniable, qui renvoie à l'existence implicite d'un *contrat* entre les autorités normatives et les citoyens, contrat fondé sur la sincérité et le respect mutuel que les juges seraient alors chargés de protéger, concourant ainsi à la production d'une démocratie plus « concertée » et plus « participative »<sup>78</sup>.

La référence à cette notion semble également servir à justifier des changements dans l'équipement « pratique » qui fonde l'office du juge. S'il veut en effet pouvoir remplir pleinement sa « fonction salvatrice »<sup>79</sup> de l'ordre normatif, le juge « doit » travailler à s'assurer de la confiance des justiciables<sup>80</sup>. Sa crédibilité relèverait alors d'une combinaison d'éléments : des procédures transparentes, des solutions compréhensibles mais aussi pertinentes et efficaces.

Sommé de convaincre de l'acceptabilité de la solution proposée, le juge « doit » ainsi faire des efforts d'explicitation de ses décisions et de ses procédures : l'accent est mis sur la nécessité d'étoffer les motivations des arrêts, « dans un souci de pédagogie ou d'explicitation d'un 'mode d'emploi' à destination des justiciables comme de l'administration » écrivent Claire Landais et Frédéric Lenica à propos du juge administratif<sup>81</sup>. S'y adjoint le recours aux publications officielles : les rapports annuels de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, la revue semestrielle du Conseil Constitutionnel permettent d'explicitier la jurisprudence, voire d'indiquer les changements à venir; la Cour de cassation s'est par ailleurs engagée dans la publication des rapports ayant guidé ses décisions<sup>82</sup>, tous éléments destinés à favoriser la « transparence et l'honnêteté rhétorique »<sup>83</sup>. De même s'affirme le souci de mieux diffuser la jurisprudence de manière à la rendre accessible « au plus grand nombre » : les efforts mis à développer l'internet en sont une illustration, comme la pratique des communiqués de presse<sup>84</sup> ou la publication des

décisions au *Journal Officiel* : si elle existe depuis 1983 pour le Conseil constitutionnel, elle a été sollicitée récemment par le Conseil d'Etat pour certains arrêts<sup>85</sup> .

Le souhait de s'assurer la confiance des justiciables conduit également à promouvoir des pratiques destinées à mieux évaluer les effets sociaux d'un changement de règles. Comme « la sécurité des uns n'est pas celle des autres »<sup>86</sup> , il s'agirait, pour le juge, non seulement de connaître les attentes des parties concernées mais aussi de favoriser leur participation à l'élaboration de la décision. La Cour de cassation a ainsi recouru à l'*amicus curiae* en 2004, - sollicitant l'avis de différents groupes d'intérêts qui pouvaient avoir un intérêt direct à la solution du litige en question<sup>87</sup> - tout en faisant, par la voix de son Premier président, la promotion de ce type de pratique, destiné à assurer au juge une meilleure prise sur la réalité économique et sociale et à générer des décisions plus « justes » et plus « humaines »<sup>88</sup> .

Tant la publicisation des discours et décisions que ces pratiques d'audition des intéressés seraient destinées à « servir à renforcer la capacité des justiciables à *intervenir et participer* dans cet exercice capital qui consiste à choisir, élaborer et enfin appliquer les solutions juridiques qu'offrent les magistrats »<sup>89</sup> . Cette approche « participative » de l'élaboration des décisions, aurait aussi comme vertu, et non la moindre, de favoriser leur respect et leur efficacité<sup>90</sup> , gages de la réussite du droit à assurer sa mission régulatrice. L'avenir serait ainsi à « une procéduralisation des choix jurisprudentiels, qui permettr[ait] de faire du droit jurisprudentiel un droit délibéré, condition indispensable à sa légitimité en même temps qu'à son efficacité », écrivent Nicolas Molfessis et Guy Canivet<sup>91</sup> . Le recueil des avis des personnes intéressées n'est cependant qu'un des éléments permettant d'évaluer les conséquences socio-économiques des décisions de justice. Il se couple aujourd'hui à un appel à l'intégration, dans le raisonnement des juges, d'une analyse économique du droit : en permettant de « mesurer l'aptitude d'une règle à remplir sa finalité sociale »<sup>92</sup> , elle améliorerait l'adaptation du droit aux réalités et, partant, la « performance » du système juridique.

Accepter leur nouveau pouvoir demanderait ainsi aux juges d'accepter le « *full monty* », comme l'écrit l'un des auteurs du Rapport Molfessis, c'est-à-dire d'adopter des manières de faire qui prennent le contre-pied de la tradition juridique française, reposant sur le raisonnement syllogistique, sur le laconisme des arrêts, sur le huis clos des prises de décision<sup>93</sup> . Les pratiques précédemment décrites constituent des indices qu'un tel changement est à l'œuvre. Elles sont de surcroît mises en valeur pour affirmer que les juges participent du « nouvel esprit » de l'action publique, nouvel esprit que résume la notion de gouvernance et qui valorise le partenariat, la négociation, la transparence...<sup>94</sup> . En ayant pour objectif de favoriser l'acceptabilité sociale du droit jurisprudentiel, ces pratiques contribuent donc aussi à légitimer la part revendiquée par les juges dans l'exercice du gouvernement de la société contemporaine : « En se donnant les moyens de répondre à cette demande sociale [de justice], écrit ainsi Guy Canivet, en facilitant les modes d'accès aux tribunaux, en simplifiant les procédures, en expliquant les méthodes, en justifiant clairement les décisions, en développant les démarches de qualité et d'efficacité, en se montrant disponible et responsable, finalement, en soumettant l'exercice de leurs fonctions à un contrôle démocratique, les juges contribueront à la réconciliation du citoyen avec sa justice. [...] C'est, à n'en pas douter, une autre conception de la justice, une vision neuve qui se situe exactement dans la ligne d'une nouvelle gouvernance, nouvelle gouvernance humaniste »<sup>95</sup> .

## Conclusion

Nombreux sont les juristes qui font état du caractère flou du principe de sécurité juridique, susceptible d'engendrer des solutions contradictoires. Il ne serait au final que « le nom donné par le juge aux manifestations de son équité et de sa discrétionnarité »<sup>96</sup> . Renvoyant à l'extension de leur marge de manœuvre décisionnelle, cette caractéristique participe incontestablement à l'essor du rôle sociopolitique des juges.

S'il ne s'agit pas ici de questionner les fondements de cette érection du juge comme dernier rempart contre l'arbitraire et le désordre, il est néanmoins permis de s'interroger sur les effets potentiels de ce déplacement des lieux de régulation des conduites. Les inquiétudes manifestées par certains juristes au regard de l'extension du pouvoir des juges portent explicitement sur la nature des interactions sociales qui se tiennent dans les prétoires, et plus particulièrement sur l'emprise que sont susceptibles d'y exercer des groupes sociaux dotés de fortes ressources économiques et sociales. C'est par exemple ce que signifie le président de la Chambre sociale de la Cour de cassation lorsqu'il fustige le Rapport Molfessis parce qu'il évalue la sécurité juridique à la seule aune de son impact économique<sup>97</sup>. C'est une inquiétude de même nature que l'on trouve chez le professeur Mitchel Lasse : évoquant l'évolution des pratiques de la Cour de cassation vers la publicisation et la négociation des décisions, il met en garde contre ses effets pervers, dont par exemple la possible « capture » du discours judiciaire par certains intérêts : « Comme l'accès à la Cour demande non seulement un certain niveau de financement, mais aussi de temps, d'expertise, etc., qui donc pourrait se permettre de profiter régulièrement d'un tel accès? Et encore ceci : qui pourrait bien être assez au courant des litiges devant la Cour pour pouvoir savoir quand il serait avantageux d'intervenir en tant qu'*amicus curiae*? »<sup>98</sup>. Ces quelques remarques invitent ainsi à porter le regard sur les manières dont se (re-)composent les relations de pouvoir sur les scènes juridictionnelles.

Rachel Vanneville est chargée de recherche au CERAPS-CNRS, Université de Lille 2.

1 Par ce terme (comme par celui de « juristes » pris comme synonyme), nous désignons ici la doctrine universitaire et les juges. L'analyse est fondée sur une revue de la littérature juridique française depuis une quinzaine d'années, notamment des périodiques suivants qui couvrent tant le droit public que privé : *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, *Revue française de droit administratif (RFDA)*, *Revue Trimestrielle de Droit civil (RTD Civ.)*, *Recueil Dalloz (D.)*, *Cahiers du Conseil Constitutionnel (CCC)*, *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, *Les Petites Affiches (LPA)*, *Revue du droit social*. Pour les revues consultées via l'internet, nous ne pouvons donner la pagination exacte.

2 Titre d'un dossier de la *Revue du droit public*, n° 1, 2006.

3 Rapport du groupe de travail « Insécurité et sécurité juridique » au séminaire « Risques, assurances, responsabilités », Cour de cassation, 2005, p. 11.  
[www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2005\\_2033/publique\\_incertitude\\_8046.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/publique_incertitude_8046.html) (1/12/2007)

4 Gwennaëlle FRANÇOIS, « L'*amicus curiae* et la Cour de cassation », *Droit prospectif. Revue de la Recherche Juridique*, 1, 2007, p. 237-261.

5 CONSEIL D'ETAT, *Rapport Public 1991*, Paris, La Documentation française, 1992.

6 Via la diffusion de multiples circulaires relatives à l'amélioration de la production normative ainsi que par la publication de rapports administratifs. Par exemple : Jean PICQ, *L'Etat en France. Servir une nation ouverte sur le monde* (1994), Patrick MAYNIAL, *Le droit du côté de la vie. Réflexions sur la fonction juridique de l'Etat* (1997), Dieudonné MANDELKERN, *La qualité de la réglementation* (2002)...

7 Par ex. : discours de Jacques Chirac devant le Parlement, 19 mai 1995 : « Trop de lois tuent la loi ».

8 Pour davantage de détails, nous renvoyons à : Rachel VANNEUVILLE, « L'inflation et la dégradation des normes : ressorts et enjeux des critiques adressées au législateur politique », communication au Congrès de l'Association française de sociologie, Bordeaux, septembre 2006.

9 En témoignage, outre les circulaires et commandes d'études administratives précitées, la mise en place de services administratifs dédiés à la qualité de la réglementation ou encore

diverses propositions de loi destinées à remédier au « problème » de la qualité de la loi. Pour un exemple récent, cf. la lettre de mission adressée en juillet 2007 au président du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République, dans laquelle le président de la République formule le souhait d'obtenir des « propositions efficaces pour garantir la sécurité juridique dont nos citoyens ont impérativement besoin », engageant notamment le Comité à réfléchir à l'inscription des principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la Constitution : Lettre de Nicolas Sarkozy in *Une Cinquième République plus démocratique*, Rapport remis au Président de la République par Edouard Balladur, président du Comité, le 29 octobre 2007.

10 CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 229.

11 *Ibid.*, p. 273.

12 Bertrand DU MARAIS, « Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale », in CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2006*, *op. cit.*, p. 386 et s.

13 CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2006*, *op. cit.*, p. 337. Si la thématique de l'insécurité juridique est politiquement porteuse, c'est aussi parce qu'elle s'inscrit dans un contexte plus général où se développent des discours rendant compte de l'avènement d'une « société du risque » et appelant à faire de la sécurisation des activités sociales une valeur prioritaire. Sur ce développement du thème de la « société du risque », cf. par exemple : Robert CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, Seuil, 2003.

14 CONSEIL D'ETAT, *Rapport Public 1991*, *op. cit.*, p. 21.

15 CONSEIL D'ETAT, *Rapport Public 2006*, *op. cit.*, p. 254.

16 Bernard STIRN, « Lois et règlements : le paradoxe du désordre », *RDP*, 1, 2006, p. 129-130.

17 CONSEIL D'ETAT, *Rapport Public 2006*, *op. cit.*, p. 255. Les expressions qui suivent sont tirées des pages 254-255.

18 Par ex. : Renaud DENOIX DE SAINT-MARC, « Notre société secrète la loi comme le foi secrète la bile », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 3, 16 janvier 2006, p. 1011 et s. ; Pierre MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 3, 17 janvier 2005, p. 1035 et s.

19 Présentation du *Rapport Public 2006*. [www.conseil-etat.fr/ce/rappor/pdf/dos\\_pres\\_2006.pdf](http://www.conseil-etat.fr/ce/rappor/pdf/dos_pres_2006.pdf)

20 Jacques COMMAILLE, Pierre LASCOUMES, avec la collaboration de Catherine FOURNIER, *La production gouvernementale du droit*, s.l. n. d. [1995], p. 19-26.

21 Anne BOIGEOL, « Introduction : les professionnels du droit et la pérennisation de leur magistère » in Liora ISRAEL *et al.* (sous la dir.), *Sur la portée sociale du droit*, Paris, PUF, 2005, p. 217-220.

22 Jacques CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 276. Il n'est certainement pas anodin à ce titre que soit rappelée dans les discours la relation entre la sécurité juridique et le « principe de prééminence du droit », expression fortement symbolique et au contenu tout aussi important puisque l'adoption de ce principe, tel que défini par la Cour européenne des droits de l'homme, implique pour l'Etat une obligation de protection contre l'arbitraire qui pourrait affecter les droits des citoyens. Ce principe signifie à la fois que le droit en vigueur doit être sûr - clair et prévisible - mais aussi que toute ingérence non justifiée du législateur dans l'administration de la justice doit être

condamnée : Michèle DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CCC*, 11, 2001.

23 Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même » in Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, *op. cit.*, p. 392. La référence à la « crise » du droit n'est toutefois pas originale, puisqu'elle semble être l'une des antennes des juristes dans la défense de leur rôle social : cf. Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994, p. 241.

24 Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Sécurité juridique : l'expérience du Conseil constitutionnel français », *LPA*, 254, 2005.

25 Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, 2005, p. 3.

26 « Ce qui est demandé aux systèmes juridiques dans le monde développé aujourd'hui, [...] c'est [...] peut-être surtout, de projeter sur l'incertain un réseau permanent de règles stabilisatrices qui abaissent, globalement, le niveau de risque et d'imprévisibilité de nos sociétés. [Il s'agira dans ce rapport] de tester à l'épreuve de ce concept [de sécurité juridique] la qualité de nos systèmes juridiques (droit civil et common law), leur capacité à créer de la sécurité par le Droit et dans le Droit » : rapport du groupe de travail « Incertitude et sécurité juridique », *op. cit.*, p. 8 et 11. Souligné dans le texte.

27 Arguant que la division des métiers juridiques et des domaines du droit est l'un des facteurs de la complexité du système juridique, Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation, fait de la « restauration » de la communauté de juristes - leur union autour de valeurs, formations et pratiques communes - l'une des conditions de la sécurisation du droit français : « Restaurer la communauté des juristes », *Gazette du Palais*, 8 et 9 février 2006, p. 25-27.

28 Anne-Laure VALEMBOIS, *op. cit.*, en particulier la note 19, p. 5, qui dresse une liste de citations de juristes affirmant le lien consubstantiel entre droit et sécurité.

29 CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*. Un principe général du droit relève d'une création prétorienne, ne tirant pas sa normativité d'une consécration textuelle.

30 Michel DOBRY, *Sociologie des crises politiques*, Paris, Presses de la FNSP, 1986, p. 22-23.

31 Alors que le commissaire du gouvernement argue que le principe de sécurité juridique ne peut s'appliquer à l'affaire traitée, la formation de jugement passe outre l'argument et « force » ainsi la reconnaissance du principe.

32 La décision ne fait « que réitérer solennellement un souci que le Conseil d'Etat ne cesse, au consultatif [...] d'inculquer au Gouvernement » : Jean-Michel BELORGEY, « Le Conseil d'Etat consacre le principe de sécurité juridique », *JCP Administrations et Collectivités locales*, 22, 29/05/2006.

33 « Là est peut-être la seule fonction que remplit la 'sécurité juridique' : celle de justifier que les juges doivent participer à la production des normes » : Pierre BRUNET, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Nathalie FERRE (textes réunis par), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 248.

34 Il est fréquemment rappelé que l'émergence du principe de sécurité juridique relève d'une création prétorienne des juges allemand et européens. Si le « modèle » européen sert en ce sens les juges français, la juridicisation du principe par le Conseil d'Etat permet aussi de « nationaliser » son usage, ce qui constitue certainement l'un des enjeux de sa consécration.

35 Jean-Marc SAUVÉ, « Je me sens pleinement responsable de tous les degrés de la juridiction administrative », *AJDA*, 2007, p. 556 et s.

36 Jean-Pierre CAMBY, « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », *RDP*, 5, 2006, p. 169 et s.

37 Décision n° 99-421DC du 16 décembre 1999. De manière générale, le thème de la sécurité juridique favorise le développement de l'emprise du droit constitutionnel sur les autres branches du droit : le Conseil constitutionnel a en partie construit sa légitimité en arguant de la sécurité ainsi conférée à l'ensemble du système (Bastien FRANÇOIS, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in CURAPP, *La doctrine juridique, op. cit.*, p. 210-229). Si cet argument est particulièrement activé aujourd'hui chez les constitutionnalistes, l'intervention du Conseil constitutionnel en matière de sécurisation du droit est aussi sollicitée par les autres juges, qui y trouvent des ressources pour augmenter leur propre pouvoir d'action. La sécurité juridique semble ainsi favoriser un « dialogue » des juridictions.

38 On en trouvera un aperçu dans : Bertrand MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP Edition générale*, 1, 10/01/2007, p. 3-5.

39 Décision n° 2005-532C, 19 janvier 2006. « [...] le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant le caractère essentiellement démocratique de la liberté d'amendement, justifie les limitations qui lui sont apportées au nom d'une exigence tout aussi démocratique celle de clarté et de sincérité de l'expression de la volonté générale » : Bertrand MATHIEU, « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », *AJDA*, 6, 2006, p. 306 et s.

40 Décision n° 2005-512 DC, 21 avril 2005. L'interventionnisme du Conseil constitutionnel dans la rédaction des lois se manifeste aussi par le développement de ses réserves d'interprétation, par lesquelles il déclare une disposition conforme à condition qu'elle soit interprétée ou appliquée de la façon qu'il indique : Yves GAUDEMET, « La loi administrative », *RDP*, 1, 2006, p. 83.

41 « Limitant les inconvénients inhérents à la sédimentation, à la dispersion et à l'inflation des normes, [la codification] est un facteur précieux de sécurité juridique » : Jean-Eric SCHOETTL, « Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à l'adoption de certains codes », *AJDA*, 2000, p. 31 et s. La Commission supérieure de codification est présidée par un membre du Conseil d'Etat, son rapporteur général ainsi que d'autres membres appartiennent également à cette institution. On a là un exemple de la « complémentarité » de l'action des juges évoquée précédemment.

42 Nicolas MOLFESSIS, « Sources du droit en droit interne », *RTD Civ.*, 1, 2004, p. 159.

43 Renaud DENOIX DE SAINT-MARC, « Le rôle du Conseil d'Etat dans la préparation et l'application des lois », *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 1, 1997, p. 175.

44 Il s'est aussi déplacé en aval : le Conseil d'Etat s'est autorisé en décembre 2005, sous couvert de sécurité juridique, la possibilité de vérifier « l'existence » de dispositions législatives, autrement dit de contrôler la validité d'une loi : cf. Jean-Louis AUTIN, « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la loi », *LPA*, 142, 2006, p. 3 et s.

45 Yves GAUDEMET, « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'Etat », in *Mélanges Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 61.

46 Bertrand MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *CCC*, 11, 2001.

47 L'auteur concluait cependant : « Tout ce qui contribue à mettre de l'ordre dans le droit est bienvenu » : Jean-Pierre CAMBY, « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », art. cité.

48 « Qui peut garantir les droits ? C'est le juge. On peut donc considérer que cet article 16 [de la Déclaration des droits de 1789 qui poserait le principe de sécurité juridique] proclame le droit au juge » : François LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », CCC, 11, 2001.

49 Olivier DUBOS, Fabrice MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Droit administratif*, 8, 2004, p. 10.

50 L'évolution contenue dans l'arrêt AC ! a été préparée par le Conseil d'Etat : le président de la section du contentieux a commandé un rapport à deux membres du Conseil, publié dans la *Revue française de droit administratif* : Jacques-Henri STHAL, Anne COURREGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA*, 2004, p. 438 et s.

51 C'est expressément sous le signe de la sécurité juridique, qui n'était pas à l'époque un principe reconnu, que le commissaire du gouvernement place ses conclusions sous l'affaire AC ! : Christophe DEVYS, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative », *RFDA*, 2004, p. 454 et s.

52 Cass. civ 2<sup>e</sup> ch., 8 juillet 2004. L'érection de l'arrêt AC ! comme « exemple » pour la Cour de cassation est mentionnée par son premier président : Guy CANIVET, « Sécurité juridique. L'expérience de la Cour de Cassation française », *LPA*, 254, 2006, p. 23 et s. Le juge judiciaire a réitéré l'expérience de la modulation des revirements en décembre 2006 et le juge administratif s'y est engagé dans un arrêt du 26 octobre 2006, *Techna SA*. Pour un commentaire sur ces évolutions de l'année 2006 : Pascale DEUMIER, « Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD Civ.*, 2007, p. 72 et s.

53 C'est le caractère *public* de cette revendication qui importe : que les juges créent du droit est un fait établi, mais cela se faisait jusqu'alors en silence. L'affirmation d'un pouvoir de modulation est ainsi une « consécration [de ce pouvoir créateur] - un aveu d'un statut déjà acquis de longue date » : Pascale DEUMIER, « Evolutions du pouvoir.... », art. cit.

54 Par exemple : rejet de la requête ou annulation contentieuse pour le juge administratif; constitutionnalité ou inconstitutionnalité pour le juge constitutionnel.

55 « Tant la règle de la sécurité juridique que celle de la confiance légitime doivent être interprétées et appliquées en harmonie avec les buts extra-juridiques de l'ordonnement juridique qui imposent la satisfaction de l'intérêt général et l'adaptation aux conditions nouvelles » : Epaminondas Spiliotopoulos (professeur grec) cité par Anne-Laure VALEMBOSIS, *op. cit.*, p. 20.

56 « Le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics » : définition issue d'une décision du Conseil constitutionnel (25/2/1982), citée par Laurent TESOKA, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA*, 2006, p. 2214 et s. Sur l'importance du principe de légalité dans la structuration et la légitimation de l'Etat français : Jacques CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDJ*, 6, 1990, p. 1651-1677.

57 Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 404.



58 Bertrand MATHIEU, « Réflexions... », art. cité.

59 Guy CANIVET, « Sécurité juridique... », art. cité. Le rapport est appelé du nom du président du groupe de travail. Rendu public en novembre 2004, il a été publié sous le titre : *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005.

60 *Ibid.*, p. 13 (nous soulignons).

61 William DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? », *Dalloz*, 2006, 472 s. Le rapport est également interprété comme pouvant concerner, au-delà du seul juge judiciaire, le juge administratif : Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Quand l'exposition de la théorie de l'obligation de recours administratif préalable cache la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *AJDA*, 2006, 796 et s.

62 Cf. par exemple l'entretien qu'il donne au journal *Les Echos* en novembre 2004 au sujet du rapport : « Journaliste : Ne cherchez-vous pas à donner à la jurisprudence un statut officiel qui viendra concurrencer la loi? G. Canivet : Là est la question. En pure théorie, la jurisprudence n'est pas une source autonome de droit. [...] Face à cette vision dogmatique, de puissantes considérations pratiques n'exigent-elles pas que, dans certains cas, soit limité l'effet rétroactif de la jurisprudence ? ». « Guy Canivet : le monde de l'entreprise a besoin d'une meilleure sécurité juridique », *Les Echos*, 30 novembre 2004.

63 « Des revirements de jurisprudence. Cour de cassation, colloque du 12 janvier 2005 », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 6, 7/2/2005, p. 1068 et s.

64 Sur le rôle d'Antoine Garapon comme « entrepreneur de débat » sur les questions de justice et de droit : Antoine VAUCHEZ, Laurent WILLEMEZ, *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, Paris, PUF, 2007, p. 121-122.

65 cf. Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, art. cité.

66 Il existe des voix discordantes, qui insistent par exemple sur la nécessité d'ouvrir un débat d'ordre théorique sur le rôle du juge (Pascale DEUMIER, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielle nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTD Civ.*, 2005, p. 83 et s.). Elles semblent cependant minoritaires - tout au moins dans la littérature qui sert de support à notre étude et qui est aussi la plus « autorisée » - et sont aussi « politiquement » disqualifiées par le formatage donné à la question du pouvoir des juges : s'y opposer relèverait en effet d'une posture « dogmatique », « formaliste » et « positiviste », en bref d'une conception conservatrice et rigide du droit. *A contrario*, soutenir ce pouvoir serait faire preuve de « dynamisme » et de « progressisme », d'une capacité d'adaptation aux nouvelles réalités sociales, c'est-à-dire de modernité. Sur le caractère classique de ce type d'échanges argumentaires : Albert O. HIRSCHMAN, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Paris, Fayard, 1991.

67 Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, art. cité (nous soulignons). L'article 5 prohibe les arrêts de règlements : ceux-ci équivalent, pour le juge, à mettre la jurisprudence au niveau de la loi en édictant une règle générale qui va contraindre les actions futures. Or, quand il module les effets d'un revirement de jurisprudence, le juge pose une règle tout en prévoyant immédiatement qu'elle ne s'applique pas au litige qu'il doit trancher, transformant ainsi son arrêt en règlement.

68 Expressions issues respectivement de : *Les revirements de jurisprudence, op. cit*, p. 6., Guy CANIVET, « Sécurité juridique... », art. cité.

69 Un exemple de ce déplacement des questionnements est fourni par le colloque organisé au Sénat en septembre 2006 sur « L'office du juge », ainsi présenté : « La question de

l'identification des différentes fonctions du juge est [...] fondamentale dans nos sociétés démocratiques car plus personne aujourd'hui ne doute que le juge dispose d'un réel pouvoir normatif. Le problème alors est de savoir comment le juge, après interprétation, peut arriver à apaiser le conflit entre les parties, comment il peut trancher dans cette configuration et comment il peut fonder la légitimité du pouvoir qu'il s'octroie. C'est autour de quatre thèmes que les organisateurs du colloque consacré à « l'office du juge » proposent d'aborder cette nouvelle donne : interpréter, apaiser, trancher, légitimer » ([www.senat.fr/evenement/colloque/office\\_du\\_juge/index.html](http://www.senat.fr/evenement/colloque/office_du_juge/index.html)). Sur cet usage des instruments comme moyen de « dépolitiser » des questions : Pierre LASCOUMES, Patrick LE GALES (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences-po, 2004, p. 26.

70 Sur la thématique de la « crise de la gouvernabilité », voir les mises au point effectuées par Jacques CHEVALLIER, « Présentation », in CURAPP, *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996, p. 6-14.

71 « Le fait que le droit ne bénéficie plus dans les sociétés contemporaines d'une légitimité de principe mais est tenu d'apporter en permanence la démonstration de son bien-fondé, par la rigueur de ses méthodes d'élaboration et la pertinence de ses effets, témoigne [...] d'une crise de la normativité juridique. [...] La qualité de la production juridique devient dès lors la garantie d'une sécurité juridique, considérée comme une dimension essentielle de l'Etat de droit, et un attribut substantiel de la normativité » : Jacques CHEVALLIER, « La normativité », CCC, 21, avril-sept. 2006. En ce qui concerne plus spécifiquement la jurisprudence, l'idée que son autorité repose sur sa force de conviction n'est pas inédite et renvoie au statut subordonné des juridictions par rapport au Parlement. Ce qui pourrait être considéré comme une faiblesse de la jurisprudence est cependant tourné en atout : c'est sur leur capacité à générer l'adhésion que reposerait la légitimité des décisions, leur conférant ainsi la force de l'« autorité morale » dont elles seraient l'expression.

72 Sur le « ré-enchantement » démocratique de l'Etat de droit *via* le développement du thème des droits de l'homme : Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1999 (3<sup>e</sup> éd.), p. 104 et s.

73 François LUCHAIRE, art. cité.

74 Guy CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD Civ.*, 2005, p. 33 et s.

75 Anne-Laure VALEMBOS, *op. cit.*, p. 19.

76 Jean-Pierre PUISSOCHET, « 'Vous avez dit confiance légitime ?' (le principe de confiance légitime en droit communautaire) » in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 593.

77 Par ex. : Fabrice MELLERAY, « L'arrêt KPMG... », art. cité .

78 Sur le développement de la contractualisation de l'action publique comme symbole de démocratisation : Jean-Pierre GAUDIN, *Gouverner par contrat - l'action publique en action*, Presses de Sciences Po, 1999.

79 Bertrand MATHIEU, « Réflexions... », art. cité.

80 En ce qui concerne le juge judiciaire, l'affaire d'Outreau (2005-2006) a également contribué au développement de discours mettant l'accent sur la volonté des juges de restaurer la confiance des citoyens dans la justice.

81 « Quand l'exposition... », art. cité. Sur la même tendance chez le juge judiciaire : Mitchel LASSE, « Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 4, 2006, p. 691-706.

82 Mitchel LASSE, art. cité.

83 Guy CANIVET, « Le juge entre progrès... », art. cité. A la date du 1er décembre 2007, le site du Conseil constitutionnel propose une rubrique « sécurité juridique » qui contient deux liens respectivement intitulés : « Le Conseil constitutionnel et la transparence juridique » et « La transparence des travaux du Conseil constitutionnel ». On notera aussi que se développent, chez les juristes, des réflexions sur le système américain des opinions dissidentes (qui consiste en la publication des opinions divergentes émises par la minorité des juges lors de l'adoption d'une décision). Rompant avec le secret de la délibération inscrit au cœur du système juridique français, cette pratique convierait à modifier le registre de légitimation des décisions de justice : celui-ci ne reposerait plus sur le « respect forcé » lié à l'autorité du juge mais sur la capacité de ce dernier à argumenter en « raison » et en « sagesse », prouvant ainsi que la décision majoritaire est « bâtie sur du solide » et permettant, de plus, à chacun de comprendre la teneur de la décision et d'en « vérifier » la pertinence. L'« autorité morale » du juge en sortirait grandie : Jean-Pierre ANCEL, intervention du 18 octobre 2005 dans le cadre du cycle « Les méthodes de jugement 2004-2005 », à l'organisation duquel participent notamment la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Le texte, ainsi que d'autres interventions favorables au système des opinions dissidentes, sont disponibles sur le site de la Cour de cassation. [http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2005\\_2033/cinque\\_me\\_conference\\_opinions\\_dissidentes\\_8096.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/cinque_me_conference_opinions_dissidentes_8096.html) (1/12/2007).

84 Ces communiqués existent pour le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. La Cour de cassation propose, quant à elle, des communiqués instantanés sur son site depuis 2001. Ces procédés ont une « fonction pédagogique et médiatique » patente, écrit une professeure, en remarquant qu'ils ont peu d'intérêt pour le juriste qui n'y apprend rien qu'il ne sait déjà : Pascale DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.*, 2006, p. 510 et s.

85 L'arrêt *Sté Techna* du 27 octobre 2006 a ainsi été publié au *Journal Officiel* : cf. Paul CASSIA, « La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif », *D*, 2007, p. 621 et s., note 25.

86 Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, chr., 1995, p. 151 et s.

87 L'expression « *amicus curiae* » désigne une personnalité que la juridiction peut entendre dans le but de rechercher des éléments propres à faciliter son information. Si cette pratique n'est pas inédite devant la Cour de cassation, la procédure de consultation mise en place en 2004 est cependant présentée comme un « tournant » car, s'inscrivant dans la volonté des juges de tenir compte du bien-fondé et des conséquences de leurs décisions, elle signalerait l'amorce d'une pratique appelée à se développer : Raphaël ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD Civ.*, 2005, p. 88 et s.; Gwennhaël FRANÇOIS, art. cit.

88 Guy CANIVET, « L'*amicus curiae* en France et aux Etats-Unis », *Revue de jurisprudence commerciale*, 49 (1), 2005, p. 105; « Guy Canivet : le monde de l'entreprise a besoin d'une meilleure sécurité juridique », art. cit.. Cette ouverture aux *amici curiae* est également préconisée par les membres du Conseil d'Etat : cf. Jacques-Henri STHAL, Anne COURREGES, art. cité.

89 Mitchel LASSE, art. cité, p. 697. Souligné dans le texte. Dans le contentieux administratif, le souci de se rapprocher des justiciables se manifeste par le développement de l'oralité (Benjamin BLANCHET, Prisca NERENHAUSEN, « Faut-il guérir le procès administratif de sa taciturnité chronique ? », *AJDA*, 2007, p. 1912 et s.). En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, on notera la proposition du Rapport Balladur - auquel ont participé de nombreux constitutionnalistes - de donner à tout justiciable la possibilité d'invoquer la non-

conformité à la Constitution d'une disposition législative qui lui est appliquée. Cette procédure, dite de l'exception d'inconstitutionnalité, ne met pas directement le justiciable en relation avec le Conseil constitutionnel puisqu'elle s'effectue *via* les tribunaux ordinaires, civils ou administratifs, mais elle est présentée comme une démocratisation de l'institution : *Une Cinquième République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 4 et 87-91.

90 C'est-à-dire leur capacité à atteindre la mission sociale qui leur est assignée. Sur cette notion d'efficacité et les difficultés de son évaluation : Antoine JEAMMAUD, Evelyne SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.*, 1992, p. 263 et s.

91 Guy CANIVET, Nicolas MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré. La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 94.

92 « Renforcer l'analyse économique du droit. Entretien avec Guy Canivet », *Le nouvel Economiste*, n° 1375, 15-21 février 2007. Egalement : Jean-François CALMETTE, « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *DA*, 7, juillet 2006 ; Pour un point de vue critique : Raphaël ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2006, p. 505 et s.

93 Horatia MUIR WATT, « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », in *Rapport sur les revirements*, *op. cit.*, p. 71. Egalement Pascale DEUMIER, (« Faut-il différer... », art. cit.), qui relève ce propos d'un membre du Conseil d'Etat évoquant le « virage à 180 degrés » généré par la « glorification » du pouvoir créateur du juge dans un système qui l'a toujours dénié.

94 Cf. Loïc BLONDIAUX, Yves SINTOMER, « L'impératif délibératif », *Politix*, 57, 2002, p. 17. ; Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 1-2, 2003, p. 203-217.

95 Audience solennelle de début d'année judiciaire 2004. [www.courdecassation.fr/institution\\_1/occasion\\_audiences\\_59/debut\\_annee\\_60/monsieur\\_guy\\_canivet\\_57.html?idprec=55](http://www.courdecassation.fr/institution_1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/monsieur_guy_canivet_57.html?idprec=55) (1/12/2007)

96 Bernard PACTEAU, art. cité.

97 Pierre SARGOS (Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation), « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Droit social*, 2, février 2005, p. 123-126. L'analyse de Pierre Sargos semble confortée par les fréquentes références, tant chez Guy Canivet que chez certains membres du Conseil d'Etat (notamment dans le Rapport public 2006), aux « attentes » des décideurs économiques quant à la sécurisation du droit.

98 Mitchel Lasse, art. cité, p. 701.