



HAL
open science

LA FABRICATION DE LA LOI ÉBAUCHE D' UNE ETUDE THEORIQUE

Lucie Sponchiado

► **To cite this version:**

Lucie Sponchiado. LA FABRICATION DE LA LOI ÉBAUCHE D' UNE ETUDE THEORIQUE. Colloque final du Programme NORMA - Renouveler l'étude des normes, 2016, Paris, France. hal-03722110

HAL Id: hal-03722110

<https://hal.u-pec.fr/hal-03722110>

Submitted on 13 Jul 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA FABRICATION DE LA LOI

ÉBAUCHE D'UNE ETUDE THEORIQUE

Lucie Sponchiado*

« Il y a le conseil d'État et le corps législatif : le conseil d'État joyeux, payé, joufflu, rose, gras, frais, l'œil vif, l'oreille rouge, le verbe haut, l'épée au côté, du ventre, brodé en or ; le corps législatif, pâle, maigre, triste, brodé en argent. [...] Il y a dans la boutique où se fabriquent les lois et les budgets un maître de la maison, le conseil d'État, et un domestique, le corps législatif¹ ». Voici ce qu'écrivait Victor HUGO en 1852 dans *Napoléon Le Petit*, invitant à passer la porte de la boutique où se fabrique la loi.

Étudier la « *fabrication* de la loi » peut sembler surprenant ; surprenant pour le juriste, du moins. En effet, la consultation des manuels et monographies de droit fait volontiers apparaître que le

* Maître de conférences de Droit public, Université Paris-Est-Créteil.

¹ V. HUGO, *Napoléon le petit*, Librairie étrangère de Fritze Phaas, p.45-47.

syntagme privilégié est celui d' « élaboration² », de « formation³ » ou de « confection⁴ » de la loi et, plus encore, de « procédure législative ». La « fabrication de la loi » ou « fabrique de la loi » trouve très marginalement sa place dans les écrits juridiques. Pourquoi alors choisir cette expression ? Fait-elle sens ? Peut-elle permettre de renouveler l'étude de l'élaboration de la loi⁵ ?

1. Définitions

Le verbe « fabriquer » prend, dès la fin du XII^e siècle, le sens qui est encore aujourd'hui le sien : « faire, confectionner quelque chose à partir d'une matière première, par un travail manuel ou artisanal⁶ ». La fabrication désigne donc « l'art ou l'action » de « faire, confectionner quelque chose à partir d'une matière première, par un travail manuel ou artisanal⁷ ». La « fabrique » est l'un des

² À titre d'exemple, l'expression est employée dans les manuels suivants : M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969 ; P. AVRIL et J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 4^e éd., 2010 ; E. CHAPERON et G. TERRIEN, *Droit public. Catégories A et B*, Foucher, coll. « Fonctions publiques. Concours », 2013 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Sirey Université », 32^e éd., 2013 ; P. TÜRK, *Les Institutions de la V^e République*, Gualino éditeur, coll. « Mémentos LMD », 6^e éd., 2013 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, coll. « Université », 32^e éd., 2015.

On la trouve aussi dans un nombre important de monographies. Pour ne donner que des exemples où l'expression figure dans le titre de l'ouvrage, citons : P. M. ALLIAT, *Un exemple d'élaboration de texte législatif : la loi scolaire Debré du 31 décembre 1959*, Mémoire dact., Bordeaux, 1962 ; H. PUGET, *L'Élaboration de la loi : le processus législatif*, Journée juridique franco-polonaise, 1963 ; A. BROUILLET, *Le Droit d'amendement dans la Constitution de la V^e République : étude pratique de son utilisation pour l'élaboration de la loi d'orientation foncière*, PUF, 1973 ; S. CIMAMONTI, *Le Processus d'élaboration de la loi Sécurité-Liberté*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1983 ; A. HEYMANN-DOAT, *L'Élaboration de la loi d'orientation pour la ville*, Plan construction et architecture, 1993 ; F. QUEROL, *L'Élaboration de la loi de finances*, Economica, 1998 ; E. SHEPPARD, *L'Élaboration du Projet de loi de programmation militaire 2003-2008 et sa dimension européenne : l'europanisation de la politique de défense française ?*, Mémoire dact., IEP de Paris, 2002 ; B. MERARD, *L'Élaboration de la loi : étude comparée, pratiques française et britannique*, Mémoire dact., Bordeaux, 2003 ; R. MATTA, *L'Élaboration de la loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école du 23 avril 2005*, thèse dact., Paris 2, 2005 ; M. MAUGUIN-HELGESON, *L'Élaboration parlementaire de la loi : étude comparative*, Dalloz, 2006 ; C. LOUIS, *L'Influence des groupes de pression sans l'élaboration de la loi sur le « mariage pour tous »*, Mémoire dact., Paris 2, 2013 etc.

³ Le terme « formation » est d'ailleurs celui que retiennent les rédacteurs de la DDHC de 1789 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation » (art.6). On le trouve ensuite dans les Constitutions de 1793 (DDHC de 1793, art. 29 et art. 56 et s.) et 1795 (Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen, art. 20). Il est employé notamment in B. MATHIEU « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective. À propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 152 ; R. LIBCHABER, « Les forces créatrices du droit... à propos des projets de contrats d'union entre concubins », *RTD Civ.*, 1998, p. 224 ; R. HERTZOG, « Quelques aspects de la loi organique relative aux lois de finances dans ses rapports avec le système administratif », *AJDA*, 2006, p. 531 et s. ; P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107 ; O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^e éd., 2013, p. 990 et s. etc.

⁴ Par exemple, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Larose, 1910, rééd. Dalloz, 2010 ; J. ALLIEN, *De la participation de l'exécutif à la confection de la loi en droit positif comparé*, Thèse dact., Université de Montpellier I, 1938 ; P. NGUYEN HUU, *Aperçu sur la « confection » de la loi*, Ass. fr. de sci. po., 1985 ; R. DRAGO (dir.), *La Confection de la loi*, PUF, 2005 ; J.-C. BECANE, M. COUDERC et J.-L. HERIN, *La Loi*, Dalloz, coll. « Méthodes du Droit », 2^e éd., 2010 ; L.-A. BOUVIER, *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, LGDJ-Lextenso éditions, 2015.

⁵ Cette question est imposée par le cadre du même colloque – « Renouveler l'étude des normes » – et par la problématique retenue dans le cadre du contrat postdoctoral qui a permis de mener cette recherche.

⁶ Voir *Trésor de la Langue Française informatisé*, entrée « fabriquer » (étym. et lexic.)

⁷ Voir *Trésor de la Langue Française informatisé*, entrée « fabrication ».

synonymes de « fabrication » mais désigne, en même temps, le lieu de cette confection ; comme cette « fabrique de boulons » que, dans *l'Assomoir*, ZOLA situe rue Marcadet. Ainsi, le terme « fabrication » renvoie-t-il à l'artisanat, à la *manufacture*, aux « mains » qui produisent... la loi.

Encore faut-il préciser ce qu'est la « loi ».

Les définitions de la loi sont éminemment variables. Pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la loi désigne toute règle générale : la loi, la jurisprudence⁸ ou encore le règlement⁹. « Le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des nations unies a une conception identique de la loi, à l'inverse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui considère que le mot "loi" doit être compris dans son sens formel, c'est-à-dire comme désignant "un acte normatif adopté dans l'intérêt général par les autorités législatives élues démocratiquement conformément à la Constitution"¹⁰ » (AC 6/86, 9 mars 1986, série A, n° 6). Cette dernière définition, formelle, fournie par la CIADH, paraît proche de celle que retient le droit positif français, sous l'empire de la Constitution de la Cinquième République, qui constitue le cadre premier de la recherche.

D'un point de vue formel, souvent retenu par la doctrine française¹¹, la loi désigne l'acte juridique voté par le Parlement conformément à la Constitution (au sens matériel¹²) et promulgué par le président de la République. Néanmoins, cette définition n'est pas suffisante ne serait-ce que parce qu'il existe des « lois » non votées par le Parlement. C'est le cas des lois adoptées en vertu de

⁸ CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin*, n°29, D. 1991, p. 353, note J. PRADEL : « Dans un domaine couvert par le droit écrit, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles ».

⁹ CEDH, 25 févr. 1992, *Andersson*, A. 226. Bertrand MATHIEU, qui cite ces jurisprudences, y voit un moyen pour la Cour « de ne pas forcer la distinction entre les pays de *common law* et les autres pays » (B. MATHIEU, *La Loi*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2010, p. 2).

¹⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « Application de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme aux rapports entre une religion d'État et des cultes minoritaires », *AJDA*, 1997, p. 390 et s., note 30.

¹¹ Pour Patrick GAÏA, « la loi se définit aujourd'hui en France *exclusivement* par son auteur et sa procédure d'adoption et non pas (ou plus) par son contenu » (*in* L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 18^e éd., 2016, p. 224. Nous soulignons). Olivier GOHIN écrit quant à lui que « la loi en France est votée par le Parlement [...] La loi a donc d'abord une définition formelle et elle peut même n'avoir que cette définition » (O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 953) Cf. B. MATHIEU, *La Loi*, *op. cit.*, p. 2 : « La loi est un acte édicté par une autorité investie du pouvoir législatif dans les conditions fixées par la Constitution » ; cf. encore M. DE VILLIERS et Th. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 5^e éd., 2011, p. 101 et s.

¹² Avec le professeur PFERSMANN, nous désignerons la « Constitution au sens matériel » comme étant la norme qui « rassemble les différentes modalités de production de normes générales et abstraites ». De ce point de vue, « sans Constitution [au sens matériel], un système normatif serait statique, puisqu'il n'y aurait pas de règles normatives structurant la modification des normes du système » (O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », *in* D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 508). Sera ainsi considéré comme « "Constitution au sens formel" l'ensemble des normes a) qui, dans un système donné, sont produites ou modifiables selon une procédure plus exigeante que la forme permettant de produire des normes générales et abstraites ; b) qui n'est à son tour modifiable que par l'application de la même procédure » (*Ibid.*, p. 510).

l'article 49 alinéa 3 de la Constitution – qui ne sont votées que par le Sénat¹³ – ou encore des loi référendaires adoptées en vertu de l'article 11 de la Constitution.

L'approche organico-formelle requiert donc d'être complétée par une approche matérielle de la loi¹⁴. Avant 1958¹⁵, la loi était considérée comme l'acte juridique général et impersonnel voté par le Parlement, comme « l'expression de la volonté générale » en ce double sens [que lui conférait Jean-Jacques ROUSSEAU] qu'elle est l'œuvre du peuple entier et qu'elle statue pour ou sur le peuple entier¹⁶ ». Peu importait donc son contenu pourvu qu'elle eût la généralité et fût marquée du sceau de la souveraineté que lui conférait son auteur. Une telle conception de l'acception matérielle de la loi est souvent présentée comme étant obsolète sous la Cinquième République¹⁷. En effet, conformément à la Constitution française en vigueur, la loi intervient principalement dans les domaines énumérés à l'article 34 de la Constitution¹⁸. « La souveraine d'hier fut [ainsi] enterrée dans le cercueil de la Constitution de 1958 sur lequel le Conseil constitutionnel vint délicatement poser un *obiter dictum* : "la loi votée... n'exprime la volonté générale *que dans le respect de la Constitution*"¹⁹ ». Néanmoins, là encore, la définition est sujette à caution, fût-ce parce qu'il existe des actes juridiques définis comme « des mesures qui sont normalement du domaine de la loi », telles les ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

¹³ « Le Premier ministre peut, après délibération du Conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session ».

¹⁴ M. DE VILLIERS M. et Th. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général, op. cit.*, p. 93 et s. Notons que le professeur COHENDET distingue pour sa part la définition matérielle de la loi (« la loi est un acte général et impersonnel »), de la définition formelle (la loi se situe « dans la hiérarchie des normes entre la Constitution et les actes d'application »), de la définition organique (« la loi est votée par le Parlement ») (M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « LMD », 2015, p. 570-571).

¹⁵ Outre l'expression, bien connue, de cette idée dans la DDHC de 1789, on la trouve également dans la DDHC de la Constitution de l'An I (1793) dont l'article 4 énonçait « La loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale » et dans la Constitution de l'An III (1795) dont l'article 6 de la Déclaration des Droits et Devoirs disposait que « La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants ». Comme l'écrit le professeur Pierre BRUNET : l'expression « volonté générale » « évoque spontanément cet âge prétendument d'or d'une Révolution pleine de grâces ou celui d'une République enfin débarrassée de la menace monarchique [...] Or, disons-le d'emblée : cet âge est révolu » (P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 5).

¹⁶ R. CARRE DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Recueil Sirey, 1931, rééd. Economica, coll. « Classiques », 1984, p. 5.

¹⁷ En ce sens, voir notamment M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 570-571 et P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », art. cité, p. 5.

¹⁸ O. GOHIN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 599 (l'auteur insiste sur les autres dispositions constitutionnelles qui confèrent compétence au Parlement pour adopter des lois).

¹⁹ P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », art. cité, p. 5. Nous soulignons. Voir Cons. const., déc. n°85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, consid. n°27.

Comme l'écrivait déjà Raymond CARRE DE MALBERG en 1931, « il n'y a plus sa place, dans notre droit positif actuel, pour la théorie dualiste qui, opposant les lois matérielles aux lois formelles, aboutissait à une double notion de la loi ». Il ajoutait qu'« il ne peut y avoir qu'un seul criterium de la loi » même s'il convenait qu'il « entre dans la définition de la loi à la fois une condition de forme et une condition de fond »²⁰. Ce constat du début des années 30 peut encore être confirmé au XXI^e siècle. Pour fournir une définition satisfaisante de la loi, il faut donc délaissier le niveau d'abstraction auquel la nature même de l'acte semble incliner une part des auteurs. Nous admettrons donc, à ce stade du raisonnement, que la loi, en droit français, est un acte juridique général et impersonnel adopté suivant les règles établies par la Constitution, souvent voté – au moins par le Sénat mais, la plupart du temps par le Parlement – et qui a pour objet l'un des domaines spécifiquement visés par la Constitution.

Compte tenu de ce qui précède, le syntagme « fabrication de la loi » désignerait donc l'action de confectionner à partir d'une matière première, par un travail manuel ou artisanal, l'acte juridique général et impersonnel adopté suivant les règles établies par la Constitution, souvent voté – au moins par le Sénat mais, la plupart du temps par le Parlement – et qui a pour objet l'un des domaines visés par la Constitution. D'emblée le rapprochement entre la loi et la manufacture peut sembler voué à une étude stérile. On ne fabrique pas la loi comme on fabrique un boulon. Et si l'acier forme la matière première du boulon, en dépit de l'aphorisme bien connu, la loi n'est pas produite à partir du travail de l'airain. Mais prise au sérieux l'expression « fabrication de la loi » appelle un changement de point de vue. Ce regard renouvelé sur la fabrication de la loi permet, sinon de reformuler des questions qui peuvent sembler classiques, sûrement d'y apporter de nouvelles réponses : Qui ? Comment ? Quand ? S'interroger sur la fabrication de la loi, oblige effectivement d'abord à poser la question des acteurs : à qui sont ces mains qui fabriquent la loi ? Cela suppose d'étudier le droit positif et les acteurs qu'il désigne mais invite aussi à s'immiscer dans les zones qu'il laisse dans l'ombre. Étudier la fabrication de la loi invite deuxièmement à poser la question du processus de fabrication. Comment la loi est-elle fabriquée ? Se présente-t-elle comme un acte juridique spécifique du point de vue de sa confection ? Enfin, parler de la fabrication de la loi oblige à s'interroger sur la temporalité de cette fabrique. Quand commence et quand s'arrête la fabrication de la loi ?

²⁰ R. CARRE DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 52. Pour cette ultime concession, il renvoie à J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Liv. II, ch. 6. mais le bien-fondé de la référence pourrait être discuté.

Pour apporter des réponses à ces questions une clarification méthodologique est essentielle.

2. Méthodologie

2. 1. Quitter les rivages de la sociologie

La *fabrication* de la loi est une expression initialement forgée par d'autres sciences humaines que le droit. Il ressort des travaux de *sociologie*²¹ et de *sciences politiques*²² que les recherches portent principalement sur la question des influences : comment la loi est-elle élaborée hors les murs des Assemblées parlementaires ? comment les entrepreneurs politiques accèdent-ils aux réseaux leur permettant de faire adopter les projets dont ils sont porteurs ? Ces questions sont liées aux recherches dans le domaine des *politiques publiques* qui ont principalement pour objet d'étudier comment se construisent ces politiques²³. Ces études développées à partir des années 50 aux États-Unis et au Royaume-Uni visent avant tout à répondre à la question de savoir comment « la formation des intérêts peut [...] conduire à la mise en place de “bonnes” politiques, efficaces, correspondant aux buts recherchés et économes de l'argent des citoyens ? » Selon Pierre MULLER, le rapprochement entre la tradition européenne continentale – qui insiste sur le concept d'État – et l'approche américaine et britannique – fondée sur la notion de *Government* – « permet de poser aujourd'hui la “bonne question” de recherche : en quoi la transformation des modes d'action de l'État, notamment depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, a-t-elle modifié sa place et son rôle

²¹ Sur la sociologie du droit, sont particulièrement intéressants pour cette recherche les travaux de P. COMMAILLE et P. DURAN. Du premier notamment, *L'Esprit sociologique des lois*, PUF, 1994 et du second P. DURAN, « La participation politique : nouvelles dimensions, nouveaux problèmes », *Idées économiques et sociales*, n°173, 2013, p. 4-7 ; « Le politique au prisme de ses institutions. », *Idées économiques et sociales*, n°159, 2010, p. 6-17 et « Légitimité, droit et action publique », *L'année sociologique*, n°59, 2009, p. 303-344.

²² Il existe des travaux portant sur la fabrication de la loi en France. Voir en particulier J.-Ph. HEURTIN, *L'Espace public parlementaire. Essais sur les raisons du législateur*, PUF, 1999 et, du même, « Décrire l'édition du droit parlementaire. Validités et invalidation du règlement de l'Assemblée nationale (1959-2009) » in C. GALEMBERT et O. ROZENBERG (dir.), *Faire parler les Parlements*, Presses de Sciences Po, 2013 ; voir aussi à M. MAUGUIN-HEGUELSON, *op. cit.*. On trouve également des recherches comparatistes précieuses : S. BENDJABALLAH, « La fabrique des compromis à la Chambre des représentants américaine et au Parlement européen », *Revue internationale de politique comparée*, n°21, 2014, p. 65-86 ; P. MBONGO (dir.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruylant, 2009 ; P. PONCELA, *La Fabrique du droit au Conseil de l'Europe : promotion et mise en œuvre des sanctions pénales alternatives*, La Documentation française, coll. « Mission de recherche Droit et justice », 2004, 392 p.

²³ Pour une présentation voir J. LAPOUSTERLE, *L'Influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2009, p. 77 et s.

dans les sociétés modernes ? »²⁴ Ce champ de recherche est ample et déjà largement étudié²⁵.

En revanche, ces études font apparaître un certain nombre d'interstices qui font place à une véritable recherche juridique.

2.2 Aborder la théorie du droit

Si l'on entend limiter l'étude à la discipline juridique, encore faut-il savoir ce que cela signifie et si cela est pertinent. Autrement dit, il faut poser la question de la discipline et, inversement, s'interroger sur l'utilité, sinon sur la nécessité, de l'*indiscipline*. Est-il seulement possible au juriste d'étudier la *fabrication* de la loi, de façon pragmatique, puisque telle semble l'inclination qu'encourage le terme « fabrication »²⁶ ?

Pour étudier, juridiquement, la fabrication de la loi deux démarches, au moins, sont envisageables. Une démarche doctrinale (ou dogmatique, qui consiste à étudier la « fabrication de la loi » à partir d'une étude du droit positif) ou une démarche théorique (une étude des discours juridiques sur « la fabrication de la loi »). À notre sens, seule l'étude théorique de la question peut ensuite ouvrir la voie à une analyse doctrinale. Car seul l'examen préalable des discours et de leurs limites peut permettre de choisir le discours à tenir. Autrement dit, le présupposé de cette recherche est bien que les juristes ont (encore) quelque chose à dire de la fabrication de la loi. Mais demeure la question de savoir ce qu'il y a à dire et comment le dire.

Il faut donc commencer par mener une analyse des discours juridiques sur la fabrication de la loi. Avant d'y procéder, il faut remarquer la tendance générale qui ressort de l'étude des écrits y relatifs.

²⁴ P. MULLER, *Les Politiques publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, p. 3-6.

²⁵ Néanmoins, dans le cadre de la présente recherche, il demeure possible de s'interroger sur les entrepreneurs politiques pour poser la question de l'expertise et du lobbying. Pour des écrits sur l'expertise dans la fabrication de la loi et l'élaboration de politiques publiques, voir M. MILET, « Les professions juridiques contre la "loi Perben II". Le tempo singulier des pratiques ordinaires de la mobilisation collective », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n°11, 2009, p. 53-66 ; P. QUINCY-LEFEBVRE, « La prostitution des mineurs dans le débat républicain à la Belle Époque. L'expertise juridique et l'échec d'une politique », *Histoire@Politique*, n°14, 2011, p. 4-23 ; G. LEGO, « L'expert et l'idéologie de la norme », *Vie sociale et traitements*, n°127, 2015, p. 94-100. Sur le lobbying, voir notamment M. MEKKI, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Identification (1^{re} partie) », *JCP G*, 19 octobre 2009, p. 370.

²⁶ Selon le *Trésor de la Langue Française informatisé*, du grec *πραγματικός*, « qui concerne l'action, qui concerne les affaires », duquel est dérivé le terme latin *pragmaticus*, « relatif aux affaires politiques, intéressant la politique, habile ou expérimenté en droit ».

Les trois questions susmentionnées – Qui ? Comment ? Quand ? – trouvent déjà réponse dans les écrits doctrinaux. Qui fabrique la loi ? Quand elle n'est pas directement produite par le peuple, elle est produite par le concours du Gouvernement, du Parlement, du président de la République et, éventuellement du Conseil constitutionnel. Sont ensuite décrites les modalités d'intervention respective à chaque organe de l'État intervenant : initiative, délibération, vote, censure ou interprétation éventuelles et promulgation. La fabrication de la loi s'étend donc de l'initiative jusqu'à la promulgation et ceci résulterait d'un examen des dispositions constitutionnelles en vigueur. La majeure partie des manuels présente ainsi la procédure législative depuis le dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi jusqu'à sa promulgation.

Une recherche juridique sur la fabrication de la loi permet de questionner radicalement ces présentations doctrinales classiques qui présentent une certaine cécité dans l'appréhension de la fabrication de la loi. **(I)** Elle est une invitation à se saisir autrement du droit pour renouveler l'étude de la loi **(II)**.

I. DEUX COURANTS MAJEURS DU POSITIVISME ET LEURS LIMITES RESPECTIVES DANS L'APPREHENSION DE LA FABRICATION DE LA LOI

Le positivisme, outre son acception idéologique, désigne à la fois un « discours sur le discours sur le droit [...] prescriptif vis-à-vis de ce dernier » et une certaine approche du discours sur le droit. Les différents courants du positivisme ont en commun d' « [assigner au discours sur le droit] un objet particulier et [de le soumettre] au respect d'exigences spécifiques »²⁷. L'analyse qui suit se donne comme un discours sur des discours, eux-mêmes théoriquement rattachés à deux courants majeurs du positivisme français : le réalisme et le normativisme. Sans surprise, cet examen permet de souligner les limites de « l'hyperpragmatisme du réalisme » **(A)** et du « défaut de réalisme du normativisme »²⁸**(B)**.

²⁷ X. MAGNON, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 269-280.

²⁸ M. DISANT, Intervention en réponse à une question du professeur Pfersmann, in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'Autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2010, p. 87.

A. La fabrication de la loi du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation

1. Une présentation de la théorie réaliste de l'interprétation

Si l'école réaliste du droit connaît divers courants²⁹, le plus représenté et le plus élaboré en France semble être celui de la « théorie réaliste de l'interprétation », initié par Michel TROPER avant d'être développé par l'école de Nanterre. Suivant une telle conception du droit, l'interprétation³⁰ juridique n'a pas les normes pour *objet*³¹. Au contraire, ces dernières sont le *résultat* d'une interprétation. L'interprétation authentique – émanant d'organes dont les décisions ne sont pas susceptibles d'être remises en cause³² – produit la norme. De ce point de vue, l'interprétation est nécessaire pour passer de l'énoncé à la norme juridique³³. Or, l'interprétation résulte d'un *choix* volontaire et non d'une opération cognitive³⁴ : « L'interprétation authentique est donc une décision, qui met fin au débat³⁵ ». Mais, dès lors, si les normes juridiques ne sont qu'un ensemble de faits, le droit est, lui-même, un phénomène purement empirique³⁶.

Dès lors, la théorie réaliste de l'interprétation pose de nombreuses questions lorsqu'elle est

²⁹ Voir P. BRUNET, « Le “positivisme” français dans la lumière du nord. Le réalisme juridique scandinave et la doctrine française », *Revus*, n°24, 2014, p. 187-208 ; É. MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain : un essai de caractérisation », in P. BRUNET et É. MILLARD (dir.), *Le Réalisme juridique scandinave en question*, Presses Universitaires de Rouen, 2004, publié aussi in *Revus*, n°24, 2014, p. 81-97 ou encore É. MILLARD, « Réalisme », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2003, p. 1297-1299.

³⁰ Entendue notamment comme l'action par laquelle est conférée une signification.

³¹ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 87 : « La norme ne peut être objet d'interprétation ».

³² M. TROPER, *ibid.*, p. 91 et M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Analisi e diritto*, 2003, p. 299 : « L'ordre juridique attache à certaines interprétations, auxquelles on donne le nom d'“authentiques”, certains effets, notamment que le texte doit être réputé avoir la signification qui lui a été attribuée, quelle que soit cette signification, même si celle-ci est très éloignée de celle qu'on pourrait leur attribuer par ailleurs, au vu du langage employé par le texte, de ce qu'on peut connaître de l'intention de l'auteur initial du texte ou d'une donnée quelconque ». Et d'ajouter : « comme les normes ne sont que les significations de certains énoncés, les normes ne sont pas posées par les créateurs des énoncés mais par les interprètes authentiques. Avant d'être interprétés, les énoncés n'ont aucune signification [...] ».

³³ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 304 : « Ce qui fait l'objet de l'interprétation en effet, ce n'est pas une norme, mais un texte, dont précisément on cherche à déterminer quelle est la norme qu'il pose. Dire qu'un texte peut être porteur de plusieurs sens, c'est dire qu'il peut contenir plusieurs normes entre lesquelles l'organe d'application doit choisir celle qu'il appliquera. Avant que ce choix n'intervienne, il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte ».

³⁴ M. TROPER, *ibid.*, p. 99 : « De nombreux auteurs l'ont démontré, l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté ». Cf. M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », art. préc., p. 299 : les « interprétations sont donc le produit de la volonté de l'interprète et non une fonction de la connaissance. Ce sont des prescriptions. Elles ne sont ni vraies, ni fausses ».

³⁵ M. TROPER, *La Philosophie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, p. 98.

³⁶ Cf. la présentation synthétique que propose le professeur TROPER lui-même in *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 332 et s.

appliquée à la fabrication de la loi.

2. La théorie réaliste de l'interprétation appliquée à la fabrication de la loi : limites et apports

Pour Michel TROPER, « la loi est non pas l'acte de volonté du législateur, ni le texte publié au *Journal officiel*, mais la norme que ce texte contient [et dès lors, selon lui,] c'est le juge qui énonce la loi et non le législateur »³⁷. Dans le même sens, il écrit qu'« interpréter la loi c'est en réalité la refaire ». Et il ajoute encore que, si le Parlement vote une loi rendant obligatoire la conduite « p » alors il ne faut pas simplement conclure que « p » est obligatoire mais il faut y voir « l'émission d'une volonté, qui pourra ultérieurement être interprétée par les organes juridiques comme signifiant l'obligation de faire “p”³⁸ ».

Une telle appréhension de la fabrication de la loi rejoint le réalisme américain³⁹. La thèse exprimée par le professeur TROPER n'est notamment pas sans faire écho à l'idée de John CHIPMAN GRAY selon lequel : « On dit parfois que le droit se compose de deux parties, le droit législatif et le droit créé par le juge, mais en vérité tout ce qui est droit est créé par le juge »⁴⁰. Y affleure également la conviction plus ancienne de l'évêque HOADLEY selon lequel : « qui a une autorité absolue d'interpréter quelque loi écrite ou orale que ce soit, est vraiment le législateur⁴¹ ». Michel TROPER ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « la signification de la loi ou, en d'autres termes, la

³⁷ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 91.

³⁸ *Ibid.*, p. 54.

³⁹ Ce courant américain a trouvé sa source dans la « *sociological jurisprudence* » d'Oliver WENDELL HOLMES Jr. avant d'être diffusé et consolidé notamment par Herman OLIPHANT (1884-1939), Jerome FRANK (1889-1957), Karl LLEWELLYN (1893-1962) ou encore Félix COHEN (1907-1953). Pour une présentation distinguant le mouvement « *sociological jurisprudence* » et le réalisme » voir F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la “sociological jurisprudence” et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, 1987, p. 343-371. Plus récemment, voir l'étude dans laquelle Eric Millard compare le réalisme américain et le réalisme scandinave : Éric MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Revus*, n°24, 2014, p. 81-97.

⁴⁰ « It has been sometime said that the Law is composed of two parts, legislative law and judge-made law, but, in truth all the Law is judge-made law. » (J. C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia University Press, 1909, p. 119). La traduction figure dans la version française de H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (1945), trad. franç. par LAROCHE B. et FAURE V., Bruylant-LGDJ, 1997, p. 204. Voir la critique kelsénienne de cette doctrine *in ibid.*, p. 203-207.

⁴¹ Notre trad. pour « Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken law, it is he who is truly the law-giver ». Il ajoute encore « to all intent and purpose, and not the person who first wrote or spoke them; *a fortiori*, whoever hath an absolute authority not only to interpret the law, but to say what the law is, is truly the law giver ». (HOADLY, *The Nature of the Kingdom, Or Church, of Christ*, printed by the booksellers of London and Westminster, 1717, p. 7).

norme législative, est déterminée par le juge⁴² ». Pour lui, dès lors, « l'interprétation authentique est nécessairement conforme à la loi et on ne peut opposer la volonté du législateur et celle de l'interprète, puisque, par définition, elles se confondent⁴³ ». Même lorsqu'ils ne revendiquent pas expressément leur attachement à la théorie réaliste de l'interprétation et à l'ensemble de ses prémisses, bien des juristes admettent l'idée selon laquelle la signification de la loi serait – valablement, sinon même inexorablement – co-élaborée par le juge⁴⁴.

De ce point de vue alors, étudier l'élaboration de la loi revient en fait – et il s'agissait effectivement du programme de recherche du réalisme américain – à étudier les décisions juridictionnelles au sens large : décisions du juge judiciaire, administratif ou du Conseil constitutionnel. Il faudrait donc étudier les cas, éventuellement établir des prédictions, etc. Néanmoins, cette position présente plusieurs limites.

a. Limites

La critique peut se situer sur des registres différents. Étudier la fabrication de la loi du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation soulève au moins trois difficultés : caractère régressif, défi méthodologique et angle mort.

Caractère régressif et défi méthodologique se donnent comme des limites internes, c'est-à-dire des

⁴² M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 83.

⁴³ *Ibid.*, p. 79.

⁴⁴ Sur ce point, les premières phrases de l'ouvrage des professeurs PRADEL et VARINARD sur *Les grands arrêts du droit pénal général* (9^e éd., Dalloz, 2014) sont très éloquentes : « La loi, tout juriste le sait, est abstraite et incomplète. Abstraite : c'est donc à la jurisprudence d'illustrer ses prévisions et, par voie de conséquence, de mieux faire comprendre son vrai sens. Incomplète : c'est donc à la jurisprudence de combler les interstices laissés libres par le législateur. [...] Naguère, Portalis avait averti « qu'en matière criminelle, il faut des lois précises et point de jurisprudence ». Et pourtant, il suffit de feuilleter les recueils pour constater bien vite que les décisions pénales y sont très nombreuses. [...] Ces arrêts de droit pénal traduisent l'existence d'une sorte de pouvoir créateur du juge, encouragé du reste par le législateur lui-même (C. civ., art. 4 et C. pén., art. 434-7-1[...]). Ainsi, en matière pénale comme ailleurs, la jurisprudence est-elle à la fois pédagogique et créatrice sous la seule réserve que le juge n'entre pas en conflit avec la règle de la légalité ». Cette dernière réserve pourrait d'ailleurs être discutée comme l'illustre particulièrement bien la présentation dans le GAJA de l'arrêt CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte* (Voir P. DELVOLVE, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 20^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2015, n°58.

Sur ces questions, le lecteur se reportera à profit à Gérard TMSIT, « L'évaluation en science juridique : retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges », *Revue européenne des sciences sociales*, XLV-138, 2007, p. 103-114 (disponible en ligne via l'URL : <http://ress.revues.org.czproxy.univ-paris1.fr/196>. Voir également, J. CANTEGREIL (dir.), *Pour une théorie des « cas extrêmes » : aux limites du pouvoir juridictionnel*, Ed. Rue d'Ulm, 2006, 96 p.

limites qu'il est possible de formuler du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation elle-même.

Soient les deux prémisses suscitées : 1. la loi n'est pas l'acte de volonté du législateur, ni le texte publié au *Journal officiel* 2. La loi est la norme que ce texte contient telle qu'elle est énoncée par le juge.

Le caractère régressif d'une telle conception de la fabrication de la loi réside dans le fait que la norme énoncée par le juge doit encore, elle-même, faire l'objet d'une interprétation : « une interprétation authentique (concrétisation) ne dit par hypothèse absolument rien sur la signification des textes puisqu'elle consiste au contraire et par définition dans la production d'une autre signification⁴⁵ ». Du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation, un jugement (tout comme la loi) n'est jamais qu'un énoncé dépourvu de sens avant son interprétation. La norme législative serait donc particulièrement fuyante. Elle ne serait même plus l'interprétation qu'un juge en donne mais l'interprétation qu'en retiennent et que mobilisent les autres juges et, plus généralement, les destinataires de la décision de justice. Dès lors, la norme (législative ou non d'ailleurs) est affectée d'une signification singulièrement subjective ; la loi ne serait donc pas l'acte général et impersonnel que l'on croyait.

Cette thèse présente un caractère contre-intuitif évident qui, pour autant, ne peut seul la disqualifier. Là intervient le *défi méthodologique*. Si la loi désigne la norme résultant de l'interprétation formulée par les destinataires des décisions de justice, alors étudier la fabrication de la loi se donne comme un programme de recherche fort délicat – sinon impossible – à mener d'un point de vue empirique. Il faudrait développer un outillage permettant d'appréhender la façon dont chaque individu interprète la loi⁴⁶. Et, en raisonnant par l'absurde, même à supposer que la loi résulte de l'interprétation juridictionnelle et que celle-ci fasse sens – ce qui entre en contradiction avec les prémisses même de la théorie réaliste de l'interprétation – il faudrait développer une méthodologie sociologique voire même psychanalytique ou encore neuroscientifique pour décrire et anticiper les décisions juridictionnelles⁴⁷. Mais l'étude de la fabrication de la loi du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation suscite aussi une certaine perplexité plus difficilement surmontable.

⁴⁵ O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Analisi e diritto*, 2001, p. 324.

⁴⁶ Voir particulièrement, les travaux sur l'interactionnisme conduits dans le cadre du programme NORMA : E. JEULAND et E. PICAVET (dir.), *Interactionnisme et norme. Approche transdisciplinaire*, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2015.

⁴⁷ Avec Hans KELSEN, nous nous accordons à penser que « Prédire selon un degré raisonnable de probabilité ce qu'un tribunal fera lorsqu'il agit en qualité de législateur est tout aussi impossible que de prédire selon un degré raisonnable de probabilité les lois qu'adoptera un corps législatif ». (*Théorie générale du droit et de l'État, op. cit.*, p. 221).

Comme l'écrire le professeur MAGNON, « si le droit se limitait à sa pratique, la mise en place d'un système de production de normes générales et abstraites, confié à différents organes selon un principe de séparation des pouvoirs et permettant au peuple, plus ou moins directement, de participer à la production des normes du système conformément au principe démocratique représenterait une dépense d'énergie inutile⁴⁸ ». Or, prise au sérieux, la théorie réaliste de l'interprétation est aveugle à la question du processus de fabrication de la loi dans sa phase précontentieuse : elle se confronte ici à un *angle mort* confinant à l'inconsistance logique. Car pour affirmer que « la signification de la loi ou, en d'autres termes, la norme législative, est déterminée par le juge », il faut être mesuré d'identifier la loi avant que le juge ne l'interprète. Une telle posture théorique empêche ainsi de saisir un objet pourtant non dépourvu d'utilité pour les partisans même de cette théorie.

Faut-il pour autant en conclure qu'une telle approche est inutile à la présente recherche ? Une réponse négative s'impose.

b. Apports de la théorie réaliste de l'interprétation pour une étude renouvelée de la fabrication de la loi

Les analyses menées suivant une telle perspective réaliste (de l'interprétation) invitent le juriste à interroger derechef des concepts aussi centraux que le « pouvoir législatif », la « volonté générale », la « justice constitutionnelle » ou encore la « démocratie ».

En effet, d'une part, compte tenu de la définition qu'il fournit de la loi, le professeur TROPER est nécessairement conduit à redéfinir le « pouvoir législatif ». Selon lui, « on parle en effet de "pouvoir législatif" pour désigner l'organe, simple ou complexe, auteur des lois, parce que toutes les lois, toute l'activité législative, émanent de cet organe⁴⁹ ». Cette démarche lui permet de considérer sur nouveaux frais la question de savoir ce que signifie l'affirmation selon laquelle « la loi est l'expression de la volonté générale ». De son point de vue, « on peut soutenir que la loi n'est pas l'expression de la volonté générale du seul fait du vote du Parlement, mais seulement lorsque, étant juridiquement parfaite, elle est publiée au Journal Officiel. Dans ce cas, il faut évidemment

⁴⁸ X. MAGNON, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », art. cité, p. 269-280

⁴⁹ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 103.

dire que tous les organes qui participent, au moins de façon décisionnelle, au processus législatif, contribuent à exprimer la volonté générale, chacun selon la fonction qu'il exerce⁵⁰ ».

Partant, d'autre part, il n'est pas jusqu'à la définition de la démocratie qui échappe à la reconfiguration à laquelle confine cette nouvelle appréhension du pouvoir législatif. Car, si « le Conseil constitutionnel dispose au moins d'une marge de pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la constitutionnalité [...] [ou s'] il vérifie que le texte adopté par le Parlement est l'expression de la volonté générale » alors, selon le « postulat traditionnel de la démocratie représentative », le système n'est pas démocratique. La seule solution est alors, au prix d'un nominalisme assumé, de redéfinir la démocratie participative : « il ne faut pas dire que les représentants doivent exprimer la volonté générale, mais que tous ceux qui participent à la formation de la loi expriment la volonté générale, quelle que soit la manière dont ils ont été désignés et sont des représentants du peuple souverain »⁵¹. Cette réflexion sur la démocratie et la volonté générale s'accompagne ainsi d'une réflexion sur la justice constitutionnelle qui n'est pas dépourvue d'intérêt pour la présente recherche.

Pareillement, une perspective normativiste peut contribuer à renouveler l'étude de la fabrication de la loi.

B. La fabrication de la loi du point de vue de la théorie normativiste

1. Une présentation de la théorie normativiste

Le normativisme théorisé par Hans KELSEN⁵² et développé ensuite⁵³, à l'inverse de la théorie réaliste de l'interprétation, retient l'idée que l'interprétation est un acte de connaissance. En outre,

⁵⁰ *Ibid.*, p. 235.

⁵¹ *Ibid.*, p. 236.

⁵² En particulier, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*

⁵³ Voir en particulier, les articles du Professeur PFERSMANN et notamment : « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Analisi e diritto*, 2001, pp. 231-284 ; reproduit in *RFDC*, n°52, 2002, p. 279-334 ; « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n°52, 2002, p. 759-788 ; « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, pp. 353-374 ou encore « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'Interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 33-60. Voir aussi J.-Ph. DEROSTER, *Les Limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, en particulier l'introduction de la thèse de l'auteur.

dans une telle perspective, le droit est défini comme un ensemble hiérarchisé de normes⁵⁴ produites de façon dynamique⁵⁵. Cela suppose que le mode de production des normes est établi par d'autres normes juridiques considérées pour cette raison comme supérieures dans l'ordre de production. En ce sens, le droit est un système complet – dépourvu de lacune – dont la norme suprême est supposée valide. Le normativisme permet ainsi d'identifier les normes et de disqualifier les « non-normes ». En outre, une telle conception théorique permet, à l'inverse du réalisme – tel qu'il résulte de la théorie réaliste de l'interprétation – de distinguer l'objet « Constitution », de l'objet « loi », de l'objet « décision juridictionnel », etc. Otto PFERSMANN peut ainsi écrire qu'« un concept formel de constitution [permet] d'exprimer, indépendamment de l'objet de la norme, les trois exigences suivantes : une différence dans la procédure d'élaboration par rapport aux normes formellement “législatives”, la supériorité dans l'ordre de la production, la supériorité dans l'ordre de la dérogation⁵⁶ ». Une démarche normativiste peut, de plus, autoriser un « “calcul des défauts” qui permet de contrôler la conformité des normes inférieures aux normes supérieures⁵⁷ » – dans le rapport de production –, ce que le réalisme ne peut admettre. En d'autres termes, dans une telle perspective, il est possible à la doctrine suivant une posture critique d'évaluer les décisions juridictionnelles.

Comme la théorie réaliste de l'interprétation, appliquer la perspective normativiste à la fabrication de la loi soulève certaines questions.

2. Le normativisme appliqué à la fabrication de la loi : limites et apports

La limite majeure quant à l'application d'une perspective normativiste tient particulièrement à son incapacité à saisir certains faits. Certes, les auteurs relevant de ce courant rappellent volontiers que le normativisme n'est pas pleinement déconnecté des faits (leur démarche n'est ni exclusivement

⁵⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, notam. p. 193-273 ; O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 483-528.

⁵⁵ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁶ O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 510.

⁵⁷ J.-Ph. DEROSIER, *Les Limites constitutionnelles à l'intégration européenne (...)*, *op. cit.*, p. 16. Dans la perspective normativiste du professeur DEROSIER, ce calcul des défauts est strictement dépendant de son organisation par le système juridique lui-même et est une activité extra-doctrinale.

stipulative, ni incapable de saisir la pratique, etc⁵⁸.) Un ensemble de faits lui échappe pourtant ce qui, comme pour la démarche réaliste, peut confiner à une certaine cécité. Décrire la fabrication de la loi du point de vue normativiste revient à adopter une conception essentiellement formelle de la loi et du législateur. En ce sens, la procédure législative est étudiée exclusivement en analysant les normes réglant l'adoption des lois : normes constitutionnelles (au sens formel), règlement des assemblée, office du juge constitutionnel. C'est souvent ainsi que procède la doctrine juridique qui décrit la procédure législative⁵⁹.

Dans cette perspective, c'est par une double abstraction que la loi est considérée comme l'acte de volonté du Parlement : la volonté de l'organe est insuffisante sans l'existence d'une norme donnant à cette volonté exprimée la signification objective de norme juridique⁶⁰ ; la référence à l'organe permet de dépasser la réalité d'un agrégat d'individus qui *veulent* souvent des choses très différentes. Cette seconde abstraction se donne à la fois comme une limite et comme un apport, car elle constitue un appel à la recherche. Dans certaines hypothèses, formellement, la loi adoptée peut sembler valide – aucune acte juridique n'entamant la régularité de la procédure d'adoption – mais l'étude empirique des actions, des influences, des participations occultes intéressent le juriste. Il s'agit d'affronter la question de l'effectivité⁶¹ des normes encadrant la fabrication de la loi. Par exemple, le député MATHUS lors de la discussion du projet de loi *relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* s'est insurgé en séance publique en affirmant : « Nous aurons vu, ces derniers mois, des lobbies écrire directement la loi contre l'intérêt général, en trouvant des

⁵⁸ X. MAGNON, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », *RTD Cin.*, 2009, p. 276.

⁵⁹ Quelle que soit leur position sur les conséquences de l'interprétation de la loi par le juge, il n'est pas rare que les auteurs décrivent la procédure législative à partir d'une étude des normes constitutionnelles.

⁶⁰ En ce sens, H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 83 et s. : « Parce qu'une loi doit son existence à une décision parlementaire, elle existe une fois la décision prise dès lors que la volonté n'existe plus – si l'on suppose que la décision est l'expression d'une volonté. [...] Puisque l'« existence » de la loi commence au terme de la procédure législative, elle ne peut consister en la volonté réelle des individus qui composent le corps législatif [...] ». Plus loin, présentant le droit comme un système dynamique, KELSEN écrit : « Une norme est une norme juridique valide parce qu'elle a été créée conformément à une règle précise » (*ibid.*, p.167).

⁶¹ Avec Julien BÉTAILLE nous distinguons l'efficacité de l'effectivité. « L'efficacité pourrait alors être définie comme la qualité d'une norme dont les effets atteignent son objectif » (De ce point de vue, la norme peut être respectée tout en étant inefficace). L'auteur définit l'effectivité comme « le degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité » (J. BÉTAILLE, *Les Conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dact., Université de Limoges, 2012, p. 22).

Cf. M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 208-211 ; voir aussi L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in FATIN-ROUGE STEFANINI M., GAY L. et VIDAL-NAQUET A. (dir.), *L'Effectivité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 27-59

supplétifs dans une majorité par ailleurs largement divisée⁶² ». Formellement en l'occurrence, la procédure législative est respectée. En revanche, la question de la compatibilité d'intervention de groupes de pression pose la question, non de la conformité d'un acte à la Constitution mais de l'effectivité des normes relatives à la procédure législative.

Comme la théorie réaliste, l'approche normativiste de la fabrication de la loi prive donc partiellement de la connaissance de l'objet étudié. Elle invite dans le même temps à la dépasser.

II. RENOUVELER L'ETUDE DE LA FABRICATION DE LA LOI

De l'examen des démarches réalistes et normativistes ressortent diverses analyses fécondes pour le traitement du sujet : re-définition du pouvoir législatif, réflexion sur la démocratie et la justice constitutionnelle ; examen de l'effectivité des normes de fabrication de la loi. Si les juristes ont encore quelque chose à dire de la fabrication de la loi, s'ils peuvent participer au renouvellement de l'étude des normes, pèsent sur leurs travaux une exigence majeure : « le choix du cadre épistémologique retenu pour une recherche doit être animé par la volonté de permettre la meilleure connaissance possible de l'objet d'étude⁶³ ». C'est ce cadre épistémologique qu'il faut travailler pour permettre au juriste d'appréhender la fabrication de la loi dans sa globalité c'est-à-dire sans présupposer l'existence d'une loi et sans se laisser subjugué par l'abstraction à laquelle confine l'analyse des énoncés juridiques ayant pour objet d'établir les modalités de fabrication de la loi (**A**). Une telle démarche permet d'entrer dans la boutique où se fabrique les lois par la porte du droit (**B**).

A. Retravailler le cadre épistémologique : penser le sujet (juriste) par rapport à son objet (la fabrication de la loi)

⁶² D. MATHUS, Assemblée nationale, 1^e séance du vendredi 30 juin 2006, *JO* du 1^{er} juillet 2006, p. 4675.

⁶³ B.-L. COMBRADE, *L'Obligation d'étude d'impact des projets de loi*, thèse dact., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2015, à paraître, p. 38.

La question du positionnement du sujet par rapport à son objet d'étude constitue une question classique d'épistémologie générale : il s'agit de s'interroger sur les incidences produites par l'observateur sur l'objet observé⁶⁴. Cette interrogation n'épargne pas les chercheurs en droit.

Plusieurs auteurs en ont souligné l'importance. Elle sourd ainsi dans la distinction entre neutralité et objectivité proposée par Marie-Anne COHENDET⁶⁵. Elle se manifeste dans le concept de « désintéressement » travaillé par Jacques COMMAILLE qui invite à interroger « l'évidence de l'indépendance des professionnels du droit, de leur neutralité, de leur apolitisme, quand ils parlent du droit⁶⁶ ». Elle pointe encore dans la figure du « juriste mondain » décrite par Bastien FRANÇOIS comme la figure inédite du savant « engagé dans le monde⁶⁷ ». Il prend en particulier l'exemple de Maurice DUVERGER, « professeur au journal le Monde » selon le qualificatif qui lui fut donné par des étudiants de l'institut d'études politiques de Paris dans un « dictionnaire humoristique de la science politique »⁶⁸.

En droit, comme dans d'autres sciences humaines, la question du positionnement de l'observateur par rapport à son objet d'étude soulève avec elle le problème de l'expertise et des conflits d'intérêts. Cette difficulté paraît majeure lorsque la doctrine juridique décrit ce qu'elle a contribué à produire. La question de l'appréhension doctrinale de la fabrication de la loi présente des enjeux singuliers lorsque la loi analysée est issue – au moins pour partie – des travaux de celui-là même qui l'analyse⁶⁹.

De ce point de vue, il paraît nécessaire au chercheur en droit de se situer par rapport à l'objet de son analyse. Il faut pour cela encore situer le droit dans les sciences humaines.

⁶⁴ Voir les développements que le professeur François BRUNET consacre à cette question in F. BRUNET, *La Normativité en droit*, Mare et Martin, 2012, en particulier p. 57 et s. L'auteur prend l'exemple de la physique quantique. Dans un autre registre, voir T. LAQUEUR, *La Fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, trad. franç. par GAUTIER M., Gallimard, Coll. « NRF Essais », 1992, 348 p.

⁶⁵ Voir M.-A. COHENDET, « Science et conscience. De la neutralité à l'objectivité », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, 2007, p. 75-89. La question d'une nouvelle forme d'objectivité abandonnant l'exigence de neutralité est au cœur de la *standpoint theory*. À ce sujet, pour une bonne introduction, voir C. LARIVEE, « Le *standpoint theory* : en faveur d'une nouvelle méthode épistémologique », *Ithaque*, n°13, 2013, p. 127-149 disponible en ligne via l'URL : <http://www.revueithaque.org/fichiers/Ithaque13/Larivee.pdf>).

⁶⁶ J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le Droit ?*, Gallimard, coll. « Folio Essais », 2015, p. 95. Un parallèle fécond peut-être établi avec les propos du professeur FONTAINE : L. FONTAINE, « La violation de la Constitution : autopsie d'un Crime qui n'a jamais été commis », *RDP*, 2014, p. 1636.

⁶⁷ B. FRANÇOIS, *Naissance d'une Constitution. La V^e République, 1958-1962*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, p. 103.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 108.

⁶⁹ Ceci peut aussi bien concerner des projets de lois ordinaires que des projets de lois constitutionnelles.

B. Renouveler l'étude de la fabrication de la loi : penser l'objet (la fabrication de la loi) en inscrivant le droit *dans* les sciences humaines

Le programme NORMA a montré l'utilité d'un dialogue entre les disciplines. Dans le cadre du projet postdoctoral relatif à la « fabrication de la loi », il convenait d'établir un programme de recherche susceptible d'ouvrir la voie à de futurs travaux. Il semble que, suivant une méthodique *indiscipline*, il soit possible de resituer le droit dans le champ des sciences humaines, ce qui invite à « comprendre le droit à la lumière de sa pratique, de son histoire, de son soubassement philosophique⁷⁰ » tout en prenant au sérieux la Constitution comme norme. Une posture théorique dérivée du normativisme pourrait utilement être mise à profit à cette fin.

Quatre démarches semblent devoir être associées pour renouveler l'étude *juridique* de la fabrication de la loi.

D'abord, il est nécessaire d'étudier précisément les normes, de décrire aussi précisément que possible le « devoir être ». Le foisonnement de thèse de doctorat ayant, incidemment ou non, la fabrication de la loi pour objet montre que ce terrain d'investigation est encore fertile⁷¹. La deuxième démarche, complétant la première, requiert un regard vers les droits étrangers. Il convient de mener une étude de droit comparé sur *les* modes de fabrication de la loi. Certaines d'entre elles ont déjà permis de souligner les dissemblances constitutionnelles affectant la fabrication de la loi d'un État à l'autre, mais aussi de relever l'importance d'une analyse concrète des pratiques politiques et de la culture parlementaire dans laquelle elles inscrivent⁷². Cette seconde démarche conduit à une troisième exigence consistant à interroger les conceptions institutionnelles que charrie le système juridique étudié : conceptions de la volonté générale, de la représentation, de la démocratie, etc. De telles analyses peuvent permettre de révéler les mutations du cadre conceptuel dans lequel s'inscrit la fabrication de la loi. Enfin, il paraît nécessaire, même en prenant les normes au sérieux – ou précisément pour mieux les prendre au sérieux – de plonger dans le monde empirique. Qu'ils

⁷⁰ Ainsi est présenté le projet porté par l'école du Droit politique sur le site consacré à la présentation du projet ANR : <http://institutvilley.com/Le-seminaire-de-droit-politique>.

⁷¹ En ce sens, pour ne citer que des exemples de thèse préparées à l'Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne, il est possible de mentionner la thèse soutenue par Bertrand-Léo COMBRADE (*L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, op. cit.*) et plusieurs thèses en cours : M. FLEURY, *La Délibération des décisions publiques*, sous la direction du professeur COHENDET ; A. DECHAMBRE, *Les Incidences institutionnelles des décisions prises par le Conseil constitutionnel à la suite d'une QPC*, sous la direction du professeur MATHIEU ou encore A. MBENGUE, *Le renouveau des formes d'intervention dans la protection constitutionnelle des droits de l'Homme. Etude comparative : France, Etats-Unis*, sous la direction du professeur COHENDET.

⁷² Signalons en ce sens, l'apport majeur de la thèse de Murielle MAUGUIN-HELGESON : *L'élaboration parlementaire de la loi : Étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, Dalloz, 2006, 528 p.

décident de conduire eux-mêmes les enquêtes ou qu'ils utilisent les travaux d'autres chercheurs, les juristes peuvent utilement se saisir de phénomènes trop souvent relégués hors le droit ou à sa marge. Il en va ainsi de la question des influences⁷³, de la question des lobbys et des groupe de pression⁷⁴. Ceux-ci, en effet, interviennent en amont de l'écriture de la loi ou lors de sa contestation comme l'atteste la question des portes étroites et de l'*amicus curiae* devant le Conseil constitutionnel ou les autres cours sommitales. Des problèmes analogues se posent au demeurant lorsque la doctrine développe des argumentaires savants pour empêcher qu'une loi ne se fasse ou pour influencer l'éventuelle décision du Conseil constitutionnel⁷⁵. Mais plonger dans le monde empirique invite encore et tout particulièrement à étudier la participation des citoyens ou non⁷⁶ afin d'interroger (sinon de résorber) « l'impression d'hétéronomie qu'éprouvent les citoyens vis-à-vis de la loi⁷⁷ ».

Ainsi dans un cadre épistémologique renouvelé, suivant une méthode dérivée du positivisme-normativisme, une étude doctrinale juridique peut permettre d'interroger la raison d'être ou les objectifs poursuivis par les normes organisant l'élaboration de la loi tout en soulignant le décalage entre ces normes et les objectifs qui leur sont assignés. Cette méthodique indiscipline invite finalement à entrer dans « la boutique où se fabriquent les lois » pour poser sur nouveaux frais la question de savoir qui est la maître de la maison et qui en est le domestique⁷⁸.

⁷³ Voir en ce sens, B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, p. 531.

⁷⁴ Pour deux thèses de droit denses à ce sujet, voir J. LAPOUSTERLE, *op. cit.* et G. HOUILLON, *Le Lobbying en droit public*, Bruylant, 2012.

⁷⁵ À ce sujet, nous nous permettons de renvoyer à L. Sponchiado, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *RFDC*, n° 96, 4/2013, p. 951-974.

⁷⁶ La question de la participation est d'ailleurs au cœur de recherches qui s'ouvrent à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne dans le cadre de l'Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne, sur le droit de réclamation et la volonté générale.

Sur les conférences de citoyens voir notamment D. BOURG et D. BOY, *Conférences de citoyens. Mode d'emploi*, Éditions Charles Léopold Meyer, 2005 ; Y. SINTOMER, *Le pouvoir au peuple*, La Découverte, 2007 et M.-H. BACQUE et Y. SINTOMER (dir.), *La Démocratie participative. Histoire et généalogie*, La Découverte, 2011. Voir aussi J.-Ph. DEROSIER, « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », Association française de droit constitutionnel, *Nouvelles questions sur la démocratie. Acte de la journée d'études 2009 de l'AFDC*, Dalloz, Paris, 2010.

⁷⁷ F. HAMON et C. WIENER, *La Loi sous surveillance*, Editions Odile Jacob, 1999.

⁷⁸ Pour une étude témoignant l'actualité de la critique formulée par Victor HUGO, citée plus haut, voir R. DRAGO (dir.), *La Confection de la Loi*, PUF, 2005.